



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2007, Vol. 2, Part 2

2007, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2007] 2 F.C.R., 269-559

Renvoi [2007] 2 R.C.F., 269-559

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
LISE LEPAGE

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation
juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production
LISE LEPAGE

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

| | |
|---|------------|
| Judgments | 269-559 |
| Digests | D-7 |
| Canada (Attorney General) v. Savard (F.C.A.) . . . | 429 |

*Employment Insurance—Judicial review of Umpire’s decision upholding Board of Referees’s decision allowing appeal from Canada Employment Insurance Commission’s decision refusing to establish benefit period for respondent because respondent not having sufficient number of hours of insurable employment as a result of a notice of serious violation issued against him—Board, Umpire, erring in holding increase in number of insurable hours pursuant to *Employment Insurance Act*, s. 7.1 resulting from violation inapplicable to respondent because latter not being served with notice of violation—Increase stemming from respondent’s liability for violation, not from his knowledge of notice of violation—Application allowed.*

| | |
|--|------------|
| Canadian Assn. of the Deaf v. Canada (F.C.) | 323 |
|--|------------|

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights —Application for declaration applicants’ equality rights under

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l’arrêtiiste en chef à l’adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

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

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

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

SOMMAIRE

| | |
|--|------------|
| Jugements | 269-559 |
| Fiches analytiques | F-7 |
| Canada (Procureur général) c. Savard (C.A.F.) . . . | 429 |

*Assurance-emploi—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un juge-arbitre a confirmé la décision du conseil arbitral accueillant l’appel interjeté à l’encontre de la décision de la Commission de l’assurance-emploi du Canada refusant d’établir une période de prestations pour le défendeur parce qu’il ne rencontrait pas le nombre d’heures d’emploi assurable, un avis de violation grave ayant été émis à son égard—Le conseil et le juge-arbitre se sont mépris lorsqu’ils ont conclu que la majoration du nombre d’heures d’emploi assurable découlant de l’art. 7.1 de la *Loi sur l’assurance-emploi* par suite d’une violation ne s’appliquait pas au défendeur parce que l’avis de violation ne lui avait pas été signifié—La majoration découle de la responsabilité de l’assuré pour une violation, et non de la connaissance qu’il a de l’avis de violation—Demande accueillie.*

| | |
|---|------------|
| Assoc. des sourds du Canada c. Canada (C.F.) | 323 |
|---|------------|

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—Demande dans laquelle les demandeurs ont prié la Cour de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 violated, and Government of Canada required to provide professional sign language services where necessary for deaf, hard-of-hearing Canadians to access government services, input in decision making—Under new guidelines for administration of government's Sign Language Interpretation Policy, interpretation services for meetings between hearing-impaired, federal officials not within scope of Translation Bureau's mandate, becoming responsibility of individual departments, agencies—These departments, agencies denying interpretation services in some instances, thus preventing members of public requiring such services from participating fully in democratic process, functioning of government—Hearing members of public not facing such difficulty—This distinction violating Charter, s. 15, not justified under Charter, s. 1—Application allowed.

Practice—Affidavits—Hearsay—Affidavit, filed in support of application for declaration Government of Canada's guidelines for application of Sign Language Interpretation Policy violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15, valid even though including hearsay as evidence it contained sufficiently reliable.

Practice—Parties—Standing—Applicants seeking declarations with respect to Government of Canada's guidelines for application of Sign Language Interpretation Policy—Canadian Association of the Deaf having public interest standing as organization representing interests of deaf Canadians.

Practice—Applications—Multiplicity of proceedings and justiciability—Application for declarations with respect to Government of Canada's guidelines for application of Sign Language Interpretation Policy not contrary to *Federal Courts Rules*, r. 302, even though actions of three separate government departments called into question, as heart of matter application of same policy to same interested community—Issue raised in application justiciable, i.e.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

déclarer qu'il y a eu violation des droits à l'égalité que leur garantit l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que des services professionnels d'interprétation gestuelle doivent être fournis par le gouvernement du Canada lorsqu'une personne sourde ou malentendante du Canada a besoin de ces services pour recourir à des services du gouvernement ou tenter de donner son apport au processus décisionnel—Selon les nouvelles lignes directrices pour la mise en œuvre de la Politique d'interprétation par langage gestuel du gouvernement, les divers ministères et organismes concernés ont dû prendre en charge la prestation de services d'interprétation pour les rencontres entre citoyens malentendants et fonctionnaires fédéraux ne relevant pas du mandat du Bureau de la traduction—Ces ministères et organismes ont, dans certains cas, refusé de fournir des services d'interprétation, empêchant ainsi à des citoyens nécessitant ces services de participer pleinement au processus démocratique et aux mécanismes étatiques—Les membres entendants du public n'étaient pas confrontés à cette difficulté—Cette distinction violait les droits garantis par l'art. 15 de la Charte et cette violation n'était pas justifiée au sens de l'article premier de la Charte—Demande accueillie.

Pratique—Affidavits—Oùï-dire—L'affidavit déposé à l'appui de la demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que les lignes directrices du gouvernement du Canada pour la mise en œuvre de sa Politique d'interprétation par langage gestuel violaient les droits garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* était valide même s'il contenait des oùï-dire parce que cette preuve était suffisamment digne de foi.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—Les demandeurs tentaient d'obtenir des jugements déclaratoires à l'égard des lignes directrices du gouvernement du Canada pour la mise en œuvre de sa Politique d'interprétation par langage gestuel—L'Association des sourds du Canada avait la qualité pour agir dans l'intérêt public en tant qu'organisation qui représente les intérêts des Canadiens sourds.

Pratique—Demandes—Multiplicité des procédures et justiciabilité—La demande en vue d'obtenir des jugements déclaratoires à l'égard des lignes directrices du gouvernement du Canada pour la mise en œuvre de sa Politique d'interprétation par langage gestuel ne contrevenait pas à la règle 302 des *Règles des Cours fédérales* même si les mesures de trois ministères distincts avaient été mises en question puisque le fond de la question avait trait à l'application de la même

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

applicants asking Court to make declaration as to scope of translation services, not seeking prescription of manner in which services provided.

Practice—Commencement of Proceedings—*Federal Courts Act*, s. 18.1(2) 30-day time limit for commencing application not applicable—Applicants seeking declaratory relief, not review of tribunal decision, and delay in bringing application not unreasonable.

Practice—Mootness—Application for declarations as to provision of professional interpretation services by Government of Canada neither moot nor premature as relief sought not already available or forthcoming.

Ivanov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 384

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of decision of Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board cancelling 2001 direction staying execution of applicant's removal order, dismissing appeal under former *Immigration Act*, s. 74(3)(b)(i) (former Act)—Applicant, Georgian, arrived in Canada in 1976 as permanent resident—Minister issuing deportation order in 1999 on basis applicant person described in former Act, s. 27(1)(d) as convicted in Canada of offences punishment for which within s. 27(1)(d) requirements—In appeals under former Act, s. 74(2), (3), IAD must consider all circumstances of individual facing removal including factors identified in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* determined in appeal under s. 70(1)—In present case, IAD having to consider applicant's potential foreign hardship, even in absence of full evidence, submission on issue by applicant—IAD not properly considering in reasons applicant's family in Canada, dislocation to family deportation would cause—Evidence established family members sick, dependent on applicant—IAD also not properly considering length of time applicant spent in Canada, degree to which established herein—Application allowed—Question certified.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

politique à la même communauté—La question soulevée dans la demande était justiciable, c.-à-d. que les demandeurs ne demandaient pas à la Cour de dicter la manière dont le gouvernement devrait dispenser des services de traduction, mais plutôt de déclarer quelle devrait être la portée de tels services.

Pratique—Introduction des procédures—L'art. 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoyant qu'une demande doit être présentée dans une période de 30 jours était inapplicable—Les demandeurs sollicitaient une mesure déclaratoire, pas un contrôle de la décision du tribunal, et le retard dans la présentation de la demande n'était pas déraisonnable.

Pratique—Caractère théorique—La demande en vue d'obtenir des jugements déclaratoires relativement à la prestation de services professionnels d'interprétation par le gouvernement du Canada n'était ni théorique ni prématurée puisque la réparation demandée n'était pas disponible ni ne semblait l'être dans un proche avenir.

Ivanov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) 384

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a annulé son ordre de 2001 de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre le demandeur et a rejeté l'appel interjeté en application de l'art. 74(3)(b)(i) de la *Loi sur l'immigration* (l'ancienne Loi)—Le demandeur, un Géorgien, est arrivé au Canada en 1976 à titre de résident permanent—En 1999, le ministre a pris une mesure d'expulsion contre le demandeur au motif qu'il était une personne visée à l'art. 27(1)(d) de l'ancienne Loi parce qu'il avait été déclaré coupable au Canada de plusieurs infractions pour lesquelles les peines infligées satisfaisaient aux exigences énoncées dans cette disposition—Dans le cas d'appels en vertu des art. 74(2) et (3) de l'ancienne Loi, la SAI doit tenir compte des circonstances particulières de l'espèce pour la personne frappée de renvoi, y compris les facteurs énumérés dans l'affaire *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* dans le cadre d'un appel en vertu de l'art. 70(1)—En l'espèce, la SAI devait prendre en compte les difficultés possibles pour le demandeur à l'étranger, même s'il n'a pas présenté une preuve complète ou des observations sur cette question—La SAI n'a pas adéquatement tenu compte dans ses motifs de la question de savoir si le demandeur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Momi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 291

Practice—Class Actions—Motion under *Federal Courts Act*, s. 18.4(2), Federal Courts Rules r. 299.1 et seq. to certify action as class action against Federal government for overcharging, allegedly by more than 700 million dollars, for application fees for immigrant visas, authorizations or Minister's permits—11 individual plaintiffs originally sought recovery of excess service fees on basis *Financial Administration Act*, s. 19(2) violated since such fees could not exceed cost to Crown of providing service to users or class of users—Under Act, s. 18.4(2), Rules, r. 299.1 et seq. claim must begin as application for judicial review, be converted into action, then certified as class action—In present case, application for judicial review right form to begin proceedings, not action—Motion dismissed as five requirements to certify action under Act, Rules not met anyway—Motion to strike statement of claim earlier dismissed except with respect to allegations based on negligence—Test in motion to certify same as in motion to strike under *Federal Courts Rules*, r. 221 : whether “plain and obvious” statement of claim disclosing no reasonable cause of action except burden on defendant in motion to strike but on plaintiff in motion to certify—Although plaintiffs initially would need judicial review application to have applicable provisions of *Immigration and Refugee Protection Regulations* involving charging, collection of application fees declared invalid, action would better deal with merits of plaintiffs' claims.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

possédait de la famille au Canada, et la dislocation qui pourrait résulter si la mesure d'expulsion était exécutée—Preuve démontrant que les membres établis de la famille du demandeur étaient malades et qu'ils dépendaient du demandeur—De même, la SAI n'a pas adéquatement tenu compte du temps que le demandeur a passé au Canada et de son degré d'établissement ici—Demande accueillie—Question certifiée.

Momi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) 291

Pratique—Recours collectifs—Requête présentée en application de l'art. 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et des règles 299.1 et suivantes des *Règles des Cours fédérales* pour autoriser une action comme recours collectif contre le gouvernement fédéral pour avoir prétendument perçu plus de 700 millions de dollars en trop au titre de droits demandés pour des visas, des autorisations ou des permis du ministre—Onze demandeurs voulaient au départ récupérer les droits excessifs demandés pour les services fournis au motif qu'il y avait eu manquement à l'art. 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* puisque ces droits ne pouvaient excéder les coûts supportés par la Couronne pour la prestation des services aux bénéficiaires ou usagers, ou à une catégorie de ceux-ci—Selon l'art. 18.4(2) de la Loi et les règles 299.1 et suivantes des Règles, la demande doit être introduite à titre de demande de contrôle judiciaire, convertie en action, et ensuite, autorisée à titre de recours collectif—La procédure appropriée en l'espèce était la demande de contrôle judiciaire, pas une action—La requête a été rejetée parce que les cinq conditions requises pour autoriser une action en vertu de la Loi et des Règles n'ont pas été remplies—La requête en radiation de la déclaration avait déjà été rejetée sauf en ce qui concernait les allégations de faute—Le critère applicable à la requête en autorisation est le même que celui qui s'applique à la requête en radiation en vertu de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*, soit s'il est « évident et manifeste » que la déclaration ne révèle aucune cause d'action valable; cependant, le fardeau incombe au défendeur dans le cadre d'une requête en radiation alors qu'il incombe au demandeur dans le cadre d'une requête en autorisation—Même si les demandeurs devraient d'abord présenter une demande de contrôle judiciaire pour obtenir un jugement déclarant que les dispositions applicables du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* sur l'imposition et la perception des droits sont invalides, le bien-fondé des demandes des demandeurs serait mieux tranché dans le cadre d'une action.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Federal Court Jurisdiction—Motion under *Federal Courts Act*, s. 18.4(2), *Federal Courts Rules* r. 299.1 et seq. to certify action as class action against Federal government for overcharging, allegedly by more than 700 million dollars, for application fees for immigrant visas, authorizations or Minister's permits—Parliament distinguishing in Act between actions against federal Crown, judicial review of decisions of federal boards, commissions, other tribunals—*Federal Courts Act*, s. 17 giving Federal, provincial courts concurrent jurisdiction over Crown but Federal Court having exclusive jurisdiction to review most decisions of federal boards, commissions, tribunals—Decisions to charge, collect application fees under *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPR) subject to judicial review—Governor in Council in enacting IRPR constituting federal board, commission or tribunal—Therefore non-compliance with form normally irregularity but class action must conform to requirements in r. 299.18.

Pason Systems Corp. v. Canada (Commissioner of Patents) (F.C.) 269

Patents—Judicial review of Commissioner of Patent's decision allowing Varco, L.P.'s (Varco) application for correction of clerical errors in claim 9 of its patent, pursuant to *Patent Act*, s. 8—Varco not advising Commissioner of ongoing litigation between it and Pason Systems Corp. (Pason)—Pason, directly affected by Commissioner's decision, entitled to bring current application pursuant to *Federal Courts Act*, s. 18.1(1)—Two-step inquiry under s. 8, nature of clerical error, discussed—Alleged errors substantive rather than clerical, thus outside scope of s. 8—In any event, Commissioner would not have allowed amendments had he been aware of ongoing litigation—Varco, patent agent required to make full, fair, frank disclosure of relevant circumstances to Patent Office—Application allowed.

Paszkowski v. Canada (Attorney General) (F.C.) 507

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Plaintiff applying for permanent residence in 1991

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Compétence de la Cour fédérale—Requête présentée en application de l'art. 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et des règles 299.1 et suivantes des *Règles des Cours fédérales* pour autoriser une action comme recours collectif contre le gouvernement fédéral pour avoir prétendument perçu plus de 700 millions de dollars en trop au titre de droits demandés pour des visas, des autorisations ou des permis du ministre—Dans la Loi, le législateur a établi une distinction entre les actions intentées contre la Couronne fédérale et le contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux—L'art. 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* précise que la Cour fédérale et les cours provinciales ont compétence concurrente à l'égard de la Couronne, mais la Cour fédérale possède une compétence exclusive en matière d'examen des décisions des offices fédéraux—Les décisions prises pour imposer et percevoir des droits en vertu du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) sont assujetties au contrôle judiciaire—Le gouverneur en conseil a adopté le RIPR et est à ce titre un office fédéral—Par conséquent, le non-respect de la forme d'action constitue habituellement une irrégularité, mais le recours collectif doit respecter les conditions énoncées à la règle 299.18 des Règles.

Pason Systems Corp. c. Canada (Commissaire aux brevets) (C.F.) 269

Brevets—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a autorisé, en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur les brevets*, la modification de la revendication 9 du brevet de Varco, L.P. (Varco) en raison d'erreurs d'écriture—Varco n'a pas informé le commissaire du litige qui l'opposait à Pason Systems Corp. (Pason)—Pason, qui était directement touchée par la décision du commissaire, était fondée à introduire la présente demande en application de l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*—Analyse de l'examen effectué suivant l'art. 8 quant à la nature des erreurs d'écriture dans le cadre duquel deux questions se posent—Les prétendues erreurs étaient des erreurs de fond plutôt que des erreurs d'écriture et elles échappaient donc à l'application de l'art. 8—Quoi qu'il en soit, le commissaire n'aurait pas autorisé les modifications s'il avait eu connaissance du litige en instance—Varco et son agent avaient une obligation de franchise envers le Bureau des brevets, à qui ils devaient communication pleine et entière des faits pertinents—Demande accueillie.

Paszkowski c. Canada (Procureur général) (C.F.) 507

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—La demanderesse a demandé la résidence

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

—Told *Immigration Act*, s. 46.04(3) preventing application from being processed as long as husband, criminally inadmissible, still in Canada—Bar to plaintiff's application removed shortly thereafter, but parties only becoming aware of this much later—Fact husband entitled to enter, remain in Canada since 1984 coming to light in 1997—Plaintiff granted permanent residence in 2001, bringing action against Crown in 2004 for delay in processing of application—Defendants successfully moving for summary judgment dismissing action.

Practice—Summary Judgment—Motion for summary judgment dismissing action against Crown for damages caused by delay in processing permanent residence application—Not only was action statute-barred, but plaintiff should have proceeded by way of judicial review—Also, evidence with respect to allegations of bad faith, misfeasance, Charter breaches, insufficient to conclude triable issues existed—No genuine issue for trial—Alternatively, case so doubtful not warranting further consideration—Motion granted.

Crown—Torts—Action against Crown on basis named individual defendants breached duty to process application for permanent residence in good faith and in accordance with law, and committed torts of public misfeasance, malfeasance by delaying processing of that application—Motion for dismissal of action by way of summary judgment allowed—Plaintiff not owed duty of care by defendant immigration officials—No facts put forward enabling Court to determine whether allegations of bad faith, misfeasance raising triable issue.

Practice—Limitation of Actions—Action against Crown for delay in processing of permanent residence application commenced in 2004—Applicable provincial limitations statutes providing for general limitation period of two years—Material facts known to plaintiff in 1989—Action statute-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

permanente en 1991—La demanderesse a appris que sa demande ne pouvait pas être traitée en raison de l'art. 46.04(3) de la *Loi sur l'immigration* tant que son mari, qui n'était pas admissible au Canada pour des raisons de criminalité, se trouvait au Canada—L'obstacle à la demande de la demanderesse a été éliminé peu de temps après, mais les parties n'ont eu connaissance de ce fait que beaucoup plus tard—Le fait que son mari avait le droit d'entrer au Canada et d'y séjourner à compter de 1984 a été découvert en 1997—La demanderesse est devenue résidente permanente en 2001 et a intenté une action contre la Couronne en 2004 en raison du retard à traiter sa demande—Les défendeurs ont obtenu gain de cause lorsqu'ils ont demandé à la Cour de rejeter sommairement l'action.

Pratique—Jugement sommaire—Requête en jugement sommaire rejetant l'action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne en raison du retard à traiter une demande de résidence permanente—L'action était non seulement prescrite, mais la demanderesse aurait dû présenter une demande de contrôle judiciaire—De même, la preuve relative aux allégations de mauvaise foi, de faute et de manquements à la Charte ne permettait pas de conclure qu'il y avait des questions à trancher—Il n'y avait pas de véritable question litigieuse—Subsidiairement, l'affaire était tellement douteuse qu'elle ne méritait pas d'être examinée davantage—Requête accueillie.

Couronne—Responsabilité délictuelle—Action intentée contre la Couronne au motif que les particuliers agissant comme défendeurs ont manqué à l'obligation de traiter la demande de résidence permanente de bonne foi et en conformité avec le droit et ont commis une faute et un méfait en retardant le traitement de cette demande—La requête présentée pour faire rejeter sommairement l'action a été accueillie—Les agents d'immigration agissant comme défendeurs n'avaient pas d'obligation de diligence à l'égard de la demanderesse—La demanderesse n'a pas présenté de faits sur lesquels la Cour aurait pu s'appuyer pour conclure que les allégations de mauvaise foi et de faute donnaient lieu à une question à trancher.

Pratique—Prescription—L'action contre la Couronne pour le retard à traiter la demande de résidence permanente a été intentée en 2004—Les règles de droit provinciales applicables prévoient un délai de prescription général de deux ans—La demanderesse avait connaissance des faits substantiels en 1989

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

barred—In any event, appropriate remedy judicial review, not action.

Constitutional Law—Charter of Rights—Action against Crown for delay in processing of permanent residence application—Plaintiff arguing delay violated rights under Charter, ss. 7, 15—Facts submitted insufficient to support these claims.

Peter G. White Management Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage) (F.C.A.) 475

Federal Court Jurisdiction—Appeal from Federal Court order dismissing appeal from Prothonotary’s order striking individual defendants from action, cross-appeal from order reversing Prothonotary’s decision to strike action in entirety—Action for damages in Federal Court for relief against Crown, servants pursuant to *Federal Courts Act*, ss. 17(1), (5)(b), alleging defendants variously liable for “*inter alia*” breach of lease, abuse of public office, torts—Appellant leasing Crown land in Banff National Park (Park), operating ski hill through assignment from original lessee—Although appellant aware of agreement made between park authorities, assignor, under which assignor gave up right to operate gondola lift in summer, change not reflected in lease—Moreover, although operation of gondola lift in summer permitted in original lease, appellant twice refused licence by Field Unit Superintendents of Park—Management Plan for Park tabled in House of Commons prohibiting use of gondola during summer—*Federal Courts Act*, s. 17(5)(b) expressly conferring concurrent jurisdiction on Federal Court for wrongs committed by Crown’s servants, officers in performance of official duties—However, statutory conferral of jurisdiction over matter not sufficing as matter of constitutional law to engage federal jurisdiction—*National Parks Act*, regulations enacted thereunder, *Parks Canada Agency Act* constituting “general body of federal law” essential to disposition of present dispute, nourishing grant of jurisdiction under s. 17(5)(b)—Case law dealing with nexus required between parties’ legal rights, duties and federal law reviewed—Appellant’s allegations that individual defendants acted in excess of statutory powers in “pith and substance” based on federal law—Federal legislation respecting national parks, particularly involving governing of leases, operation of businesses, comprising “detailed statutory framework”—Appeal allowed, cross-appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

—L’action est prescrite—Quoi qu’il en soit, le recours pertinent était le contrôle judiciaire, pas l’action.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Action intentée contre la Couronne pour retard à traiter une demande de résidence permanente—La demanderesse a soutenu que le retard a violé les droits qui lui sont garantis par les art. 7 et 15 de la Charte—Les faits présentés n’étaient pas ces prétentions.

Peter G. White Management Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien) (C.A.F.) 475

Compétence de la Cour fédérale—Appel à l’encontre d’une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté l’appel d’une décision d’un protonotaire, qui avait radié tous les défendeurs individuels d’une action et appel incident à l’égard de la partie de l’ordonnance par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision du protonotaire de rejeter l’action dans son intégralité—Action en dommages-intérêts que l’appelante a introduite devant la Cour fédérale pour obtenir réparation contre la Couronne et des fonctionnaires de la Couronne sous le régime des art. 17(1) et (5)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales* et dans laquelle elle allègue que les défendeurs sont, de diverses façons, responsables, entre autres, de la violation d’un bail, d’abus de fonctions publiques et d’autres actes délictueux—L’appelante loue à bail des terres de la Couronne dans le parc national Banff (le parc), où elle exploite une station de ski, grâce à une cession du locataire original—Bien que l’appelante était au courant de l’accord conclu entre les autorités du parc et le cédant aux termes duquel ce dernier a renoncé à son droit d’exploiter la télécabine au cours de la saison estivale, ce changement n’était pas reflété dans le bail—Qui plus est, bien que le bail original permette l’exploitation de la télécabine au cours de la saison estivale, les directeurs de l’Unité de gestion du parc ont refusé à deux reprises d’accorder une licence à l’appelante—Le Plan directeur du parc déposé à la Chambre des communes interdit l’utilisation de la télécabine pendant l’été—L’art. 17(5)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère expressément à la Cour fédérale une compétence concurrente à l’égard des actes délictueux que commettent les préposés et les fonctionnaires de la Couronne dans l’exercice de leurs fonctions officielles—Cependant, le fait qu’une loi confère compétence sur une affaire ne suffit pas, en droit constitutionnel, à faire intervenir la compétence fédérale—La *Loi sur les parcs nationaux*, les règlements pris en vertu de cette dernière et la *Loi sur l’Agence Parcs Canada* constituent « un ensemble

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Crown—Torts—Appeal from Federal Court order dismissing appeal from Prothonotary's order striking individual defendants—Fundamental common-law principle that Crown servants, including Ministers, liable for breaches of private law duties on same basis as other individuals— *Federal Courts Act*, s. 17(5)(b) expressly contemplating that Crown servants may be sued for anything done, omitted in performance of duties—No basis for exempting Ministers from categories of Crown servants or officers—Prothonotary should not have struck Ms. Copps as defendant in present case.

Practice—Parties—Appeal from Federal Court order dismissing appeal from Prothonotary's order striking individual defendants from style of cause—Federal Court wrong to uphold Prothonotary's order, dismiss appeal after finding removal of individual defendants not vital to issue of case—Causes of action pleaded against various defendants separate, distinct—Federal Court should have determined *de novo* whether individual defendants should be struck—Legal principles governing naming Crown servants, including Ministers, reviewed.

Practice—*Res Judicata*—Cross-appeal from Federal Court order reversing Prothonotary's order dismissing action in entirety as abuse of process, *res judicata*—Federal Court warranted in interfering with Prothonotary's order—Unlike prior application for judicial review of Field Unit Superintendent's refusal to grant gondola operating licence, present action against defendants depending not on claim of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de règles de droit fédérales » qui est essentiel à la solution du litige en l'espèce et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence conférée par l'art. 17(5)b)—Examen de la jurisprudence traitant du lien requis entre les obligations et les droits en common law des parties et le droit fédéral—Les allégations de l'appelante selon lesquelles les défendeurs individuels ont excédé les pouvoirs que la loi leur confère sont « de par leur caractère véritable » fondées sur le droit fédéral—La législation fédérale régissant les parcs nationaux, particulièrement celle qui régit les baux et l'exploitation d'entreprises, constitue un « cadre législatif détaillé »—Appel accueilli, appel incident rejeté.

Couronne—Responsabilité délictuelle—Appel à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'appel d'une décision d'un protonotaire, qui avait radié tous les défendeurs individuels—Il est un principe de base de la common law que les préposés de la Couronne, y compris les ministres, sont responsables, au même titre que d'autres particuliers, de la violation des obligations de droit privé—L'art. 17(5)b) de la *Loi sur les Cours fédérales* envisage expressément que les préposés de la Couronne peuvent être poursuivis pour des faits, actes ou omissions, survenus dans le cadre de leurs fonctions—Il n'y a aucune raison d'exclure un ministre de la catégorie des fonctionnaires ou des préposés de la Couronne—Le protonotaire n'aurait pas dû rayer M^{me} Copps de la liste des défendeurs en l'espèce.

Pratique—Parties—Appel à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'appel d'une décision d'un protonotaire, qui avait radié tous les défendeurs individuels de l'intitulé de la cause—La Cour fédérale avait tort de confirmer la décision du protonotaire et de rejeter l'appel après avoir conclu que l'exclusion des défendeurs individuels n'avait pas une influence déterminante sur l'issue du principal—Les causes d'action plaidées contre les divers défendeurs étaient bien distinctes—La Cour fédérale aurait dû déterminer *de novo* s'il fallait exclure les défendeurs individuels—Examen des principes juridiques relatifs à la désignation de préposés de la Couronne, y compris des ministres.

Pratique—*Res judicata*—Appel incident à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision du protonotaire de rejeter l'action dans son intégralité parce qu'il s'agissait d'un abus de procédure en raison du principe de l'autorité de la chose jugée—La Cour fédérale était justifiée d'annuler l'ordonnance du protonotaire—Contrairement à la demande de contrôle judiciaire antérieure du refus du directeur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

right to gondola operating licence under lease with Crown but on fact Management Plan purported to prevent Superintendent from considering application for licence on merits.

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.) 371

Practice—Affidavits—Appeal from Prothonotary’s order refusing to grant applicant leave to file reply affidavit pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 312—Whether Prothonotary wrong to import fourth requirement (whether evidence sought to be filed available at earlier date) to three-part test for granting leave to file reply evidence—Federal Court of Appeal’s comments in *Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein* with respect to rules governing filing of additional affidavits apply to all motions under r. 312—Appeal dismissed.

Procter & Gamble Co. v. Canada (Commissioner of Patents) (F.C.) 542

Patents—Judicial review of Commissioner of Patent’s decision not to change date of reissue of applicants’ patent in Patent Office records—Intended date of issuance of patent June 11, 1996—That date appearing on patent certificate, but patent only actually delivered on June 18, 1996—Commissioner wrong to conclude delivery of patent certificate to patentee, public not prerequisites to lawful issuance—*Patent Act*, s. 43 requirements for issuance not met in case at bar—Commissioner ordered to change reissue date of applicants’ patent to June 18, 1996—S. 8 discretionary authority to correct clerical errors discussed—Application allowed.

620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 446

Administrative Law—Appeal from Federal Court decision dismissing application for judicial review seeking declaration

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de l’Unité de gestion d’accorder une licence en vue d’exploiter une télécabine, l’action que l’appelante a introduite en l’espèce contre les défendeurs n’était pas fondée sur la prétention qu’elle a droit à une licence en vertu du bail en vue d’exploiter une télécabine, mais plutôt que le Plan directeur visait à empêcher le directeur d’examiner le bien-fondé de la demande de licence.

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.F.) 371

Pratique—Affidavits—Appel à l’encontre d’une ordonnance d’une protonotaire rejetant la requête de la demanderesse en autorisation de déposer son affidavit en réponse en vertu de la règle 312 des *Règles des Cours fédérales*—Il s’agissait de savoir si la protonotaire avait incorporé à tort une quatrième condition (si la contre-preuve qu’on veut déposer était disponible auparavant) dans le critère à trois volets applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve—Les observations que la Cour d’appel fédérale a formulées dans *Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein* relativement aux règles qui régissent le dépôt d’affidavits complémentaires s’appliquent à toutes les requêtes formées sous le régime de la règle 312—Appel rejeté.

Procter & Gamble Co. c. Canada (Commissaire aux brevets) (C.F.) 542

Brevets—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a refusé de changer la date de redélivrance du brevet des demandereses dans les archives du Bureau des brevets—La date de délivrance prévue du brevet était le 11 juin 1996—Cette date figure sur le certificat de brevet, mais le brevet a, en fait, seulement été délivré le 18 juin 1996—Le commissaire a conclu à tort que la délivrance légale du brevet n’était pas subordonnée à la communication au breveté ou au public d’un certificat de brevet—Les conditions énoncées à l’art. 43 de la *Loi sur les brevets* auxquelles est subordonnée la délivrance n’ont pas été remplies en l’espèce—Le commissaire a reçu l’ordre de changer la date de redélivrance du brevet des demandereses au 18 juin 1996—Examen du pouvoir discrétionnaire conféré par l’art. 8 pour corriger des erreurs d’écriture—Demande accueillie.

620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 446

Droit administratif—Appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire, qui

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

licence fee payable by appellants invalid as tax—Appellants operating hotels, restaurants, bars serving alcoholic beverages—Requiring business licence for which must pay fee—Whether portion of licence fee based on percentage of annual purchases of alcohol tax—Legislation distinguishing between fees for services, use of facilities, fees for products, rights, privileges—Business licence fees payable by appellants for “right or privilege” provided by Parks Canada Agency—Relevant analytical framework found in criteria of S.C.C. decision *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority* for identifying regulatory scheme, deciding whether fee necessarily incidental to it—Business licence fees payable by appellants imposed for primary purpose of financing, in part, regulatory scheme governing use, operation of National Park—Appeal dismissed.

National Parks—Appellants operating establishments in Jasper National Park, requiring business licence for which they must pay fee—Business licence fees imposed under *Parks Canada Agency Act*, s. 24 to defray cost, not of issuing licences and enforcement, but of operating national park—Regulation of use and operation of Jasper National Park relevant regulatory scheme for present purposes—Relationship between volume of business done by establishment serving alcohol, costs to Park—Fees for rights, privileges (including business licence fees) fixed under s. 24 not limited to cost of providing particular privilege.

Thambiturai v. Canada (Solicitor General) (F.C.) . . . 412

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board’s decision vacating applicant’s Convention refugee status under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 109 after Immigration Division found applicant inadmissible to Canada for serious criminality,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

concluait à un jugement déclarant que le droit de permis payable par les appelantes était invalide en tant que taxe—Les appelantes exploitent des hôtels, des restaurants et des bars où sont servies des boissons alcoolisées—Pour exploiter ces établissements, il leur faut un permis d’exploitation pour lequel elles doivent payer un droit—Il s’agissait de savoir si la portion des droits de permis d’exploitation fondée sur le pourcentage des achats annuels d’alcool était une taxe—Certaines lois font la distinction entre les droits à payer pour la fourniture de services ou d’installations et les droits à payer pour la fourniture de produits ou l’attribution de droits ou d’avantages—Les droits de permis d’exploitation payables par les appelantes s’appliquaient à un « droit ou avantage » attribué par l’Agence Parcs Canada—Le cadre analytique à retenir se trouve dans les critères énoncés dans l’arrêt *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority* rendu par la Cour suprême du Canada, aux fins de décider s’il s’agit d’un régime de réglementation et si le droit à payer est indissociable de ce régime—Les droits de permis d’exploitation payables par les appelantes ont été imposés dans le dessein principal de financer, en partie, un régime de réglementation, qui régit l’utilisation et l’exploitation du parc national—Appel rejeté.

Parcs nationaux—Les appelantes exploitent des établissements dans le parc national Jasper, ce qui exige un permis d’exploitation pour lequel elles doivent payer un droit—Les droits de permis d’exploitation sont perçus conformément à l’art. 24 de la *Loi sur l’Agence Parcs Canada*, pour acquitter les coûts non pas de la délivrance des permis et des mesures d’observation, mais du fonctionnement d’un parc national—La réglementation de l’utilisation et de l’exploitation du parc national Jasper constituait, en l’espèce, le régime pertinent de réglementation—Il y avait une relation entre le volume d’activités d’un établissement servant des boissons alcoolisées et les coûts supportés par le parc—Le prix à payer pour l’attribution de droits ou d’avantages (y compris pour un permis d’exploitation), qui est fixé en vertu de l’art. 24, ne se limite pas au coût de l’attribution de tel ou tel avantage.

Thambiturai c. Canada (Solliciteur général) (C.F.) . . . 412

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a révoqué le statut de réfugié au sens de la Convention du demandeur en application de l’art. 109 de la *Loi sur l’immigration et la*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

misrepresentation under IRPA, ss. 36(1)(c), 40(1)(a)—Applicant, Sri Lankan, becoming permanent resident of Canada after granted refugee status—Subsequently ordered deported after Citizenship and Immigration Canada discovered applicant having criminal record in France—Appeal from Immigration Division’s decision still pending when RPD vacated applicant’s refugee status—Proceedings to vacate refugee status after applicant found inadmissible for misrepresentation unfair, unnecessary, duplicitous—Constituted abuse of process by relitigation since Immigration Division ordered applicant deported on same facts, basis—RPD erred in finding having jurisdiction to determine vacation proceedings, in not preventing abuse of process—Application allowed.

Practice—*Res Judicata*—Judicial review of Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board’s decision vacating Convention refugee status after Immigration Division found applicant inadmissible to Canada for serious criminality, misrepresentation under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), ss. 36(1)(c), 40(1)(a)—Application to vacate applicant’s status not *res judicata*—*Res judicata* comprised of issue estoppel, cause of action estoppel—Conditions for both discussed but not met in present case—Cause of action before RPD (whether to allow application to vacate refugee status) not same as that before Immigration Division (whether applicant inadmissible to Canada for serious criminality, misrepresentation)—Proceedings before Immigration Division not proceedings to vacate applicant’s refugee status since neither Immigration Division, Immigration Appeal Division having authority to vacate Convention refugee status—Also, Immigration Division decision not final since appeal therefrom still pending when RPD making impugned decision.

SOMMAIRE (Fin)

protection des réfugiés (LIPR) après que la Section de l’immigration a déclaré que le demandeur était une personne visée par les art. 36(1)c) et 40(1)a) de la LIPR, en ce qu’il était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et pour fausses déclarations—Le demandeur, un Sri Lankais, est devenu un résident permanent du Canada après s’être vu reconnaître le statut de réfugié—Le demandeur a par la suite été frappé d’une mesure d’expulsion lorsque Citoyenneté et Immigration Canada a découvert qu’il avait un casier judiciaire en France—L’appel que le demandeur a interjeté à l’encontre de la décision de la Section de l’immigration était toujours en cours lorsque la SPR a révoqué son statut de réfugié—Les procédures visant à faire révoquer le statut de réfugié du demandeur après qu’il a été déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations étaient injustes, inutiles et se chevauchaient—Les procédures constituaient un abus de procédure par remise en litige puisque la Section de l’immigration avait ordonné l’expulsion du demandeur pour les mêmes motifs—La SPR a erré en se jugeant compétente pour instruire l’instance de révocation et en n’évitant pas l’abus de procédure—Demande accueillie.

Pratique—*Res judicata*—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a révoqué le statut de réfugié au sens de la Convention du demandeur après que la Section de l’immigration a déclaré que le demandeur était une personne visée par les art. 36(1)c) et 40(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), en ce qu’il était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et pour fausses déclarations—La demande de révocation du statut du demandeur n’était pas chose jugée—La notion d’autorité de la chose jugée comprend l’irrecevabilité pour identité des questions en litige et l’irrecevabilité pour identité des causes d’action—Les conditions applicables aux deux volets ont été examinées, mais elles n’ont pas été remplies en l’espèce—La cause d’action dont était saisie la SPR (qui était chargée d’établir s’il y avait lieu d’accueillir la demande de révocation du statut) différait de celle soumise à la Section de l’immigration (qui devait déterminer si le demandeur était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et pour fausses déclarations)—La procédure engagée devant la Section de l’immigration n’était pas une procédure visant à faire révoquer le statut de réfugié du demandeur, la Section de l’immigration et la Section d’appel de l’immigration n’ayant pas l’autorité de révoquer le statut de réfugié au sens de la Convention—En outre, la décision de la Section de l’immigration n’était pas définitive puisque l’appel interjeté à l’encontre de celle-ci était encore en cours lorsque la SPR a rendu sa décision attaquée.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Szebenyi v. Canada, [2007] 1 F.C.R. 527 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-271-06, 2007 FCA 118), reasons for judgment handed down 22/3/07.

Thibodeau v. Air Canada, [2006] 2 F.C.R. 70 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-442-05, A-630-05, 2007 FCA 115), reasons for judgment handed down 22/3/07.

SUPREME COURT OF CANADA

VIA Rail Canada Inc. v. Canada (Transportation Agency), [2005] 4 F.C.R. 473 (F.C.A.), was reversed by a decision dated 23/3/07 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Blood Tribe (Department of Health) v. Canada (Privacy Commissioner), A-147-05, 2006 FCA 334, Malone J.A., judgment dated 18/10/06, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. granted 29/3/07.

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Transportation Accident Investigation and Safety Board), [2007] 1 F.C.R. 203 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 5/4/07.

Lister v. Canada, A-118-05, 2006 FCA 331, Sharlow J.A., judgment dated 17/10/06, leave to appeal to S.C.C. refused 29/3/07.

9058-3956 Québec Inc. v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), A-47-06, 2006 FCA 363, Décary J.A., judgment dated 6/11/06, leave to appeal to S.C.C. refused 22/3/07.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Szebenyi c. Canada*, [2007] 1 R.C.F. 527 (C.F.), a été confirmée en appel (A-271-06, 2007 CAF 118), les motifs du jugement ayant été prononcés le 22-3-07.

La décision *Thibodeau c. Air Canada*, [2006] 2 R.C.F. 70 (C.F.), a été confirmée en appel (A-442-05, A-630-05, 2007 CAF 115), les motifs du jugement ayant été prononcés le 22-3-07.

COUR SUPRÊME DU CANADA

VIA Rail Canada Inc. c. Canada (Office des transports), [2005] 4 R.C.F. 473 (C.A.F.), a été infirmé par une décision en date du 23-3-07 qui sera publiée dans le *Recueil des décisions de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Blood Tribe (Department of Health) c. Canada (Commissaire à la protection de la vie privée), A-147-05, 2006 CAF 334, le juge Malone, J.C.A., jugement en date du 18-10-06, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 29-3-07.

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Bureau d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports), [2007] 1 R.C.F. 203 (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 5-4-07.

Lister c. Canada, A-118-05, 2006 CAF 331, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 17-10-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 29-3-07.

9058-3956 Québec Inc. c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), A-47-06, 2006 CAF 363, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 6-11-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 22-3-07.

3234339 Canada Inc. (Crédico Marketing Inc.) v. M.N.R., A-485-05, 2006 FCA 308, Létourneau J.A., judgment dated 22/9/06, leave to appeal to S.C.C. refused 22/3/07.

Zündel v. Canada, A-648-05, 2006 FCA 356, Evans J.A., judgment dated 30/10/06, leave to appeal to S.C.C. refused 12/4/07.

3234339 Canada Inc. (Crédico Marketing Inc.) c. M.R.N., A-485-05, 2006 CAF 308, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 22-9-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 22-3-07.

Zündel c. Canada, A-648-05, 2006 CAF 356, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 30-10-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-4-07.

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

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2007, Vol. 2, Part 2

2007, Vol. 2, 2^e fascicule

T-1845-05
2006 FC 753

T-1845-05
2006 CF 753

Pason Systems Corp. and Pason Systems Inc.
(Applicants)

Pason Systems Corp. et Pason Systems Inc.
(demandereses)

v.

c.

The Commissioner of Patents and Varco, L.P.
(Respondents)

Le commissaire aux brevets et Varco, L.P.
(défendeurs)

INDEXED AS: PASON SYSTEMS CORP. v. CANADA
(COMMISSIONER OF PATENTS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : PASON SYSTEMS CORP. c. CANADA
(COMMISSAIRE AUX BREVETS) (C.F.)

Federal Court, Hughes J.—Toronto, June 12 and 13,
2006.

Cour fédérale, juge Hughes—Toronto, 12 et 13 juin
2006.

Patents — Judicial review of Commissioner of Patent's decision allowing Varco, L.P.'s (Varco) application for correction of clerical errors in claim 9 of its patent, pursuant to Patent Act, s. 8 — Varco not advising Commissioner of ongoing litigation between it and Pason Systems Corp. (Pason) — Pason, directly affected by Commissioner's decision, entitled to bring current application pursuant to Federal Courts Act, s. 18.1(1) — Two-step inquiry under s. 8, nature of clerical error, discussed — Alleged errors substantive rather than clerical, thus outside scope of s. 8 — In any event, Commissioner would not have allowed amendments had he been aware of ongoing litigation — Varco, patent agent required to make full, fair, frank disclosure of relevant circumstances to Patent Office — Application allowed.

Brevets — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a autorisé, en vertu de l'art. 8 de la Loi sur les brevets, la modification de la revendication 9 du brevet de Varco, L.P. (Varco) en raison d'erreurs d'écriture — Varco n'a pas informé le commissaire du litige qui l'opposait à Pason Systems Corp. (Pason) — Pason, qui était directement touchée par la décision du commissaire, était fondée à introduire la présente demande en application de l'art. 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales — Analyse de l'examen effectué suivant l'art. 8 quant à la nature des erreurs d'écriture dans le cadre duquel deux questions se posent — Les prétendues erreurs étaient des erreurs de fond plutôt que des erreurs d'écriture et elles échappaient donc à l'application de l'art. 8 — Quoi qu'il en soit, le commissaire n'aurait pas autorisé les modifications s'il avait eu connaissance du litige en instance — Varco et son agent avaient une obligation de franchise envers le Bureau des brevets, à qui ils devaient communication pleine et entière des faits pertinents — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision by the Commissioner of Patents allowing amendments to claim 9 of Varco, L.P.'s (Varco) Canadian patent No. 2094313 pursuant to section 8 of the *Patent Act*, which provides that “[c]lerical errors . . . may be corrected under the authority of the Commissioner.” Prior to applying to the Commissioner for the corrections in question, Varco had instituted an action against Pason Systems Corp. (Pason) for patent infringement. The Commissioner was not advised of this litigation, nor was Pason advised of the application for corrections and their subsequent approval (certificate of correction on the public record as of about May 30, 2005). It was only on September 22, 2005 that Pason became aware of the certificate. The current proceedings were initiated within 30 days of that date.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a autorisé, en vertu de l’article 8 de la *Loi sur les brevets*, la modification de la revendication 9 du brevet canadien 2094313 de Varco, L.P. (Varco). Cet article dispose que les erreurs d’écriture « peuvent être corrigées sous l’autorité du commissaire ». Avant de présenter sa demande de correction au commissaire, Varco avait introduit une action contre Pason Systems Corp. (Pason) pour contrefaçon de brevet. Le commissaire n’avait pas été informé de l’instance et Pason n’avait pas été informé de la demande de correction ni de son approbation ultérieure (le certificat de correction a été rendu public vers le 30 mai 2005). Pason a seulement eu connaissance du certificat le 22 septembre 2005. La présente instance a été introduite dans les 30 jours suivant cette date.

Held, the application should be allowed.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Although the *Patent Act* does not provide any mechanism for a third party to challenge a decision made by the Commissioner under section 8, Pason was directly affected by the section 8 decision in the case at bar and therefore could bring an application for judicial review pursuant to subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, which it did in a sufficiently timely fashion (i.e. within 30 days of actual knowledge of the certificate).

The inquiry to be undertaken by the Commissioner under section 8 is twofold. He must determine whether there is a clerical error and, if so, what discretionary corrective measure, if any, should be taken. A careful review of claim 9 did not demonstrate that the changes requested by Varco were immediately apparent as clerical errors, such errors being defined in the case law as something that arises in the mechanical process of writing or transcribing. The alleged errors were substantive in nature rather than clerical, and thus outside of the scope of section 8. Such interpretation of the nature of clerical error was supported by the *Manual of Patent Office Procedure*, which states that no correction will be made which affects the rights of others, and by a comparison of corrections by way of re-issue with corrections pursuant to section 8. Such a comparison made it clear that the latter type of corrections are intended to deal only with errors of an obvious clerical nature that have no material effect on the patent as it would always have been understood by anyone prepared to overlook simple and obvious clerical errors.

In any event, the Commissioner would not have allowed the amendments had he been aware of the ongoing litigation. Varco and its patent agent owed a duty of candour to the Patent Office to make a full, fair and frank disclosure of the relevant circumstances. It was incumbent upon them to act with integrity, and they were clearly obligated to disclose such a relevant matter as ongoing litigation. As the Commissioner exercised his discretion ignorant of this litigation, his decision had to be set aside.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), Tariff B, Column III.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 8 (as am. by S.C. 1993,

Bien que la *Loi sur les brevets* ne prévoit aucun mécanisme permettant à un tiers de contester une décision rendue par le commissaire sous le régime de l'article 8, Pason était directement touchée par la décision visée en l'espèce. Elle pouvait donc présenter une demande de contrôle judiciaire en application du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, ce qu'elle a fait en temps voulu (c.-à-d. dans les 30 jours suivant la date à laquelle elle a effectivement eu connaissance du certificat).

Lorsqu'il se livre à l'examen d'une affaire se rapportant à l'article 8, le commissaire doit se poser deux questions. Il doit déterminer s'il y a effectivement eu erreur d'écriture et, si oui, s'il y a lieu de prendre des mesures discrétionnaires et lesquelles. Il ressort d'un examen attentif de la revendication 9 que les modifications que Varco a demandées n'apparaissaient pas immédiatement comme des corrections d'erreurs d'écriture, ces erreurs étant définies dans la jurisprudence comme étant des erreurs qui surviennent dans le processus mécanique de rédaction ou de transcription. Les prétendues erreurs étaient en effet des erreurs de fond plutôt que des erreurs d'écriture et elles échappaient donc à l'application de l'article 8. Cette interprétation de la nature des erreurs d'écriture reposait sur le *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, qui précise que ne seront pas apportées les corrections ayant une incidence négative sur les droits de tiers, et sur une comparaison des corrections par voie de redélivrance et des corrections en vertu de l'article 8. Cette comparaison montrait clairement que le deuxième type de corrections n'ont pour objet que les erreurs qui sont à l'évidence de simples erreurs d'écriture, n'ayant pas d'effet important sur le brevet, ainsi que l'aurait toujours compris toute personne disposée à ne pas accorder d'importance aux erreurs de cette nature.

Quoi qu'il en soit, le commissaire n'aurait pas autorisé les modifications demandées s'il avait eu connaissance du litige en instance. Varco et son agent de brevets avaient une obligation de franchise envers le Bureau des brevets, à qui ils devaient communication pleine et entière des faits pertinents. Il leur incombait d'agir avec intégrité et ils avaient manifestement l'obligation de communiquer un fait visiblement pertinent tel que l'existence d'un litige en cours. Comme le commissaire a exercé son pouvoir discrétionnaire dans l'ignorance de ce litige, sa décision devait être annulée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 8 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 27), 41 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16), 48.5 (édicte, *idem*, art. 18).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

c. 15, s. 27), 41 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), 48.5 (as enacted *idem*, s. 18).
Patent Rules, SOR/96-423.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

CertainTeed Corp. v. Canada (Attorney General) (2006), 50 C.P.R. (4th) 177; 2006 FC 436; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Bayer Aktiengesellschaft v. Commissioner of Patents*, [1981] 1 F.C. 656; 53 C.P.R. (2d) 70 (T.D.); *Upjohn Co. v. Commissioner of Patents et al.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 228 (F.C.T.D.); *revd sub nom. Novopharm Ltd. v. Upjohn Co.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 432 (F.C.A.).

CONSIDERED:

College of Chiropodists of Ontario v. Canadian Podiatric Medical Assn. (2004), 248 D.L.R. (4th) 277; 37 C.P.R. (4th) 219; 266 F.T.R. 219; 2004 FC 1774; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Commissioner of Patents)* (1997), 77 C.P.R. (3d) 300; 138 F.T.R. 144 (F.C.T.D.); *affd* (1998), 82 C.P.R. (3d) 192; 229 N.R. 217 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Canadian Intellectual Property Office. *Manual of Patent Office Procedure*, ss. 23.04, 23.04.02, 23.04.03.
Intellectual Property Institute of Canada. *Code of Ethics* (as of March 6, 2001).

APPLICATION for judicial review of the Commissioner of Patents' decision to allow amendments to a patent owned by Varco, L.P. pursuant to section 8 of the *Patent Act* on the basis of clerical error. Application allowed.

APPEARANCES:

A. Kelly Gill and *Selena Kim* for applicants.

Andrew M. Shaughnessy and *Julie Maclean* for respondent Varco, L.P.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, for applicants.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), tarif B, colonne III.
Règles sur les brevets, DORS/96-423.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

CertainTeed Corp. c. Canada (Procureur général), 2006 CF 436; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Bayer Aktiengesellschaft c. Commissaire aux brevets*, [1981] 1 C.F. 656 (1^{re} inst.); *Upjohn Co. c. Commissaire aux brevets et al.*, [1983] A.C.F. n° 820 (1^{re} inst.) (QL); *inf. par sub nom. Novopharm Ltd. c. Upjohn Co.*, [1984] A.C.F. n° 1031 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ordre des podologues de l'Ontario c. Canadian Podiatric Medical Assn., 2004 CF 1774; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [1997] A.C.F. n° 1424 (1^{re} inst.) (QL); *conf. par* [1998] A.C.F. n° 937 (C.A.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Institut de la propriété intellectuelle du Canada. *Code de déontologie* (en date du 6 mars 2001).
Office de la propriété intellectuelle du Canada. *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, sections 23.04, 23.04.02, 23.04.03.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a autorisé, en vertu de l'article 8 de la *Loi sur les brevets*, la modification du brevet de Varco, L.P. en raison d'erreurs d'écriture. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

A. Kelly Gill et *Selena Kim* pour les demanderes.

Andrew M. Shaughnessy et *Julie Maclean* pour la défenderesse Varco, L.P.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, pour les demanderes.

Torys LLP, Toronto, for respondent Varco, L.P.

Torys LLP, Toronto, pour la défenderesse Varco, L.P.

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

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

[1] HUGHES J.: This is an application for judicial review of a decision of the Commissioner of Patents to allow amendments to claim 9 of Canadian patent No. 2094313 under the provisions of section 8 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 27] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 on the basis of “clerical errors”.

[1] LE JUGE HUGHES : Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a autorisé, en vertu de l’article 8 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 27] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, la modification de la revendication 9 du brevet canadien 2094313 en raison d’« erreurs d’écriture ».

[2] The patent is owned by the respondent Varco who has instituted an action in this Court, T-436-05, alleging that the applicant Pason has infringed that patent, including claim 9. Pason has defended that action and counterclaimed alleging invalidity of several claims of the patent, including claim 9.

[2] Le brevet en question appartient à la défenderesse Varco, qui a introduit devant la Cour une action (T-436-05) où elle soutient que la demanderesse Pason a contrefait ce brevet, y compris la revendication 9. Pason a contesté l’action et a introduit une demande reconventionnelle en alléguant l’invalidité de plusieurs revendications dudit brevet, notamment la revendication 9.

[3] Varco, without advising Pason, during the foregoing litigation, made an application to the Commissioner of Patents for correction of some of the disclosure and of claims 4 and 9 of the patent under the provisions of section 8 of the *Patent Act* which states:

[3] Au cours de l’instance susdite, Varco a demandé au commissaire aux brevets, sans en aviser Pason, de corriger certains éléments de l’exposé de l’invention et des revendications 4 et 9 du brevet en vertu de l’article 8 de la *Loi sur les brevets* dont voici le texte :

8. Clerical errors in any instrument of record in the Patent Office do not invalidate the instrument but they may be corrected under the authority of the Commissioner.

8. Un document en dépôt au Bureau des brevets n’est pas invalide en raison d’erreurs d’écriture; elles peuvent être corrigées sous l’autorité du commissaire.

[4] This application for correction took the form of a letter dated May 17, 2005, from Varco’s lawyers/patent agents which, as to claim 9, which is the only correction challenged in these proceedings, stated:

[4] La demande de correction a été faite dans une lettre datée du 17 mai 2005, qui a été envoyée par les avocats/agents de brevet de Varco, et précisait ce qui suit au sujet de la revendication 9, la seule correction contestée dans la présente instance :

[TRANSLATION]

Re: Section 8 of the *Patent Act*, Correction of Clerical Errors

Objet : Article 8 de la *Loi sur les brevets* : Corrections d’erreurs d’écriture

This is a request for a Certificate of Correction of clerical error pursuant to Section 8 of the *Patent Act* in respect of Canadian Patent No. 2,094,313.

Il s’agit d’une demande visant à obtenir un certificat de correction d’erreur d’écriture en vertu de l’article 8 de la *Loi sur les brevets* en ce qui concerne le brevet canadien 2,094,313.

These errors are apparent on the face of the record as follows:

Ces erreurs ressortent à la lecture du dossier :

...

[. . .]

5. In claim 9 (on page 46),

5. Dans la revendication 9 (à la page 46),

(a) at line 15, delete “first” and insert “second”

a) à la ligne 15, supprimer le mot « *first* » et insérer le mot « *second* »

Comments: This clerical error is intrinsically apparent from claim 9 itself. In the immediately preceding clause in claim 9, it reads “. . . a first relay connected to said drilling fluid pressure regulator, said first relay. . .” The clause containing the clerical error immediately following reads as follows: “. . . a second relay connected to said bit weight regulator, said first relay. . .” Clearly, this latter underlined “first” should read “second”, since the clause is dealing with the “second relay” not the “first relay”.

Commentaires : Cette erreur d’écriture est évidente de manière intrinsèque dans la revendication 9 proprement dite. La clause précédant immédiatement la revendication 9 est rédigée comme suit : « . . . a first relay connected to said drilling fluid pressure regulator, said first relay [. . .] » La clause contenant l’erreur d’écriture qui suit immédiatement est rédigée comme suit : « . . . a second relay connected to said bit weight regulator, said first relay [. . .] » Il est évident que le dernier « *first* » souligné devrait être remplacé par « *second* » car la clause concerne le « second relais », et non le « premier relais ».

(b) at line 25, delete “controller”

b) à la ligne 25, supprimer « *controller* »

Comments: This clerical error is apparent from the context of claim 9. The drill string controller is not controlling the rate of release of the drill string controller, but rather is controlling the rate of release of the drill string itself (see the preamble of claim 9: “An automatic drilling system for automatically regulating the releasing of the drill string of a drilling rig . . .”; and see lines 28, 31 and 33, where the language does not contain the clerical error, and see also for example, claim 10, where the corresponding language does not contain the clerical error).

Commentaires : Cette erreur d’écriture ressort du contexte de la revendication 9. Le contrôleur du train de tiges ne contrôle pas le taux de décharge du contrôleur du train de tiges, mais plutôt le taux de décharge du train de tiges proprement dit (voir le préambule de la revendication 9 : « *An automatic drilling system for automatically regulating the releasing of the drill string of a drilling rig* [. . .] »; voir également les lignes 28, 31 et 33, où le texte ne contient aucune erreur d’écriture; par exemple, voir aussi la revendication 10, où le texte correspondant ne contient pas d’erreur d’écriture).

(c) at line 27, delete “increases” and insert “decreases”

c) à la ligne 27, supprimer le mot « *increases* » et insérer le mot « *decreases* ».

Comments: This clerical error is apparent both intrinsically from claim 9 itself and from the remainder of the specification. At lines 23 to 25, claim 9 states that when there is a decrease in drilling fluid pressure, there is an increase in rate of release of the drill string. This is the correct inverse relationship. On the contrary and in error, lines 25 to 28 provide that when the drilling fluid pressure increases the rate of release

Commentaires : Cette erreur d’écriture ressort de manière intrinsèque de la revendication 9 proprement dite et, du reste du mémoire descriptif. Aux lignes 23 à 25, la revendication 9 porte que, lorsqu’il y a une réduction de la pression du fluide de forage, il en résulte une augmentation du taux de décharge du train de tiges. Il s’agit là de la relation inverse correcte. Aux lignes 25 à 28, le contraire est affirmé par erreur

of the drilling string also increases. This latter “increases” clearly should read “decreases”. This inverse relationship and the use of the correct “decreases” when fluid pressure increases is set out in claims 1 and 11 and, inter alia, in the disclosure at page 4, lines 13 to 21.

(d) at line 30 delete “decreases” and insert “increases”

Comments: This clerical error is apparent intrinsically from claim 9 itself and from the remainder of the specification. At lines 31 to 33, claim 9 states that when there is an increase in bit weight, the rate of release of the drill string is decreased. This is the correct inverse relationship. On the contrary, and in error, lines 28 to 30 provide that when there is a decrease in bit weight, the rate of release of the drill string is decreased. Thus, at line 30, “decreases” should read “increases”. This inverse relationship and the use of the correct “increases” when bit weight decreases is set out in claim 2 and, inter alia, in the disclosure at page 4, lines 22 to 29.

...

The patentee respectfully requests correction of these clerical errors pursuant to Section 8 of the *Patent Act*. In furtherance of this request, and for the Commissioner’s convenience, we enclose a schedule that may be used, if thought appropriate, to append to the requested Certificate of Correction.

...

SCHEDULE

...

5. In claim 9 (page 46)

(a) at line 15, delete “first” and insert “second”;

lorsqu’on y lit qu’à mesure que la pression du liquide de forage augmente, le taux de décharge du train de tiges augmente également. Il est évident que le dernier « *increases* » devrait plutôt être « *decreases* ». Cette relation inverse et l’utilisation du bon mot « *decrease* » lorsque la pression du fluide de forage augmente est expliqué dans les revendications 1 et 11, et notamment aux lignes 13 à 21, à la page 4 de la divulgation.

d) à la ligne 30, supprimer le mot « *decreases* » et insérer le mot « *increases* ».

Commentaires : Cette erreur d’écriture ressort de manière intrinsèque de la revendication 9 proprement dite et du reste du mémoire descriptif. Aux lignes 31 à 33, la revendication 9 précise que, lorsqu’il y a une augmentation de la charge sur le trépan, le taux de décharge du train de tige diminue. Il s’agit là de la relation inverse correcte. Les lignes 28 à 30 indiquent le contraire par erreur lorsqu’on y lit qu’à mesure que la charge de trépan diminue, le taux de décharge du train de tiges diminue. Donc, à la ligne 30, le mot « *decreases* » devrait plutôt être « *increases* ». Cette relation inverse et l’utilisation du bon mot « *increases* » lorsque la charge au trépan diminue est expliquée dans la revendication 2, et notamment aux lignes 22 à 29 à la page 4 de la divulgation.

[. . .]

Le breveté demande respectueusement la correction de ces erreurs d’écriture, en vertu de l’article 8 de la *Loi sur les brevets*. En réponse à cette demande, et pour la commodité du commissaire, nous incluons une annexe qui peut, si cela est jugé approprié, être jointe au certificat de correction demandé.

[. . .]

ANNEXE

[. . .]

5. Dans la revendication 9 (page 46)

a) À la ligne 15, supprimer le mot « *first* » et insérer le mot « *second* »;

- (b) at line 25, delete “controller”;
- (c) at line 27, delete “increases” and insert “decreases”; and
- (d) at line 30, delete “decreases” and insert “increases”.

[5] Varco did not disclose to the Commissioner the fact of the ongoing litigation with Pason. The Commissioner did not seek any evidence or further submissions from Varco.

[6] On May 30, 2005 the Commissioner issued a certificate of correction stating that the following corrections were made to the patent:

In the Patent Grant:

1. In the disclosure: page 18, line 30 “cable 20” has been deleted to insert “cable 207” instead. Page 22, line 13 “brake 232” has been deleted to insert “brake 32” instead. Page 23, line 23, “off bottom” has been deleted to insert “on bottom” instead.

2. In the claims: at lines 13 and 14 of claim 4 (page 44); on line 13 (second occurrence) “an” and “increase” on line 14, have been deleted and replaced with “a decrease” instead. In claim 9 (page 46); a) at line 15, “first” has been deleted and replaced by “second”. b) at line 25, “controller” has been deleted. c) at line 27, “increases” has been deleted and replaced by “decreases”. d) on line 30, “decreases” has been deleted and replaced by “increases”. At line 1 of claim 13 (page 48), “claim 1” has been deleted and replaced by “claim 11”.

[7] In respect of claim 9, the corrections can be illustrated as follows:

9. An automatic drilling system for automatically regulating the releasing of the drill string of a drilling rig during the drilling of a borehole, comprising:

- a drilling fluid pressure sensor;
- a bit weight sensor;

a drilling fluid pressure regulator responsive to changes in drilling fluid pressure for outputting a signal representative of those changes;

- b) À la ligne 25, supprimer le mot « *controller* »;
- c) À la ligne 27, supprimer le mot « *increases* » et insérer le mot « *decreases* »;
- d) À la ligne 30, supprimer le mot « *decreases* » et insérer le mot « *increases* ».

[5] Varco n’a pas informé le commissaire du fait qu’une instance l’opposant à Pason était en cours. Le commissaire n’a pas demandé à Varco d’éléments de preuve ni d’autres observations.

[6] Le 30 mai 2005, le commissaire a délivré un certificat de correction portant que les corrections suivantes avaient été apportées au brevet :

[TRADUCTION]

Dans l’octroi du brevet :

1. Dans la divulgation : à la page 18, ligne 30, l’expression « *cable 20* » a été supprimée et remplacée par l’expression « *cable 207* ». À la page 22, ligne 13, l’expression « *brake 232* » a été supprimée et remplacée par l’expression « *brake 32* ». À la page 23, ligne 23, l’expression « *off bottom* » a été supprimée et remplacée par l’expression « *on bottom* ».

2. Dans les revendications : aux lignes 13 et 14 de la revendication 4 (page 44); à la ligne 13 (deuxième occurrence) les mots « *an* » et « *increase* » à la ligne 14 ont été supprimés et remplacés par l’expression « *a decrease* ». Dans la revendication 9 (page 46); a) à la ligne 15, le mot « *first* » a été supprimé et remplacé par le mot « *second* »; b) à la ligne 25, le mot « *controller* » a été supprimé; c) à la ligne 27, le mot « *increases* » a été supprimé et remplacé par le mot « *decreases* ». d) À la ligne 30, le mot « *decreases* » a été supprimé et remplacé par le mot « *increases* ». À la ligne 1 de la revendication 13 (page 48), l’expression « *claim 1* » a été supprimée et remplacée par l’expression « *claim 11* ».

[7] En ce qui concerne la revendication 9, les corrections apportées sont les suivantes :

9. Un dispositif de forage automatique qui régule automatiquement la libération du train de forage d’une sondeuse durant le forage d’un trou de forage:

- un capteur de pression de liquide de forage;
- un capteur de poids sur l’outil;

un régulateur de pression de liquide de forage qui répond aux changements de pression du liquide de forage et qui affiche un signal qui indique ces changements;

a bit weight regulator responsive to changes in bit weight for outputting a signal representative of those changes;

a first relay connected to said drilling fluid pressure regulator, said first relay responsive to the output signal of said drilling fluid pressure regulator to supply a first drill string control signal at an output thereof;

a second relay connected to said bit weight regulator, said **second** (“first” deleted) relay responsive to the output signal of said bit weight regulator to supply a second drill string control signal at an output thereof;

a relay selector connected to said first and second relay to select any one of said first drill string control signal, said second drill string control signal, and both of said first and second drill string control signals to control the release of said drill string; and

a drill string controller coupled to said first and second relays wherein when said first drill string control signal represents a decrease in drilling fluid pressure, said drill string controller increases the rate of release of said drill string (“**controller**” deleted) and when said first drill string control signal represents an increase in drilling fluid pressure, said drill string controller **decreases** (“increases” deleted) the rate of release of said drill string, and further wherein when said second drill string control signal represents a decrease in bit weight, said drill string controller **increases** (“decreases” deleted) the rate of release of said drill string and when said second drill string control signal represents an increase in bit weight, said drill string controller decreases the rate of release of said drill string.

[8] Pason was not advised by Varco that a certificate of correction had been issued and, while the certificate was on the public record as of about May 30, 2005, the evidence is that neither Pason nor its legal counsel became aware of the certificate until September 22, 2005. These proceedings were initiated within 30 days of that date.

[9] Pason’s application is supported by an affidavit providing a record of the proceedings before the Commissioner and in action T-436-05 and further affidavits attesting as to when they and their law firm became aware of the certificate of correction. Varco has filed an affidavit of Robert H. Barrigar, a Canadian lawyer and patent agent having much experience in the areas of patent law and prosecution. Pason challenges

un régulateur de poids sur l’outil qui répond aux changements de poids sur l’outil et qui affiche un signal qui indique ces changements;

un premier relais, relié au régulateur de pression de liquide de forage, qui répond au signal de sortie du régulateur de pression de liquide de forage et fournit un premier signal de contrôle correspondant en sortie du train de forage;

un premier relais relié au régulateur de poids sur l’outil et ce **deuxième** (le premier est supprimé) relais répond au signal de sortie du régulateur de poids sur l’outil et fournit un deuxième signal de contrôle correspondant en sortie du train de forage;

un sélecteur de relais relié au premier et au deuxième relais choisit n’importe lequel du premier ou du deuxième signal de contrôle du train de forage et le premier et le deuxième signal de contrôle du train de forage contrôlent tous les deux la libération du train de forage;

un contrôleur de train de forage relié au premier et au deuxième relais lorsque le premier signal de contrôle du train de forage représente une diminution de la pression du liquide de forage, le contrôleur de train de forage augmente la cadence de libération du train de forage (**contrôleur supprimé**) et lorsque le premier signal de contrôle du train de forage indique une augmentation de la pression du liquide de forage, le contrôleur de train de forage **diminue** (augmentations supprimées) la cadence de libération du train de forage et, de plus, lorsque le deuxième signal de contrôle du train de forage indique une diminution du poids de l’outil, le contrôleur du train de forage **augmente** (les diminutions sont supprimées) la cadence de libération du train de forage et lorsque le deuxième signal de contrôle du train de forage indique une augmentation du poids de l’outil, le contrôleur du train de forage diminue la cadence de libération du train de forage.

[8] Varco n’a pas informé Pason qu’un certificat de correction avait été délivré; s’il est vrai que ce certificat a été rendu public vers le 30 mai 2005, la preuve montre que ni Pason ni ses avocats n’en ont eu connaissance avant le 22 septembre 2005. La présente demande de contrôle judiciaire a été introduite dans les 30 jours suivant cette date.

[9] La demande de Pason est appuyée par un affidavit récapitulant les démarches faites auprès du commissaire et les procédures de l’action T-436-05, ainsi que par d’autres affidavits concernant le moment où elle et ses avocats ont eu connaissance du certificat de correction. Varco a déposé un affidavit souscrit par Robert H. Barrigar, avocat et agent de brevets canadien ayant une grande expérience du droit des brevets et des poursuites

the admissibility of that affidavit.

[10] The Commissioner did not appear or make representations in these proceedings.

Issues

[11] The issues to be determined in this application are:

1. Standing and Timeliness. Does Pason have standing to seek review of the Commissioner's decision to issue a certificate of correction and, if so, did it bring this proceeding in a timely manner? If not, will an extension of time be granted?

2. Standard of Review. What is the standard to be applied by the Court in reviewing the Commissioner's decision?

3. Is the Barrigar affidavit admissible in these proceedings?

4. Did the Commissioner commit a reviewable error?

5. What relief if any, is to be given?

1. Standing and Timeliness

[12] The *Patent Act* does not provide any mechanism for a third party to challenge a decision made by the Commissioner under section 8 of that Act. Precedent shows that unsuccessful patentees who were refused corrections under these provisions have sought judicial review under the provisions of section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]. There is no precedent in respect of a third party seeking to challenge such a decision.

[13] Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* permits "anyone directly affected" by the matter in respect of which relief is sought, to bring an application

dans ce domaine. Pason conteste l'admissibilité de cet affidavit.

[10] Le commissaire n'a pas comparu et n'a pas présenté d'observations dans la présente espèce.

Les questions en litige

[11] Les questions à trancher dans la présente demande sont les suivantes :

1. La qualité pour agir et le respect du délai. Pason a-t-elle qualité pour demander le contrôle de la décision du commissaire de délivrer un certificat de correction? Dans l'affirmative, a-t-elle introduit la présente demande dans le délai prescrit? Et si elle a dépassé ce délai, convient-il de lui accorder une prorogation?

2. La norme de contrôle. Quelle norme la Cour doit-elle appliquer au contrôle de la décision du commissaire?

3. L'affidavit de M. Barrigar est-il admissible dans la présente espèce?

4. Le commissaire a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle?

5. Quelle réparation la Cour doit-elle accorder, le cas échéant?

1. La qualité pour agir et le respect du délai

[12] La *Loi sur les brevets* ne prévoit aucun mécanisme permettant à un tiers de contester une décision rendue par le commissaire sous le régime de l'article 8. Il est déjà arrivé que des brevetés à qui l'on avait refusé des corrections sous le régime dudit article demandent le contrôle judiciaire de ces refus en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]. Mais il n'y a pas de précédent pour ce qui concerne la contestation d'une telle décision par un tiers.

[13] Suivant le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, peut présenter une demande de contrôle judiciaire « quiconque est directement touché »

for judicial review. Here Pason, being sued for infringement of the patent at issue, and counterclaiming as to invalidity, is clearly “directly affected” by the decision. Varco kept quiet about its application for correction, and about the grant of the certificate. One expects that it would have sooner or later made that disclosure on discovery. Varco did, several months after the amendment had been made, make reference to it in its reply and defence to counterclaim. Why Varco or its patent agents or its lawyers were not more forthright has not been disclosed.

[14] Pason brought this application within 30 days from the date that it had actual knowledge of the certificate. The circumstances here are similar to those reviewed by this Court in *College of Chiropractors of Ontario v. Canadian Podiatric Medical Association* (2004), 248 D.L.R. (4th) 277 (F.C.), where the Court permitted an extension of time to challenge a trade-mark notice where a party did so within 30 days of actual knowledge. In that case Justice Heneghan said, at paragraphs 81-83:

When did that thirty-day time period begin to run? In *Magnotta Winery Corp. v. Vintners Quality Alliance of Canada* (1999), 1 C.P.R. (4th) 68 (F.C.T.D.), the Court addressed the question of timeliness and whether an extension of time should be granted.

In that case, the Registrar published notice of the mark in the *Trade-marks Journal* dated May 27, 1998. The applicants learned of this on August 20, 1998 and immediately contacted the respondent to communicate their objection to their receipt of an official mark. Subsequently, the applicants sought direction from the Court as to the proper procedures to be followed in challenging the decision of the Registrar.

At p. 78, the Court made the following observations concerning the lack of knowledge by the applicants about the publication of the official mark:

I would not characterize Magnotta’s failure to notice the publication in the *Trade-marks Journal* of May 27, 1998, as “going to sleep” as counsel for the VQA argues. There was a certain amount of subterfuge involved in the VQA’s application for, and obtaining of the publication

par l’objet de la demande. Dans la présente espèce, Pason, qui est poursuivie pour contrefaçon du brevet en cause et a présenté une demande reconventionnelle alléguant l’invalidité de celui-ci, est de toute évidence « directement touchée » par la décision du commissaire. Varco a gardé le silence sur sa demande de correction et la délivrance du certificat. Il y a lieu de penser qu’elle aurait tôt ou tard révélé ces faits dans le cadre de l’interrogatoire préalable. En fait, elle en a parlé dans sa réponse et défense reconventionnelle, quelques mois après que les corrections demandées eurent été apportées. Les raisons pour lesquelles Varco, ses agents de brevets ou ses avocats ne se sont pas montrés plus francs sur cette question n’ont pas été révélées.

[14] Pason a déposé la présente demande dans les 30 jours suivant la date à laquelle elle a eu effectivement connaissance du certificat de correction. Les circonstances de la présente affaire sont analogues à celles que la Cour a examinées dans *Ordre des podologues de l’Ontario c. Canadian Podiatric Medical Ass.*, 2004 CF 1774, où elle a accordé une prorogation de délai à une partie qui avait contesté un avis de marque de commerce dans les 30 jours suivant la date où elle en avait eu effectivement connaissance. La juge Heneghan a fait les observations suivantes aux paragraphes 81 à 83 de cette décision :

À quelle date est-ce que cette période de trente jours a commencé? Dans l’affaire *Magnotta Winery Corp. c. Vintners Quality Alliance of Canada* (2000), 1 C.P.R. (4th) 68 (1^{re} inst.), la Cour a traité de la question du délai et de savoir si une prorogation de délai devrait être accordée.

Dans cette affaire, le registraire a donné avis de la marque dans le *Journal des marques de commerce* du 27 mai 1998. Les demanderesse en ont été informées le 20 août 1998 et ont communiqué immédiatement avec la défenderesse pour signifier leur opposition à ce qu’une marque officielle lui soit attribuée. Par la suite, les demanderesse ont sollicité une directive de la Cour quant à la bonne façon de procéder pour contester la décision du registraire.

À la page 78, la Cour a fait les observations suivantes concernant l’ignorance des demanderesse quant à la publication de la marque officielle :

Je ne qualifierais pas le fait que Magnotta n’ait pas pris connaissance de l’avis de publication dans le *Journal des marques de commerce* du 27 mai 1998 comme un « manque de vigilance » comme le soutient l’avocate de la VQA. La VQA a, dans une certaine mesure, eu recours

of adoption and use of ICEWINE as its official mark without notice to Magnotta. Not every person, nor every counsel, continually checks the publications in the *Trade-marks Journal*, particularly if they have no reason to suspect that it might contain information relevant to them or their clients' situation, which if the VQA is not a public authority, Magnotta's counsel could not be expected to find. The cases state that notice in that journal is public notice to all the world, but surely there has to be some reasonable likelihood that the person to whom the notice is thereby given should expect to find information relevant to their situation in the journal before it can be relied upon as notice to them.

à un subterfuge pour demander et obtenir la publication de l'avis d'adoption et d'emploi du mot ICEWINE comme sa marque officielle, sans en aviser Magnotta. Ce n'est pas tout le monde ni tous les avocats qui vérifient continuellement les publications dans le *Journal des marques de commerce*, particulièrement s'ils n'ont aucune raison de soupçonner que ce journal peut renfermer des renseignements qui les concernent ou qui concernent la situation de leurs clients; si la VQA n'est pas une autorité publique, l'avocat de Magnotta ne pouvait pas s'attendre à y trouver ce genre de renseignement. Il est indiqué que les avis dans ce journal sont des avis publics adressés à tous, mais il faut certainement qu'il existe une probabilité raisonnable que la personne à qui l'avis est ainsi donné s'attende à trouver des renseignements pertinents à sa situation dans le journal avant qu'elle puisse supposer qu'il s'agit d'un avis qui s'adresse à elle.

[15] I find that Pason has brought this application in a sufficiently timely fashion and, if any extension of leave is required, it is hereby granted *nunc pro tunc*.

[15] Je conclus que Pason a déposé la présente demande en temps voulu et, dans le cas où une prorogation de délai serait nécessaire, elle lui est par la présente accordée *nunc pro tunc*.

2. Standard of Review

[16] The *Patent Act* provides for appeals to the Federal Court from decisions of the Commissioner or others in certain instances such as refusal to grant a patent (section 41 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd supp.), c. 33, s. 16]) or refusal of a re-examination board to issue a certificate upon re-examination of a claim of an issued patent (section 48.5 [as enacted *idem*, s. 18]). No express provision is made in respect of certificates of correction under section 8 of the Act.

2. La norme de contrôle

[16] La *Loi sur les brevets* prévoit la possibilité d'interjeter appel devant la Cour fédérale des décisions du commissaire ou d'autres personnes dans certains cas, tels que le refus de délivrer un brevet (article 41 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16]) ou le refus d'un conseil de réexamen de dresser un constat de décision concernant une revendication d'un brevet délivré (article 48.5 [édicte, *idem*, art. 18]). Cette Loi ne comporte cependant aucune disposition expresse à l'égard des certificats de correction visés à l'article 8.

[17] There are few precedents particularly as to section 8. In one of them, this Court was faced with judicial review of a decision of the Commissioner rejecting an application for correction under section 8 of the *Patent Act* which would have added a further claim for convention priority, in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Commissioner of Patents)* (1997), 77 C.P.R. (3d) 300 (F.C.T.D.). At page 305 of the report of that decision, Justice Pinard said that an inquiry as to section 8 divides itself into two inquiries, the first is factual; namely, was there a clerical error, and the second is discretionary, that is, if there was a clerical error, what, if anything, to do about it:

[17] La jurisprudence portant précisément sur l'article 8 de la *Loi sur les brevets* est très mince. Dans une des affaires de cette nature—*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [1997] A.C.F. n° 1424 (1^{re} inst.) (QL)—la Cour avait été saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le commissaire avait rejeté une demande de correction présentée en vertu de l'article 8 qui aurait eu pour effet d'ajouter au brevet une revendication de priorité conventionnelle. Le juge Pinard a fait remarquer aux paragraphes 10 à 12 de cette décision que l'examen d'une affaire se rapportant à l'article 8 exige que l'on se pose deux questions; la première est une question de fait

Section 8 of the Act was interpreted before by this Court in *Bayer Aktiengesellschaft v. Canada (Commissioner of Patents)* (1980), 53 C.P.R. (2d) 70. At page 74 of that decision, Mahoney J. stated:

Section 8 provides that “clerical errors . . . may be corrected by certificate under the authority of the Commissioner”. “May” is permissive; it is not directory nor mandatory. There is nothing in the circumstances contemplated by s. 8 that would lead me to conclude that the respondent is obliged to issue a certificate of correction once he determines that what is sought to be corrected is a clerical error. It is in his discretion to do so. The Court cannot substitute its discretion for his. *Mandamus* does not lie to require the respondent to issue a certificate under s. 8 of the *Patent Act*.

(Note 4: At the time of that decision, section 8 was essentially the same and read: “Clerical errors in any instrument of record in the Patent Office shall not be construed as invalidating the instrument, but, when discovered, they may be corrected by certificate under the authority of the Commissioner.”)

Thus, even where an error is accepted as clerical in nature, the Commissioner of Patents’ decision whether to correct it is discretionary. In my view, this interpretation remains valid, notwithstanding the subsequent adoption of rule 35 in replacement of Patent Rules, C.R.C. 1978, c. 1250, rule 141.

(Note 5: Rule 141. “Any document relating to an application, other than a specification or drawing, may be corrected by the Commissioner if he is satisfied that the document contains a clerical error.”) This change in the Rules, in the context of section 8 of the Act, does nothing more than to formally allow “the applicant” to request the correction of obvious clerical errors in the specified documents. Such a request made by the applicant under rule 35, however, remains subject to the approval of the Commissioner as edicted in section 8 of the Act.

The Commissioner’s decision, therefore, was discretionary.

[18] This decision went to the Federal Court of Appeal, reported (1998), 82 C.P.R. (3d) 192. That

et consiste à savoir s’il y a effectivement eu erreur d’écriture; la seconde, qui touche à l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, consiste à se demander, en cas d’erreur d’écriture, s’il y a lieu de prendre des mesures en conséquence et lesquelles :

Notre Cour a interprété l’article 8 de la Loi dans l’arrêt *Bayer Aktiengesellschaft c. Canada (Commissaire aux brevets)* (1980), 53 C.P.R. (2d) 70. À la page 74 de cet arrêt, le juge Mahoney déclare :

L’article 8 prévoit que les « erreurs d’écriture [. . .] peuvent être corrigées au moyen d’un certificat sous l’autorité du commissaire ». Le terme « peuvent » signifie que cela est facultatif, et non pas impératif ou obligatoire. Rien dans l’article 8 ne permet de conclure que l’intimé est tenu de délivrer un certificat de correction lorsqu’il constate que la correction demandée concerne une erreur d’écriture. Il est libre de le faire ou de ne pas le faire et la Cour ne saurait se substituer à lui sur ce point. Le bref de *mandamus* ne saurait être utilisé pour exiger de l’intimé qu’il délivre un certificat en vertu de l’article 8 de la *Loi sur les brevets*.

(Note 4 : À l’époque de cet arrêt, le libellé de l’article 8 était essentiellement le même. Il portait : « Les erreurs d’écriture dans tout document en dépôt au Bureau des brevets ne seront pas considérées comme invalidant le document; mais, lorsqu’il s’en découvre, elles peuvent être corrigées au moyen d’un certificat sous l’autorité du commissaire. »)

Ainsi, même lorsqu’une erreur est reconnue comme étant une simple erreur d’écriture, le commissaire aux brevets a toute latitude pour décider s’il y a lieu ou non de la corriger. À mon avis, cette interprétation vaut toujours, malgré l’adoption subséquente de l’article 35, qui a remplacé l’article 141 des Règles.

(Note 5 : 141. Tout document ayant trait à une demande autre qu’un mémoire descriptif ou un dessin, peut être corrigé par le commissaire s’il est convaincu que le document renferme une erreur de copiste. ») Cette modification aux Règles, dans le contexte de l’article 8 de la Loi, a simplement pour effet de permettre officiellement au « requérant » de demander la correction d’erreurs d’écriture évidentes dans les documents qu’il indique. Cette demande que le requérant fait en vertu de l’article 35 des Règles demeure toutefois assujettie à l’approbation du commissaire, comme le prévoit l’article 8 de la Loi.

La décision du commissaire était donc discrétionnaire.

[18] Cette décision a été soumise à la Cour d’appel fédérale ([1998] A.C.F. n° 937 (C.A.) (Q.L)). Cette

Court, at paragraphs 12 and 13, stated that none of the parties questioned that the Commissioner's findings were factual in nature, thus such findings would neither be confirmed nor denied by the Court, the only issue was that of jurisdiction. The Court found that the Commissioner was correct in denying to make a correction on the basis that it went beyond the instrument itself.

[19] Recently, in a case respecting an appeal from the Commissioner, not a judicial review, this Court nonetheless embarked on an analysis of the appropriate standard of review in respect of a decision of the Commissioner to reject an application for a patent on the basis of obviousness. In *CertainTeed Corp. v. Canada (Attorney General)* (2006), 50 C.P.R. (4th) 177 (F.C.), Justice Heneghan nonetheless provided an analysis of the standard of review. At paragraphs 22 to 27, she concluded that, in that circumstance, the standard was correctness:

The first question to be considered is the appropriate standard of review since the decision in issue was made by a statutory decision-maker exercising delegated authority. In this regard, I refer to *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226. Identifying the appropriate standard of review requires the Court to undertake a pragmatic and functional analysis having regard to four factors: the existence or absence of a privative clause; the expertise of the tribunal; the purpose of the legislation; and the nature of the question.

The Act does not contain a privative clause and section 41 allows an appeal from a decision of the Commissioner. Accordingly, this first factor is neutral.

The Commissioner is experienced in dealing with patent applications and appeals under the Act. He has expertise in that area and accordingly, his decisions will attract a high degree of deference.

The purpose of the Act is to encourage invention and to regulate the issuance of patents in Canada; see *Pope Appliance Corp. v. Spanish River Pulp and Paper Mills Ltd.*, [1929] A.C. 269 (Canada P.C.).

Finally, there is the nature of the question. The '020 Application was rejected on the basis of obviousness. Obviousness is a question of fact; see *Lido Industrial Products Ltd. v. Teledyne Industries Inc.* (1981), 57 C.P.R. (2d) 29 (F.C.A.). However, the issue in this appeal is whether the Commission applied the correct test for obviousness and that is a question of law.

dernière a dit aux paragraphes 12 et 13 qu'aucune des parties n'avait mis en doute que les conclusions du commissaire étaient de nature factuelle, de sorte qu'elle ne les confirmerait ni ne les infirmerait, la seule question en litige restant celle de la compétence. La Cour d'appel a statué que le commissaire avait eu raison de refuser la correction demandée au motif qu'elle dépassait la portée du document en question.

[19] Récemment, dans un appel—et non un contrôle judiciaire—d'une décision du commissaire, la Cour fédérale a néanmoins effectué une analyse de la norme de contrôle applicable à une décision du commissaire portant rejet d'une demande de brevet pour cause d'évidence. Il s'agit de *CertainTeed Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 436, où la juge Heneghan a conclu (aux paragraphes 22 à 27) que, en l'occurrence, la norme applicable était celle de la décision correcte :

La première question à examiner est celle de la norme de contrôle applicable, puisque la décision en cause a été rendue par un décideur exerçant un pouvoir délégué en vertu de la loi. À cet égard, je renvoie à l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226. Pour déterminer la norme applicable, la Cour doit faire une analyse pragmatique et fonctionnelle en tenant compte de quatre facteurs : l'existence ou l'absence d'une clause privative, l'expertise du tribunal, l'objet de la loi et la nature de la question.

La Loi ne comporte aucune clause privative et l'article 41 permet de faire appel d'une décision du commissaire. Le premier facteur est donc neutre.

Le commissaire a de l'expérience dans l'examen des demandes de brevet et des appels interjetés en vertu de la Loi. Il possède une expertise dans le domaine et, par conséquent, ses décisions commandent un degré élevé de retenue.

L'objet de la Loi est d'encourager l'invention et de réglementer la délivrance de brevets au Canada; voir *Pope Appliance Corp. c. Spanish River Pulp and Paper Mills Ltd.*, [1929] A.C. 269 (C.P. Canada).

Il y a enfin la nature de la question. La demande 020 a été rejetée pour cause d'évidence. L'évidence est une question de fait; voir *Lido Industrial Products Ltd. c. Teledyne Industries Inc.* (1981), 57 C.P.R. (2d) 29 (C.A.F.). Cependant, la question en litige dans le présent appel est celle de savoir si la Commission a appliqué le critère qui convenait en matière d'évidence, et c'est là une question de droit.

On balance, I conclude that the appropriate standard of review here is correctness. Pursuant to section 41 of the Act, the Court may apply the appropriate test on a *de novo* basis; see *Progressive Games, Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)* (1999), 177 F.T.R. 241 (T.D.).

[20] In the circumstances of this case where corrections were made under the provisions of section 8 of the *Patent Act*, a standard of review analysis must be done, as set out by the Supreme Court of Canada in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226.

[21] The findings of Justice Heneghan in *CertainTeed*, at paragraphs 23, 24 and 25, apply equally in these proceedings, however, consideration also must be given here to the nature of the question now before this Court. Section 8 of the *Patent Act* provides that “Clerical errors in any instrument of record in the Patent Office . . . may be corrected by certificate under the authority of the Commissioner.” This involves two steps, first there must be a determination in that there has been such an error, then the Commissioner “may” correct that error, that is, a discretion remains. The determination as to whether a “clerical error” exists is essentially factual, it requires no special expertise that the Commissioner may possess in patent or scientific matters. A reasonable but not high degree of deference can be afforded to the Commissioner in this regard. The second step, that of determination as to whether to correct an error if it is seen to exist, is discretionary (see *Bayer Aktiengesellschaft v. Commissioner of Patents*, [1981] 1 F.C. 656 (T.D.), *per* Justice Mahoney, at page 660 and requires a substantial degree of deference.

3. Admissibility of Barrigar Affidavit

[22] Varco has filed an affidavit of Robert H. Barrigar as part of its record in response to this application. Varco has filed no other evidence. Pason objects to the

Tout bien pesé, je conclus que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte. En vertu de l'article 41 de la Loi, la Cour peut appliquer *de novo* le critère qui convient; voir *Progressive Games, Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)* (1999), 177 F.T.R. 241 (1^{re} inst.).

[20] Vu les faits de la présente affaire, où des corrections ont été apportées en vertu de l'article 8 de la *Loi sur les brevets*, il faut effectuer une analyse en vue d'établir la norme de contrôle applicable, conformément à la règle exposée par la Cour suprême du Canada dans *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226.

[21] Les conclusions formulées par la juge Heneghan aux paragraphes 23, 24 et 25 de *CertainTeed* s'appliquent également à la présente espèce; toutefois, il faut aussi prendre en considération la nature de la question dont la Cour est maintenant saisie. L'article 8 de la *Loi sur les brevets* prévoit que « [l]es erreurs d'écriture dans un document en dépôt au Bureau des brevets [. . .] peuvent être corrigées sous l'autorité du commissaire ». Cette opération comporte deux étapes : il faut d'abord établir s'il y a bien une erreur d'écriture, après quoi le Commissaire « peut » la corriger, c'est-à-dire qu'il conserve un pouvoir discrétionnaire à cet égard. La question de savoir s'il y a effectivement une « erreur d'écriture » est essentiellement une question de fait, à laquelle on peut répondre sans les connaissances spéciales que le commissaire peut posséder en matière de brevets ou dans le domaine de la science. On peut faire preuve à cet égard d'un degré raisonnable, mais non considérable, de retenue relativement à la décision du commissaire. La deuxième étape, celle qui consiste à établir s'il y a lieu de corriger l'erreur dont on a constaté l'existence, relève d'un pouvoir discrétionnaire—voir *Bayer Aktiengesellschaft c. Commissaire aux brevets*, [1981] 1 C.F. 656 (1^{re} inst.), le juge Mahoney, à la page 660—et commande un niveau élevé de retenue.

3. L'admissibilité de l'affidavit de M. Barrigar

[22] Varco a versé à son dossier de réponse à la présente demande un affidavit portant la signature de M. Robert H. Barrigar. Elle n'a pas produit d'autres

filing of this affidavit and its use in these proceedings.

[23] Mr. Barrigar is an experienced and knowledgeable Canadian lawyer specializing in intellectual property matters and patent agent whose opinion as to Canadian patent law and procedures in the Canadian Patent Office are entitled, in the proper circumstances, to great respect. I find, however, that the affidavit as tendered in these proceedings does little more than raise arguments and provide opinions as to law. The first is the function of counsel, the second is the function of the Court. Neither is the function, in these proceedings, of Mr. Barrigar.

[24] Mr. Barrigar has no connection with any party, nor does he have any evidence of a factual nature beyond what is apparent from the record of the Patent Office already before this Court. His opinions, as he has stated in cross-examination, especially at pages 8 through 11 of the transcript, are drawn only from that record and inferences which he has made in that respect.

[25] The mandate which Mr. Barrigar received is set out in paragraph 7 of his affidavit:

In late November 2005, Mr. Andrew Shaughnessy of the solicitors for the Applicants asked me to consider presenting an affidavit primarily to the practice of the Commissioner as it pertains to s. 8 of the *Patent Act* generally and as to its application to the Certificate of Correction applying to Claim 9 of the patent in suit in these proceedings (Canadian Patent No. 2,094,313 entitled AUTOMATIC DRILLING SYSTEM and issued 24 August 1999 to the patentee Varco, L.P.) in particular. I agreed to offer this affidavit to the Court in the hope that it may assist the Court in this matter.

[26] Had the affidavit been directed “to the practice of the Commissioner as it pertains to s. 8” it may have had some probative value. However, even to the extent that the affidavit addresses such matters, it overwhelms any such observations with argument and legal opinion such that it is not possible to draw out what might have served such value, from what is otherwise stated. As an example, paragraph 11 states:

éléments de preuve. Pason s’oppose au dépôt de cet affidavit et à son utilisation dans la présente espèce.

[23] M. Barrigar est avocat et agent de brevets canadien, spécialiste des questions de propriété intellectuelle aussi expérimenté que bien informé, dont les opinions touchant le droit canadien des brevets et les procédures du Bureau des brevets du Canada méritent, lorsque le contexte s’y prête, le plus grand respect. Cependant, je considère que son affidavit produit dans la présente espèce ne contient guère plus que des arguments et des opinions sur le droit. Or, c’est aux avocats des parties qu’il appartient d’argumenter et à la Cour qu’il revient de dire le droit. Ni l’une ni l’autre de ces fonctions n’est dévolue à M. Barrigar dans la présente espèce.

[24] M. Barrigar n’est lié à aucune des parties et il n’a aucun élément de preuve factuelle à présenter qui ne figurerait pas au dossier du Bureau des brevets dont la Cour dispose déjà. Ses opinions, comme il l’a déclaré en contre-interrogatoire (voir en particulier les pages 8 à 11 inclusivement de la transcription), se fondent uniquement sur ce dossier et sur ce qu’il en a déduit.

[25] M. Barrigar expose son mandat au paragraphe 7 de son affidavit :

[TRADUCTION] Fin novembre 2005, M. Andrew Shaughnessy, l’un des avocats des demanderesse, m’a demandé d’envisager de présenter un affidavit portant principalement sur la pratique du commissaire dans le contexte de l’application générale de l’article 8 de la *Loi sur les brevets*, ainsi que de son application particulière au certificat de correction délivré à l’égard de la revendication 9 du brevet en litige, soit le brevet canadien 2,094,313, intitulé SYSTÈME DE FORAGE AUTOMATIQUE et délivré le 24 août 1999 à Varco, L.P. J’ai accepté de présenter cet affidavit à la Cour dans l’espoir qu’il puisse lui être utile dans l’examen de la présente affaire.

[26] Si cet affidavit avait porté sur [TRADUCTION] « la pratique du commissaire dans le contexte de l’application [. . .] de l’article 8 », il aurait pu avoir une certaine valeur probante. Cependant, même lorsque l’affidavit propose des observations sur cette question, il les enveloppe d’une telle quantité d’arguments et d’opinions juridiques qu’il n’est pas possible de distinguer du reste ce qui aurait pu revêtir une valeur

Whether a given attribute of a patent exists by reason of a submission by the applicant or patentee supported by unsubstantiated facts, or instead by reason of the Commissioner having been satisfied that facts have been established that invoke the proper statutory foundation of the attribute, it has been my experience that the courts have been reluctant to entertain proceedings of the present type for review of the administrative procedure that gave rise to the attribute in question. While it is for the Court as enlightened by counsel in the present proceedings to decide whether or not the present proceedings are suitable to the present situation, I observe that there are both substantive and practical reasons for the Court to decline to entertain such proceedings, and instead to insist that the applicant in such proceedings deal with the issues in proceedings relating to the validity of the patent.

[27] I appreciate that it has sometimes been the practice to make what some judges have whimsically called a “Jenny Craig” order, that is, put it all in “subject to weight” and then afford little or no weight to the evidence, I believe that it is proper here simply to state up front that the affidavit is inadmissible. I say that even if the affidavit was admitted, my decision in these proceedings would have been the same.

[28] It follows that the transcript of the cross-examination of Mr. Barrigar should also be removed from the records in these proceedings.

4. Did the Commissioner commit a reviewable error?

[29] The circumstances in which the “clerical error” was presented to the Commissioner have been reviewed earlier in these reasons. Only submissions of Varco’s lawyers/agents were provided to support the alleged error. No evidence other than what is apparent from the face of the patent was provided and none was requested by the Commissioner.

[30] The Court is asked to review the Commissioner’s decision only in respect of claim 9. The changes

probante. Qu’on en juge par exemple d’après le paragraphe 11 :

[TRADUCTION] Qu’un attribut donné d’un brevet existe du fait d’une allégation du demandeur ou du breveté, reposant sur des faits non établis, ou parce que le commissaire a constaté l’établissement de faits au regard du fondement législatif approprié de cet attribut, les tribunaux judiciaires, selon mon expérience, ne se montrent guère disposés à examiner au fond les demandes de contrôle telles que la présente portant sur la procédure administrative qui a donné naissance audit attribut. En l’espèce, il appartient bien sûr à la Cour, aidée des conclusions des avocats, de décider si la présente demande convient à la présente situation, mais je constate qu’il existe pour elle des motifs de fond aussi bien que pratiques de refuser d’examiner ladite demande et d’exiger plutôt que la demanderesse fasse valoir ses moyens relativement aux questions ici en litige dans une instance portant sur la validité du brevet.

[27] Bien que la règle consiste parfois à rendre ce que certains juges ont plaisamment appelé une ordonnance du type « Jenny Craig », c’est-à-dire se prononcer d’abord « sous réserve du poids », pour ensuite attribuer peu de poids, ou n’en attribuer aucun, à la preuve, je crois qu’il convient ici tout simplement de déclarer d’emblée que l’affidavit est inadmissible. D’ailleurs, même s’il avait été admis, il n’aurait en rien changé ma décision dans la présente espèce.

[28] Il s’ensuit que la transcription du contre-interrogatoire de M. Barrigar doit aussi être radié des dossier de la présente instance.

4. Le commissaire a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle?

[29] Nous avons exposé plus haut les circonstances dans lesquelles l’« erreur d’écriture » a été présentée au commissaire. Seules les observations des avocats/agents de brevets de Varco lui ont été communiquées à l’appui de la thèse qu’il s’agissait d’une erreur d’écriture. On n’a produit, et le commissaire n’a exigé, aucun autre élément de preuve que ce qui ressort de la lecture du brevet.

[30] C’est uniquement à propos de la revendication 9 que la Cour est appelée à contrôler la décision du

requested in respect of claim 9 are numerous, “first” is to become “second”, “drill string controller” is to become “drill string”, “increases” is to become “decreases” in a first instance and “decreases” is to become “increases” in a second. A careful review of claim 9 does not demonstrate that such changes are immediately apparent as clerical errors, that is, an error of a clerk or stenographer arising out of the mechanical process of writing or transcribing. The argument of Varco’s lawyers/agents as filed with the Patent Office does nothing to enlighten the Commissioner in that regard.

[31] In fact, the letter from the lawyers/agents to the Patent Office presents a puzzling dichotomy. Other errors for which correction was requested are apparent from the face of the patent, particularly when compared with the equivalent United States patent attached to that letter and referred to by the lawyers/agents to show that such errors are not present in the United States patent and were obvious clerical errors. When it comes to claim 9 the lawyers/agents make no such reference and, in fact, claim 9 in its unamended form is in many but not all respects the same in the United States and Canadian patents.

[32] The practice of the Commissioner in dealing with section 8 requests is set out in the *Manual of Patent Office Procedure* (MOPOP) section 23.04 and following. The Commissioner requires only a letter setting out the circumstances leading to the alleged mistake. There is no indication that the Commissioner requires an affidavit or other evidence as to how the mistake arose. It is difficult, therefore, apart from what would be immediately apparent from the face of the patent, to understand how the Commissioner would decide that there was a “clerical error”. In exercising discretion to amend, no guidelines are provided in the *Patent Act* or Rules [*Patent Rules*, SOR/96-423] however MOPOP, section 23.04.02, subsections 6, 7

commissaire. Les modifications demandées à l’égard de cette revendication sont nombreuses : « *first* » (premier) doit être remplacé par « *second* » (second), « *drill string controller* » (contrôleur de train de tiges) par « *drill string* » (train de tiges), et « *increases* » (augmente) doit devenir « *decreases* » (diminue) dans un certain passage, tandis que le changement inverse doit être fait dans un autre passage. À qui examine attentivement la revendication 9, ces modifications n’apparaissent pas immédiatement comme des corrections d’erreurs d’écriture, c’est-à-dire d’erreurs faites par un commis ou un sténographe dans le cadre d’une opération mécanique d’écriture ou de transcription. L’argumentation des avocats/agents de brevets de Varco déposée au Bureau des brevets n’a pas de quoi éclairer le commissaire à cet égard.

[31] En fait, la lettre des avocats/agents de brevets au Bureau des brevets présente une étrange contradiction. D’autres erreurs dont la correction était demandée ressortent immédiatement de la lecture du brevet canadien, en particulier si on le compare au brevet américain équivalent que les avocats/agents de brevets ont joint à leur lettre et auquel ils se réfèrent pour montrer que lesdites erreurs ne s’y retrouvent pas et sont à l’évidence des erreurs d’écriture. En ce qui concerne la revendication 9, les avocats/agents de brevets n’établissent pas une telle comparaison, et il apparaît en fait que cette revendication, dans sa version non modifiée, est à bien des égards, sinon à tous les égards, la même dans les brevets américain et canadien.

[32] La pratique que suit le commissaire dans le traitement des demandes de correction présentées en vertu de l’article 8 est exposée à la section 23.04 et suivante du *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* (RPBB). Le commissaire n’exige qu’une lettre décrivant les circonstances qui ont mené à l’erreur supposée. Rien n’indique qu’il exige un affidavit ou d’autres éléments de preuve concernant la façon dont cette erreur a été commise. On voit donc mal, mis à part ce qui ressort immédiatement de la lecture du brevet, comment le commissaire peut décider s’il y a effectivement eu « erreur d’écriture ». Ni la *Loi sur les brevets* ni les *Règles sur les brevets* [DORS/96-423] ne comportent de lignes directrices pour l’exercice du pouvoir

and 8 state that no correction will be made which affects the rights of others, mentioning specifically backdating a priority date, broadening a claim of a patent or, revocation or correction to a disclaimer or dedication. Thus, while correction to a claim which changes its character in any way from that immediately apparent on its face, is not mentioned, however the Commissioner has indicated a sensitivity in exercising discretion as to the rights of others.

[33] Section 8 correction is available at anytime, unlike corrections by way of re-issue which are available only for a period of four years from the date that the patent originally issued. Re-issue requires evidence as to error arising from “inadvertence, accident or mistake” whereas section 8 requires only that there be a “clerical error”. Re-issue provides for intervening rights to accrue where a claim has been varied from that originally granted. Section 8 does not, although MOPOP, section 23.04.03 makes the unsubstantiated statement that the patent must be read as if it had always existed in the corrected form. A comparison of re-issue on the one hand and section 8 clerical error correction on the other, makes it clear that section 8 is intended to deal only with errors of an obvious clerical nature that have no material effect on the patent as it would always have been understood by anyone prepared to overlook simple and obvious clerical errors.

[34] The nature of a section 8 “clerical error” has been expressed by Justice Mahoney of this Court as something that arises in the mechanical process of writing or transcribing. In *Bayer Aktiengesellschaft v. Commissioner of Patents* he said, at page 660:

discrétionnaire de correction; cependant, les alinéas 6, 7 et 8 de la section 23.04.02 du RPBB prévoient que ne seront pas apportées les corrections ayant une incidence négative sur les droits de tiers, soit, comme il y est dit expressément, les modifications qui visent à reculer la date de priorité, celles qui entraîneraient un élargissement de la portée des revendications d'un brevet, et la correction ou la résiliation d'une cession ou d'une renonciation de droits. Donc, s'il n'est pas question des corrections d'une revendication qui changeraient d'une façon quelconque son caractère tel qu'il apparaît immédiatement à sa lecture, le commissaire n'en a pas moins exprimé la volonté d'exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte des droits des tiers.

[33] Il est possible en tout temps d'apporter des corrections en vertu de l'article 8, tandis que les corrections par voie de redélivrance ne sont permises que pendant quatre ans à compter de la date de la première délivrance. La redélivrance est subordonnée à la production d'éléments établissant que l'erreur en question a été commise « par erreur, accident ou inadvertance », tandis que l'article 8 exige seulement qu'il s'agisse d'une erreur « d'écriture ». Les dispositions relatives à la redélivrance prévoient le maintien des droits depuis la date du brevet original après modification d'une revendication de celui-ci. L'article 8 ne prévoit rien de tel, encore que la section 23.04.03 du RPBB avance sans l'étayer la proposition que le brevet doit être interprété comme s'il avait toujours existé dans sa version corrigée. La comparaison des dispositions relatives à la redélivrance et de celles de l'article 8 montre clairement que celui-ci n'a pour objet que les erreurs qui sont à l'évidence de simples erreurs d'écriture, n'ayant pas d'effet important sur le brevet, ainsi que l'aurait toujours compris toute personne disposée à ne pas accorder d'importance aux erreurs de cette nature.

[34] Le juge Mahoney de la Cour fédérale a défini l'« erreur d'écriture » visée par l'article 8 comme étant une erreur qui survient dans le processus mécanique de rédaction ou de transcription. Dans *Bayer Aktiengesellschaft c. Commissaire des brevets*, il a dit à la page 660 :

I accept that a clerical error is an error that arises in the mechanical process of writing or transcribing and that its characteristic does not depend at all on its relative obviousness or the relative gravity or triviality of its consequences. I accept the decision of the Comptroller in *Heberlien and Co. A.G.'s Application* ([1971] F.S.R. 373 at p. 377) that:

. . . if an error originates as a clerical error it does not change its nature if it is overlooked by someone checking the document in which it occurs or otherwise working on it. It is the clerical origin of the error that is important.

[35] In *Upjohn Co. v. Commissioner of Patents et al.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 228 (F.C.T.D.) Justice Muldoon expressed a similar view, at page 232:

Such errors are not defined in the Act or Rules. On the plain meaning of the term Parliament must have intended this expression to mean errors caused by a clerk or stenographer.

[36] This decision was reversed [*sub nom. Novopharm Ltd. v. Upjohn Co.*] (1984), 2 C.P.R. (3d) 432 (F.C.A.) but on another point.

[37] In reviewing the record here as far as the factual finding as to alleged “clerical errors” respecting claim 9 are concerned, even affording reasonable deference to the Commissioner, there is nothing on the record that could be said to provide a basis for saying that what has been submitted by Varco as to claim 9 were “clerical errors”. The alleged errors are substantive in nature and, if claim 9 were to be amended in the manner requested by Varco, meaningful changes to what is set out in claim 9 would be the result. Nothing on the face of the record in the Patent Office suggests that such changes would have been understood to represent simple corrections to “clerical errors”.

[38] As to the second step provided for in section 8, namely the exercise of discretion by the Commissioner

J'estime également, quant à moi, qu'une erreur d'écriture est une erreur qui survient dans le processus mécanique de rédaction ou de transcription, et qui ne se caractérise pas par une évidence relative ou par la gravité ou l'insignifiance relative de ses conséquences. Je suis d'accord avec la décision du *Comptroller* dans l'affaire *Heberlien and Company A.G.'s Application*, ([1971] F.S.R. 373, à la p. 377). Il dit ceci :

[TRADUCTION] . . . à supposer qu'une erreur en soit une d'écriture, cela n'affecte pas ultérieurement sa nature si elle échappe à celui qui est chargé de vérifier le document où elle figure ou de travailler sur celui-ci. C'est le fait d'être à l'origine une erreur d'écriture qui importe.

[35] Le juge Muldoon a exprimé une idée semblable dans la décision *Upjohn Co. c. Commissaire aux brevets et al.*, [1983] A.C.F. n° 820 (1^{re} inst.) (QL) :

Ce genre d'erreurs n'est défini ni dans la Loi ni dans les Règles. Une simple lecture démontre que le Parlement voulait désigner par cette expression les erreurs cléricales ou sténographiques.

[36] Cette décision a été infirmée [*sub nom. Novopharm Ltd. c. Upjohn Co.*] [1984] A.C.F. n° 1031 (C.A.) (QL), mais sur un autre point.

[37] Si l'on examine le dossier de la présente espèce du point de vue de la conclusion de fait touchant les « erreurs d'écriture » alléguées de la revendication 9, on n'y trouve, même en exerçant une retenue raisonnable à l'égard de la décision du commissaire, rien qui puisse permettre d'affirmer que les modifications de cette revendication demandées par Varco concernent bien des « erreurs d'écriture ». Les erreurs en cause sont en effet des erreurs de fond, et la modification de la revendication 9 selon la demande de Varco entraînerait un changement appréciable de son contenu. Aucun élément manifeste à la lecture du dossier dont disposait le Bureau des brevets ne donne à penser que les modifications demandées auraient été interprétées comme représentant de simples corrections d'« erreurs d'écriture ».

[38] Pour ce qui concerne la deuxième étape prévue à l'article 8, soit l'exercice du pouvoir discrétionnaire du

as to amendment, even if his findings as to “clerical errors” in claim 9 cannot be assailed, it is abundantly clear that the Commissioner would not have allowed the amendments if he had been aware that such claim was the subject of a contested action in the Court. Varco says it is up to the Commissioner to look up Court records to see if there is litigation or at least to inquire of the applicant as to whether litigation or other matters that may affect his discretion, are pending. This places far too great an onus on the Commissioner and demands an unrealistic level of prescience. The applicant and its agent owe a duty of candour to the Patent Office to make a full, fair and frank disclosure of all of the relevant circumstances. A fundamental canon adopted by the Intellectual Property Institute of Canada in its *Code of Ethics* in 2001 states:

FUNDAMENTAL CANON

The most important attribute of a member of the Institute is integrity. This principle is implicit in this Code of Ethics and in each of the Rules and Commentaries thereunder. Over and above the possibility of formal sanction under any of the rules in this Code, an agent must at all times conduct himself or herself with integrity and competence in accordance with the highest standards of the profession so as to retain the trust, respect and confidence of members of the profession and the public.

[39] Lawyers and agents who are members of the Institute have undertaken to adhere to this canon. Similarly the Canadian Bar Association and law societies of the provinces require, in their standards of ethics, that a lawyer carry on his or her professional duties honourably and with integrity.

[40] Given the lack of specific statutory requirements or regulations affecting section 8, it is incumbent upon the agent and lawyer dealing with the matter to act with integrity. Disclosure of an obviously relevant matter such as ongoing litigation is a clear obligation. Where the Commissioner made an exercise of discretion ignorant of a relevant matter such as this, the decision

commissaire quant à la correction, même si ses conclusions concernant les « erreurs d’écriture » de la revendication 9 se révélaient incontestables, il est tout à fait clair qu’il n’aurait pas autorisé les modifications demandées s’il avait su que cette revendication faisait l’objet d’une action devant la Cour. Varco soutient qu’il incombe au commissaire de consulter les registres de la Cour pour voir s’il y a un litige en instance ou au moins de s’informer auprès du demandeur si sont en cours un litige ou d’autres affaires susceptibles d’influer sur l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. C’est là imposer une charge beaucoup trop lourde au commissaire et exiger de lui un niveau de connaissance équivalant à de la prescience. La demanderesse et son agent ont une obligation de franchise envers le Bureau des brevets, à qui ils doivent communication pleine et entière des faits pertinents. On peut lire ce qui suit dans le *Code de déontologie* adopté en 2001 par l’Institut de la propriété intellectuelle du Canada (Institut) :

RÈGLE FONDAMENTALE

Le plus important attribut d’un membre de l’Institut est l’intégrité. Ce principe est inhérent à ce code de déontologie et à chacune des règles et commentaires qu’il comporte. Au-delà de la possibilité d’une sanction formelle en vertu de toute règle de ce code, un agent doit en tout temps faire preuve d’intégrité et de compétence conformément aux plus hauts standards de la profession et ce, en vue de préserver la confiance et le respect des membres de la profession et du public.

[39] Les avocats et les agents de brevets qui sont membres de l’Institut se sont engagés à se conformer à cette règle fondamentale. De même, dans leurs normes de déontologie, l’Association du Barreau canadien et les barreaux des provinces font un devoir à tous leurs membres de remplir leurs fonctions professionnelles honoralement et avec intégrité.

[40] Étant donné l’absence de dispositions législatives ou réglementaires prévoyant expressément les modalités d’application de l’article 8, il incombe à l’agent et à l’avocat qui agissent en cette matière de le faire avec intégrité. La communication des faits visiblement pertinents tels que l’existence d’un litige en cours est une obligation évidente. Dans le cas où le commissaire

cannot be said to withstand a reasonably probing examination.

[41] The Commissioner's decision to amend claim 9 under the provisions of section 8 of the *Patent Act* constitutes a reviewable error and must be set aside.

[42] A judgment will issue stating that the Commissioner's decision to amend claim 9 under the provisions of section 8 of the *Patent Act*, is set aside. Other amendments made by the Commissioner at the same time are not challenged and remain unaffected. No order will be made as to what subsequent steps, if any, may be taken by the patentee.

[43] The applicants, being successful are entitled to their costs, from Varco, L.P., to be taxed at the middle of Column III [of the *Federal Court Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), Tariff B].

JUDGMENT

UPON APPLICATION made to this Court on Monday, the 12th day of June 2006 for judicial review of a decision of the Commissioner of Patents allowing amendments to claim 9 of Canadian letters patent No. 2094313 under the provisions of section 8 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4;

AND UPON a motion made by the applicant returnable at the same time to strike the affidavit of Robert H. Barrigar from the record of the respondent Varco, L.P.;

AND UPON reviewing the records filed and hearing submissions from counsel for the applicants and for the respondent Varco, L.P., the Commissioner having made no submissions;

AND FOR the reasons delivered herewith;

THE COURT ADJUDGES THAT:

a exercé son pouvoir discrétionnaire dans l'ignorance d'un tel fait pertinent, on ne peut pas dire que sa décision résiste à un examen raisonnablement poussé.

[41] La décision du commissaire de modifier la revendication 9 en vertu de l'article 8 de la *Loi sur les brevets* constitue une erreur susceptible de contrôle judiciaire et doit être annulée.

[42] La Cour rendra un jugement annulant la décision par laquelle le commissaire a modifié la revendication 9 en vertu de l'article 8 de la *Loi sur les brevets*. Les autres modifications apportées en même temps par le commissaire n'étant pas contestées, elles ne seront pas touchées par ce jugement. Aucune ordonnance ne sera rendue concernant les mesures ultérieures que, le cas échéant, le breveté pourra prendre.

[43] Comme elles ont gain de cause, les demandereses ont droit aux dépens, qui sont à la charge de Varco, L.P., et taxables selon l'échelon moyen de la colonne III [des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), tarif B].

JUGEMENT

VU LA DEMANDE datée du lundi 12 juin 2006 ayant pour objet d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a autorisé la modification de la revendication 9 du brevet canadien 2094313 en vertu de l'article 8 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4;

VU la requête en radiation de l'affidavit de M. Robert H. Barrigar du dossier de la défenderesse Varco, L.P., présentée simultanément par la demanderesse;

APRÈS AVOIR examiné les dossiers déposés et avoir entendu les observations des avocats des demandereses et de la défenderesse Varco, L.P., le commissaire n'ayant pas présenté d'observations;

ET POUR les motifs exposés ci-dessus,

LA COUR ORDONNE :

-
1. An extension of time to file this application, if any is needed, is granted, *nunc pro tunc*;
 2. The certificate of correction issued by the Commissioner of Patents dated May 30, 2005, in respect of Canadian patent No. 2094313, to the extent that it provides for amendments to claim 9 of that patent, is quashed and set aside;
 3. The affidavit of Robert H. Barrigar submitted as part of the record of Varco, L.P. herein, and the transcript of the cross-examination therein, shall be removed from the records in these proceedings;
 4. The applicants are entitled to recover costs from the respondent Varco, L.P. to be taxed at the middle of Column III.
1. Le délai de dépôt de la présente demande est prorogé *nunc pro tunc*, pour le cas où sa prorogation serait nécessaire.
 2. Le certificat de correction délivré le 30 mai 2005 par le commissaire aux brevets relativement au brevet canadien 2094313 est rejeté et annulé dans la mesure où il autorise la modification de la revendication 9 dudit brevet.
 3. L'affidavit de M. Robert H. Barrigar produit comme pièce du dossier de Varco, L.P., ainsi que la transcription de son contre-interrogatoire, sont radiés des dossiers de la présente espèce.
 4. Les demandereses ont droit aux dépens, qui sont à la charge de Varco, L.P., et taxables selon l'échelon moyen de la colonne III.

IMM-1669-05
2006 FC 738

IMM-1669-05
2006 CF 738

Baz Singh Momi; Dr. Parvez Ali Khan; Dr. Archana Parikh; Paiman Haibodi; N. Magpoc Ramos; Pankaj Sharma; Jignesh T. Shah; Va Ving Teng; Cheng Hua Chu; Hsueh Wei Pan; Hung Chih Chen
(*Plaintiffs*)

Baz Singh Momi; D' Parvez Ali Khan; D' Archana Parikh; Paiman Haibodi; N. Magpoc Ramos; Pankaj Sharma; Jignesh T. Shah; Va Ving Teng; Cheng Hua Chu; Hsueh Wei Pan; Hung Chih Chen
(*demandeurs*)

v.

Her Majesty the Queen as represented by her Agent, the Minister of Citizenship and Immigration
(*Defendant*)

c.

Sa Majesté la Reine, représentée par son mandataire, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*défenderesse*)

INDEXED AS: MOMI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : MOMI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, Harrington J.—Vancouver, April 26, 27 and June 8; Ottawa, June 12, 2006.

Cour fédérale, juge Harrington—Vancouver, 26 et 27 avril et 8 juin; Ottawa, 12 juin 2006.

Practice — Class Actions — Motion under Federal Courts Act, s. 18.4(2), Federal Courts Rules, r. 299.1 et seq. to certify action as class action against Federal government for overcharging, allegedly by more than 700 million dollars, for application fees for immigrant visas, authorizations or Minister's permits — 11 individual plaintiffs originally sought recovery of excess service fees on basis Financial Administration Act, s. 19(2) violated since such fees could not exceed cost to Crown of providing service to users or class of users — Under Act, s. 18.4(2), Rules, r. 299.1 et seq. claim must begin as application for judicial review, be converted into action, then certified as class action — In present case, application for judicial review right form to begin proceedings, not action — Motion dismissed as five requirements to certify action under Act, Rules not met anyway — Motion to strike statement of claim earlier dismissed except with respect to allegations based on negligence — Test in motion to certify same as in motion to strike under Federal Courts Rules, r. 221: whether "plain and obvious" statement of claim disclosing no reasonable cause of action except burden on defendant in motion to strike but on plaintiff in motion to certify — Although plaintiffs initially would need judicial review application to have applicable provisions of Immigration and Refugee Protection Regulations involving charging, collection of application fees declared invalid, action would better deal with merits of plaintiffs' claims.

Pratique — Recours collectifs — Requête présentée en application de l'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales et des règles 299.1 et suivantes des Règles des Cours fédérales pour autoriser une action comme recours collectif contre le gouvernement fédéral pour avoir prétendument perçu plus de 700 millions de dollars en trop au titre de droits demandés pour des visas, des autorisations ou des permis du ministre — Onze demandeurs voulaient au départ récupérer les droits excessifs demandés pour les services fournis au motif qu'il y avait eu manquement à l'art. 19(2) de la Loi sur la gestion des finances publiques puisque ces droits ne pouvaient excéder les coûts supportés par la Couronne pour la prestation des services aux bénéficiaires ou usagers, ou à une catégorie de ceux-ci — Selon l'art. 18.4(2) de la Loi et les règles 299.1 et suivantes des Règles, la demande doit être introduite à titre de demande de contrôle judiciaire, convertie en action, et ensuite, autorisée à titre de recours collectif — La procédure appropriée en l'espèce était la demande de contrôle judiciaire, pas une action — La requête a été rejetée parce que les cinq conditions requises pour autoriser une action en vertu de la Loi et des Règles n'ont pas été remplies — La requête en radiation de la déclaration avait déjà été rejetée sauf en ce qui concernait les allégations de faute — Le critère applicable à la requête en autorisation est le même que celui qui s'applique à la requête en radiation en vertu de la règle 221 des Règles des Cours fédérales, soit s'il est « évident et manifeste » que la déclaration ne révèle aucune cause d'action valable; cependant, le fardeau incombe au défendeur dans le cadre d'une requête en radiation alors qu'il incombe au demandeur dans le cadre d'une requête en autorisation — Même si les demandeurs devraient d'abord présenter une demande de

Federal Court Jurisdiction — Motion under Federal Courts Act, s. 18.4(2), Federal Courts Rules, r. 299.1 et seq. to certify action as class action against Federal government for overcharging, allegedly by more than 700 million dollars, for application fees for immigrant visas, authorizations or Minister's permits — Parliament distinguishing in Act between actions against federal Crown, judicial review of decisions of federal boards, commissions, other tribunals — Federal Courts Act, s. 17 giving Federal, provincial courts concurrent jurisdiction over Crown but Federal Court having exclusive jurisdiction to review most decisions of federal boards, commissions, tribunals — Decisions to charge, collect application fees under Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR) subject to judicial review — Governor in Council in enacting IRPR constituting federal board, commission or tribunal — Therefore non-compliance with form normally irregularity but class action must conform to requirements in r. 299.18.

This was a motion under the *Federal Courts Act* (Act) (subsection 18.4(2)) and the *Federal Courts Rules* (Rules) (rule 299.1 et seq.) to certify an action as a class action against the Federal government for overcharging, allegedly by more than 700 million dollars, for application fees for immigrant visas, authorizations or Minister's permits. The proposed class action would be on behalf of an estimated 2 to 3 million people who paid application fees between April 1, 1994 and March 11, 2005, (the date the statement of claim was issued) for some 9 to 10 million visas and similar immigration applications. Application fees are service fees and are distinguished from landing fees, which are privileges. The plaintiffs sought no recovery with respect to landing fees.

The action is in the name of 11 individual plaintiffs who originally sought recovery of the excess service fees on the basis of unjust enrichment, mutual mistake, money had and received and negligence. They claimed that under the *Financial Administration Act*, such fees could not exceed the cost to the Crown of providing the service to the users or class

contrôle judiciaire pour obtenir un jugement déclarant que les dispositions applicables du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés sur l'imposition et la perception des droits sont invalides, le bien-fondé des demandes des demandeurs serait mieux tranché dans le cadre d'une action.

Compétence de la Cour fédérale — Requête présentée en application de l'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales et des règles 299.1 et suivantes des Règles des Cours fédérales pour autoriser une action comme recours collectif contre le gouvernement fédéral pour avoir prétendument perçu plus de 700 millions de dollars en trop au titre de droits demandés pour des visas, des autorisations ou des permis du ministre — Dans la Loi, le législateur a établi une distinction entre les actions intentées contre la Couronne fédérale et le contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux — L'art. 17 de la Loi sur les Cours fédérales précise que la Cour fédérale et les cours provinciales ont compétence concurrente à l'égard de la Couronne, mais la Cour fédérale possède une compétence exclusive en matière d'examen des décisions des offices fédéraux — Les décisions prises pour imposer et percevoir des droits en vertu du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR) sont assujetties au contrôle judiciaire — Le gouverneur en conseil a adopté le RIPR et est à ce titre un office fédéral — Par conséquent, le non-respect de la forme d'action constitue habituellement une irrégularité, mais le recours collectif doit respecter les conditions énoncées à la règle 299.18 des Règles.

Il s'agissait d'une requête présentée en application du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* (la Loi) et des règles 299.1 et suivantes des *Règles des Cours fédérales* (les Règles) pour autoriser une action comme recours collectif contre le gouvernement fédéral pour avoir prétendument perçu plus de 700 millions de dollars en trop au titre de droits demandés pour des visas, des autorisations ou des permis du ministre. Le recours collectif envisagé serait présenté au nom des deux à trois millions de personnes environ qui ont versé, entre le 1^{er} avril 1994 et le 11 mars 2005 (la date du dépôt de la déclaration), des droits correspondant à près de 9 à 10 millions de visas et de demandes d'immigration semblables. Il faut opérer une distinction entre les droits demandés pour les visas et d'autres demandes semblables, qui sont des droits correspondant à un service, et les droits exigés pour l'établissement, qui concernent des privilèges. Les demandeurs ne cherchaient pas à récupérer les droits exigés pour l'établissement.

L'action a été intentée au nom de 11 demandeurs qui voulaient au départ récupérer les droits excessifs demandés pour les services fournis en se fondant sur les notions d'enrichissement sans cause, d'erreur commune, d'argent reçu indûment et de faute. Ils ont soutenu que selon la *Loi sur la gestion des finances publiques*, ces droits ne pouvaient

of users. Their statement of claim alleged a profit in excess of 700 million dollars was generated by visa and other similar applications based on a series of annual reports given to Parliament by the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) setting out various annual costs for the services received by the putative plaintiff class and the annual fees generated thereby. The Minister moved to have the statement of claim struck and the entire action dismissed for failing to disclose a reasonable cause of action under rule 221 of the *Federal Courts Rules*, arguing that the fees had been validly levied and collected by virtue of Regulations under the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) and the former *Immigration Act*. The Court granted the application only with respect to allegations based on negligence but did not strike out the remaining allegations or dismiss the action. The proposed representative plaintiffs are a Russian immigrant to Canada and her Canadian spouse.

Held, the motion should be dismissed.

It was premature to certify the action as a class action. In the *Federal Courts Act*, Parliament chose to draw a distinction between actions against the federal crown and the judicial review of decisions of federal boards, commissions or other tribunals. Under section 17, the Federal Court and the provincial courts have concurrent jurisdiction over the Crown, but the Federal Court has, under section 18, the exclusive jurisdiction to review decisions of federal boards, commissions or tribunals, save specified boards whose decisions are reviewed by the Federal Court of Appeal. Although the 9 to 10 million decisions to collect application fees were not discretionary, they were subject to judicial review. The fee collectors were obliged to administer the Regulations which had been enacted by Order in Council. In so enacting, the Governor in Council is itself a federal board, commission or tribunal. Since the Federal Court has jurisdiction over the Crown at large and over federal boards and tribunals, non-compliance with the form of action is normally an irregularity that may be remedied (rule 57). The broader issue was whether it is possible to disregard judicial review and attendant time limits by attacking the Federal government's decision to charge and collect the application fees by way of a money action.

The *Federal Courts Rules* contemplate the possibility of a class action, not a class application for judicial review. Subsection 18.4(2) of the Act allows the Court to treat an

excéder les coûts supportés par la Couronne pour la prestation des services aux bénéficiaires ou usagers, ou à une catégorie de ceux-ci. Selon leur déclaration, les demandes de visa et autres demandes semblables auraient généré un bénéfice de plus de 700 millions de dollars, tel qu'il appert d'une série de rapports annuels remis au Parlement par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) et exposant les divers coûts annuels des services reçus par le groupe présumé des demandeurs ainsi que les droits annuels générés par ces demandes. Le ministre a demandé la radiation de la déclaration et le rejet de l'action parce qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable en application de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*, soutenant que les droits avaient été perçus régulièrement conformément à un règlement pris en application de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) et de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. La Cour a fait droit à la demande dans la mesure où elle reposait sur des allégations fondées sur la faute, mais elle n'a pas radié les autres allégations ni rejeté l'action. Les représentants demandeurs sont une femme qui a immigré au Canada de la Russie et son conjoint canadien.

Jugement : la requête est rejetée.

Il était prématuré d'autoriser l'action comme recours collectif. Dans la *Loi sur les Cours fédérales*, le législateur a décidé d'établir une distinction entre les actions intentées contre la Couronne fédérale et le contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux. En vertu de l'article 17, la Cour fédérale et les cours provinciales ont compétence concurrente à l'égard de la Couronne, mais la Cour fédérale possède, selon l'article 18, une compétence exclusive en matière d'examen des décisions des offices fédéraux, sauf à l'égard des offices dont les décisions sont examinées par la Cour d'appel fédérale. Même si les 9 à 10 millions de décisions de percevoir les droits relatifs à des demandes n'étaient pas discrétionnaires, elles étaient assujetties au contrôle judiciaire. Les fonctionnaires qui ont perçu ces droits étaient obligés d'appliquer le Règlement pris par décret en conseil. Le gouverneur en conseil a adopté ce Règlement et est à ce titre un office fédéral. Étant donné que la Cour fédérale a compétence à l'égard de la Couronne dans son sens large et des offices fédéraux, le non-respect de la forme d'action constitue habituellement une irrégularité à laquelle il est possible de remédier (règle 57). La question plus large était celle de savoir s'il est possible d'éviter de présenter une demande de contrôle judiciaire, en respectant les délais qui y sont associés, en attaquant la décision du gouvernement fédéral d'imposer et de percevoir les droits en présentant une demande pécuniaire.

Les *Règles des Cours fédérales* envisagent la possibilité d'un recours collectif, mais pas d'une demande de contrôle judiciaire collective. Le paragraphe 18.4(2) de la *Loi* autorise

application for judicial review as an action (conversion) and rules 299.1 and following permit an action to be certified as a class action. The claim therefore must begin as an application for judicial review, be converted into an action, and then certified as a class action. Commencing these proceedings as an action by filing and serving a statement of claim was the wrong form of proceeding. As it would be a waste of judicial resources for the parties to embark on a judicial review only to find the action could not be certified, the five conditions which must be met before an action can be certified, were analyzed. They are: (1) the pleading must disclose a reasonable cause of action (rule 299.18(1)(a)); (2) there must be an identifiable class of at least two persons (299.18(1)(b)); (3) the claims of the class members must raise common questions of law or fact (299.18(c)); (4) a class action must be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of common questions (299.18(1)(d)); (5) there must be a representative plaintiff who would fairly and adequately represent the interests of the class, etc. (299.18(1)(e)).

(1) Pleadings disclose a reasonable cause of action for the purposes of certification if it is not plain and obvious that the claim is deficient. The test under rules 221 and 299.18 is the same; the only difference is that, in a motion to certify, the burden is on the plaintiff whereas, in a motion to strike, the burden is on the defendant. The statement of claim discloses a reasonable cause of action if it is not plain and obvious or beyond reasonable doubt that the action will not succeed. Although the statement of claim and the pleadings as a whole disclosed a reasonable cause of action regarding some members of the proposed class, it did not with respect to those who filed applications on or after April 1, 2003, since the statement made no allegations regarding the 2003-2004 fiscal year. Moreover, regarding those who filed applications on or after April 1, 2004, it was impossible to allege a profit since the 2004-2005 fiscal year had not ended when the statement of claim was filed on March 11, 2005.

(2) There is an identifiable class of two or more persons as required by paragraph 299.18(1)(b) of the Rules as all the plaintiffs alleged a systemic violation of subsection 19(2) of the *Financial Administration Act*. The problem is that there are many classes. Those against whom a time bar defence had been raised constituted at least one obvious potential subclass.

La Cour à traiter une demande de contrôle judiciaire comme une action (conversion) et les règles 299.1 et suivantes des Règles prévoient qu'une action peut être autorisée comme recours collectif. Par conséquent, la demande doit être introduite à titre de demande de contrôle judiciaire, convertie en action, et ensuite, autorisée à titre de recours collectif. L'introduction de l'action par le dépôt et la signification d'une déclaration était la forme erronée d'introduction. Étant donné que le fait de permettre aux parties de présenter une demande de contrôle judiciaire lorsque l'action ne serait pas autorisée comme recours collectif constituerait un gaspillage des ressources judiciaires, la Cour s'est livrée à l'analyse des cinq conditions qui doivent être remplies avant que l'action puisse être autorisée, soit : 1) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable (alinéa 299.18(1)(a)); 2) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes (alinéa 299.18(1)(b)); 3) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait collectifs (alinéa 299.18(1)(c)); 4) le recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs (alinéa 299.18(1)(d)); 5) un représentant demandeur doit être en mesure de représenter de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe (alinéa 299.18(1)(e)).

1) Les actes de procédure révèlent une cause d'action valable aux fins d'une demande d'autorisation s'il n'est pas manifeste et évident que la demande est mal fondée. Le critère applicable aux règles 221 et 299.18 des Règles est identique; la seule différence qui existe entre une requête en autorisation et une requête en radiation est que pour cette dernière, le fardeau incombe au défendeur alors que pour la première requête, le fardeau incombe au demandeur. La déclaration révèle une cause d'action valable s'il n'est pas manifeste et évident, ou établi au-delà de tout doute raisonnable, que l'action sera rejetée. Bien que la déclaration et l'ensemble des actes de procédure aient révélé une cause d'action valable pour ce qui est de certains membres du groupe proposé, on ne pouvait dire la même chose à l'égard de ceux qui ont déposé leurs demandes après le 31 mars 2003 puisque la déclaration ne contenait aucune allégation concernant l'exercice financier 2003-2004. En outre, pour les personnes qui ont déposé leurs demandes après le 31 mars 2004, il était impossible d'alléguer que ces demandes avaient permis de réaliser des bénéfices, étant donné que l'exercice financier 2004-2005 n'était pas terminé lorsque la déclaration a été déposée le 11 mars 2005.

2) Il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes comme l'exige l'alinéa 299.18(1)(b) des Règles parce que tous les demandeurs ont allégué qu'il y a eu violation systémique du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Le problème était qu'il existait de nombreux groupes. Les personnes visées par une

(3) The alleged systemic violation of the *Financial Administration Act* was the common question of both fact and law as required by paragraph 299.18(1)(c) of the Rules. The issue that did not apply to the class as a whole was that those whose cause of action arose more than six years before the filing of the statement of claim could face a potential timebar defence based on section 39 of the Act. In determining whether delay beyond the prescribed limitation period is justifiable, the point at which the plaintiff reasonably could bring an action, taking into account his or her own interests and circumstances, must be determined. The last annual report publicly available six years before the action was instituted (March 11, 2005) was the report for the 1997-1998 fiscal year, a year which ended March 31, 1998. This is the date a plaintiff could have reasonably ascertained that the Crown may have made a profit and a date when time may possibly have begun to run.

(4) There were a number of other possible procedures, including a test case, judicial review and consolidation as well as potential obstacles to consider. Because the plaintiffs attacked the cost of the application fees and seek a money judgment for unjust enrichment, they would need a declaration that the fee regulations are invalid, which could be done by judicial review. However, the plaintiffs would have to overcome the hurdle of obtaining an extension of time and, if the judicial review is under the IRPA, they would have to obtain leave as required by subsection 72(1) of the IRPA. Although the validity of the Regulations could be dealt with by judicial review, an action, which involves discovery of documents, a *viva voce* examination for discovery and live in-court testimony, could better deal with whether income exceeded cost in fact as well as the reasonableness of any budgetary calculations. Therefore, if the matter were to run its course, an application for judicial review would have to be treated as an action and then certified as a class action.

(5) Even though the couple proposed as representative plaintiffs were recruited and know nothing about immigration law, they considered that there was a basic unfairness in the immigration process and would fairly and adequately present the interests of the class. They had prepared a litigation plan but it was premature because an application for judicial review must be instigated.

prescription constituait au moins un sous-groupe potenti élévident.

3) La violation systémique alléguée de la *Loi sur la gestion des finances publiques* constituait le point de droit et de fait collectif exigé par l'alinéa 299.18(1)c) des Règles. Une question ne touchait pas l'ensemble du groupe proposé. En effet, ceux dont la cause d'action remontait à plus de six ans avant le dépôt de la déclaration pouvaient être visés par la prescription prévue à l'article 39 de la Loi. Pour déterminer si le demandeur pouvait être justifié d'agir après l'expiration du délai de prescription, il fallait établir le moment où le demandeur aurait pu raisonnablement intenter une action, compte tenu de son intérêt et des circonstances qui lui sont propres. Le dernier rapport annuel rendu public six ans avant l'introduction de l'action (le 11 mars 2005) était le rapport concernant l'exercice financier 1997-1998, exercice qui s'est terminé le 31 mars 1998. Il s'agit de la date à laquelle un demandeur aurait été en mesure de savoir si l'État avait peut-être réalisé des bénéfices et une date qui aurait pu être un point de départ possible de la prescription.

4) Il existait un certain nombre d'autres possibilités à envisager, notamment une cause type, un contrôle judiciaire et une réunion d'instances, ainsi que des obstacles éventuels à examiner. Parce que les demandeurs ont contesté le coût des droits relatifs aux demandes et ont sollicité un jugement pécuniaire pour enrichissement sans cause, ils auraient besoin d'un jugement déclarant que le règlement sur les droits est invalide, ce qui peut se faire au moyen d'un contrôle judiciaire. Cependant, les demandeurs auraient besoin de surmonter l'obstacle relatif à l'obtention d'une prorogation et, s'ils présentent une demande de contrôle judiciaire en vertu de la LIPR, ils devraient obtenir une autorisation en application du paragraphe 72(1) de la LIPR. Bien que la validité du Règlement puisse être examinée dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, la question de savoir si les recettes l'emportaient en fait sur les dépenses ainsi que le caractère raisonnable des calculs budgétaires serait mieux tranchée dans le cadre d'une action, qui comporte la communication des documents, un interrogatoire préalable oral et le témoignage direct devant le tribunal. Donc, si l'affaire devait suivre son cours, une demande de contrôle judiciaire devrait être traitée comme une action et autorisée à titre de recours collectif.

5) Même si les époux proposés à titre de représentants demandeurs ont été recrutés et ignorent tout du droit de l'immigration, ils estimaient que le processus était fondamentalement inéquitable et seraient en mesure de représenter de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe. Ils ont préparé un plan contentieux, mais il était prématuré parce qu'il fallait d'abord présenter une demande de contrôle judiciaire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 24), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35), 39 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10; 2002, c. 8, s. 38).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 2 “pleading”, 3, 57, 221, 299, 299.1 (as enacted by SOR/2002-417, s. 17), 299.17 (as enacted *idem*), 299.18 (as enacted *idem*).
Financiel Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 19(2) (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration Act Fees Regulations, SOR/97-22.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 72(1), (2) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 74.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2006] 2 F.C.R. 531; (2005), 31 Admin. L.R. (4th) 257; 49 Imm. L.R. (3d) 163; 339 N.R. 210; 2005 FCA 308; *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 579; [2006] 9 W.W.R. 393; 54 B.C.L.R. (4th) 204; 2006 BCCA 235; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; (1999), 172 D.L.R. (4th) 385; [1999] 8 W.W.R. 499; 63 B.C.L.R. (3d) 41; 122 B.C.A.C. 161; 45 C.C.L.T. (2d) 1; 32 C.P.C. (4th) 197; 239 N.R. 134; *Le Corre v. Canada (Attorney General)* (2005), 347 N.R. 126; 2005 FCA 127.

DISTINGUISHED:

Hollick v. Toronto (City), [2001] 3 S.C.R. 158; (2001), 205 D.L.R. (4th) 19; 42 C.E.L.R. (N.S.) 26; 13 C.P.C. (5th) 1; 24 M.P.L.R. (3d) 9; 277 N.R. 51; 152 O.A.C. 279; 2001 SCC 68.

CONSIDERED:

Budisukma Puncak Sendirian Berhad v. Canada (2005), 338 N.R. 75; 2005 FCA 267; *Canada v. Grenier*, [2006]

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 19(2) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 24), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35), 39 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10; 2002, ch. 8, art. 38).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1), (2) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 74.
Règlement sur les prix à payer—Loi sur l'immigration, DORS/97-22.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 2 « acte de procédure », 3, 57, 221, 299, 299.1 (édicte par DORS/2002-417, art. 17), 299.17 (édicte, *idem*), 299.18 (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2006] 2 R.C.F. 531; 2005 CAF 308; *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 579; [2006] 9 W.W.R. 393; 54 B.C.L.R. (4th) 204; 2006 BCCA 235; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 127.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Hollick c. Toronto (Ville), [2001] 3 R.C.S. 158; 2001 CSC 68.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada, 2005 CAF 267; *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005

2 F.C.R. 287; (2005), 262 D.L.R. (4th) 337; 344 N.R. 102; 2005 FCA 348; *Bisailon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666; (2006), 266 D.L.R. (4th) 542; 51 C.C.P.B. 163; 149 L.A.C. (4th) 225; 348 N.R. 201; 2006 SCC 19; *Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184; (2001), 205 D.L.R. (4th) 39; [2001] 11 W.W.R. 207; 95 B.C.L.R. (3d) 1; 157 B.C.A.C. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 1; 9 C.P.C. (5th) 1; 275 N.R. 342; 2001 SCC 69; *Hamel v. Brunelle et al.*, [1977] 1 S.C.R. 147; (1975), 8 N.R. 481; *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (F.C.A.); *Letang v. Cooper*, [1964] 2 All E.R. 929; *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 341; (2006), 43 Admin. L.R. (4th) 139; 53 Imm. L.R. (3d) 236; 2006 FC 197; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534; (2000), 286 A.R. 201; 201 D.L.R. (4th) 385; [2002] 1 W.W.R. 1; 94 Alta. L.R. (3d) 1; 8 C.P.C. (5th) 1; 272 N.R. 135; 2001 SCC 46.

REFERRED TO:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63; 113 Sask. R. 99; 17 Admin. L.R. (2d) 236 (C.A.); *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Momi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 52 Imm. L.R. (3d) 116; 2005 FC 1484; *Al-Mhamad v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission*, 2003 FCA 45; *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (2000), 47 Admin. L.R. 317; 109 N.R. 239 (F.C.A.).

MOTION under the *Federal Courts Act* (subsection 18.4(2)) and *Federal Courts Rules* (rule 299 *et seq.*) to certify a money action as a class action against the Federal government for overcharging, allegedly by more than 700 million dollars, for application fees for immigrant visas, authorizations or Minister's permits in violation of subsection 19(2) of the *Financial Administration Act*. Motion dismissed.

CAF 348; *Bisailon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666; 2006 CSC 19; *Rumley c. Colombie-Britannique*, [2001] 3 R.C.S. 184; 2001 CSC 69; *Hamel c. Brunelle et al.*, [1977] 1 R.C.S. 147; *Sweet c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1539 (C.A.) (QL); *Letang v. Cooper*, [1964] 2 All E.R. 929; *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 341; 2006 CF 197; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534; 2001 CSC 46.

DÉCISIONS CITÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.); *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63; 113 Sask. R. 99; 17 Admin. L.R. (2d) 236 (C.A.); *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Momi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1484; *Al-Mhamad c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, 2003 CAF 45; *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (2000), 47 Admin. L.R. 317; 109 N.R. 239 (C.A.F.).

REQUÊTE présentée en application du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et des règles 299 et suivantes des *Règles des Cours fédérales* pour autoriser une action pécuniaire comme recours collectif contre le gouvernement fédéral pour avoir prétendument perçu plus de 700 millions de dollars en trop au titre de droits demandés pour des visas, des autorisations ou des permis du ministre contrairement au paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Requête rejetée.

APPEARANCES:

Gerald A. Cuttler and Richard T. Kurland for plaintiffs.

Donald J. Rennie, R. Keith Reimer, Banafsheh Sokhansanj and Scott M. Nesbitt for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Kurland, Tobe, Vancouver, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

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

[1] HARRINGTON J.: Irena Popapova was born back in the U.S.S.R in 1978. Since then, her country changed; the world changed; and her life changed. She married Alan, a Canadian, and immigrated here. In order to obtain a permanent residence visa, an application fee had to be paid. Upon her arrival, she was welcomed with another fee, a landing fee. Now she and Alan, the Hinton, somewhat to their surprise I think, find themselves at centre stage of a proposed class action on behalf of an estimated 2 to 3 million people who paid application fees for some 9 to 10 million immigration visas, authorizations or permits. The fees currently range from \$75 for a temporary resident visa to \$1,050 for a permanent resident visa. They claim they were overcharged by more than 700 million dollars. They want that money back.

[2] The defendant, whom I shall call the "Minister" or occasionally the "Crown", has filed a vigorous three-pronged defence. He alleges that the services were actually rendered at a loss. He strenuously denies that the business of government has been financed on the backs of immigrants. That being said, however, even if a profit were realized, that profit is lawful as the fees collected were specifically set out in various regulations. Finally, even if the fees were unlawfully imposed, there is no remedy. The law does not allow a refund.

ONT COMPARU :

Gerald A. Cuttler et Richard T. Kurland pour les demandeurs.

Donald J. Rennie, R. Keith Reimer, Banafsheh Sokhansanj et Scott M. Nesbitt pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Kurland, Tobe, Vancouver, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE HARRINGTON : Irena Popapova est née en URSS en 1978. Depuis cette année, son pays a changé, le monde a changé et sa vie a changé. Elle a épousé Alan, un Canadien, et a immigré ici. Pour obtenir un visa de résidence permanente, elle a dû payer les droits exigés pour sa demande. À son arrivée, elle a été accueillie par un autre droit, le droit exigé pour l'établissement. Aujourd'hui, elle et Alan, les Hinton, se retrouvent, un peu surpris, je crois, au cœur d'un recours collectif envisagé présenté au nom des deux à trois millions de personnes environ qui ont versé des droits correspondant à près de 9 à 10 millions de visas, d'autorisations et de permis d'immigration. À l'heure actuelle, le montant de ces droits se situe entre 75 \$ pour un visa de résident temporaire et 1 050 \$ pour un visa de résident permanent. Ces personnes soutiennent avoir payé plus de 700 millions de dollars en trop. Elles veulent obtenir le remboursement de cette somme.

[2] Le défendeur, que je vais appeler « le ministre » ou parfois « la Couronne », a déposé une défense vigoureuse comportant trois volets. Il allègue qu'en fait, les services ont été fournis à perte. Il nie énergiquement que les activités du gouvernement aient été financées par les immigrants. Cela dit, il soutient que, même si des bénéfiques ont été réalisés, ces bénéfiques sont légaux étant donné que les droits perçus étaient expressément prévus par divers règlements. Enfin, même si les droits ont été imposés illégalement, il n'existe aucun recours. La loi ne prévoit aucun remboursement.

[3] The action as it currently stands is in the name of 11 individual plaintiffs. It cannot proceed as a class action unless it is so certified by the Court. The *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (Rules) impose five requirements for certification, one of which is that there be a representative plaintiff who possesses certain qualities and who has or will do certain things. This is where the Hintons come in.

[4] Another requirement is that a class action be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of common questions of law or fact. Although a class action may well be the preferred procedure, it is a prohibited procedure, at least at this stage. The claim must begin in this Court as an application for judicial review, be converted into an action, and then certified as a class action. Although this rigmarole has the appearance of giving victory to form over substance, each intermediate step raises important issues which simply cannot be ignored.

[5] If they are to succeed, the plaintiffs must establish three things. Firstly, the fees generated by the *Immigration and Refugee Protection Regulations* [SOR/2002-227], and its predecessors, must exceed the cost of rendering the service. Secondly, the regulations which established the fees from time to time must be declared invalid. Finally, there must be no legal reason which entitles the Minister to keep the excess fees. The question of the validity of the Regulations would normally be ruled upon, at least in this context, in an application for judicial review.

DISPOSITION

[6] I have come to the conclusion that it is premature to certify this action as a class action, and so must dismiss the motion. I am prepared to stay the action so that an application for judicial review may be launched. These are my reasons.

[3] L'action, telle qu'elle est présentée actuellement, est intentée au nom de 11 demandeurs. Elle ne peut être instruite comme un recours collectif que si les demandeurs obtiennent l'autorisation de la Cour. Les *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles) fixent cinq conditions pour l'octroi de cette autorisation, dont une est qu'un représentant du demandeur possède certaines qualités et soit prêt à faire certaines choses. C'est là qu'interviennent les Hinton.

[4] Une autre condition est que le recours collectif doit être le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs. Malgré la possibilité que le recours collectif soit la meilleure procédure à utiliser, c'est une procédure interdite, du moins à cette étape-ci. La demande doit être introduite devant la Cour à titre de demande de contrôle judiciaire, convertie en action, et ensuite, autorisée à titre de recours collectif. Cette course d'obstacles semble privilégier la forme et non le fond, mais chacune de ces étapes soulève d'importantes questions dont il n'est pas possible de faire l'économie.

[5] Pour obtenir gain de cause, les demandeurs doivent établir trois choses. Premièrement, ils doivent montrer que les droits perçus par l'application du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227] et des règlements antérieurs sont supérieurs au coût des services fournis. Deuxièmement, le règlement qui fixait le montant des droits doit être déclaré invalide. Enfin, il ne doit exister aucun motif juridique autorisant le ministre à conserver les droits excédentaires. La question de la validité du Règlement devrait normalement être tranchée, du moins dans le présent contexte, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

DÉCISION

[6] J'en suis arrivé à la conclusion qu'il serait prématuré d'autoriser l'action comme recours collectif, et je dois donc rejeter la requête. Je suis disposé à suspendre l'action de façon à ce qu'une demande de contrôle judiciaire puisse être déposée. Voici mes motifs.

[7] In the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], Parliament chose to draw a distinction between actions against the federal Crown and the judicial review of decisions of federal boards, commissions or other tribunals. Under section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 24], the Federal Court and the provincial courts have concurrent jurisdiction over the Crown. However, in virtue of section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26], the Federal Court has exclusive jurisdiction to review decisions of federal boards, save specified boards whose decisions are reviewed by the Federal Court of Appeal pursuant to section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35].

[8] The 9 to 10 million decisions to collect application fees were hardly discretionary, but nevertheless are decisions subject to judicial review (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 51 and following). The fee collectors were obliged to administer the Regulations which had been enacted by Order in Council. In so enacting, the Governor in Council is in and of itself a federal board, commission or tribunal (*Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.), Mr. Justice Rothstein and *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63 (Sask. C.A.).

[9] Since the Federal Court has jurisdiction both over the Crown at large, and over federal boards and tribunals, non-compliance with the form of action is normally an irregularity which may be remedied. Rule 57 of the *Federal Courts Rules* says so. However, the broader question is whether an individual is entitled to disregard judicial review, and attendant time limits, by attacking the decision collaterally, such as by way of a money action. The courts, particularly the Federal Court of Appeal, have wrestled with this thorny issue for years. In *Budisukma Puncak Sendirian Berhad v. Canada* (2005), 338 N.R. 75 (F.C.A.), the Court noted that the question had not, to that point, been definitively resolved. The issue was decided later last year in *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287 (F.C.A.), after this action was launched.

[7] Dans la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], le législateur a décidé d'établir une distinction entre les actions intentées contre la Couronne fédérale et le contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux. Aux termes de l'article 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 24], la Cour fédérale et les cours provinciales ont compétence concurrente à l'égard de la Couronne. Cependant, aux termes de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26], la Cour fédérale possède une compétence exclusive en matière d'examen des décisions des offices fédéraux, sauf à l'égard des offices dont les décisions sont examinées par la Cour d'appel fédérale conformément à l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35].

[8] Les 9 à 10 millions de décisions de percevoir des droits relatifs à des demandes peuvent difficilement être qualifiées de discrétionnaires mais elles sont néanmoins assujetties au contrôle judiciaire (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 51 et suivants). Les fonctionnaires qui ont perçu ces droits étaient obligés d'appliquer le Règlement pris par décret en conseil. Le gouverneur en conseil a adopté ce Règlement et est à ce titre un office fédéral (*Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Rothstein et *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63 (C.A. Sask.).

[9] Étant donné que la Cour fédérale a compétence à la fois à l'égard de la Couronne dans son sens large et des offices fédéraux, le non-respect de la forme d'action constitue habituellement une irrégularité à laquelle il est possible de remédier. C'est ce qu'énonce la règle 57 des *Règles des Cours fédérales*. La question plus large est cependant celle de savoir si une personne peut éviter de présenter une demande de contrôle judiciaire, en respectant les délais qui y sont associés, en attaquant une décision de façon indirecte, par exemple, en présentant une demande pécuniaire. Les tribunaux, en particulier la Cour d'appel fédérale, se sont attaqués à cette épineuse question pendant des années. Dans l'arrêt *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada, 2005 CAF 267*, la Cour d'appel a noté que cette question n'avait pas encore été résolue de façon définitive. Elle a été

[10] Our *Federal Courts Rules* contemplate the possibility of a class action, but not a class application for judicial review. However, subsection 18.4(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* allows the Court to treat an application for judicial review as an action (conversion), and then rules 299.1 and following permit an action to be certified as a class action. In *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531 (F.C.A.), Mr. Justice Rothstein noted that where the reason advanced to support a motion to convert a judicial review into an action was to certify a class action, both the motion to convert and the motion to certify should be heard and considered together. It would be pointless to convert such an application into an action unless the Court would also be prepared to issue a class certification order. He said (at paragraph 19):

To answer the Minister's concern that conversion for the purpose of certifying a class action defeats the purpose of judicial review, the question of the preferable procedure is a matter to be taken into account in the conversion/certification proceeding. The Court will look at the questions of practicality and efficiency and which procedure will provide the least difficulty for resolving the matter. For example, a multiplicity of judicial review proceedings, which a class action might avoid, might also be avoided if the parties agree to treat one judicial review as a test case for other judicial reviews dealing with the same issue. These and other considerations should allow the court to determine whether to grant conversion and certification.

[11] The proceedings in *Tihomirov*, began in the right form, an application for judicial review. The proceedings in this case began in the wrong form; an action commenced by the filing and serving of a statement of claim. Having said all that, I nevertheless propose to analyze the five requirements which must be met before an action can be certified as a class action. It

tranchée l'année dernière dans l'arrêt *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287 (C.A.F.), qui est postérieur à l'introduction de la présente action.

[10] Les *Règles des Cours fédérales* envisagent la possibilité d'un recours collectif mais pas d'une demande de contrôle judiciaire collective. Cependant, le paragraphe 18.4(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* autorise la Cour à traiter une demande de contrôle judiciaire comme une action (conversion), et ensuite, les règles 299.1 et suivantes des Règles prévoient qu'une action peut être autorisée comme recours collectif. Dans l'arrêt *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531 (C.A.F.), le juge Rothstein a noté que, lorsque le motif invoqué à l'appui d'une requête présentée en vue de convertir un contrôle judiciaire en une action était de faire autoriser un recours collectif, il y avait lieu d'instruire ensemble la requête en conversion et la requête en autorisation. Il serait tout à fait inutile de convertir une demande en une action si la Cour n'était pas également disposée à rendre une ordonnance autorisant un recours collectif. Il a déclaré (au paragraphe 19) :

En réponse à la prétention du ministre selon laquelle la conversion effectuée aux fins de l'autorisation d'un recours collectif contrevient à l'objet du contrôle judiciaire, la procédure souhaitable est l'un des facteurs à prendre en considération dans le cadre de la procédure de conversion et d'autorisation. Le tribunal examinera les problèmes liés à la facilité et à l'efficacité des procédures, et choisira celle qui offrira le moins de difficultés pour régler les questions en litige. Par exemple, une pluralité de contrôles judiciaires que permettrait d'éviter un recours collectif pourrait également être évitée si les parties convenaient de considérer un seul contrôle judiciaire comme une cause type pour les autres contrôles judiciaires qui portent sur la même question. Ces facteurs, parmi d'autres, devraient permettre au tribunal de décider s'il convient d'autoriser la conversion et l'autorisation du recours collectif.

[11] Dans la décision *Tihomirov*, l'instance avait été introduite selon la procédure appropriée, une demande de contrôle judiciaire. La présente instance a été introduite selon une forme erronée; l'action a été introduite par le dépôt et la signification d'une déclaration. Cela dit, je me propose néanmoins d'analyser les cinq conditions qui doivent être remplies avant qu'une

would be a disservice to the parties, an affront to the administration of justice, and a terrible waste of judicial resources if, at my instigation, the parties embark on what has to be a very complicated and complex judicial review only to find that I would not have certified the action as a class action in the first place.

[12] The balance of these reasons are broken down into the following four parts:

| | <u>Paragraphs</u> |
|------------------------------------|-------------------|
| History of class actions | 13-17 |
| Events leading up to certification | 18-25 |
| | <u>Paragraphs</u> |
| Conditions of certification | 26-80 |
| (a) Reasonable cause of action | 29-41 |
| (b) Identifiable class | 42-47 |
| (c) Common questions | 48-55 |
| i) The Knight case | 51-53 |
| (d) Preferred procedure | 56-70 |
| (e) Representative plaintiff | 71-80 |
| Closing comments | 81-84 |

HISTORY OF CLASS ACTIONS

[13] Class actions are not really new. They have been around, in one form or another, for centuries. Although one normally thinks of a plaintiff having a personal claim and suing a defendant for an order to pay money, to do something, or to stop doing something, representative actions are common enough. One need only think of a trustee who sues on behalf of the beneficiaries of a trust, or a bailee in possession of goods who sues on behalf of the bailor. In order to manage such proceedings, different courts, at different times, have set up various rules of practice.

[14] Suffice it to say for the purposes of this case that the class action originated in the English Courts

action puisse être autorisée comme recours collectif. Je ne voudrais pas que les parties décident, sur mes conseils, de présenter une demande de contrôle judiciaire très complexe et s'aperçoivent par la suite que je n'aurais pas de toute façon autorisé l'action comme recours collectif; cela rendrait un mauvais service aux parties, constituerait un outrage à l'administration de la justice et un terrible gaspillage des ressources judiciaires.

[12] Le reste des présents motifs est réparti en quatre parties comme suit :

| | <u>Paragraphs</u> |
|---|-------------------|
| Historique du recours collectif | 13-17 |
| Événements ayant précédé la demande d'autorisation | 18-25 |
| | <u>Paragraphs</u> |
| Conditions d'octroi de l'autorisation | 26-80 |
| a) Cause d'action valable | 29-41 |
| b) Existence d'un groupe identifiable | 42-47 |
| c) Questions collectives | 48-55 |
| i) l'arrêt <i>Knight</i> | 51-53 |
| d) Meilleur moyen de régler les questions en litige | 56-70 |
| e) Représentant demandeur | 71-80 |
| Conclusion | 81-84 |

HISTORIQUE DU RECOURS COLLECTIF

[13] Le recours collectif n'est pas vraiment une nouveauté. Il existe sous une forme ou une autre depuis des siècles. On pense souvent à l'instance où le demandeur invoque un droit personnel et poursuit le défendeur en vue d'obtenir une ordonnance obligeant ce dernier à verser une somme d'argent, à faire quelque chose, ou à cesser de faire quelque chose, mais les actions collectives sont assez courantes. Il suffit de penser au fiduciaire qui intente une action pour le compte des bénéficiaires d'une fiducie, ou au dépositaire en possession de marchandises qui intente une poursuite au nom du déposant. Pour encadrer les instances de ce type, différentes juridictions ont à des époques différentes adopté diverses règles de pratique.

[14] Il suffira de dire aux fins de la présente instance que le recours collectif tire son origine des cours

of Equity in the late 17th and early 18th centuries. It was recognized that litigation needed more flexibility, and less rigidity.

[15] In *Bisailon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666, the Court noted (at paragraph 16):

The class action has a social dimension. Its purpose is to facilitate access to justice for citizens who share common problems and would otherwise have little incentive to apply to the courts on an individual basis to assert their rights. . . . This Court has already noted that legislation on class actions should be construed flexibly and generously. . . . [Cited cases omitted.]

[16] In *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534 on appeal from the Court of Appeal for Alberta, Chief Justice McLachlin stated three important advantages of a class action over a multiplicity of individual actions. First, there is judicial economy in that unnecessary duplication is avoided. Second, litigation costs are spread over a large number of plaintiffs. This makes access to justice easier in that the advancement of claims is more economical than if pursued on an individual basis. Finally, these actions ensure that actual and potential wrong-doers modify their future behaviour. Without such actions, those who cause widespread but individually minor harm may not otherwise have their conduct called into account.

[17] In addition to *Western Canadian Shopping Centres*, there are two other Supreme Court decisions which permeate these reasons: *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158, and *Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184.

EVENTS LEADING UP TO CERTIFICATION

[18] The fundamental premise of the plaintiffs' case is that they were overcharged on applications submitted from April 1, 1994 to March 11, 2005, the latter being the date the statement of claim was issued.

d'équité anglaises qui l'ont créé à la fin du XVII^e siècle et au début du XVIII^e siècle. On avait reconnu à l'époque qu'il fallait assouplir la procédure pour la rendre moins rigide.

[15] Dans l'arrêt *Bisailon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, la Cour suprême a noté (au paragraphe 16) :

La procédure de recours collectif a une portée sociale. Elle vise à faciliter l'accès à la justice aux citoyens qui partagent des problèmes communs et qui, en l'absence de ce mécanisme, seraient peu incités à s'adresser individuellement aux tribunaux pour faire valoir leurs droits. [. . .] Notre Cour a déjà souligné la nécessité de donner une interprétation souple et libérale à la législation sur les recours collectifs [. . .]. [Décisions citées omises.]

[16] Dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, un appel d'une décision de la Cour d'appel de l'Alberta, la juge en chef McLachlin expose les trois grands avantages qu'offre le recours collectif par rapport à une multiplicité d'actions individuelles. Premièrement, il permet de faire des économies sur le plan judiciaire, en évitant toute duplication inutile. Deuxièmement, les frais judiciaires sont répartis entre un grand nombre de demandeurs, ce qui facilite l'accès à la justice en rendant économiques des poursuites qui auraient été trop coûteuses pour être intentées individuellement. Enfin, ces recours incitent les malfaisants réels et éventuels à modifier à l'avenir leur comportement. Sans le recours collectif, les personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais nombreux n'auraient peut-être pas à répondre de leurs agissements.

[17] En plus de l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres*, il y a deux autres arrêts de la Cour suprême qui sous-tendent les présents motifs : *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158 et *Rumley c. Colombie-Britannique*, [2001] 3 R.C.S. 184.

LES ÉVÉNEMENTS AYANT PRÉCÉDÉ LA DEMANDE D'AUTORISATION

[18] L'argument fondamental des demandeurs est que les auteurs des demandes présentées entre le 1^{er} avril 1994 et le 11 mars 2005, cette dernière date étant celle du dépôt de la déclaration, ont été obligés de verser des droits excessifs.

[19] This fundamental premise challenges three widespread and preconceived notions. The first is that governments spend money, they do not make money. The second is that if a government department claims to have made money, there must be something wrong with the books. Finally, the government can charge whatever it likes to whomever it likes. If the government establishes a cost recovery program based on user fees, and makes a profit, so be it. If the electorate does not like it, it can vote someone else in.

[20] The statement of claim refers to a series of annual reports given to Parliament by the Minister. The allegation is that a profit in excess of 700 million dollars was generated by visa and similar immigration applications. The plaintiffs draw a distinction between these application fees, and the landing fees. It is common ground that the visa and similar application fees are service fees, while the landing fees are privileges. The plaintiffs accept that the Minister can charge what he likes for a privilege. The plaintiffs seek no recovery with respect to landing fees.

[21] However, with respect to visa-type application fees, they point out that pursuant to subsection 19(2) [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6] of the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11], such fees “may not exceed the cost to Her Majesty in right of Canada of providing the service . . . to the users or class of users.”

[22] The plaintiffs originally sought recovery of the excess service fees on the basis of unjust enrichment, mutual mistake, money had and received, and negligence. The Minister moved to have the statement of claim struck and the entire action dismissed for failing to disclose a cause of action. It was argued that the fees were validly levied and collected by virtue of

[19] Cet argument de base va à l’encontre de trois idées préconçues très répandues. La première est que les gouvernements dépensent de l’argent et ne font pas de bénéfices. La seconde est que, lorsqu’un ministère affirme avoir fait des bénéfices, c’est qu’il y a des erreurs dans sa comptabilité. Enfin, la troisième est que le gouvernement peut facturer ce qu’il veut à qui il veut. Si le gouvernement met sur pied un programme de récupération des coûts qui impose des droits aux utilisateurs et fait des bénéfices, il n’y a rien à redire. Si les électeurs n’aiment pas cette façon de faire, ils peuvent toujours voter pour quelqu’un d’autre la prochaine fois.

[20] La déclaration fait état d’une série de rapports annuels remis au Parlement par le ministre. L’allégation est que les demandes de visas et autres demandes présentées en matière d’immigration ont généré des bénéfices de plus de 700 millions de dollars. Les demandeurs établissent une différence entre les droits relatifs aux demandes et les droits exigés pour l’établissement. Il est reconnu par les parties que les droits demandés pour les visas et pour d’autres demandes semblables sont des droits correspondant à un service alors que les droits exigés pour l’établissement concernent des privilèges. Les demandeurs reconnaissent que le ministre peut facturer les droits qu’il estime appropriés pour octroyer un privilège. Les demandeurs ne cherchent pas à récupérer les droits exigés pour l’établissement.

[21] Cependant, pour ce qui est des droits relatifs aux demandes de visas et aux demandes comparables, ils signalent que, selon le paragraphe 19(2) [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6] de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11], ces droits ne peuvent excéder « les coûts supportés par Sa Majesté du chef du Canada pour la prestation des services aux bénéficiaires ou usagers, ou à une catégorie de ceux-ci ».

[22] Les demandeurs voulaient au départ récupérer les droits excessifs demandés pour les services fournis, en se fondant sur les notions d’enrichissement sans cause, d’erreur commune, d’argent reçu indûment et de faute. Le ministre a demandé la radiation de la déclaration et le rejet de l’action parce qu’elle ne révèle aucune cause d’action. Il soutient que les droits ont été perçus

Regulations under the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA) and its predecessor, the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], notwithstanding the *Financial Administration Act*. Even if the Regulations were invalid, the plaintiffs were not entitled to a refund as the defendant had changed its position. The money had come into the Consolidated Revenue Fund and finances the general expenses of government. The Crown had thus changed its position, which is a juristic reason why there is no unjust enrichment.

[23] That motion was brought under rule 221 of the *Federal Courts Rules*. The rule requires that the Court only look at the statement of claim. No other pleadings, and no evidence, may be considered.

[24] The test on such applications is whether it is “plain and obvious” that the statement of claim discloses no reasonable cause of action (*Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959). I granted the application in so far as it related to allegations based on negligence (*Momi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 52 Imm. L.R. (3d) 116 (F.C.)). I did not strike the remaining allegations or dismiss the action because if there is a chance that the plaintiffs might succeed, they should not be “driven from the judgment seat” at the outset. It was not for the Court at that stage to weigh the plaintiffs’ chances of success.

[25] All the first *Momi* decision stands for is that it is not “plain and obvious” that the statement of claim does not disclose a cause of action. It could well be held when the case is heard on the merits that no cause of action has been established. *Hunt* also put it another way. An action cannot be struck on the basis of the allegations in the statement of claim unless it is beyond a reasonable doubt that no cause of action has been disclosed. When the case is actually heard on the merits, the burden is upon the plaintiffs to establish their case on the balance of probabilities, a far more onerous task.

régulièrement, conformément à un règlement pris aux termes de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (LIPR) et la loi antérieure, la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], malgré la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Même si le Règlement n’est pas valide, les demandeurs n’ont pas droit au remboursement parce que la situation du défendeur a changé. Les sommes en question ont été versées dans le Trésor public et servi à financer les dépenses générales du gouvernement. La situation de la Couronne a donc changé, ce qui constitue un motif juridique pour lequel il n’y a pas eu enrichissement sans cause.

[23] Cette requête a été introduite aux termes de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*. Selon cette règle, la Cour ne peut examiner que la déclaration. Elle ne peut pas tenir compte des autres actes de procédure, ni d’autres preuves.

[24] Le critère applicable aux demandes de ce genre est de savoir s’il est « évident et manifeste » que la déclaration ne révèle aucune cause d’action valable (*Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959). J’ai fait droit à la demande dans la mesure où elle repose sur des allégations fondées sur la faute (*Momi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1484). Je n’ai pas radié les autres allégations, ni rejeté l’action parce que, s’il existe une possibilité que les demandeurs obtiennent gain de cause, ils ne devraient pas être privés dès le départ de leur accès au tribunal. Il n’appartient pas à la Cour d’apprécier à cette étape-ci les chances de succès des demandeurs.

[25] Tout ce que le premier arrêt *Momi* permet d’affirmer est qu’il n’est pas « évident et manifeste » que la déclaration ne révèle pas une cause d’action. Il est possible que la Cour conclue, après avoir entendu l’affaire au fond, qu’aucune cause d’action n’a été établie. L’arrêt *Hunt* énonce la chose différemment. Une action ne peut pas être radiée en se fondant sur les allégations contenues dans la déclaration à moins qu’il soit établi au-delà de tout doute raisonnable que celle-ci ne révèle aucune cause d’action. Lorsque l’affaire est entendue au fond, il incombe aux demandeurs d’établir le bien-fondé de leur demande selon la prépondérance des probabilités, une tâche beaucoup plus lourde.

THE FIVE-PART TEST FOR CERTIFICATION

[26] In *Western Canada Shopping Centres*, Chief Justice McLachlin recommended that it would be better if the skeletal rules of practice, then current in Alberta, were fleshed out. At that time, the *Federal Courts Rules* also lacked detail, leaving it to individual judges to deal with individual cases on an *ad hoc* basis. Specific class action rules, rule 299.1 and following, were added in 2002 [SOR/2002-417, s. 17]. The key is that a proposed class action must be certified before it can proceed on behalf of anyone other than the plaintiffs specifically named therein. The rest is detail.

[27] Subject to that detail, a judge “shall” certify an action as a class action if five conditions are met:

- (a) The pleadings must disclose a reasonable cause of action;
- (b) There must be an identifiable class of at least two persons;
- (c) The claims of the class members must raise common questions of law or fact;
- (d) A class action must be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of those common questions;
- (e) Finally, there must be a representative plaintiff who would fairly and adequately represent the interest of the class, has provided a workable litigation plan, is not in conflict of interest with other class members and has provided a summary of fee and disbursement arrangements with the class’ solicitor.

[28] I shall deal with each of these conditions in turn.

(a) Reasonable cause of action

[29] Paragraph 299.18(1)(a) [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] of the Rules requires that:

LES CINQ ÉLÉMENTS DU CRITÈRE D’AUTORISATION

[26] Dans *Western Canada Shopping Centres*, la juge en chef McLachlin a déclaré qu’il serait préférable d’ étoffer les règles de pratique squelettiques en vigueur à cette époque en Alberta. À la même époque, les *Règles des Cours fédérales* étaient également peu détaillées, et laissaient au juge le soin de se prononcer de façon ponctuelle dans chaque affaire. Les règles relatives au recours collectif, la règle 299.1 et suivantes, ont été ajoutées en 2002 [DORS/2002-417, art. 17]. L’élément essentiel est qu’un recours collectif envisagé doit être autorisé avant que les demandeurs dont les noms sont expressément mentionnés dans la demande d’autorisation puissent poursuivre l’action pour le compte d’autres personnes. Le reste n’est que des détails accessoires.

[27] Sous réserve de ces détails, le juge « autorise » une action comme recours collectif si cinq conditions sont remplies :

- a) les actes de procédure révèlent une cause d’action valable;
- b) il existe un groupe identifiable formé d’au moins deux personnes;
- c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait collectifs;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs;
- e) enfin, un représentant demandeur doit être en mesure de représenter de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe, il a élaboré un plan qui propose une mesure efficace pour poursuivre l’action, il n’a pas de conflit d’intérêt avec d’autres membres du groupe et il communique un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours conclues avec l’avocat du groupe.

[28] Je vais examiner tour à tour chacune de ces conditions.

a) Une cause d’action valable

[29] L’alinéa 299.18(1)a) [édicte par DORS/2002-417, art. 17] des *Règles des Cours fédérales* exige ceci:

299.18 (1) Subject to subsection (3), a judge shall certify an action as a class action if

(a) the pleadings disclose a reasonable cause of action;

Subsection 299.18(3) deals with subclasses, on which more will be said.

[30] A pleading (*acte de procédure*) is defined in rule 2 of the *Federal Courts Rules* as meaning:

2. . . .

“pleading” means a document in a proceeding in which a claim is initiated, defined, defended or answered.

The record contains three pleadings, so defined: the statement of claim, the statement of defence and the reply thereto.

[31] There is a major textual difference between rule 221 and rule 299.18 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17]. Rule 221 specifically provides that no evidence shall be heard on a motion to strike a pleading for failing to disclose a reasonable cause of action or defence, as the case may be. Rule 299.18 is silent. Rule 299.17 [as enacted *idem*] requires an affidavit in support of the motion for certification, and contemplates that the defendant may file an affidavit in reply. Not only were affidavits filed on behalf of both parties, but attached as exhibits thereto was a considerable amount of material, including the annual reports to Parliament cited in the statement of claim.

[32] If I were unencumbered by precedent, I might have been tempted to take the sworn and documentary evidence into account. Rule 299.17 does not purport to limit the scope of affidavit evidence to issues other than the disclosure of a reasonable cause of action. It could be said that pleadings do not “disclose”, they “allege”.

299.18 (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une action comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

a) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable;

Le paragraphe 299.18(3) traite des sous-groupes, sur lesquels je reviendrai plus tard.

[30] Un acte de procédure (*pleading*) est défini de la façon suivante à la règle 2 des *Règles des Cours fédérales* :

2. [. . .]

« acte de procédure » Acte par lequel une instance est introduite, les prétentions des parties sont énoncées ou une réponse est donnée.

Selon cette définition, le dossier contient trois actes de procédure : la déclaration, la défense et la réponse.

[31] Il existe une différence de libellé importante entre la règle 221 et la règle 299.18 [édicte par DORS/2002-417, art. 17] des Règles. La règle 221 prévoit expressément qu'aucune preuve n'est admissible dans le cadre d'une requête en radiation fondée sur l'absence de cause d'action ou de défense valable, selon le cas. La règle 299.18 est muette sur ce point. La règle 299.17 [édicte, *idem*] des Règles exige le dépôt d'un affidavit à l'appui de la requête en autorisation et envisage la possibilité que le défendeur dépose un affidavit en réponse. Les parties ont non seulement déposé des affidavits, mais elles ont joint à titre de pièces à ces affidavits des documents volumineux, notamment les rapports annuels au Parlement cités dans la déclaration.

[32] S'il n'y avait pas de décision faisant autorité sur ce point, j'aurais peut-être été enclin à tenir compte des preuves documentaires et des affidavits. La règle 299.17 des Règles n'a pas pour but de limiter les preuves par affidavit aux seules questions concernant l'existence d'une cause d'action valable. On pourrait dire que les actes de procédure ne « révèlent » pas une cause d'action mais qu'ils en « allèguent » une.

[33] However, I have had the advantage of reading the decision of the Federal Court of Appeal in *Le Corre v. Canada (Attorney General)* (2005), 347 N.R. 126. Although the rationale of that case was that the statement of claim did not disclose a reasonable cause of action, the Court emphasized that all the pleadings must be considered. However, affidavits and documents attached thereto are not pleadings.

[34] It has been clearly laid down that the pleadings disclose a reasonable cause of action for the purposes of certification if it is not plain and obvious that the claim is deficient (*Western Canadian Shopping Centres*, at paragraphs 14 and 45, and *Le Corre*). The only difference between a motion to strike a statement of claim and a motion to certify is that in the latter the burden is on the plaintiff, while under paragraph 221(1)(a) of the Rules the burden is on the defendant.

[35] The statement of claim discloses a reasonable cause of action if it is not plain and obvious, or beyond reasonable doubt, that the action will not succeed. Indeed, as *per Le Corre*, the test under rules 221 and 299.18 is the same, and I have already dismissed the Minister's motion to strike (save as regards allegations of negligence).

[36] In essence, the statement of defence repeats the same grounds invoked in the Minister's application to have the statement of claim struck. It alleges the six-year statute of limitations set out in section 39 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10; 2002, c. 8, s. 38] of the *Federal Courts Act*, as the statement of claim, on its face, covers applications either made, or made and processed, more than six years before the statement of claim was issued. Neither the 30-day delay to apply for judicial review as required by section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* nor the 15-day, and in some cases 60-day, delay contemplated by subsection 72(2) [as am. *idem*, s. 194] of IRPA were invoked.

[37] If it were relevant to take into account the affidavits filed on behalf of the Minister, the weight of which is considerably diminished because much of the

[33] J'ai toutefois eu l'avantage de lire l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 127. Cet arrêt repose sur la conclusion selon laquelle la déclaration ne révélait pas de cause d'action valable, mais la Cour a insisté sur le fait qu'il fallait tenir compte de tous les actes de procédure. Toutefois, les affidavits et les documents qui y sont joints ne constituent pas des actes de procédure.

[34] Il a été clairement exposé que les actes de procédure révèlent une cause d'action valable aux fins d'une demande d'autorisation, s'il n'est pas manifeste et évident que la demande est mal fondée (*Western Canadian Shopping Centres*, aux paragraphes 14 et 45, et *Le Corre*). La seule différence qui existe entre une requête en radiation d'une déclaration et une requête en autorisation est que pour cette dernière, le fardeau incombe au demandeur, alors que selon l'alinéa 221(1)a) des Règles, le fardeau incombe au défendeur.

[35] La déclaration révèle une cause d'action valable s'il n'est pas manifeste et évident, ou établi au-delà de tout doute raisonnable, que l'action sera rejetée. En fait, selon l'arrêt *Le Corre*, le critère applicable aux règles 221 et 299.18 des Règles est identique et j'ai déjà rejeté la requête en radiation présentée par le ministre (sauf en ce qui concerne les allégations de faute).

[36] Pour l'essentiel, la défense reprend les mêmes motifs qu'invoque le ministre dans sa demande de radiation de la déclaration. Il allègue la période de prescription de six ans prévue par l'article 39 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10; 2002, ch. 8, art. 38] de la *Loi sur les Cours fédérales*, étant donné que la déclaration semble viser les demandes qui ont été présentées, ou présentées et traitées, plus de six ans avant le dépôt de la déclaration. Ni le délai de 30 jours dans lequel le contrôle judiciaire doit être demandé comme l'exige l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, ni le délai de 15 jours, et dans certains cas de 60 jours, envisagé par le paragraphe 72(2) [mod., *idem*, art. 194] de la LIPR n'ont été invoqués.

[37] S'il était pertinent de tenir compte des affidavits déposés pour le compte du ministre, dont la force probante est considérablement affaiblie étant donné que

information was either provided on information and belief, or by affiants who were not appropriate record keepers within the meaning of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5], one would appreciate that all three of the basic premises this action challenges are relied upon by the Minister. He says the services were provided at a loss (governments spend money, they do not make money). Secondly, there is something wrong with the books, at least as interpreted by the plaintiffs. Finally, if the program made a profit, so be it.

[38] The statement of claim alleges that Citizenship and Immigration Canada provided reports to Parliament which set out various annual costs for the services received by the putative plaintiff class, as well as the annual fees generated thereby. For example, the plaintiff class paid \$213.4 million in the government fiscal year ending March 31, 1999. The total cost was alleged to be \$108.7 million, which suggests a profit of \$104.7 million.

[39] However if one is entitled to consider the report for that year, the plaintiffs have not painted the complete picture. The report breaks down Citizenship and Immigration's activities into five "business lines". The expenses alleged by the plaintiffs were the expenses said to be incurred in one of the five lines, without taking into account the cost of services supplied by other government departments. For the year ending March 31, 1999, the estimated total cost of those services was \$155.5 million. However, if one were to prorate that estimate, which was not broken down into the five business lines, the claim of the plaintiffs would only be reduced by \$23.94 million, which still leaves the Crown with a profit in excess of \$80 million for that year. The reports themselves say nothing about what is included in expenses, and what is not. Are common expenses at Embassies spread out over different departments? If so, how? How are security clearances conducted by CSIS charged? What about overhead?

la plupart des renseignements qu'ils contiennent ont été fournis soit sur la base de renseignements et de croyances, soit par des déposants qui n'étaient pas des responsables de la tenue de registres compétents au sens de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5], il serait possible de noter que le ministre s'appuie sur les trois principes fondamentaux contestés dans la présente action. Il affirme que les services ont été fournis à perte (les gouvernements dépensent de l'argent et ne font pas de bénéfices). Deuxièmement, il y a des erreurs dans la comptabilité, du moins tel qu'interprétée par les demandeurs. Enfin, si le programme a permis de réaliser des bénéfices, il n'y a rien à redire.

[38] La déclaration allègue que Citoyenneté et Immigration Canada a présenté au Parlement des rapports qui exposent les divers coûts annuels des services reçus par le groupe présumé des demandeurs, ainsi que les droits annuels générés par ces demandes. Par exemple, le groupe des demandeurs a versé 213,4 millions de dollars au cours de l'exercice financier se terminant le 31 mars 1999. Il était allégué que le coût total s'élevait à 108,7 millions de dollars, ce qui semble faire ressortir des bénéfices de 104,7 millions de dollars.

[39] Cependant, s'il est possible de tenir compte du rapport concernant cette année-là, il faut reconnaître que les demandeurs n'ont pas donné une image complète de la situation. Le rapport répartit les activités de Citoyenneté et Immigration en cinq « secteurs d'activité ». Les dépenses alléguées par les demandeurs auraient été engagées dans un de ces cinq secteurs, sans tenir compte du coût des services fournis par les autres ministères. Pour l'exercice se terminant le 31 mars 1999, le coût total estimatif de ces services s'élevait à 155,5 millions de dollars. Cependant, si l'on répartit proportionnellement ce coût estimatif, qui n'a pas été réparti entre les cinq secteurs d'activités commerciales, la réclamation des demandeurs ne serait réduite que de 23,94 millions de dollars, ce qui laisse encore à la Couronne des bénéfices de plus de 80 millions de dollars pour cette année-là. Les rapports eux-mêmes ne précisent pas ce qui est inclus dans les dépenses et ce qui ne l'est pas. Les dépenses communes associées aux ambassades sont-elles réparties entre plusieurs ministères? Si c'est le cas, comment? Comment les

[40] The plaintiffs are also criticized in that it is said that they could have and should have made specific allegations with respect to the report to Parliament for the year ending March 31, 2004. Based on the same methodology they used for the other years, the service was provided at a loss without even taking into account estimated expenses incurred by other government departments. However, it cannot be said that services were necessarily rendered in the same fiscal year in which the fee was paid. The fees are paid in advance. Obviously, if a fee were paid on March 31, the services would be rendered in the next fiscal year. Although some of the visa applications, such as those of a temporary nature, may be processed quickly, others, such as permanent residence visas, which require security checks, could be spread out over a number of fiscal years.

[41] Although I am of the view that the statement of claim, and the pleadings as a whole, disclose a reasonable cause of action as regards some members of the proposed class, the same cannot be said with respect to those who filed applications on or after April 1, 2003. The statement of claim makes no allegations with respect to the 2003-2004 fiscal year, and so can hardly be said to have disclosed a reasonable cause of action. Furthermore, for those who filed on or after April 1, 2004, it is impossible to allege a profit as the 2004-2005 fiscal year had not ended when the statement of claim was filed March 11, 2005.

(b) Identifiable class

[42] Paragraph 299.18(1)(b) of the Rules also requires that:

299.18 (1) Subject to subsection (3), a judge shall certify an action as a class action if

...

autorisations de sécurité accordées par le SCRS sont-elles facturées? Qu'en est-il des frais fixes?

[40] Les demandeurs sont également critiqués parce qu'ils auraient pu et dû formuler des allégations précises concernant le rapport au Parlement concernant l'exercice se terminant le 31 mars 2004. Si l'on se fonde sur la méthode qui a été utilisée pour les autres années, les services ont été fournis à perte, même si l'on ne tient pas compte de l'estimation des dépenses encourues par les autres ministères. Il n'est toutefois pas possible d'affirmer que les services étaient toujours rendus au cours du même exercice financier que celui pendant lequel les droits avaient été payés. Les droits sont payables à l'avance. Manifestement, si le droit est versé le 31 mars, les services seront rendus au cours de l'exercice financier suivant. Certaines demandes de visas, comme celles de nature temporaire, sont traitées rapidement, mais le traitement d'autres demandes, comme les visas de résidence permanente, qui exige que l'on procède à des vérifications de sécurité, peuvent s'étaler sur plusieurs exercices financiers.

[41] J'estime que la déclaration, et l'ensemble des actes de procédure, révèlent une cause d'action valable pour ce qui est de certains membres du groupe proposé, mais je ne peux dire la même chose à l'égard de ceux qui ont déposé leurs demandes après le 31 mars 2003. La déclaration ne contient aucune allégation concernant l'exercice financier 2003-2004, et il est donc difficile d'affirmer qu'elle révèle une cause d'action valable. En outre, pour les personnes qui ont déposé leurs demandes après le 31 mars 2004, il est impossible d'alléguer qu'elles ont permis de réaliser des bénéfices, étant donné que l'exercice financier 2004-2005 n'était pas terminé lorsque la déclaration a été déposée le 11 mars 2005.

b) Un groupe identifiable

[42] L'alinéa 299.18(1)(b) des Règles exige également que :

299.18 (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une action comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

[. . .]

(b) there is an identifiable class of two or more persons;

[43] There is certainly a class of two or more persons. The problem, as asserted by the Minister, is that there are many classes. Fees were first introduced for permanent resident applications and other visas or authorizations in February 1986. There were nine separate phases through to June 1997. In June 2002, the *Immigration Act Fees Regulations* [SOR/97-22] were repealed and the new *Immigration and Refugee Protection Regulations* came into force. Most fees were carried over, but there were some changes. The plaintiffs identify some 52 types of visa or similar applications. The difference between the size of the potential class, some 2 to 3 million, and the number of applications in issue, some 9 to 10 million (both of which I have just reduced), lies in the fact that many individuals would have made more than one application.

[44] Leaving aside time bar, if the case proceeds, it may be necessary to create subclasses. However at this stage, to paraphrase *Rumley*, all the plaintiffs allege a systemic violation of subsection 19(2) of the *Financial Administration Act*. It may well be that this allegation will prove to be ill-founded. Although one might assume for the moment that expenses could be projected reasonably accurately, income may fluctuate considerably depending on the number of applications and other vagaries such as currency exchange rates. There is no reason to breakdown the class now. In *Rumley*, the class covered those who attended residential schools over a period in excess of 40 years.

[45] There is at least one obvious potential subclass: those against whom a time bar defence has been raised. It is more convenient to discuss this issue as a common question, below.

[46] As noted in *Western Canadian Shopping Centres*, at paragraph 54:

b) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes;

[43] Il existe certainement en l'espèce un groupe formé d'au moins deux personnes. Le problème, d'après le ministre, est qu'il existe de nombreux groupes. Les premiers droits ont été imposés en février 1986 pour les demandes de résidence permanente et les autres demandes de visas ou d'autorisation. Il y a eu ensuite neuf étapes distinctes entre ce moment-là et juin 1997. En juin 2002, le *Règlement sur les prix à payer—Loi sur l'immigration* [DORS/97-22] a été abrogé et le nouveau *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* est entré en vigueur. La plupart des droits prévus ont été reportés, mais il y a eu certaines modifications. Les demandeurs ont recensé près de 52 genres de demandes de visas ou des documents semblables. La différence qui existe entre le nombre des membres du groupe proposé, qui comprend 2 à 3 millions de personnes, et le nombre des demandes en question, entre 9 et 10 millions (nombres que j'ai arrondis) vient du fait que chaque personne a bien souvent présenté plusieurs demandes.

[44] En mettant de côté la prescription, il sera peut-être nécessaire de créer des sous-groupes, si le recours est autorisé. Cependant, à cette étape-ci, pour paraphraser l'arrêt *Rumley*, tous les demandeurs allèguent qu'il y a eu violation systémique du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Il est très possible que cette allégation soit jugée par la suite mal fondée. On peut tenir pour acquis pour le moment qu'il est possible de calculer de façon assez précise les dépenses, mais les recettes sont susceptibles de varier de façon considérable en fonction du nombre des demandes et d'autres facteurs comme les taux de change. Il n'y a pas de raison pour le moment de scinder le groupe. Dans l'arrêt *Rumley*, le groupe englobait les personnes qui avaient fréquenté les pensionnats sur une période de plus de 40 ans.

[45] Il existe au moins un sous-groupe potentiel évident : celui des personnes visées par une prescription. Il sera plus commode d'examiner cette question à titre de question collective, ci-dessous.

[46] Comme la Cour suprême l'a noté dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres*, au paragraphe 54 :

The defendants' contention that there are multiple classes of plaintiffs is unconvincing. No doubt, differences exist. Different investors invested at different times, in different jurisdictions, on the basis of different offering memoranda, through different agents, in different series of debentures, and learned about the underlying events through different disclosure documents. Some investors may possess rescissionary rights that others do not. The fact remains, however, that the investors raise essentially the same claims requiring resolution of the same facts. While it may eventually emerge that different subgroups of investors have different rights against the defendants, this possibility does not necessarily defeat the investors' right to proceed as a class. If material differences emerge, the court can deal with them when the time comes.

[47] To conclude on this point, there is an identifiable class.

(c) Common questions of law or fact

[48] Paragraph 299.18(1)(c) of the Rules also requires:

299.18 (1) Subject to subsection (3), a judge shall certify an action as a class action if

...

(c) the claims of the class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members;

[49] The alleged systemic violation of the *Financial Administration Act* is the common question of both fact and law. The Regulations establish different fees for different visa applications. They do not indicate that the amount of different fees was determined by anything other than a single methodology. If relevant, the evidence, such as it is, suggests that the different fees are really a function of the time required to process different types of applications.

[50] There is certainly one issue which does not apply to the proposed class as a whole. Those whose cause of action arose more than six years before the filing of the statement of claim face a potential time bar defence based on section 39 of the *Federal Courts Act*.

L'argument des défendeurs selon lequel il existe de nombreux groupes de demandeurs n'est pas convaincant. Sans aucun doute, il y a des différences. Des investisseurs différents ont investi à différentes époques, dans des ressorts différents, en se fondant sur des notices d'offre différentes, par le biais de représentants différents, dans différentes séries de débentures, et ont entendu parler des événements sous-jacents par différents documents d'information. Certains investisseurs peuvent disposer de droits de résiliation que d'autres n'ont pas. Il demeure toutefois que les investisseurs soulèvent essentiellement les mêmes revendications qui exigent la résolution des mêmes faits. Il est possible qu'en fin de compte émergent différents sous-groupes d'investisseurs qui auront des droits différents contre les défendeurs, cependant cette possibilité ne retire pas le droit des investisseurs de poursuivre collectivement. Si des différences importantes surviennent, le tribunal réglera la question le moment venu.

[47] Je conclurai sur ce point en disant qu'il existe un groupe identifiable.

c) Les points de droit ou de fait collectifs

[48] L'alinéa 299.18(1)(c) des Règles exige également ce qui suit :

299.18 (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une action comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

[. . .]

c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait collectifs, qu'ils prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre;

[49] La violation systémique alléguée de la *Loi sur la gestion des finances publiques* constitue le point de droit et de fait collectif exigé. Le Règlement impose différents droits pour les différentes demandes de visas. Il ne mentionne pas si le montant de ces différents droits a été fixé autrement qu'en utilisant une seule méthode. Les preuves dont nous disposons indiquent, si elles sont pertinentes, que les droits varient en fonction du temps qu'exige le traitement des différents types de demandes.

[50] Il y a évidemment une question qui ne touche pas l'ensemble du groupe proposé. Ceux dont la cause d'action remonte à plus de six ans avant le dépôt de la déclaration pourraient être visés par la prescription prévue à l'article 39 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

(i) *The Knight case*

[51] After the motion for certification was heard, the British Columbia Court of Appeal handed down its decision in *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 579. As that case has obvious relevance to the case at bar, the parties were reconvened to give them an opportunity to make representations as to its significance.

[52] Mr. Knight instituted an action in May 2003, alleging that the marketing of the defendant's "light" and "mild" cigarettes was false and misleading. He proposed a class action on behalf of all those who purchased their light or mild cigarettes on or after July 5, 1974. However, taking into account the six-year statute of limitations, the Court of Appeal limited the class to those who purchased such cigarettes within six years of the institution of the action. In so doing, the Court was careful not to purport to hold that those who purchased such cigarettes before that date were time barred. Rather, it was of the view that the limitation defence as a whole could not be tried as a common issue because limitations inherently call for individual assessment of individual circumstances, and so it refused to include those who faced a *prima facie* time bar defence. It relied upon the decision of the Supreme Court in *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808 where Chief Justice McLachlin said (at paragraph 90):

I conclude that delay beyond the prescribed limitation period is only justifiable if the individual plaintiff's interests and circumstances are so pressing that a reasonable person would conclude that, in light of them, the plaintiff could not reasonably bring an action at the time his or her bare legal rights crystallized. The task in every case is to determine the point at which the plaintiff reasonably could bring an action, taking into account his or her own interests and circumstances.

[53] I find this reasoning most persuasive. However in this case, there are three possible points when time began to run, the date the application fee was paid, the date the service was provided (or to put it more accurately the date the applicant was given notice that the decision was made), and the date when a plaintiff

i) *L'affaire Knight*

[51] Après l'audition de la requête en autorisation, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a prononcé un jugement dans l'affaire *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 579. Comme cette affaire intéresse manifestement la présente espèce, les parties ont été re-convoquées pour leur donner la possibilité de présenter des observations au sujet de la portée de cet arrêt.

[52] M. Knight a institué une action en mai 2003, alléguant que la commercialisation par la défenderesse de cigarettes « légères » et « douces » était fautive et trompeuse. Il a proposé un recours collectif pour le compte de tous ceux qui ont acheté des cigarettes légères ou douces après le 4 juillet 1974. Cependant, la Cour d'appel a appliqué la prescription de six ans prévue par la loi de prescription et limité le groupe aux personnes qui avaient acheté ces cigarettes moins de six ans avant l'institution de l'action. La Cour d'appel a pris soin de ne pas se prononcer sur la question de savoir si le recours des personnes qui avaient acheté ces cigarettes avant cette date était prescrit. Elle a plutôt estimé que la question de la prescription ne pouvait être instruite à titre de point de droit collectif, étant donné que cette question fait nécessairement appel à l'évaluation de la situation de chaque personne, et elle a donc refusé d'inclure dans le groupe les personnes visées à première vue par la prescription. Elle s'est fondée sur l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, dans laquelle la juge en chef McLachlin a déclaré (au paragraphe 90) :

Je conclus que le demandeur ne peut être justifié d'agir après l'expiration du délai de prescription que lorsque son intérêt et les circonstances qui lui sont propres sont si pressants qu'une personne raisonnable conclurait, compte tenu de cet intérêt et de ces circonstances, que le demandeur ne pouvait pas raisonnablement intenter une action au moment où s'est cristallisé son droit d'action comme tel. Dans chaque cas, la tâche consiste à déterminer le moment où le demandeur aurait pu raisonnablement intenter une action, compte tenu de son intérêt et des circonstances qui lui sont propres.

[53] Ce raisonnement me paraît très convaincant. Cependant, en l'espèce, il y a trois points de départ possibles de la prescription : la date à laquelle le droit relatif à la demande a été versé, la date à laquelle le service a été fourni (ou plus exactement, la date à laquelle le demandeur a été informé de la décision le

could have reasonably ascertained that the Crown may have made a profit.

[54] On this last point, the parties agreed that the last annual report publicly available six years before this action was instituted on March 11, 2005, that is to say available on March 11, 1999, was the report for the 1997-1998 fiscal year, a year which ended March 31, 1998. The parties were unable to say with certainty when that report would have been available. These reports are usually available by the end of October. It is agreed, however, that it certainly would have been available by the end of December 1998. It does not much matter, for only those with respect to whom a decision had been made by March 31, 1998 might have been in a position to know when the statement of claim was filed that the Crown may have made a profit.

[55] Counsel for the plaintiffs proposed that the Court could certify a class who paid application fees on or after March 11, 1999, so as to avoid putting the time bar issue in the forefront. The Minister had no objection. Counsel was careful to say that they were not conceding that persons who paid application fees before that day would be forever barred from joining the class. The idea is that if other parts of the case developed as they hoped, they would then move to have the class expanded, and then to deal with the six-year time bar issue. Since I am not certifying any class, it would be unfair in this guideline part of my reasoning to be so restrictive. However, I would say that I would not be prepared to include those who had been informed of decisions by March 31, 1998.

(d) Is a class action the preferable procedure?

[56] Apart from a class action, there are a number of other possibilities to consider. There could, for instance,

concernant) et la date à laquelle le demandeur a été en mesure de savoir que l'État a peut-être fait des bénéfices.

[54] Sur ce dernier point, les parties ont admis que le dernier rapport annuel rendu public six ans avant que la présente action ait été instituée, à savoir le 11 mars 2005, en l'occurrence celui qui était disponible le 11 mars 1999, était le rapport concernant l'exercice financier 1997-1998, exercice qui s'est terminé le 31 mars 1998. Les parties n'étaient pas en mesure d'affirmer avec certitude quelle était la date à laquelle ce rapport avait été rendu public. Habituellement, ces rapports sont publiés vers la fin du mois d'octobre. Elles ont toutefois admis qu'il a sans doute été rendu public avant la fin du mois de décembre 1998. Cela n'a pas une grande importance parce que seules les personnes qui ont fait l'objet d'une décision prise avant le 31 mars 1998 auraient été en mesure de savoir au moment où la déclaration a été déposée que l'État a peut-être enregistré des bénéfices.

[55] L'avocat des demandeurs a proposé que la Cour autorise le recours pour le groupe des personnes qui ont versé des droits de demande après le 10 mars 1999, de façon à ne pas avoir à régler au préalable la question de la prescription. Le ministre ne s'y est pas opposé. Les avocats ont pris soin de préciser qu'ils ne reconnaissaient pas que les personnes qui avaient versé des droits de demande avant cette date ne pourraient jamais faire partie de ce groupe à cause de la prescription. Ils pensaient que si les autres aspects de l'affaire évoluaient comme ils l'espéraient, ils pourraient alors présenter une requête en vue d'obtenir l'expansion du groupe retenu et aborder ensuite la question de la prescription de six ans. Étant donné que je n'autorise aucun groupe à exercer un recours, il serait inéquitable d'être aussi restrictif dans la partie générale de mon analyse. Je dirais cependant que je ne serais pas disposé à inclure dans un groupe ceux qui avaient pris connaissance des décisions les concernant le 31 mars 1998 ou avant cette date.

d) Le recours collectif est-il le meilleur moyen de régler ces points?

[56] Outre le recours collectif, il existe un certain nombre d'autres possibilités à envisager. On pourrait,

be a test case by way of judicial review. Within the context of an action, apart from a class action, there could be a test case, a joinder, or a consolidation (*Hollick*, paragraph 28 and following, and *Tihomirovs*, paragraph 18).

[57] If the plaintiffs are to succeed, at some point in time a judicial review will have to be treated as an action, and possibly consolidated with this action. The plaintiffs seek a money judgment. As a condition precedent, they need a declaration that the fee regulations are invalid. That may be done by judicial review. However, it has been held that an action in damages against the Crown is beyond the scope of judicial review (see for example *Al-Mhamad v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission*, 2003 FCA 45). Although this is not an action for damages, it is an action for unjust enrichment, which has been met with a number of defences including Her Majesty's allegation that she has changed her position. Any change of position would not be a decision of a federal board or tribunal. It has to be properly characterized as a defence to an action.

[58] It is tempting to simply allow the action as it now is to proceed. In *Hamel v. Brunelle et al.*, [1977] 1 S.C.R. 147, Mr. Justice Pigeon reminded us [at page 156] "that procedure [should] be the servant of justice not its mistress." In *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R.17 (F.C.A.), Mr. Justice Décary characterized the fine, and sometimes difficult, distinctions between actions and judicial reviews as an [at paragraph 14] "unfortunate merry-go-round [which] is a waste of resources for the litigants as well as for the Court." Furthermore, rule 3 of the Rules requires the Rules to be interpreted and applied to secure the just, most expeditious, and least expensive determination on the merits.

[59] If this was simply a matter of procedure, I would know what to do with these two different forms of

par exemple, présenter une demande de contrôle judiciaire type. Dans le contexte d'une action, outre le recours collectif, on pourrait présenter une cause type, une réunion de causes d'action ou une réunion d'instances (*Hollick*, au paragraphe 28 et suivants et *Tihomirovs*, au paragraphe 18).

[57] Pour que les demandeurs obtiennent gain de cause, il faudra à un moment donné que leur demande de contrôle judiciaire soit traitée comme une action, et peut-être réunie avec la présente action. Les demandeurs sollicitent un jugement pécuniaire. Ils ont besoin, à titre de condition préalable, d'un jugement déclarant que le règlement sur les droits est invalide. Ils peuvent obtenir un tel jugement en présentant une demande de contrôle judiciaire. Il a toutefois été jugé qu'une action en responsabilité contre la Couronne ne peut être présentée par voie de demande de contrôle judiciaire (voir par exemple *Al-Mhamad c. Conseil de la radiodiffusion des télécommunications canadiennes*, 2003 CAF 45). Il ne s'agit pas ici d'une action en responsabilité mais d'une action pour enrichissement sans cause, à laquelle un certain nombre de moyens de défense ont été opposés, notamment l'allégation par Sa Majesté que la situation a changé. Un changement de situation n'est pas assimilable à une décision d'un office fédéral. Il faut plutôt le qualifier de moyen de défense à une action.

[58] Il serait tentant d'autoriser simplement la poursuite de l'action telle qu'elle est formulée actuellement. Dans l'arrêt *Hamel c. Brunelle et al.*, [1977] 1 R.C.S. 147, le juge Pigeon nous a rappelé qu'il faut que la [à la page 156] « procédure reste la servante de la justice et n'en devienne jamais la maîtresse ». Dans l'arrêt *Sweet c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1539 (C.A.) (QL), le juge Décary a déclaré au sujet des distinctions ténues, et parfois subtiles, qui existent entre les actions et les demandes de contrôle judiciaire [au paragraphe 14] : « Cette fâcheuse valse-hésitation est un gaspillage de ressources pour les parties au litige aussi bien que pour la Cour ». De plus, la règle 3 des *Règles des Cours fédérales* précise que les règles doivent être interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

[59] S'il s'agissait d'une simple question de procédure, je sais ce que je ferais avec ces deux types

proceedings. I would do what Lord Denning M.R. did in *Letang v. Cooper*, [1964] 2 All E.R. 929, at page 932:

I must decline, therefore, to go back to the old forms of action in order to construe this statute. I know that in the last century MAITLAND said “the forms of action we have buried but they still rule us from their graves.” But we have in this Century shaken off their trammels. These forms of action have served their day. They did at one time form a guide to substantive rights; but they do so no longer. LORD ATKIN told us what to do about them:

“When these ghosts of the past stand in the path of justice, clanking their medieval chains, the proper course for the judge is to pass through them undeterred. See *United Australia, Ltd. v. Barclays Bank Ltd.* [1940] 4 All E.R. 20 at p. 37”

[60] Unfortunately, there are two hurdles which the plaintiffs have to address and overcome. The first is that they are too late to seek a judicial review. They must obtain an extension of time. Secondly, if the judicial review is under the IRPA, they must obtain leave. The test on leave applications is not whether the “pleadings disclose a reasonable cause of action”. Rather, the test is whether there is a fairly arguable case on the record (*Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317 (F.C.A.)). Although this standard is not so high as to demonstrate likelihood of success based on the balance of probabilities, the bar is definitely higher than a showing that it is not plain and obvious that there is no cause of action. Furthermore, there is no appeal of a decision of this Court of a judicial review under the IRPA unless “the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question” (paragraph 74(d)).

[61] Following the decision of the Court of Appeal in *Tihomirovs*, the matter came back to this Court. In *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and*

d’instances différents. Je ferais ce qu’a fait lord Denning, maître des rôles, dans *Letang v. Cooper*, [1964] 2 All. E.R. 929, à la page 932 :

[TRADUCTION]

Je suis par conséquent obligé de refuser de m’inspirer des anciennes formes d’action pour interpréter cette loi. Je sais qu’au siècle dernier, MAITLAND a déclaré « nous avons supprimé les formes d’actions mais mêmes mortes, elles continuent à nous commander ». Mais au cours de ce siècle, nous nous sommes libérés de leurs entraves. Ces formes d’actions ont eu leur utilité. À une certaine époque, elles ont guidé l’exercice des droits substantiels; mais ce n’est plus le cas aujourd’hui. LORD ATKIN nous a dit ce qu’il fallait en faire :

« Lorsque les fantômes du passé se mettent dans le chemin de la justice, en agitant leurs chaînes moyenâgeuses, le juge doit demeurer impassible et poursuivre sa route. Voir *United Australia, Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, [1940] 4 All E.R. 20, à la page 37 ».

[60] Malheureusement, les demandeurs doivent surmonter deux obstacles. Le premier est qu’il est maintenant trop tard pour présenter une demande de contrôle judiciaire. Ils doivent obtenir une prorogation. Deuxièmement, s’ils présentent une demande de contrôle judiciaire aux termes de la LIPR, ils doivent obtenir une autorisation. Le critère applicable aux demandes d’autorisation n’est pas de savoir si « les actes de procédure révèlent une cause d’action valable ». Le critère consiste plutôt à savoir si le dossier montre qu’il existe un cas raisonnablement défendable (*Bains c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317 (C.A.F.)). Cette norme n’exige pas que l’auteur de la demande démontre qu’il obtiendra probablement gain de cause selon la prépondérance des probabilités, mais cette norme est néanmoins plus exigeante que celle qui consiste à établir qu’il n’est pas manifeste et évident qu’il n’y a pas de cause d’action. De plus, il n’est possible d’interjeter appel de la décision de la Cour concernant une demande de contrôle judiciaire présentée aux termes de la LIPR que si « le juge certifie que l’affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci » (alinéa 74d)).

[61] L’arrêt *Tihomirovs*, prononcé par la Cour d’appel a eu pour effet de renvoyer cette affaire devant la Cour. Dans *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté*

Immigration), [2006] 4 F.C.R. 341 (F.C.), Madam Justice Mactavish was satisfied that the pleadings (no record was put before her) did not disclose a reasonable cause of action. However, she also expressed concern that the proposed class would include persons whose applications for visas had been refused and who had failed to commence an application for judicial review in a timely manner (see paragraphs 90 and following). Since the pleadings did not otherwise disclose an action, she did not have to consider whether time should be extended.

[62] Under subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*, an application for judicial review shall be made within 30 days after communication to the parties. It seems rather peculiar that one has only 30 days to seek review of a decision based on an allegedly invalid regulation, but that appears to be the joint effect of *Saskatchewan Wheat Pool* and *Grenier*. In *Grenier*, the Federal Court of Appeal distinguished its earlier decision in *Sweet*, because in one but not the other the 30-day delay had accrued.

[63] Of course, the Court may extend the delay, but that issue is not before me at this time.

[64] The question of leave as a precondition to judicial review arises from subsection 72(1) of the IRPA which provides:

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter—a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised—under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

[65] The plaintiffs do not attack the contents of the Regulations, only the cost of the application fees. It is important to note that the various regulations were made by the Governor General in Council on the recommendation of both the Minister of Citizenship and Immigration and the Treasury Board. The various proclamations in the *Canada Gazette* refer both to the IRPA or its predecessor and to the *Financial Administration Act*.

et de l'Immigration), [2006] 4 R.C.F. 341 (C.F.), la juge Mactavish a estimé que les actes de procédure (aucun dossier ne lui avait été présenté) ne révélaient pas une cause d'action valable. Elle a néanmoins déclaré qu'elle craignait que le groupe proposé comprenne des personnes dont les demandes de visas avaient été refusées et qui n'avaient pas présenté une demande de contrôle judiciaire en temps utile (voir le paragraphe 90 et suivants). Étant donné que les actes de procédure ne révélaient aucune cause d'action, elle n'a pas eu à décider s'il y avait lieu de proroger le délai.

[62] Aux termes du paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la demande de contrôle judiciaire doit être présentée dans les 30 jours de la communication aux parties de la décision en question. Il semble assez étrange qu'une décision fondée sur un règlement prétendument invalide doive être contestée dans les 30 jours suivants mais cela semble être l'effet combiné des arrêts *Saskatchewan Wheat Pool Inc.*, et *Grenier*. Dans *Grenier*, la Cour d'appel fédérale a établi une distinction avec la décision qu'elle avait prononcée dans l'affaire *Sweet*, parce que dans un cas mais non dans l'autre, le délai de 30 jours était expiré.

[63] Bien entendu, la Cour peut toujours proroger le délai, mais cette question ne m'a pas été soumise pour le moment.

[64] La question de l'autorisation à titre de condition préalable au contrôle judiciaire découle du paragraphe 72(1) de la LIPR qui énonce :

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure—décision, ordonnance, question ou affaire—prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.

[65] Les demandeurs ne contestent pas la teneur du Règlement, mais uniquement le coût des droits relatifs aux demandes. Il importe de noter que ces divers règlements ont été pris par le gouverneur général en conseil sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et du Conseil du Trésor. Les diverses proclamations publiées dans la *Gazette du Canada* font référence à la fois à la LIPR ou à la loi qu'elle remplace et à la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

[66] The question of leave was not before me and should be left for another day. If the application for judicial review is under the IRPA, subsection 72(2) thereof provides that the application shall be filed within 15 days or 60 days depending on whether the matter arose within Canada or not. It does not matter whether the delay be 15 days, 30 days, or 60 days, any application for judicial review by any proposed member of the class is out of time, unless time is extended by the Court.

[67] The IRPA also provides that judicial review must be heard “no sooner than 30 days and no later than 90 days” of leave being granted (section 74). The complexity of this case makes it impossible to meet that delay.

[68] The question is not whether an application for judicial review should be treated as (converted into) an action, the question is when. It may well be that the validity of the regulations can be dealt with by judicial review, assuming without deciding that income exceeds cost. If the regulations are struck down, I very much lean to the view that the ascertainment of whether or not income exceeded cost in fact as well as the reasonableness of any budgetary calculations are better dealt with in an action. There is no examination for discovery in judicial review, and experts testify therein by way of affidavit. Discovery of documents, a *viva voce* examination for discovery, and live in-court testimony by financial experts, and perhaps others, would be crucial. An action would also avoid the thorny problem of reconstituting the record as it was before the decision maker. The fee takers probably had no more than a set of guidelines. What did the Governor in Council have?

[69] Unlike *Hollick*, there is no alternative compensation scheme available.

[66] La question de l'autorisation ne m'a pas été soumise et pourra être examinée plus tard. Si la demande de contrôle judiciaire est présentée aux termes de la LIPR, le paragraphe 72(2) de cette loi énonce que la demande doit être déposée dans les 15 ou 60 jours, selon que l'affaire a pris naissance au Canada ou à l'étranger. Peu importe que le délai soit de 15, 30 ou 60 jours, la demande de contrôle judiciaire présentée par un membre du groupe proposé est tardive, à moins que la Cour ne proroge le délai prévu.

[67] La LIPR prévoit également que le contrôle judiciaire ne peut être entendu « à moins de trente jours [. . .] ni à plus de quatre-vingt-dix jours » de la date à laquelle la demande d'autorisation est accueillie (article 74). Compte tenu de la complexité de la présente affaire, il sera impossible de respecter ce délai.

[68] Il ne s'agit pas de savoir si la demande de contrôle judiciaire devrait être traitée comme une action (ou convertie en une action), mais de savoir quand cela sera fait. Il se peut fort bien que la validité du règlement puisse être examinée dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, en tenant pour acquis, sans me prononcer sur ce point, que les recettes sont supérieures aux dépenses. Si le règlement est invalidé, j'aurais tendance à penser que la question de savoir si les recettes l'emportent en fait sur les dépenses ainsi que le caractère raisonnable des calculs budgétaires serait mieux tranchée dans le cadre d'une action. Il n'y a pas d'interrogatoire préalable dans une procédure de contrôle judiciaire et les experts y témoignent par voie d'affidavit. La communication des documents, un interrogatoire préalable oral et le témoignage direct d'experts financiers devant le tribunal, et peut-être d'autres, joueraient un rôle essentiel. Procéder par voie d'action éviterait également le problème très délicat que poserait la reconstitution du dossier, tel qu'il se présentait à l'origine au décideur. Les percepteurs des droits ne disposaient sans doute que d'une série de lignes directrices. De quels documents disposait le gouverneur en conseil?

[69] À la différence de l'affaire *Hollick*, il n'existe pas d'autre régime d'indemnisation auquel les demandeurs pourraient avoir recours.

[70] In summary, if the matter runs its course, at some point an application for judicial review, an offshoot of the current action, would have to be treated as an action, and certified as a class action.

(e) A representative plaintiff

[71] Finally, paragraph 299.18(1)(e) of the Rules requires that:

299.18 (1) Subject to subsection (3), a judge shall certify an action as a class action if

...

(e) there is a representative plaintiff who

- (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
- (ii) has prepared a plan for the action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the class and of notifying class members how the proceeding is progressing,
- (iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and
- (iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff and the representative plaintiff's solicitor.

[72] The plaintiffs first proposed that one of the 11 named plaintiffs, Pankaj Sharma, act as a representative plaintiff, together with Suham Caricote Armando, who had not been specifically named as a plaintiff. They both gave affidavits. Thereafter, Ms. Armando refused to be cross-examined. The cross-examination of Mr. Sharma, who was in India, began by telephone. There was considerable difficulty in communication. The proposed class has withdrawn their names as representative plaintiffs. This is where the Hintons come into the picture.

[73] Their representative status is opposed because they were recruited, and know nothing about

[70] En résumé, si l'affaire suit son cours, il faudra à un moment donné présenter une demande de contrôle judiciaire, une instance dérivée de la présente action, qui devra être traitée comme une action et autorisée à titre de recours collectif.

e) Un représentant demandeur

[71] Enfin, l'alinéa 299.18(1)e des Règles exige ce qui suit :

299.18 (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une action comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

[...]

e) un des membres du groupe peut agir comme représentant demandeur et, à ce titre :

- (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,
- (ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés du déroulement de l'instance,
- (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait collectifs,
- (iv) communique un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et son avocat.

[72] Les demandeurs ont d'abord proposé qu'un des 11 demandeurs énumérés, Pankaj Sharma, agisse comme représentant demandeur avec Suham Caricote Armando, qui n'avait pas été expressément désignée en qualité de demanderesse. Ces deux personnes ont déposé des affidavits. Par la suite, M^{me} Armando a refusé d'être contre-interrogée. Le contre-interrogatoire de M. Sharma, qui se trouvait en Inde, a commencé au téléphone. La communication était extrêmement mauvaise. Le groupe proposé a retiré leur nom à titre de représentants demandeurs. C'est là que sont intervenus les Hinton.

[73] Le défendeur s'oppose à leur statut de représentant parce qu'ils ont été recrutés et ignorent tout

immigration law. They were cross-examined on their affidavits.

[74] The Rules require that the Hinton provide a summary of agreements respecting fees and disbursements. It should come as no surprise that a contingency fee and disbursement arrangement is in place. Indeed, who would attack the validity of regulations and be prepared to spend hundreds of thousands of dollars to recover say 20% of the \$75 paid for a temporary visa?

[75] One would hardly expect lay persons, including immigrants to Canada, to have professional knowledge of immigration law and class action procedure. Indeed, most lawyers do not. The Hinton consider there was a basic unfairness in the process. I am satisfied that they would fairly and adequately present the interests of the class.

[76] They have prepared a litigation plan. The cornerstone of the proposal is that the Court first focus on one fiscal year. The results of that analysis might well either bring the entire action to an end, or persuade the Minister to settle.

[77] Although the plan is workable, it is premature because an application for judicial review must be instigated and then treated as an action, which action must then be certified. As discussed under the preferable procedure section hereof, I am not prepared to speculate as to whether an application for judicial review will be instigated, and, if so, at what stage thereof a motion would be made to treat it as an action, and to certify it as a class action. The validity of the Regulations which have been called into question could well be decided in the judicial review application. The final decision therein might have the effect of rendering this action moot for all intents and purposes.

du droit de l'immigration. Ils ont été contre-interrogés au sujet de leurs affidavits.

[74] Les Règles exigent que les Hinton communiquent un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours. Il n'est pas surprenant qu'une entente prévoyant des honoraires et des débours conditionnels ait été conclue. En effet, qui voudrait bien contester la validité d'un règlement et serait disposé à dépenser des centaines de milliers de dollars pour récupérer disons 20 p. 100 du montant de 75 \$ versé pour un visa temporaire?

[75] On ne peut s'attendre à ce que des citoyens ordinaires, y compris des personnes ayant immigrés au Canada, aient une connaissance professionnelle du droit de l'immigration et de la procédure de recours collectif. En fait, la plupart des avocats n'ont pas ces connaissances. Les Hinton estiment que le processus est fondamentalement inéquitable. J'estime qu'ils seraient en mesure de représenter de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe.

[76] Ils ont préparé un plan contentieux. L'élément essentiel du projet est de demander à la Cour de se concentrer au départ sur un seul exercice financier. Il est possible que le résultat de cette analyse mette fin à l'action ou convainque le ministre de conclure un règlement à l'amiable.

[77] Ce plan pourrait être mis en œuvre mais il est prématuré parce qu'il faut d'abord présenter une demande de contrôle judiciaire, la convertir en action, et l'action doit ensuite être autorisée. Comme je l'ai mentionné dans la section ci-dessus qui traitait du meilleur moyen de trancher ces questions, je ne suis pas disposé à émettre des hypothèses sur la question de savoir si une demande de contrôle judiciaire sera déposée et, dans le cas où elle le serait, à quelle étape de celle-ci il conviendrait de présenter une requête pour qu'elle soit traitée comme une action et autorisée comme recours collectif. La validité du Règlement contesté pourrait fort bien être tranchée dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. La décision définitive qui serait prononcée à l'égard d'une telle demande pourrait avoir pour effet de rendre l'action théorique à toutes fins pratiques.

[78] In any event, as the motion for certification was contested on all fronts during the two days which were allotted, I stated that we would only discuss the modalities of the plan, and perhaps improve it, only after a decision was made on whether to certify. Since the motion to certify is dismissed, there is no point to discuss the plan now.

[79] However, it was also asserted by the Minister that the Hintons are in a conflict of interest. They only straddle a few types of visa applications and have no interest in the other types. Furthermore, they are not subject to the potential six-year time bar defence while some of those who remain are, if, for instance, time began to run on payment of the application fee.

[80] As stated earlier in these reasons, I am satisfied at this stage that the allegation of the systemic violation of the *Financial Administration Act* is common to all. The vast majority of those who might face a six-year limitation have been eliminated from the class. There may have to be some fine tuning at some future point.

CLOSING COMMENTS

[81] I have taken into account the matters set out in subsection 299.18(2) of the Rules. Common questions of law or fact predominate. There is not a significant number of members of the class who would have a valid interest in individually controlling their separate actions. It will cost a fortune to advance a claim, whether it is for one visa, or ten million. It is difficult to think any member of the class would want to take his or her separate action. Other possible means of resolving the claims are in my view less practical and less efficient. It could facetiously be said that the administration of a class action creates a greater difficulty than if there were separate actions, because the individual actions would inevitably fail. Ten individuals within the class had filed separate actions in 2001 on the same grounds advanced in this case i.e. that the actual cost of the service was less than the fees charged. None of those actions

[78] Quoi qu'il en soit, étant donné que la requête en autorisation a été contestée de toute part au cours des deux journées consacrées à son instruction, j'ai déclaré que nous n'examinerions les modalités du plan, pour essayer de l'améliorer, qu'une fois prise la décision sur l'autorisation. Étant donné que la requête en autorisation est rejetée, il n'est pas utile d'examiner maintenant le plan.

[79] Cependant, le ministre a également affirmé que les Hinton se trouvaient dans une situation de conflit d'intérêts. Ils ne sont concernés que par un petit nombre de types de demandes de visas et n'ont aucun intérêt dans les autres types de demandes. En outre, ils ne sont pas visés par la prescription éventuelle de six ans alors que certains autres membres du groupe le sont, au cas, par exemple, où le délai commencerait à courir au moment du versement du droit relatif à une demande.

[80] Comme je l'ai mentionné plus haut dans les présents motifs, j'estime qu'à ce stade-ci, l'allégation selon laquelle il y a eu violation systémique de la *Loi sur la gestion des finances publiques* est un point de droit collectif. L'immense majorité de ceux qui pourraient être visés par une prescription de six ans ont été écartés du groupe. Il faudra peut-être préciser certaines choses un peu plus tard.

CONCLUSION

[81] J'ai tenu compte des éléments exposés au paragraphe 299.18(2) des Règles. Les points de droit et de fait collectifs prédominent. Le nombre des membres du groupe qui pourraient avoir un véritable intérêt à contrôler individuellement leur propre action est très faible. Présenter une réclamation, qu'elle vise un seul visa ou dix millions de visas, coûtera une fortune. Il est difficile d'imaginer qu'un membre du groupe pourrait souhaiter intenter sa propre action. Les autres voies permettant de résoudre ces demandes sont, à mon avis, moins pratiques et moins efficaces. On pourrait soutenir en plaisantant que l'administration d'un recours collectif serait plus complexe que celle d'actions distinctes, parce que ces actions individuelles seraient forcément rejetées. Dix membres du groupe avaient déposé des actions distinctes en 2001 en invoquant les mêmes motifs que ceux qui sont invoqués ici : le coût réel du service était

proceeded. Some were discontinued and others were dismissed by reason of the plaintiff failing to respond to motions of the defendant. If anything, they show that the plaintiffs on a practical level can only advance if they make common cause.

[82] For the reasons given, I am of the view that the proposed class is too broad. It would be limited to those who on or after April 1, 1994 paid or on whose behalf fees were paid under the various regulations and who did not have a final decision communicated to them until after March 31, 1998. Furthermore, those who filed applications on or after April 1, 2003 would also be excluded as the pleadings do not disclose a reasonable cause of action.

[83] Although I am dismissing the motion to certify at this time, the action remains under case management. Nothing further need be done until the delays to appeal have expired. If the plaintiffs launch an appeal, the issue is whether this action should be stayed and, if so, on what basis. If they do not appeal, the modalities of the application for judicial review contemplated herein should be discussed.

[84] Without prejudice to the plaintiffs' right to appeal, I call upon the parties to discuss between themselves the future of this action. Once an appeal has been launched or the delays have expired, or at such earlier time as the parties may agree, the plaintiffs are directed to request a further case management conference.

ORDER

THIS COURT HEREBY ORDERS that the motion to certify this action as a class action be dismissed.

inférieur aux droits perçus. Il n'a été donné suite à aucune de ces actions. Il y a eu un certain nombre de désistements et d'autres actions ont été rejetées parce que le demandeur n'avait pas répondu aux requêtes du défendeur. Cela montre au moins qu'en pratique, les demandeurs ne pourront faire avancer leur cause que s'ils se regroupent.

[82] Pour les motifs fournis, j'estime que le groupe proposé est trop large. Il conviendrait de le limiter à ceux qui ont versé des droits directement ou indirectement après le 31 mars 1994 aux termes des divers règlements applicables et qui n'ont été informés de la décision définitive les concernant qu'après le 31 mars 1998. De plus, les personnes qui ont déposé des demandes après le 31 mars 2003 seraient également exclues du groupe, étant donné que les actes de procédure ne révèlent pas dans leur cas une cause d'action valable.

[83] Je rejette pour le moment la requête en autorisation mais l'action demeure une instance à gestion spéciale. Il n'y a pas lieu de prendre d'autre mesure avant l'expiration des délais d'appel. Si les demandeurs interjettent appel, il faudrait se demander si la présente action doit être suspendue et, si c'est le cas, pour quel motif. S'ils n'interjettent pas appel, il conviendra d'examiner les modalités de la demande de contrôle judiciaire envisagée dans les présents motifs.

[84] Sans préjudice du droit d'appel des demandeurs, j'invite les parties à débattre entre elles de l'avenir de la présente action. Dans le cas où un appel serait interjeté ou à l'expiration du délai d'appel, ou à une date plus rapprochée sur laquelle les parties pourraient s'entendre, la Cour ordonne aux demandeurs de solliciter une autre conférence de gestion de l'instance.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE : la requête en autorisation de la présente action comme recours collectif est rejetée.

T-1720-04
2006 FC 971

T-1720-04
2006 CF 971

The Canadian Association of the Deaf, James Roots, Gary Malkowski, Barbara Lagrange and Mary Lou Cassie (Applicants)

L'Association des sourds du Canada, James Roots, Gary Malkowski, Barbara Lagrange et Mary Lou Cassie (demandeurs)

v.

c.

Her Majesty the Queen (Respondent)

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

INDEXED AS: CANADIAN ASSN. OF THE DEAF v. CANADA (F.C.)

RÉPERTORIÉ : ASSOC. DES SOURDS DU CANADA c. CANADA (C.F.)

Federal Court, Mosley J.—Ottawa, February 2 and August 11, 2006.

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 2 février et 11 août 2006.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Application for declaration applicants' equality rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 violated, and Government of Canada required to provide professional sign language services where necessary for deaf, hard-of-hearing Canadians to access government services, input in decision making — Under new guidelines for administration of government's Sign Language Interpretation Policy, interpretation services for meetings between hearing-impaired, federal officials not within scope of Translation Bureau's mandate, becoming responsibility of individual departments, agencies — These departments, agencies denying interpretation services in some instances, thus preventing members of public requiring such services from participating fully in democratic process, functioning of government — Hearing members of public not facing such difficulty — This distinction violating Charter, s. 15, not justified under Charter, s. 1 — Application allowed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Demande dans laquelle les demandeurs ont prié la Cour de déclarer qu'il y a eu violation des droits à l'égalité et libertés et que des services professionnels d'interprétation gestuelle doivent être fournis par le gouvernement du Canada lorsqu'une personne sourde ou malentendante du Canada a besoin de ces services pour recourir à des services du gouvernement ou tenter de donner son apport au processus décisionnel — Selon les nouvelles lignes directrices pour la mise en œuvre de la Politique d'interprétation par langage gestuel du gouvernement, les divers ministères et organismes concernés ont dû prendre en charge la prestation de services d'interprétation pour les rencontres entre citoyens malentendants et fonctionnaires fédéraux ne relevant pas du mandat du Bureau de la traduction — Ces ministères et organismes ont, dans certains cas, refusé de fournir des services d'interprétation, empêchant ainsi à des citoyens nécessitant ces services de participer pleinement au processus démocratique et aux mécanismes étatiques — Les membres entendants du public n'étaient pas confrontés à cette difficulté — Cette distinction violait les droits garantis par l'art. 15 de la Charte et cette violation n'était pas justifiée au sens de l'article premier de la Charte — Demande accueillie.

Practice — Affidavits — Hearsay — Affidavit, filed in support of application for declaration Government of Canada's guidelines for application of Sign Language Interpretation Policy violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15, valid even though including hearsay as evidence it contained sufficiently reliable.

Pratique — Affidavits — Oui-dire — L'affidavit déposé à l'appui de la demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que les lignes directrices du gouvernement du Canada pour la mise en œuvre de sa Politique d'interprétation par langage gestuel violaient les droits garantis par l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés était valide même s'il contenait des oui-dire parce que cette preuve était suffisamment digne de foi.

Practice — Parties — Standing — Applicants seeking declarations with respect to Government of Canada's

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Les demandeurs tentaient d'obtenir des jugements déclaratoires à l'égard des

guidelines for application of Sign Language Interpretation Policy — Canadian Association of the Deaf having public interest standing as organization representing interests of deaf Canadians.

Practice — Applications — Multiplicity of proceedings and justiciability — Application for declarations with respect to Government of Canada's guidelines for application of Sign Language Interpretation Policy not contrary to Federal Courts Rules, r. 302, even though actions of three separate government departments called into question, as heart of matter application of same policy to same interested community — Issue raised in application justiciable, i.e. applicants asking Court to make declaration as to scope of translation services, not seeking prescription of manner in which services provided.

Practice — Commencement of Proceedings — Federal Courts Act, s. 18.1(2) 30-day time limit for commencing application not applicable — Applicants seeking declaratory relief, not review of tribunal decision, and delay in bringing application not unreasonable.

Practice — Mootness — Application for declarations as to provision of professional interpretation services by Government of Canada neither moot nor premature as relief sought not already available or forthcoming.

This was an application for a declaration that the individual applicants' rights under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated on the basis of disability and that professional sign language interpretation services are to be provided and paid for by the Government of Canada, upon request, where a deaf or hard-of-hearing person accesses services from the government or seeks input in government decision making. The applicants argued that the federal government's guidelines for administration of its Sign Language Interpretation Policy deny deaf and hard-of-hearing Canadians the opportunity to fully participate in government programs.

According to a 1987 policy statement, which served as a guideline for the administration of the Sign Language Interpretation Policy as it then was, the Official Languages

lignes directrices du gouvernement du Canada pour la mise en œuvre de sa Politique d'interprétation par langage gestuel — L'Association des sourds du Canada avait la qualité pour agir dans l'intérêt public en tant qu'organisation qui représente les intérêts des Canadiens sourds.

Pratique — Demandes — Multiplicité des procédures et justiciabilité — La demande en vue d'obtenir des jugements déclaratoires à l'égard des lignes directrices du gouvernement du Canada pour la mise en œuvre de sa Politique d'interprétation par langage gestuel ne contrevenait pas à la règle 302 des Règles des Cours fédérales même si les mesures de trois ministères distincts avaient été mises en question puisque le fond de la question avait trait à l'application de la même politique à la même communauté — La question soulevée dans la demande était justiciable, c.-à-d. que les demandeurs ne demandaient pas à la Cour de dicter la manière dont le gouvernement devrait dispenser des services de traduction, mais plutôt de déclarer quelle devrait être la portée de tels services.

Pratique — Introduction des procédures — L'art. 18.1(2) de la Loi sur les Cours fédérales prévoyant qu'une demande doit être présentée dans une période de 30 jours était inapplicable — Les demandeurs sollicitaient une mesure déclaratoire, pas un contrôle de la décision du tribunal, et le retard dans la présentation de la demande n'était pas déraisonnable.

Pratique — Caractère théorique — La demande en vue d'obtenir des jugements déclaratoires relativement à la prestation de services professionnels d'interprétation par le gouvernement du Canada n'était ni théorique ni prématurée puisque la réparation demandée n'était pas disponible ni ne semblait l'être dans un proche avenir.

Il s'agissait d'une demande dans laquelle les demandeurs ont prié la Cour de déclarer qu'il y a eu violation des droits individuels que leur garantit l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que des services professionnels d'interprétation gestuelle doivent être fournis, et leur coût, assumé par le gouvernement du Canada, sur demande, lorsqu'une personne sourde ou malentendante recourt à des services du gouvernement ou vise à donner son apport au processus décisionnel du gouvernement. Les demandeurs ont affirmé que les lignes directrices du gouvernement fédéral pour la mise en œuvre de sa Politique d'interprétation par langage gestuel empêchent les personnes sourdes et malentendantes du Canada de participer pleinement aux programmes du gouvernement.

Selon l'énoncé de politique de 1987, qui a servi de ligne directrice pour la mise en œuvre de la politique d'interprétation par langage gestuel, telle qu'elle existait alors,

and Translation Branch of the Secretary of State (which in 1993 became the Translation Bureau of the Department of Public Works and Government Services Canada) was responsible for providing sign language interpretation to hearing impaired federal government employees as well as to the general public at conferences and other meetings where representatives of the federal government were active participants. The service was intended for any hearing impaired person in Canada who had to deal in person with a representative of the federal government. Beginning in 1998, the Translation Bureau began to more strictly interpret its mandate under the policy. Under the new guidelines that ensued, the Conference Interpretation Service of the Translation Bureau provides visual interpretation to hearing, hearing-impaired or deaf federal public servants who, in the performance of their duties, must communicate with each other. The Bureau's visual and tactile interpretation services are provided to the general public for public events conducted by the federal government. The provision of interpretation services for meetings between hearing-impaired citizens and federal officials that do not fall within the scope of the Bureau's mandate became the responsibility of individual departments and agencies. The applicants argued that this new system resulted in discrimination by the denial of interpretation services, and they described several incidents in support of this contention.

Held, the application should be allowed.

The following preliminary matters were decided. (1) The affidavit of the individual applicant James Roots was admissible even though it included hearsay as that evidence was sufficiently reliable in accordance with the principled approach developed by the Supreme Court of Canada with respect to the admission of oral testimony. (*Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)* (F.C.A.)). (2) The Canadian Association of the Deaf (CAD) had public interest standing as an organization that represents the interests of deaf Canadians: It was clear that the application would not have been brought without CAD's initiative and resources. (3) The application was not contrary to rule 302 of the *Federal Courts Rules*. While each incident complained of involved its own facts and decision makers, the heart of the matter was the application of the same policy to the same interested community, and as such, it would have been unreasonable to split the application. (4) The application was not out of time. Where the judicial review application is not in respect of a tribunal's decision, the 30-day limitation (to commence an application) does not apply, although unreasonable delay may prevent the applicant from obtaining a remedy, which was not the case here. (5) The matter was justiciable. The applicants were not asking the

la Direction générale des langues officielles et de la traduction du Secrétariat d'État (qui, en 1993, est devenue le Bureau de la traduction du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux) était chargée de fournir des services d'interprétation gestuelle aux fonctionnaires malentendants du gouvernement fédéral ainsi qu'au public qui assiste à des conférences et autres réunions auxquelles prennent part activement des représentants du gouvernement fédéral. Ce service était destiné à toute personne malentendante au Canada qui devait traiter en personne avec un représentant du gouvernement fédéral. À compter de 1998, le Bureau de la traduction a interprété plus restrictivement le mandat lui incombant en vertu de la politique. Selon les nouvelles lignes directrices qui ont suivi, le Service de conférence du gouvernement fournit des services d'interprétation visuelle aux fonctionnaires fédéraux entendants, malentendants ou sourds qui doivent communiquer entre eux dans l'exercice de leurs fonctions. Les services d'interprétation visuelle et tactile du Bureau sont dispensés au grand public pendant les événements publics organisés par le gouvernement fédéral. La prestation de services d'interprétation pour les rencontres entre citoyens malentendants et fonctionnaires fédéraux ne relevant pas du mandat du Bureau ont été pris en charge par les divers ministères et organismes concernés. Les demandeurs ont soutenu que ce nouveau système a donné lieu à de la discrimination, des services d'interprétation leur ayant été refusés, et il ont invoqué plusieurs incidents à l'appui de cette affirmation.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Les questions préliminaires suivantes ont été tranchées : 1) l'affidavit de James Roots, un particulier demandeur, était admissible même s'il comportait des ouï-dire puisque cette preuve était suffisamment digne de foi, compte tenu des principes élaborés par la Cour suprême du Canada quant à l'admission des témoignages de vive voix (*Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)* (C.A.F.)). 2) L'Association des sourds du Canada (l'ASC) avait la qualité pour agir dans l'intérêt public en tant qu'organisation qui représente les intérêts des Canadiens sourds : il était clair que la demande n'aurait pas été présentée sans que l'ASC en prenne l'initiative et sans ses ressources. 3) La demande ne contrevenait pas à la règle 302 des *Règles des Cours fédérales*. Bien que chaque incident ayant fait l'objet d'une plainte ait mis en cause des faits et des décideurs distincts, le fond de la question avait trait à l'application de la même politique à la même communauté et, à ce titre, il aurait été déraisonnable de scinder la demande. 4) La demande n'a pas été présentée hors délai. Le délai de 30 jours (pour présenter une demande) n'est pas applicable lorsque la demande de contrôle judiciaire n'a pas trait à la décision d'un office fédéral, bien qu'un retard déraisonnable puisse empêcher le demandeur d'obtenir

Court to prescribe the manner in which the government provides translation services, but rather to declare what the scope of such services should be. (6) Finally, the application was neither moot nor premature. The relief sought was not already available nor did it appear to be forthcoming.

As to the Charter issue, the analysis was conducted in accordance with the test set out by Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*. The appropriate comparator group was members of the public who are not deaf and who conduct meetings or receive public services at all levels of the Government of Canada and its agencies. The distinctions between the applicants and this comparator group were based upon disability. As a result of the new guidelines, the needs of the hearing-impaired public dealing with the government were left to each department or agency to address, the effect of which was to deny interpretation services to members of the public where required to allow them to participate meaningfully in government programs. Hearing members of the public did not face this difficulty. Substantive equality in the case at bar required that the special needs of deaf persons be taken into account and accommodated through visual interpretation services.

The guidelines resulted in differential treatment based on disability, an enumerated ground under section 15 of the Charter, and this differential treatment amounted to discrimination. Consideration of the relevant contextual factors revealed that deaf persons have suffered from discrimination, vulnerability and pre-existing disadvantage. The guidelines' failure to take into account the actual needs of deaf persons who may deal with the federal government in private situations resulted in adverse effects discrimination and infringed their human dignity. While the policy recognized and sought to meet the needs of deaf individuals employed by or seeking employment with the federal public service, it neglected the needs of other Canadians who may come into contact with the federal government in the administration of its programs. This under-inclusiveness amounted to discrimination as it drew a distinction between deaf and hearing individuals meeting with government officials. The nature of the interests affected were central to the dignity of deaf persons. If they cannot participate in government surveys or interact with government officials they are not able to fully participate in the democratic process and functioning of government.

réparation, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. 5) La demande était justiciable. Les demandeurs ne demandaient pas à la Cour de dicter la manière dont le gouvernement devrait dispenser des services de traduction, mais plutôt de déclarer quelle devrait être la portée de tels services. 6) Enfin, la demande n'était ni théorique ni prématurée. La réparation demandée n'était pas déjà disponible ni ne semblait devoir l'être dans un proche avenir.

Pour ce qui est de la question liée à la Charte, l'analyse a été menée suivant le critère que la Cour suprême du Canada a énoncé dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*. Le groupe de comparaison pertinent était composé des membres du public qui ne sont pas sourds et qui prennent part à des réunions ou reçoivent des services du gouvernement du Canada, à tous les échelons, et de ses organismes. Les distinctions entre les demandeurs et les membres de ce groupe de comparaison étaient fondées sur une déficience. Par suite des nouvelles lignes directrices, chaque ministère ou organisme concerné était chargé de répondre aux besoins des citoyens malentendants qui ont affaire avec le gouvernement, de sorte que des citoyens se sont vu priver de services d'interprétation alors que cela était nécessaire pour assurer leur participation efficace à des programmes gouvernementaux. Les membres entendants du public n'ont pas été confrontés à cette difficulté. En l'espèce, l'égalité réelle nécessitait la prise en compte des besoins particuliers des personnes sourdes et la prestation de services d'interprétation gestuelle à titre de mesure d'adaptation.

Les lignes directrices ont donné lieu à une différence de traitement fondée sur une déficience, l'un des motifs énumérés à l'article 15 de la Charte, et cette différence de traitement correspondait à de la discrimination. Il appert des facteurs contextuels pertinents que les personnes sourdes ont été victimes de discrimination, qu'elles ont été vulnérables et qu'elles ont subi un désavantage. En ne prenant pas en compte les besoins réels des personnes sourdes qui pourraient avoir affaire en privé avec des représentants du gouvernement fédéral, les lignes directrices ont donné lieu à de la discrimination découlant d'effets préjudiciables et ont porté atteinte à leur dignité humaine. Tout en reconnaissant les besoins des personnes sourdes qui travaillent ou cherchent à travailler au sein de la fonction publique fédérale et en visant à répondre à ces besoins, la politique a fait abstraction des besoins d'autres Canadiens pouvant avoir affaire avec le gouvernement fédéral dans le cadre de l'administration de ses programmes. La nature limitative de la politique correspondait à de la discrimination puisqu'elle opérait une distinction entre les personnes sourdes et entendants qui rencontrent des représentants du gouvernement. La nature des intérêts touchés était un élément fondamental de la dignité des personnes sourdes. Si ces dernières ne peuvent participer à des enquêtes

Section 15 of the Charter was thus violated, and this violation was not justified under section 1. A declaration was the appropriate remedy under section 24(1) of the Charter as there were various options available to the government that could rectify the unconstitutionality of the current system. It is not the role of the Court to dictate how this is to be accomplished. Declarations were therefore issued in accordance with the reasons for judgment.

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, 24(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), (2) (as enacted *idem*; 2002, c. 8, s. 27), (3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 8 (as am. *idem*, s. 32), 81, 302.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52 (as am. by S.C. 1988, c. 35, c. 36).
Statistics Act, R.S.C., 1985, c. S-19.
Translation Bureau Act, R.S.C., 1985, c. T-16, s. 4(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Éthier v. Canada (RCMP Commissioner), [1993] 2 F.C. 659; (1993), 151 N.R. 374 9 (C.A.); *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (F.C.A.); *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657; (2004), 245 D.L.R. (4th) 1; [2005] 2 W.W.R. 189; 206 B.C.A.C. 1; 34 B.C.L.R. (4th) 24; 124 C.R.R. (2d) 135;

du gouvernement ou interagir avec des fonctionnaires, elles ne peuvent participer pleinement au processus démocratique et aux mécanismes étatiques.

Il y a donc eu manquement aux droits garantis par l'article 15 de la Charte, manquement qui n'était pas justifié au sens de l'article premier. Une mesure de redressement déclaratoire était la réparation qui convenait en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte puisque diverses options s'offraient au gouvernement pour remédier à l'inconstitutionnalité du système actuel. Il ne revenait pas à la Cour de dicter au gouvernement comment il devait s'acquitter de cette tâche. Par conséquent, des jugements déclaratoires ont été rendus conformément aux motifs du jugement.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24(1).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi sur la statistique, L.R.C. (1985), ch. S-19.
Loi sur le Bureau de la traduction, L.R.C. (1985), ch. T-16, art. 4(1).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), (2) (édicte, *idem*; 2002, ch. 8, art. 27), (3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52 (mod. par L.C. 1988, ch. 35, ch. 36).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 8 (mod., *idem*, art. 32), 81, 302.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC), [1993] 2 C.F. 659 (C.A.); *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Sweet c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1539 (C.A.) (QL); *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657; 2004 CSC 78; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; 2003 CSC 62.

327 N.R. 1; 2004 SCC 78; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3; (2003), 218 N.S.R. (2d) 311; 232 D.L.R. (4th) 577; 45 C.P.C. (5th) 1; 112 C.R.R. (2d) 202; 312 N.R. 1; 2003 SCC 62.

CONSIDERED:

Native Women's Assn. of Canada v. Canada, [1994] 3 S.C.R. 627; (1994), 119 D.L.R. (4th) 224; [1995] 1 C.N.L.R. 47; 24 C.R.R. (2d) 233; 173 N.R. 241; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *Maurice v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1999), 183 F.T.R. 9 (F.C.T.D.); *Truehope Nutritional Support Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2004), 251 F.T.R. 155; 2004 FC 658; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; [1998] 1 W.W.R. 50; 38 B.C.L.R. (3d) 1; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [2004] 3 S.C.R. 357; (2004), 244 D.L.R. (4th) 257; 125 C.C.C. (2d) 48; 326 N.R. 201; 2004 SCC 65; *Veffer v. Canada (Minister of Foreign Affairs)* (2006), 269 D.L.R. (4th) 552; 141 C.R.R. (2d) 189; 2006 FC 540; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 75 C.R.R. (2d) 189; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; 2000 SCC 37; *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; *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.

REFERRED TO:

Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs) (2004), 123 C.R.R. (2d) 7; 266 F.T.R. 20; 2004 FC 1145; *Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)* (2004), 322 N.R. 62; 2004 FCA 192; *Puccini v. Canada (Director General, Corporate Administrative Services, Agriculture Canada)*, [1993] 3 F.C. 557; 65 F.T.R. 127 (T.D.); *Council of Canadians v. Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act)* (1996), 124 F.T.R. 269 (F.C.T.D.); aff'd (1997), 212 N.R. 254 (F.C.A.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d)

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada, [1994] 3 R.C.S. 627; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Maurice c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] A.C.F. n° 1962 (1^{re} inst.) (QL); *Truehope Nutritional Support Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 658; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357; 2004 CSC 65; *Veffer c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2006 CF 540; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; 2000 CSC 37; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

DÉCISIONS CITÉES :

Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères), 2004 CF 1145; *Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites)*, 2004 CAF 192; *Puccini c. Canada (Directeur général, Services de l'administration corporative, Agriculture Canada)*, [1993] 3 C.F. 557 (1^{re} inst.); *Conseil des canadiens c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence)*, [1996] A.C.F. n° 1609 (1^{re} inst.) (QL); conf. par [1997] A.C.F. n° 408 (C.A.) (QL); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Larny Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. 541; 2002 CFPI 750; *Morneault c. Canada*

129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Larry Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. 541; (2002), 216 D.L.R. (4th) 230; 43 Admin. L.R. (3d) 264; 222 F.T.R. 29; 2002 FCT 750; *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30; (2000), 189 D.L.R. (4th) 96; 32 Admin. L.R. (3d) 292; 256 N.R. 85 (C.A.); *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; 41 C.R.R. (2d) 240; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161.

(*Procureur général*), [2001] 1 C.F. 30 (C.A.); *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

AUTHORS CITED

Roots, James and David Kerr. *The Employment and Employability of Deaf Canadians: A Project of the Canadian Association for the Deaf*. Ottawa: The Association, 1998.

APPLICATION for a declaration that the Government of Canada violated the applicants' equality rights under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that professional sign language interpretation services be provided by the Government of Canada to deaf or hard-of-hearing Canadians where such services are necessary for them to access government services or seek input in its decision making. Application allowed.

APPEARANCES:

Scott I. Simser for applicants.
Farhana Parsons for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Scott Simser, Kanata, Ontario, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

MOSLEY J.:

INTRODUCTION

[1] This case is about access to government by the hearing disabled. The applicants submit that the federal

DOCTRINE CITÉE

Roots, James et David Kerr. *The Employment and Employability of Deaf Canadians : A Project of the Canadian Association for the Deaf*. Ottawa : L'association, 1998.

DEMANDE en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le gouvernement du Canada a violé les droits à l'égalité des demandeurs que leur garantit l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que des services professionnels d'interprétation gestuelle doivent être fournis par le gouvernement du Canada lorsqu'une personne sourde ou malentendante du Canada a besoin de ces services pour recourir à des services du gouvernement ou tenter de donner son apport au processus décisionnel. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Scott I. Simser pour les demandeurs.
Farhana Parsons pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Scott Simser, Kanata (Ontario), pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE MOSLEY :

INTRODUCTION

[1] La présente affaire concerne l'accès des personnes malentendantes aux services et programmes du gouver-

government's guidelines for administration of its Sign Language Interpretation Policy deny deaf and hard-of-hearing Canadians the opportunity to fully participate in government programs. They seek a declaration that the individual applicants' rights under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹ were violated on the basis of disability and that professional sign language interpretation services are to be provided and paid for by the Government of Canada, upon request, where a deaf or hard-of-hearing person accesses services from the Government of Canada or seeks input in government decision making.

[2] At first impression, the applicants' case presents difficulties, not the least of which is that they seek judicial review in one application of alleged acts of discrimination on different occasions by various persons, some unidentified, employed by several departments. Only two of the fact situations presented concern events of a similar nature involving the same agency. Moreover, the timeliness of the application has been called into question, the standing of the corporate applicant is challenged and the justiciability of the process by which the government seeks input into the policy development process is in issue. Nonetheless, I have reached the conclusion that they have established a breach of the Charter and are entitled to a remedy.

BACKGROUND

[3] The Sign Language Interpretation Policy, as deposed by Alain Wood, Director of Interpretation and Parliamentary Translation, Translation Bureau, Department of Public Works and Government Services Canada (PWGSC), emerged from efforts to fully integrate deaf or hard-of-hearing people into the public service by facilitating their entry into government positions, and by assisting them to carry out their duties. These efforts included providing interpretation services for exams at the Public Service Commission, for competitions and interviews and upon hiring, for training and in the workplace. The policy was extended to communications with deaf or hard-of-hearing

nement. Les demandeurs soutiennent que les lignes directrices du gouvernement fédéral pour la mise en œuvre de sa Politique d'interprétation par langage gestuel empêchent les personnes sourdes et malentendantes du Canada de participer pleinement aux programmes du gouvernement. Ils demandent à la Cour de déclarer qu'il y a eu violation des droits individuels que leur garantit l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ et que des services professionnels d'interprétation gestuelle doivent être fournis, et leur coût, assumé par le gouvernement du Canada, sur demande, lorsqu'une personne sourde ou malentendante recourt à des services du gouvernement ou vise à donner son apport au processus décisionnel du gouvernement.

[2] À première vue, la cause des demandeurs soulève certaines difficultés. L'une d'entre elles, et non la moindre, c'est qu'ils sollicitent en une même demande le contrôle judiciaire d'actes discriminatoires qui auraient été commis en différentes occasions par diverses personnes—certaines non identifiées—travaillant pour plusieurs ministères. Seulement deux des situations soumises concernent des événements de même nature qui touchent le même organisme. De plus, on met en doute l'opportunité de la demande, la qualité pour agir de la personne morale demanderesse et la justiciabilité du processus au moyen duquel le gouvernement cherche à obtenir divers apports en vue de l'élaboration de ses politiques. Quoiqu'il en soit, j'en suis venu à la conclusion que les demandeurs ont démontré l'existence d'une violation de la Charte et qu'ils ont droit à réparation.

LE CONTEXTE

[3] Selon le témoignage d'Alain Wood, directeur, Traduction parlementaire et interprétation, Bureau de la traduction, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC), la Politique d'interprétation par langage gestuel a été le fruit d'efforts déployés pour intégrer pleinement au sein de la fonction publique les personnes sourdes et malentendantes, en y facilitant leur accès à des postes et en les aidant à s'acquitter de leurs fonctions. On a ainsi prévu notamment la prestation de services d'interprétation pour les examens de la Commission de la fonction publique, pour les concours et entrevues et, une fois l'intéressé embauché, pour les besoins en formation et sur le lieu de travail. On a

Canadians at events organized by departments and agencies.

[4] This is outlined in a letter, dated May 4, 1987, attached as an exhibit to Mr. Wood's affidavit, from the then acting assistant secretary, Human Resources Division, Treasury Board of Canada Secretariat, to all directors of personnel in the federal government to advise them of the sign language interpretation service available from the Official Languages and Translation Branch of the Secretary of State Department, as it was then constituted.

[5] As a result of a reorganization and transfer of responsibilities between departments in 1993, the Official Languages and Translation Branch became the Translation Bureau of the Department of Public Works and Government Services Canada (PWGSC).

[6] The May 4, 1987 letter indicated that the Translation Branch had been providing sign language interpretation to hearing impaired federal government employees since 1982 and that consideration was being given to making changes to the Sign Language Interpretation Policy to reflect the recommendations of an external advisory committee. The letter states that "[t]he department also provides the [sign language interpretation] service . . . to the general public at conferences and other meetings where representatives of the federal government are active participants" (underlining added).

[7] Accompanying the letter was a document intended to advise departments of the services then available to hearing-impaired persons. It is common ground between the parties that this document accurately describes the Sign Language Interpretation Policy as it was in May 1987 and that the policy remains in place today. The scope of the policy, however, is in question.

ensuite élargi la portée de la politique de manière à ce que soient visées les communications avec les personnes sourdes et malentendantes lors d'événements organisés par les ministères et organismes gouvernementaux.

[4] Ces mesures sont décrites dans une lettre datée du 4 mai 1987, jointe à titre de pièce à l'affidavit de M. Wood et adressée par le secrétaire adjoint par intérim d'alors de la Division des ressources humaines du Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada à tous les directeurs du personnel au sein du gouvernement fédéral. On informait ces derniers que des services d'interprétation gestuelle pouvaient être obtenus de la Direction générale des langues officielles et de la traduction du ministère du Secrétariat d'État, selon sa constitution d'alors.

[5] Par suite d'une restructuration et du transfert de responsabilités entre ministères en 1993, la Direction générale des langues officielles et de la traduction est devenue le Bureau de la traduction du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC).

[6] On mentionnait dans la lettre du 4 mai 1987 que le Bureau de la traduction fournissait des services d'interprétation gestuelle aux fonctionnaires malentendants du gouvernement fédéral depuis 1982 et qu'on envisageait d'apporter des modifications à la Politique d'interprétation par langage gestuel pour donner suite aux recommandations d'un comité consultatif externe. On ajoutait dans la lettre : [TRADUCTION] « [I]e ministère fournit également le service [d'interprétation gestuelle] [. . .] au public qui assiste à des conférences et autres réunions auxquelles prennent part activement des représentants du gouvernement fédéral » (non souligné dans l'original).

[7] Un document joint à la lettre informait les ministères des services alors disponibles pour les personnes malentendantes. Les parties s'accordent pour reconnaître que ce document décrit fidèlement la Politique d'interprétation par langage gestuel en sa teneur en mai 1987 et que cette politique est toujours en vigueur. La portée de la politique, toutefois, est mise en cause.

[8] The 1987 policy statement recognizes sign language as an independent language and that sign language interpretation is a linguistic service rather than a social service to aid disabled persons. The same high standards of interpretive skills and ethical practices required of spoken language interpreters were to be expected of the sign language interpreters employed by the Branch on a freelance contract basis. The use of freelance interpreters was intended to encourage the development and growth of interpretation as a profession in the public and private sectors.

[9] The statement sets out information about the interpretation services available from the Translation Branch in question and answer format. In reference to the question of when the sign language interpretation service provided by the Translation Branch could be used, the document states, “[t]his service is intended for any hearing impaired person in Canada who must deal in person with a representative of the federal government. This includes job interviews, meetings, federal commissions, etc.” (underlining added).

[10] It appears that the 1987 statement served as a guideline for the administration of the policy until the current guidelines came into effect on August 1, 2001. Apart from the underlined portions cited in the above paragraph, the prior guideline limited the provision of the sign language interpretation service to hearing impaired members of the public seeking employment with the public service or attending formal meetings such as commissions, committees, conferences and boards of inquiry. However, it appears that in practice the service was made available for any meeting at which a government official was present and a deaf or hard-of-hearing person was participating. In fiscal year 1997-1998, this was done on 300 occasions.

[11] Beginning in 1998, the Translation Bureau began to more strictly interpret its mandate under the policy.

[8] On reconnaît dans l'énoncé de politique de 1987 que le langage gestuel est une langue indépendante et que l'interprétation gestuelle constitue un service linguistique plutôt qu'un service social dispensé pour venir en aide à des personnes handicapées. On ajoute qu'il y a lieu de s'attendre à ce que les mêmes normes élevées quant aux compétences en interprétation et aux pratiques conformes à la déontologie imposées aux interprètes en langage parlé soient également imposées aux interprètes en langage gestuel embauchés à la pige par le Bureau. En recourant à des interprètes pigistes, on visait à encourager le développement et la croissance de la profession d'interprète dans le secteur public et le secteur privé.

[9] L'énoncé renferme des renseignements sur les services d'interprétation offerts par le Bureau de la traduction, sous forme de questions et réponses. En réponse à la question sur les circonstances où l'on peut recourir aux services d'interprétation gestuelle fournis par le Bureau de la traduction, on précise dans le document : [TRADUCTION] « [c]e service est destiné à toute personne malentendante au Canada qui doit traiter en personne avec un représentant du gouvernement fédéral. Cela comprend les entrevues d'emploi, les réunions, les commissions fédérales, etc. » (non souligné dans l'original).

[10] L'énoncé de 1987 semble avoir servi de ligne directrice pour la mise en œuvre de la politique jusqu'à ce que les actuelles lignes directrices entrent en vigueur le 1^{er} août 2001. Mis à part ce qu'on a souligné dans la citation du paragraphe ci-dessus, l'ancienne ligne directrice prévoyait que les services d'interprétation gestuelle ne soient fournis qu'aux particuliers malentendants en quête d'un emploi au sein de la fonction publique ou assistant à des réunions officielles dans le cadre notamment de commissions, de comités, de conférences et de commissions d'enquête. Il semble toutefois qu'en pratique, les services étaient disponibles pour toute réunion à laquelle prenait part une personne sourde ou malentendante et où un représentant du gouvernement était présent. Des services ont ainsi été dispensés en 300 occasions pendant l'exercice 1997-1998.

[11] À compter de 1998, le Bureau de la traduction a interprété plus restrictivement le mandat lui incombant

By fiscal year 2004-2005, interpretation services for private meetings between members of the public and government officials were provided for just 34 events. In contrast, the total number of visual and tactile interpretation services provided has remained fairly constant at between 2,217 events in 1998-1999 and 2,372 in 2003-2004 indicating an increase in services provided to deaf or hard-of-hearing public servants.

[12] The current guidelines state that the Conference Interpretation Service of the Translation Bureau provides visual interpretation for the federal public service. Visual interpretation is defined as American Sign Language, Langue des signes québécoise, English and French oral interpreting and deaf-blind intervenor service. The guidelines say that these services are provided to hearing, hearing-impaired or deaf federal public servants who, in the performance of their duties, must communicate with each other.

[13] Under the August 2001 guidelines, the Bureau's visual and tactile interpretation services are provided to the general public for public events conducted by the federal government such as committees, conferences, hearings, information sessions on legislation, regulations and policies, public consultations, seminars and symposiums.

[14] With the stricter application of the policy, the provision of interpretation services for meetings between hearing-impaired citizens and federal officials that do not fall within the scope of the Bureau's mandate became the responsibility of individual departments and agencies.

[15] Under the current regime, interpretation services must be requested by the official meeting the hearing-impaired citizen. While individual departments or agencies may use the Bureau's services on a fee-for-service basis, these services will not be provided if the interpreters are required to respond to needs that the Bureau is mandated to meet. If the Bureau cannot

en vertu de la politique. Pendant l'exercice 2004-2005, ainsi, les services d'interprétation n'ont été dispensés qu'en 34 occasions pour des rencontres privées entre particuliers et représentants du gouvernement. Par comparaison, le nombre total d'occasions où des services d'interprétation visuelle et tactile ont été dispensés est demeuré plutôt constant, passant de 2 217 événements en 1998-1999 à 2 372 en 2003-2004, ce qui dénote une augmentation des services offerts aux fonctionnaires sourds ou malentendants.

[12] Les lignes directrices actuelles prévoient la fourniture de services d'interprétation visuelle aux fonctionnaires fédéraux par le Service de conférence du gouvernement. On définit l'interprétation visuelle comme visant l'American Sign Language, la Langue des signes québécoise, l'interprétation orale en français et en anglais et les services d'un intervenant pour les personnes sourdes et aveugles. Selon les lignes directrices, ces services sont fournis aux fonctionnaires fédéraux entendants, malentendants ou sourds qui doivent communiquer entre eux dans l'exercice de leurs fonctions.

[13] En vertu des lignes directrices d'août 2001, les services d'interprétation visuelle et tactile du Bureau sont dispensés au grand public pendant les événements publics organisés par le gouvernement fédéral, comme des réunions de comités, des conférences, des audiences, des séances d'information sur les lois, règlements et politiques, des consultations, des séminaires et des colloques.

[14] La politique étant appliquée plus strictement, ce sont les divers ministères et organismes concernés qui ont dû prendre en charge la prestation de services d'interprétation pour les rencontres entre citoyens malentendants et fonctionnaires fédéraux ne relevant pas du mandat du Bureau.

[15] Dans le cadre du régime actuel, c'est le fonctionnaire qui rencontre un citoyen malentendant qui doit demander la fourniture de services d'interprétation. Bien que les divers ministères et organismes puissent recourir aux services dispensés par le Bureau en les rémunérant, ces services ne seront pas fournis si les interprètes doivent déjà répondre à des besoins relevant

provide the services, the departments and agencies must contract for them with the private sector or non-governmental agencies. The Bureau maintains lists of such businesses or agencies to assist departments to find interpreters.

[16] It appears, from a letter dated November 22, 2001, to the Minister of PWGSC from applicant James Roots, submitted as an exhibit to Mr. Roots' affidavit, that the decision to strictly apply the policy caught both government departments and representatives of the hearing-disabled communities off-guard. While the Translation Bureau had been warning their clientele" since 1998 that this was forthcoming, departments and agencies were ill-prepared to provide interpretation services for meetings with hearing-impaired persons. Most had no process in place for booking interpreters or budget allocated for the purpose. Where formerly it took 48 hours to arrange an interpreter through the Bureau, considerable delay was experienced in arranging funding and finding an interpreter if the Bureau could not provide the service. As a result, events did not take place or deaf persons were unable to attend them, including meetings with Members of Parliament, because of the lack of interpretation services.

Specific Allegations of Discrimination

[17] The applicants have described several incidents in support of their contention that they have been discriminated against in the denial of interpretation services. The respondent, in general, takes issue with the facts alleged by the applicants and denies that interpretation services were unreasonably withheld.

[18] These incidents can be summed up as follows:

- Denial of access to the policy development process;
- Denial of opportunities to contract with the federal government; and

du mandat du Bureau. Si le Bureau ne peut fournir les services, les ministères et organismes doivent se les procurer auprès du secteur privé ou d'organismes non gouvernementaux. Pour aider les ministères à trouver des interprètes, le Bureau tient des listes d'entreprises et d'organismes qui dispensent des services d'interprétation.

[16] Il semble, d'après la lettre en date du 22 novembre 2001 envoyée au ministre des TPSGC par le demandeur James Roots, jointe comme pièce à l'affidavit de ce dernier, que la décision d'appliquer strictement la politique a pris par surprise tant les ministères que les représentants des communautés malentendantes. Bien que le Bureau de la traduction ait averti sa « clientèle » de cette décision dès 1998, les ministères et organismes concernés étaient mal préparés pour fournir des services d'interprétation lors de rencontres avec des malentendants. La plupart d'entre eux n'avaient mis en place aucun système pour réserver les services d'interprètes et n'avaient rien prévu dans leurs budgets à cette fin. Tandis qu'il fallait auparavant un préavis de 48 heures pour obtenir les services d'un interprète par l'entremise du Bureau, si celui-ci ne pouvait plus fournir le service, il fallait désormais un temps considérable pour obtenir les fonds requis puis trouver un interprète. Par conséquent, des événements n'ont pas eu lieu ou des personnes sourdes n'ont pu assister à certains d'entre eux, notamment des rencontres avec des députés, faute de services d'interprétation disponibles.

Allégations particulières de discrimination

[17] Les demandeurs ont décrit plusieurs incidents pour démontrer qu'on a fait preuve de discrimination à leur endroit en leur refusant des services d'interprétation. La défenderesse conteste de manière générale les faits allégués par les demandeurs et nie qu'il ait été refusé de manière déraisonnable de dispenser des services d'interprétation.

[18] On peut résumer comme suit ces incidents :

- l'accès refusé au processus d'élaboration de politiques;
- la perte d'occasions de passer des contrats avec le gouvernement fédéral;

• Denial of opportunities to participate in the Statistics Canada Labour Force Survey.

1. Denial of access to the policy development process

[19] This allegation stems from efforts by the corporate applicant, the Canadian Association of the Deaf (CAD), to participate in informal consultations with the federal government. The CAD is a national organization and the primary advocacy group for deaf Canadians, defined as persons with moderate to profound hearing loss who identify with the use of sign language, and affiliate with deaf culture. The CAD submits that its role as a representative of deaf Canadians has been adversely affected by the implementation of the new guidelines.

[20] James Roots is the Executive Director of CAD. He is deaf and communicates primarily through sign language. In his affidavit, he states that as Executive Director, he personally received accommodation for his deafness from the federal government during the years it applied the initial guideline for the Sign Language Interpretation Policy. He points out that, in general, deaf people have fewer job opportunities and lower literacy skills. This is supported by a 1998 study attached to his affidavit of which he is the co-author, prepared with the support of Human Resources Development Canada (HRDC). As a result of these disparities, he says, many deaf people have come to depend upon the Government of Canada for rectifying inequalities in their access to the same opportunities enjoyed by other Canadians.

[21] Mr. Roots says that he was surprised to discover, in or about October 2001, that the Translation Bureau, applying the new guidelines, would no longer accommodate deaf or hard-of-hearing persons in private meetings and would only facilitate public events. In a letter dated November 22, 2001, to the PWGSC Minister of the day, Mr. Roots describes, in general terms, the adverse effects this had on the efforts of his organization and others representing the deaf and hard

• la perte d'occasions de participer à l'Enquête sur la population active de Statistique Canada.

1. L'accès refusé au processus d'élaboration de politiques

[19] Cette allégation découle d'efforts consentis pour la personne morale demanderesse, l'Association des Sourds du Canada (l'ASC), de prendre part à des consultations informelles avec le gouvernement du Canada. L'ASC est une organisation nationale et le principal groupe de défense des Canadiens sourds, que l'on définit comme les personnes ayant une déficience auditive de modérée à profonde qui s'identifient à l'usage de la langue des signes et à la culture sourde. L'ASC soutient que la mise en œuvre des nouvelles lignes directrices a nuit à son rôle de représentant des Canadiens sourds.

[20] James Roots est le directeur exécutif de l'ASC. Il est atteint de surdité et il communique principalement au moyen du langage des signes. Il déclare dans son affidavit qu'en tant que directeur exécutif, il a personnellement fait l'objet de mesures d'adaptation pour sa surdité de la part du gouvernement fédéral pendant les années où celui-ci appliquait la ligne directrice initiale relative à la Politique d'interprétation par langage gestuel. Il souligne qu'en général, les personnes sourdes disposent de moindres possibilités d'emploi et capacités de lecture et d'écriture. Ses dires s'appuient sur une étude de 1998 jointe à son affidavit, dont il est le coauteur et dont la réalisation a bénéficié du soutien de Développement des ressources humaines Canada (DRHC). En raison de cette inégalité des chances par rapport aux autres Canadiens, ajoute-t-il, nombre de personnes sourdes en sont venues à dépendre du gouvernement du Canada pour la rectification de la situation.

[21] M. Roots dit avoir été surpris d'apprendre, vers octobre 2001, que le Bureau de la traduction, chargé d'appliquer les nouvelles lignes directrices, ne répondrait aux besoins des personnes sourdes ou malentendantes que lors d'événements publics, et non plus lors de réunions privés. Dans une lettre en date du 22 novembre 2001 adressée au ministre des TPSGC d'alors, M. Roots décrit de manière générale comment cela a nui aux efforts consentis par les diverses

of hearing to do business with the federal government.

[22] The specific example of alleged discrimination described by Mr. Roots arose in relation to an HRDC project to develop policies and legislation respecting homeless people which took place between December 2001 and February 2002. CAD staff anticipated being involved in informal discussions with HRDC officials in this process as they had been previously on other policy development projects. Interpreters were requested for this purpose.

[23] An exchange of e-mail messages attached to Mr. Roots' affidavit indicates that at least one meeting in December 2001 was facilitated with interpretation services provided by an Ottawa-based firm retained by HRDC. On February 5, 2002, in response to a request for a further meeting to discuss a request by CAD for funding, an HRDC official responded that it would not be possible at that time. Her message states that "we are under severe budgetary constraints and are not allowed to expend any funds that are not directly related to approved priorities. . . right now, I cannot get an interpreter. I believe we can after April 1, 2002 but not right now." The reference to April 1, presumably, was to the start of the next fiscal year and the availability of a fresh budget. The official offered to continue to do preparatory work with CAD by e-mail until April 1st.

[24] Based on this event and his experience in general since 2001, Mr. Roots states that he believes that departments and agencies are refusing to pay for interpretation services for budgetary reasons notwithstanding that it is their responsibility to provide them now that the Translation Bureau has "off-loaded" this mandate. Moreover, even where interpretation is provided by those on the Bureau's list of private sector or local organizations, the quality of the interpretation is not assured. The result, he believes, is that deaf

organisations, dont la sienne, qui représentent les personnes sourdes et malentendantes pour transiger avec le gouvernement fédéral.

[22] Le cas particulier de discrimination alléguée donné à titre d'exemple par M. Roots est survenu relativement au projet de DRHC (mis en œuvre entre décembre 2001 et février 2002) d'élaboration de politiques et de mesures législatives à l'endroit des sans-abri. Le personnel de l'ASC s'est alors attendu à participer à des discussions informelles avec des fonctionnaires de DRHC dans ce cadre, comme tel avait été le cas lors de projets antérieurs d'élaboration de politiques. On a demandé la présence d'interprètes à cette fin.

[23] Comme le font voir des courriels échangés joints à l'affidavit de M. Roots, des interprètes d'une entreprise d'Ottawa dont DRHC avait retenu les services ont facilité au moins une réunion tenue en décembre 2001. Le 5 février 2002, en réponse à une demande de nouvelle réunion pour des discussions sur une demande de fonds par l'ASC, une représentante de DRHC a dit que cela ne serait pas possible pour lors. Elle a ainsi déclaré : [TRADUCTION] « d'importantes contraintes budgétaires nous empêchent de dépenser des fonds qui ne sont pas directement liés à des priorités autorisées [. . .] Je ne puis obtenir en ce moment les services d'un interprète. Je crois que nous le pourrions après le 1^{er} avril 2002, mais pas en ce moment ». Le 1^{er} avril est mentionné, peut-on présumer, parce qu'il s'agit là du début du nouvel exercice et que les ressources d'un nouveau budget sont alors disponibles. La représentante a offert de continuer d'effectuer les tâches préparatoires par courriel avec l'ASC jusqu'au 1^{er} avril.

[24] M. Roots déclare, sur la foi de cet événement et de ce qu'il a pu constater en général depuis 2001, que les divers ministères et organismes refusent de payer les services d'interprétation pour des motifs budgétaires, même si c'est à eux qu'il incombe de fournir ces services depuis que le Bureau de la traduction s'est « délesté » de son mandat. En outre, lorsque même des services d'interprétation sont dispensés par des organismes locaux ou du secteur privé figurant sur la liste du Bureau de la traduction, il n'y a aucune

Canadians who want to meet with representatives of the federal government are not being accommodated for their disability.

[25] The respondent objects to the reception of Mr. Roots' evidence on the grounds that the CAD lacks standing and because his affidavit covers matters beyond his personal knowledge and thus does not conform to rule 81 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. I will address the hearsay question here and deal with the standing question as an issue below.

[26] The requirement that affidavits be confined to personal knowledge does not necessarily exclude hearsay evidence so long as it is sufficiently reliable in accordance with the principled approach developed by the Supreme Court of Canada with respect to the admission of oral testimony. That approach has been adopted by the Federal Court of Appeal for the admissibility of hearsay by way of affidavit evidence: *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659 (C.A.).

[27] The hearsay in this instance stems from information received from a project officer employed by the CAD who worked under the immediate supervision of Mr. Roots. I am satisfied that Mr. Roots received the information from a first-hand source and that it is credible and trustworthy. The reliability of the evidence is also confirmed by the respondent's affidavit evidence in response to interrogatories which verifies the accuracy of the e-mails attached to Mr. Roots' affidavit. The accuracy of this account was not disputed.

[28] This evidence, while admissible, does not establish that HRDC refused as a general practice to provide interpretation services for meetings with representatives of the deaf or hard-of-hearing communities. But it does support the applicants' contention that the provision of such services was not considered a priority by the department for which

assurance quant à la qualité de ces services. Le résultat, estime-t-il, c'est que rien n'est fait pour répondre aux besoins des Canadiens sourds qui désirent rencontrer des représentants du gouvernement fédéral.

[25] La défenderesse s'oppose à la réception du témoignage de M. Roots au motif que l'ASC n'a pas qualité pour agir et que l'affidavit de ce dernier ne se limite pas à des faits dont il a une connaissance personnelle, en contravention de la règle 81 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. Je traiterai maintenant de la question du oui-dire, et plus tard de la question de la qualité pour agir.

[26] L'obligation de l'auteur d'un affidavit de se limiter aux faits dont il a une connaissance personnelle n'a pas nécessairement pour effet d'exclure ce qui constitue des oui-dire dans son témoignage, du moment que cela est suffisamment digne de foi, compte tenu des principes élaborés par la Cour suprême du Canada quant à l'admission des témoignages de vive voix. La Cour d'appel fédérale s'est conformée à ces principes pour ce qui est de l'admissibilité du oui-dire dans un témoignage par affidavit : *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.).

[27] En l'espèce, le oui-dire concerne des renseignements obtenus d'un agent de projet dont M. Roots était le supérieur immédiat à l'ASC. Je suis convaincu que la source d'information de M. Roots était de première main et qu'elle est crédible et digne de foi. La fiabilité du témoignage est en outre confirmée par la preuve par affidavit de la défenderesse en réplique à l'interrogatoire visant à vérifier l'exactitude des courriels joints à l'affidavit de M. Roots. En effet, l'exactitude de l'exposé des faits de ce dernier n'a pas alors été contestée.

[28] Bien qu'il soit admissible, ce témoignage ne permet pas d'établir que DRHC a eu pour pratique générale de refuser de dispenser des services d'interprétation pour les réunions tenues avec des représentants des communautés sourde ou malentendante. Il permet toutefois d'étayer la prétention des demandeurs selon laquelle la prestation de tels services

resources would be allocated. The e-mail exchange occurred in the context of an invitation from HRDC to participate in consultations in the development of public policy. The applicants submit that while they may not have a right to be consulted in the development of federal policy, when invited to participate by government they have a right to equal treatment. A hearing Canadian representing another non-governmental organization would not have been denied a meeting in the same circumstances. I think that is an inescapable conclusion from the evidence.

2. Denial of opportunities to provide contract services to the government

[29] Gary Malkowski is deaf and employed as the Vice-President of Consumer and Business Relations at the Canadian Hearing Society. He communicates primarily through sign language. Two hearing career consultants employed by Veterans Affairs Canada, Joyce Montagnese and Bobbi Cain contracted with Malkowski and another deaf Canadian Hearing Society employee, Donald Prong, to organize and facilitate at a career planning workshop for deaf and hard-of-hearing federal civil servants from October 16-21, 2001 in Toronto. Interpreters were provided at the October workshop by the Translation Bureau to allow Cain and Montagnese to follow and evaluate the proceedings. A similar workshop was conducted in Halifax in December 2001.

[30] Mr. Malkowski deposes that, based on the success of the Toronto event, Cain and Montagnese discussed with him and Mr. Prong the possibility of their leading a similar workshop for hearing civil servants. To present at such a workshop, Malkowski and Prong would require sign language interpreters. Mr. Malkowski states that Montagnese subsequently informed him that the visual language interpretation policy of the Government of Canada had changed and would not accommodate his request for sign language

n'était pas considérée prioritaire par le ministère devant attribuer des ressources. L'échange de courriels a fait suite à l'invitation lancée par DRHC pour la participation à des consultations relatives à l'élaboration d'une politique gouvernementale. Les demandeurs soutiennent à cet égard que, bien qu'ils puissent ne pas jouir du droit d'être consultés relativement à l'élaboration de politiques fédérales, lorsqu'ils sont conviés à prendre part à ce processus par des représentants du gouvernement, ils disposent alors du droit à l'égalité de traitement. Or, un Canadien entendant qui représenterait une autre organisation non gouvernementale n'aurait pas été empêché d'assister à une réunion en de mêmes circonstances. Cela me semble être une conclusion inévitable à tirer du témoignage.

2. La perte d'occasions de passer des contrats avec le gouvernement

[29] Gary Malkowski est une personne sourde qui occupe le poste de vice-président, Affaires commerciales et relations avec les consommateurs, à la Société canadienne de l'ouïe. Il communique principalement au moyen du langage des signes. Deux conseillers en carrières entendants à l'emploi d'Anciens Combattants Canada, Joyce Montagnese et Bobbi Cain, ont passé un contrat avec M. Malkowski et un autre employé sourd de la Société canadienne de l'ouïe, Donald Prong, pour qu'ils organisent et facilitent, du 16 au 21 octobre 2001 à Toronto, un atelier de planification de carrière à l'intention des fonctionnaires fédéraux sourds et malentendants. Le Bureau de la traduction a fourni les services d'interprètes pour cet atelier de manière à ce que les deux conseillers puissent suivre et évaluer les discussions. Un atelier semblable s'est déroulé à Halifax en décembre 2001.

[30] M. Malkowski déclare dans son témoignage qu'en raison du succès de l'atelier de Toronto, Joyce Montagnese et Bobbi Cain ont discuté avec lui et M. Prong pour savoir s'il leur serait possible d'organiser un atelier semblable à l'intention des fonctionnaires entendants. Pour faire des présentations à un tel atelier, M. Malkowski et M. Prong requerraient des services d'interprétation gestuelle. M^{me} Montagnese aurait plus tard informé M. Malkowski que la politique sur l'interprétation visuelle du gouvernement du Canada

interpreters. The result, Mr. Malkowski states, is that he and Mr. Prong were denied professional opportunities that would have been available to hearing professionals in a similar context.

[31] Mr. Malkowski alleges that Ms. Montagnese informed him through e-mail messages that her department would not authorize the expense of interpreters because of the impact on its budget and that she had tried elsewhere to find funds without success. These e-mail messages were not entered into evidence.

[32] The respondent's affidavit evidence differs significantly from Mr. Malkowski's account. Ms. Montagnese states that she was involved with three events conducted in the fall and winter of 2001-2002 including the career planning event described above. Mr. Malkowski was also hired to facilitate the second event, a sensitization seminar arranged for hearing managers of deaf government employees so as to enable such managers to understand and deal with the challenges faced by their deaf and hard-of-hearing employees. Interpreters were retained as needed for four preparatory meetings.

[33] For the seminar itself which took place on February 13, 2002, Mr. Malkowski was asked to select a suitable interpreter and the interpreter's invoice was paid by the department. Another seminar for deaf federal employees about preparing for competitions was held on February 27, 2002. That was the last such event Ms. Montagnese was involved with. Copies of related e-mails and invoices are attached to her affidavit.

[34] Ms. Montagnese states that following these events there was some discussion with Mr. Malkowski about presenting at a possible interdepartmental employment equity conference to be held in May 2004. The conference was never held due to a lack of interest among prospective participants. She says that the cost of interpretation services was not a consideration in cancelling the event. In response to a written

avait changé et ne permettrait pas d'accéder à sa demande de recourir à des interprètes gestuels. Il en est résulté, selon M. Malkowski, la perte pour lui-même et M. Prong d'occasions professionnelles dont auraient bénéficié des professionnels entendants dans une situation semblable.

[31] M. Malkowski soutient que M^{me} Montagnese l'a informé au moyen de courriels que le ministère n'autoriserait pas qu'on paie les services d'interprètes parce que cela grèverait son budget, et qu'elle avait tenté sans succès d'obtenir des fonds d'autres sources. Ces courriels n'ont pas été produits en preuve.

[32] La preuve par affidavit de la défenderesse diffère considérablement de l'exposé des faits de M. Malkowski. M^{me} Montagnese déclare avoir pris part à trois événements à l'automne 2001 et l'hiver 2002, dont l'atelier de planification de carrière décrit ci-dessus. On avait également fait appel à M. Malkowski pour faciliter le second événement, un séminaire de sensibilisation visant à aider les superviseurs entendants de fonctionnaires sourds et malentendants à comprendre et à gérer les problèmes auxquels sont confrontés leurs subalternes. On a retenu les services d'interprètes pour les fins de quatre réunions préparatoires.

[33] On a demandé à M. Malkowski de choisir un interprète compétent pour le séminaire lui-même, qui s'est déroulé le 13 février 2002. Le ministère a acquitté la facture de l'interprète. Un autre séminaire a été organisé pour les employés fédéraux sourds, le 27 février 2002, portant sur la préparation en vue de concours. Ce fut là le dernier événement auquel a pris part M^{me} Montagnese. Des copies des courriels et factures pertinents sont joints à l'affidavit de cette dernière.

[34] M^{me} Montagnese déclare qu'à la suite de ces événements, elle a eu des discussions avec M. Malkowski au sujet d'une présentation qu'il pourrait faire à une éventuelle conférence interministérielle sur l'équité en matière d'emploi devant avoir lieu en mai 2004. La conférence n'a jamais eu lieu, par manque d'intérêt parmi les éventuels participants. Le coût des services d'interprétation n'aurait pas été un facteur dans

examination question, Ms. Montagnese denied under oath that she told Mr. Malkowski that the Department of Veterans Affairs could not afford the cost of interpreters for him to present to an audience of hearing federal civil servants and denied that she was ever told by another department that they did not have the funds for such a purpose.

[35] While it is not clear from the evidence that Mr. Malkowski and Mr. Prong were expressly denied further contract opportunities with the federal government, it is apparent that the opportunity to enter into such arrangements would be limited by the availability of resources to provide visual interpretation services.

3. Denial of opportunities to participate in the Statistics Canada Labour Force Survey

[36] The Labour Force Survey is conducted under the authority of the *Statistics Act*, R.S.C., 1985, c. S-19 and is designed to measure the current state of the Canadian labour market. Participants are selected at random and are advised in letters sent or delivered to their homes that the information obtained through the survey is used by Statistics Canada to measure the month-to-month changes in the level of employment and unemployment in Canada and to provide key measures of the state of the nation's economy. To ensure completeness and accuracy, full participation is said to be "extremely important" and is required for a six-month period. An interview of participants is conducted each month.

[37] Survey instruments such as the Labour Force Survey are important to deaf Canadians. As evidenced by Mr. Roots' study, conducted with the support of HRDC in 1998, deaf persons are subject to much higher levels of unemployment than other Canadians. Only 20.6% of deaf Canadians are fully employed; 41.9% are underemployed; and 37.5% are unemployed: 9.9% have no formal education. By comparison, relying on the study's figures, 60.9% of all Canadians are fully employed and only 8.1% are unemployed. Among the conclusions reached in the study was of a need for

l'annulation de l'événement, selon les dires de M^{me} Montagnese. En réponse à une question écrite posée dans le cadre de l'interrogatoire, M^{me} Montagnese a nié sous serment avoir dit à M. Malkowski que le ministère des Anciens Combattants n'avait pas les moyens de payer les interprètes requis pour faciliter sa présentation devant des fonctionnaires fédéraux entendants, et elle a nié que tout autre ministère lui ait jamais dit ne pas disposer des fonds requis à une telle fin.

[35] Bien qu'il ne ressorte pas clairement de la preuve qu'on ait privé expressément MM. Malkowski et Prong d'autres occasions de passer des contrats avec le gouvernement fédéral, il est manifeste que l'occasion de conclure de telles ententes se serait vue restreinte par la quantité de ressources disponibles pour la fourniture de services d'interprétation visuelle.

3. La perte d'occasions de participer à l'Enquête sur la population active de Statistique Canada

[36] L'Enquête sur la population active se déroule en application de la *Loi sur la statistique*, L.R.C. (1985), ch. S-19, et elle vise à évaluer l'état courant du marché de l'emploi canadien. Les participants à l'enquête sont choisis de manière aléatoire et on les informe par courrier transmis à leur foyer que l'information obtenue au moyen de l'enquête permet à Statistique Canada de mesurer l'évolution mensuelle du niveau d'emploi et de chômage au Canada et de faire connaître des données clés sur l'état de l'économie du pays. Pour s'assurer que l'information soit exhaustive et exacte, on précise qu'une pleine participation est « extrêmement importante » et requise pour une période de six mois. On fait passer une entrevue aux participants chaque mois.

[37] Les outils d'enquête tels que l'Enquête sur la population active revêtent de l'importance pour les Canadiens sourds. Tel que le révèle l'étude de M. Roots, effectuée avec le soutien de DRHC en 1998, le taux de chômage est beaucoup plus élevé pour les personnes sourdes que pour les autres Canadiens. Seulement 20,6 % des personnes sourdes ont un emploi à temps plein, 41,9 % sont sous-employées et 37,5 % sont en chômage; 9,9 % d'entre elles n'ont aucune formation scolaire. En comparaison, si l'on se fie aux données de l'étude, 60,9 % de l'ensemble des Canadiens ont un

training programs targeted to disabled Canadians to accommodate the particular communication and cultural differences of deaf people.

[38] Barbara Lagrange is a deaf woman who uses sign language as her primary communication method. She has difficulty with reading and writing the English language. In or about November 2002, she was invited to participate in the Statistics Canada Labour Force Survey through letters dropped off at her home in Thunder Bay, Ontario by a Statistics Canada field interviewer, Marilyn Wallace.

[39] Ms. Lagrange subsequently contacted Ms. Wallace through the aid of a teletypewriter telephone for the deaf (TTY) phone. They had two TTY phone conversations one Friday afternoon. Ms. Lagrange typed her part of the conversations and Ms. Wallace's oral responses were typed by an operator and read by Ms. Lagrange at her end. This produces a verbatim account but the accuracy of the record is dependent upon the skill of the operator. Ms. Lagrange printed and retained a partial record of the two conversations which is attached as an exhibit to her affidavit. She agreed that Ms. Wallace could come to her home on the following Sunday afternoon for the survey interview. This was to have been part of a six-month commitment to record information respecting Ms. Lagrange's employment status, a fact that was not immediately apparent to her.

[40] The evidence of Ms. Lagrange and Ms. Wallace with respect to the content of their telephone conversations, via TTY, and the subsequent events is conflicting. Unfortunately, the printed record of the TTY conversations is not very legible. What is clear, I believe, is that in the first conversation Ms. Wallace initially agreed to Ms. Lagrange's request that she retain the services of a Canadian Hearing Society interpreter to conduct the interviews. In the second conversation Ms. Wallace told Ms. Lagrange that Statistics Canada would not pay for an interpreter and that, in any event, in her

emploi à temps plein et seulement 8,1 % sont en chômage. Parmi les conclusions tirées dans l'étude, on a mentionné la nécessité de programmes de formation ciblant les Canadiens handicapés et adaptés aux différences culturelles et besoins en communication particuliers des personnes sourdes.

[38] Barbara Lagrange est une personne sourde dont le principal moyen de communication est le langage des signes. Elle a du mal à lire et à écrire en anglais. Vers novembre 2002, on l'a conviée à participer à l'Enquête sur la population active de Statistique Canada, au moyen de lettres déposées chez elle à Thunder Bay (Ontario) par une intervieweuse sur place, Marilyn Wallace.

[39] M^{me} Lagrange a par la suite communiqué avec M^{me} Wallace grâce à un télécopieur pour personnes sourdes (ATS). M^{me} Lagrange et M^{me} Wallace ont eu deux conversations par ATS le vendredi après-midi. M^{me} Lagrange a dactylographié ce qu'elle voulait communiquer et les réponses verbales de M^{me} Wallace ont été dactylographiées par un opérateur, puis lues par M^{me} Lagrange. Il en résulte un compte rendu textuel, dont l'exactitude dépend toutefois de la compétence de l'opérateur. M^{me} Lagrange a imprimé le compte rendu des deux conversations et elle en a conservé une partie, qui est jointe comme pièce à son affidavit. Elle a accepté que M^{me} Wallace vienne à sa résidence le dimanche après-midi suivant pour l'interviewer aux fins de l'enquête. Cela devait être un élément d'un engagement en vue de la consignation pendant six mois de renseignements sur la situation d'emploi de M^{me} Lagrange, un fait que cette dernière n'a pas tout de suite parfaitement compris.

[40] Le témoignage de M^{me} Lagrange et celui de M^{me} Wallace ne concordent pas quant à la teneur de leurs conversations téléphoniques par ATS et quant aux événements qui ont suivi. Malheureusement, le compte rendu imprimé des conversations par ATS n'est pas très lisible. Ce qui est toutefois bien clair, je crois, c'est que, lors de la première conversation, M^{me} Wallace a initialement accédé à la demande faite par M^{me} Lagrange qu'on retienne aux fins des entrevues les services d'un interprète de l'Association des Sourds du Canada. Lors de la seconde conversation, M^{me} Wallace a informé M^{me}

view it would not be necessary to have an interpreter to answer the questions. Ms. Wallace denies that she told Ms. Lagrange at any time that Statistics Canada would not pay for an interpreter but that meaning is what the TTY operator conveyed to Ms. Lagrange, as indicated by the printed record. Ms. Wallace deposes that she tried to retain the services of an interpreter but was told that one would not have been available for two weeks. She says that she was advised by her supervisor to try alternatives. It is clear from the record that she pressed Ms. Lagrange to agree to proceed without an interpreter.

[41] At their first scheduled meeting, two days later on a Sunday, Ms. Wallace went ahead with the interview using her notebook computer screen to show Ms. Lagrange the questions and to confirm her answers. Ms. Lagrange was not comfortable with that procedure because of her difficulty with English and the meeting was cut short. Ms. Lagrange later learned from a colleague that the survey was meant to be repeated over six months and was distressed by that news.

[42] In a subsequent telephone discussion, conducted through an interpreter, Ms. Lagrange tried to insist on having an interpreter present for the subsequent interviews and when that did not succeed, to have her name removed from the survey list. She then refused to meet again. Ms. Wallace says that she was advised by her supervisor not to attempt any further interviews with Ms. Lagrange and told to complete the remaining months of the survey by simply driving by Ms. Lagrange's home to confirm that she appeared to still be living there.

[43] Ms. Lagrange deposes that she felt like a second-class citizen as a result of this incident and afraid that if she gave a wrong answer to a government survey,

Lagrange que Statistique Canada ne paierait pas les services d'un interprète et qu'en tout état de cause, selon elle, la présence d'un interprète ne serait pas nécessaire pour les réponses à donner aux questions. M^{me} Wallace nie avoir dit à quelque moment que ce soit à M^{me} Lagrange que Statistique Canada ne paierait pas les services d'un interprète, mais c'est un tel message que l'opérateur d'ATS a transmis à M^{me} Lagrange, comme en atteste le compte rendu imprimé. M^{me} Wallace déclare dans son témoignage avoir tenté de retenir les services d'un interprète, mais on lui aurait dit qu'aucun interprète ne serait disponible avant deux semaines. Son superviseur lui aurait conseillé de trouver des solutions de remplacement. Il ressort clairement du compte rendu que M^{me} Wallace a insisté pour que M^{me} Lagrange accepte qu'on aille de l'avant sans les services d'un interprète.

[41] Lors de leur première réunion, fixée au dimanche, le surlendemain, M^{me} Wallace a effectivement fait passer l'entrevue à M^{me} Lagrange, en se servant de l'écran de son portable pour montrer les questions à celle-ci et pour confirmer les réponses de cette dernière. Cette façon de procéder ne convenait pas vraiment à M^{me} Lagrange parce qu'elle ne maîtrise pas l'anglais et on a donc écourté la réunion. M^{me} Lagrange a ensuite appris d'un collègue que d'autres étapes de l'enquête allaient se dérouler sur une période de six mois, ce qui l'a affligée.

[42] Lors d'une conversation téléphonique subséquente, facilitée par un interprète, M^{me} Lagrange a essayé d'insister pour obtenir la présence d'un interprète aux entrevues subséquentes, puis, voyant que sa tentative avait échoué, pour que son nom soit rayé de la liste de l'enquête. Elle a ensuite refusé qu'on la rencontre de nouveau. M^{me} Wallace affirme s'être fait dire par son superviseur de ne pas tenter de faire passer de nouvelles entrevues à M^{me} Lagrange et, pour les mois restants de l'enquête, de simplement passer en automobile devant la résidence de celle-ci pour obtenir confirmation qu'elle semblait toujours y vivre.

[43] Dans son témoignage, M^{me} Lagrange déclare que cet incident l'a fait se sentir une citoyenne de seconde zone et lui a fait craindre de se voir infliger une amende

because of the lack of a qualified interpreter, she could be fined or penalized.

[44] The respondent's evidence from the manager for the November 2002 field surveys is to the effect that if a member of the public who is deaf or hard-of-hearing asked for an interpreter, Statistics Canada field staff would have provided that person with a choice of alternatives including the use of a laptop computer to enable them to see what was being written down, the use of a TTY line to conduct the interview or proxy responses from other members of the household. Statistics Canada would also offer to hire an interpreter, or, if the subject wished to have their own interpreter present, pay for the service.

[45] Evidence of an incident similar to that experienced by Barbara Lagrange was provided by Mary Lou Cassie of Halifax. Ms. Cassie is deaf-blind and requires an intervenor for many of her activities of daily living. An intervenor uses sign language and touch in order to communicate with Ms. Cassie to assist her with daily life, but cannot be used for complex communication as the intervenor is only trained to assist with basic functions. For complex communications, Cassie requires a professional sign language interpreter.

[46] Ms. Cassie received a letter from Statistics Canada in or around December 2002 requesting her to contact Statistics Canada about participating in a survey. Cassie instructed her intervenor to phone Statistics Canada to arrange for an interview and to request that a sign language interpreter attend. Two persons from Statistics Canada subsequently visited, without an interpreter, and insisted on using the intervenor to conduct the interview. Ms. Cassie told her intervenor to refuse the interview as she required a sign language interpreter and the two persons left. Statistics Canada made no further attempt to accommodate Ms. Cassie through sign language interpreters. The respondent was unable to identify anyone from Statistics Canada who

ou une pénalité pour avoir, en l'absence d'un interprète qualifié, mal répondu à une enquête du gouvernement.

[44] Selon le témoignage du responsable des enquêtes sur le terrain de novembre 2002, témoin de la défenderesse, si un particulier sourd ou malentendant avait demandé la présence d'un interprète, le personnel sur le terrain de Statistique Canada lui aurait offert diverses solutions, dont le recours à un portable permettant de lire les messages, le recours à un téléscripteur ou l'obtention de réponses par personne interposée, soit un membre du ménage. Statistique Canada aurait également offert d'obtenir les services d'un interprète ou, si l'intéressé avait souhaité la présence de son propre interprète, de rémunérer ce dernier.

[45] Mary Lou Cassie, d'Halifax, a présenté un témoignage sur un incident semblable à celui vécu par Barbara Lagrange. M^{me} Cassie est sourde et aveugle et elle a besoin des services d'un intervenant pour bon nombre de ses activités quotidiennes. Un intervenant recourt au langage des signes et au toucher pour communiquer avec M^{me} Cassie et l'aider dans ses tâches quotidiennes, mais il ne peut y recourir pour des communications complexes, sa formation ne lui permettant que de faciliter l'exercice des fonctions élémentaires. M^{me} Cassie a besoin, pour les communications complexes, des services d'un interprète gestuel professionnel.

[46] Vers décembre 2002, M^{me} Cassie a reçu une lettre dans laquelle Statistique Canada lui demandait de communiquer avec un de ses représentants pour participer à une enquête. M^{me} Cassie a demandé à son intervenant de téléphoner à Statistique Canada et de prendre les arrangements requis pour une entrevue en plus de solliciter la présence d'un interprète gestuel. Deux représentants de Statistique Canada sont ensuite venus visiter M^{me} Cassie, sans interprète, et ils ont insisté pour pouvoir recourir aux services de l'intervenant pour faire passer l'interview. M^{me} Cassie a dit à son intervenant de refuser l'entrevue, étant donné qu'elle avait besoin d'un interprète gestuel, puis les deux représentants ont quitté les lieux. Statistique Canada n'a

recalled these events.

[47] This evidence indicates to me that Ms. Lagrange and Ms. Cassie were not treated with the dignity and respect that they deserved and that the practices of Statistic Canada's interviewers in the field can result in the denial of equal treatment for Canadians who are deaf or hard-of-hearing, notwithstanding the agency's stated policies and procedures.

ISSUES

[48] As noted in the introduction, the respondent has raised a number of preliminary objections to consideration of this application. The issues that the Court must consider are:

1. Standing of the CAD as a party to the application;
2. Whether the application is improperly constituted because;
 - a. judicial review is sought for more than one decision; or because,
 - b. the application has been brought out of time;
3. Whether the Court should decline to consider the matter on discretionary grounds, namely;
 - a. that the subject-matter of the application is not justiciable; or,
 - b. that the application is moot or premature;
4. Whether section 15 of the Charter has been breached; and if so,

pas par la suite tenté de répondre aux besoins de M^{me} Cassie en faisant appel à des interprètes gestuels. La défenderesse n'a pas été en mesure de désigner qui que ce soit chez Statistique Canada qui puisse se rappeler de ces événements.

[47] Ce témoignage me fait voir que M^{me} Lagrange et M^{me} Cassie n'ont pas été traitées avec tout le respect et toute la dignité auxquelles elles ont droit et qu'il peut résulter des pratiques des intervieweurs sur le terrain de Statistique Canada que les Canadiens sourds ou malentendants se voient refuser l'égalité de traitement, et ce, malgré les politiques et procédures officielles de cet organisme.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[48] Comme je l'ai déjà mentionné en introduction, la défenderesse a opposé un certain nombre d'objections préliminaires à l'examen de la présente demande. Les questions qui suivent doivent être examinées par la Cour.

1. La qualité de l'ASC pour agir dans le cadre de la présente demande.
2. La question de savoir si la présente demande est indûment constituée
 - a. parce qu'on sollicite le contrôle judiciaire de plus d'une décision, ou encore
 - b. parce que la demande a été présentée hors délai.
3. La question de savoir si la Cour doit refuser d'examiner la question pour des motifs d'ordre discrétionnaire, soit parce que
 - a. l'objet de la demande n'est pas justiciable, ou
 - b. que la question est théorique ou prématurée.
4. La question de savoir s'il y a eu violation de l'article 15 de la Charte.

5. What is the appropriate remedy?

ANALYSIS

1. Standing of CAD to bring this application

[49] CAD, as a corporate body, has no capacity to claim relief in its own right under section 15 of the Charter as it is not an individual having the right to the protection and equal benefit of the law. The respondent submits that CAD should also be denied standing to seek declaratory relief as it is not directly affected by the matter in respect of which relief is sought as required by subsection 18.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]. CAD seeks to be accorded public interest standing.

[50] The respondent acknowledges that the lack of standing to directly pursue remedies as an interested party does not preclude the granting of public interest standing but argues that the Court should deny the Association's request to be granted that status. The respondent submits that as to whether a right to informal consultations with government employees concerning policy has been denied, this is not a right recognized at law.

[51] CAD submits that as an organization which represents the interests of deaf Canadians, it is entitled to claim section 15 protection on their behalf. In support of that argument, CAD cites the decision of the Supreme Court of Canada in *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, in which the Court implicitly recognized the right of an organization to advance a section 15 challenge to government action on behalf of Aboriginal women.

[52] As stated by the Supreme Court in *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, (*Borowski*) to establish public interest standing,

5. La question de la réparation convenable.

ANALYSE

1. La qualité de l'ASC pour agir dans le cadre de la présente demande

[49] L'ASC, en tant que personne morale, n'a pas qualité pour demander réparation de son propre chef en vertu de l'article 15 de la Charte, puisqu'il ne s'agit pas d'un individu jouissant du droit à l'égalité de bénéfice et à la protection égale de la loi. Selon la défenderesse, l'ASC devrait également se voir refuser la qualité pour demander une mesure de redressement déclaratoire puisqu'elle n'est pas directement touchée par l'objet de la demande, tel que le requiert le paragraphe 18.1(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]. L'ASC demande pour sa part qu'on lui reconnaisse la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[50] La défenderesse reconnaît que l'absence de qualité pour demander directement réparation à titre de partie intéressée n'empêche pas de se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public, mais elle soutient que la Cour ne devrait pas accéder à la demande de l'Association en ce sens. Quant à la question de savoir si le droit à des consultations informelles avec des fonctionnaires au sujet de politiques a ou non été dénié, la défenderesse soutient qu'il ne s'agit pas là d'un droit reconnu par la loi.

[51] L'ASC soutient qu'en tant qu'organisation qui représente les intérêts des Canadiens sourds, elle a le droit de se réclamer pour leur compte de la protection de l'article 15. L'ASC cite à cet égard l'arrêt *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, dans lequel la Cour suprême du Canada a implicitement reconnu le droit d'une organisation de faire valoir l'article 15 pour contester pour le compte de femmes autochtones une mesure du gouvernement.

[52] Comme l'a déclaré la Cour suprême dans *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575 (*Borowski*), pour établir la qualité

three things must be demonstrated:

1. there is a serious issue to be tried;
2. the claimant is directly affected or has a genuine interest in the subject-matter; and
3. there is no other effective means available by which the issue may be brought before the Court.

[53] CAD asserts that the first two parts of the test established in *Borowski* are clearly met. There is a serious issue to be tried and CAD, as representative of the deaf community, must have a genuine interest in the subject-matter. As for the third part of the test, the applicants submit that there is no other reasonable and effective manner in which the question of accommodation for participation in federal policy making may be brought to the Court as it is a role sought by non-governmental organizations and not by their individual members or officers. It was CAD that attempted to provide input to federal government decision making, not James Roots personally. CAD is the entity that represents the interests of deaf and hard-of-hearing Canadians and has negotiated with the federal government as to access.

[54] The respondent does not dispute that there is a serious issue to be tried or that CAD has a genuine interest in the subject-matter. However, it contends that there is another effective means by which this matter may be placed before the Court. There are other applicants who are directly affected by the matters at issue who may assert these claims. On this basis alone, the respondent submits, this Court should refrain from exercising its discretion to accord party status to CAD: *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at page 252 (*Canadian Council of Churches*); *Maurice v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1999), 183 F.T.R. 9 (F.C.T.D.), at paragraphs 14-15 (*Maurice*).

pour agir dans l'intérêt public, on doit démontrer l'existence de trois éléments :

1. il y a une question sérieuse à trancher,
2. le demandeur est directement touché ou il a un intérêt véritable dans cette question;
3. il n'y a pas d'autre manière efficace de soumettre la question à la Cour.

[53] L'ASC soutient que les deux premiers éléments du critère énoncé dans *Borowski* sont clairement démontrés. Il y a une question sérieuse à trancher et l'ASC, en tant que représentante de la communauté sourde, a un intérêt véritable dans la question en cause. Quant au troisième élément du critère, les demandeurs soutiennent qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre à la Cour la question des mesures d'adaptation requises pour la participation au processus fédéral d'établissement de politiques, vu qu'il s'agit là d'un rôle incombant aux organisations non gouvernementales et non à leurs membres ou représentants individuels. C'est l'ASC, et non James Roots à titre personnel, qui a tenté d'apporter sa contribution à ce processus. L'ASC est l'entité qui défend les intérêts des Canadiens sourds et malentendants et qui a engagé des négociations avec le gouvernement fédéral au sujet de l'accès à ses services et programmes.

[54] La défenderesse ne conteste pas qu'il y a une question sérieuse à trancher ni que l'ASC a un intérêt véritable dans cette question. Toutefois, soutient-elle, il existe une autre manière efficace de soumettre la question à la Cour. Il y a en effet d'autres demandeurs qui sont directement touchés par les questions en litige et qui pourraient faire valoir leurs prétentions. Sur ce seul fondement, selon la défenderesse, la Cour devrait s'abstenir d'exercer le pouvoir discrétionnaire dont elle dispose d'accorder à l'ASC la qualité pour agir : *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, à la page 252 (*Conseil canadien des Églises*); *Maurice c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] A.C.F. n° 1962 (1^{re} inst.) (QL), aux paragraphes 14 et 15 (*Maurice*).

[55] In the *Canadian Council of Churches* decision, public interest standing was denied to a church group seeking to challenge the validity of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, as am. by S.C. 1988, c. 35 and c. 36. The Supreme Court held that a balance must be struck between ensuring access to the courts and preserving judicial resources. Public interest standing was not required when it could be shown that the legislation in question could be attacked by a private litigant; in that case by any directly affected refugee claimant. While the principles for granting such standing, as set out in *Borowski* should be given a liberal and generous interpretation, they should not be expanded.

[56] In *Maurice*, Justice Reed of the Federal Court Trial Division granted a motion to remove the Métis Society of Saskatchewan as a plaintiff in an action against the government where there were private litigants and the Society was not a necessary party to have the issues litigated. This was without prejudice to the Society to seek intervenor status or to become involved in a representative capacity.

[57] In this case, it is clear that the application would not have been brought without CAD's initiative and resources. I am satisfied that the Association is a necessary party to have the issues litigated, particularly with respect to the question of involvement in the policy development process. It seems to me that none of the individual litigants, with the possible exception of Mr. Roots, would be able to pursue that claim. Moreover, in so far as asserting the section 15 rights of individual deaf Canadians are concerned, CAD plays a role analogous to that of the Native Women's Association, as was at least implicitly, recognized by the Supreme Court. I am, therefore, granting CAD public interest standing for the purpose of this application. If I am wrong in that respect, I would have granted the Association intervenor status.

[55] Dans l'affaire *Conseil canadien des Églises*, on avait refusé la qualité pour agir dans l'intérêt public à un groupe confessionnel souhaitant contester la validité de la *Loi sur l'immigration, 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, mod. par L.C. 1988, ch. 35 et ch. 36. La Cour suprême a statué qu'il fallait établir un équilibre entre l'accès à assurer aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires. Il n'est pas nécessaire de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public lorsqu'il est possible d'établir qu'un particulier peut contester les dispositions législatives en cause, soit en l'occurrence tout demandeur du statut de réfugié directement touché. Bien qu'il faille interpréter d'une façon souple et libérale les principes régissant une telle reconnaissance, tels qu'ils sont énoncés dans *Borowski*, ceux-ci ne devraient pas être élargis.

[56] Dans *Maurice*, le juge Reed de la Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli une requête visant à ce que la Métis Society of Saskatchewan soit mise hors de cause dans une action intentée contre le gouvernement, vu qu'il y avait des particuliers demandeurs et que la présence de la Society n'était pas nécessaire à l'instruction des questions en litige. La requête a toutefois été accueillie sous réserve du droit de la Society de demander l'autorisation d'agir comme intervenante et de participer à l'instance à titre de représentante.

[57] En l'espèce, il est clair que la demande n'aurait pas été présentée sans que l'ASC en prenne l'initiative et sans ses ressources. Je suis convaincu que l'Association est une partie dont la présence est nécessaire à l'instruction des questions en litige, pour ce qui touche particulièrement la participation au processus d'élaboration des politiques. Il me semble qu'aucun des particuliers demandeurs, à l'exception peut-être de M. Roots, serait en mesure de poursuivre cette demande. En outre, dans la mesure où la revendication de droits garantis à des Canadiens sourds par l'article 15 est en cause, l'ASC joue un rôle analogue à celui reconnu par la Cour suprême, du moins implicitement, à l'Association des femmes autochtones. J'accorde par conséquent à l'ASC la qualité pour agir dans l'intérêt public aux fins de la présente demande. Advenant que je

fasse erreur à cet égard, j'aurais du moins accordé la qualité d'intervenante à l'Association.

2. Is the application improperly constituted?

(a) Multiplicity of Proceedings

[58] The respondent contends that the applicants have consolidated the challenge of four separate matters into this single judicial review application contrary to rule 302 of the *Federal Courts Rules*.

[59] Rule 302 of the *Federal Courts Rules* states:

302. Unless the Court orders otherwise, an application for judicial review shall be limited to a single order in respect of which relief is sought

[60] The respondent cites a recent decision of this Court which held that it is a contravention of rule 302 for an applicant to challenge two decisions within one application unless it can be shown that the decisions formed part of a "continuing course of conduct": *Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs)* (2004), 123 C.R.R. (2d) 7 (F.C.).

[61] The appropriate remedy where rule 302 has been breached is for an extension of time to be granted to allow the applicant to file *nunc pro tunc* one or more applications for judicial review in place of the one filed earlier: *Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)* (2004), 322 N.R. 62 (F.C.A.).

[62] The applicants submit that this Court has recognized that subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* may encompass an ongoing situation where a number of decisions are taken: *Puccini v. Canada (Director General, Corporate Administrative Services, Agriculture Canada)*, [1993] 3 F.C. 557 (T.D.).

[63] While the actions of three separate government departments have been called into question, and four individuals were independently affected by their

2. La demande est-elle indûment constituée?

a) La multiplicité des procédures

[58] La défenderesse soutient que les demandeurs contestent ensemble quatre questions distinctes au moyen de la présente demande de contrôle judiciaire, en contravention de la règle 302 des *Règles des Cours fédérales*.

[59] La règle 302 des *Règles des Cours fédérales* prévoit ce qui suit :

302. Sauf ordonnance contraire de la Cour, la demande de contrôle judiciaire ne peut porter que sur une seule ordonnance pour laquelle une réparation est demandé.

[60] La défenderesse cite une récente décision où la Cour a statué que la règle 302 interdit de contester deux décisions par une même demande, à moins qu'on ne puisse démontrer que les décisions en question faisaient partie d'une « même série d'actes » : *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2004 CF 1145.

[61] La réparation qu'il convient d'accorder en cas de violation de la règle 302, c'est une prorogation du délai de dépôt *nunc pro tunc* par le demandeur d'une ou plusieurs demandes de contrôle judiciaire en remplacement de la demande antérieure : *Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites)*, 2004 CAF 192.

[62] Selon les demandeurs, la Cour a reconnu que le paragraphe 18.1(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* peut embrasser la situation courante lorsqu'un certain nombre de décisions sont prises (*Puccini c. Canada (Directeur général, Services de l'administration corporative, Agriculture Canada)*, [1993] 3 C.F. 557 (1^{re} inst.)).

[63] Les demandeurs soutiennent que, bien que les mesures de trois ministères distincts aient été mises en question et que quatre individus différents aient été

decisions, the applicants submit that the facts of each case are similar, and that the departments are all arms of the respondent Crown. The type of relief sought is the same for all applicants, namely a declaration that the applicants' rights under section 15 of the Charter have been violated, and that sign language services must be provided where the nature of the communication requires such access. The decision making by each government department was essentially the same: due to budgetary reasons or lack of commitment, the interpreter services were denied. There was no exercise of power under a statute; rather the decisions or omissions were operational in nature.

[64] The applicants cite *Truehope Nutritional Support Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2004), 251 F.T.R. 155 (F.C.), at paragraph 19 (*Truehope*) in which the Court stated that the "distinctions between the two decisions as argued by the respondents do not outweigh the similarities, the distinctions are not so complex as to create confusion, and to require two separate judicial review applications be made, given the similarities, would be a waste of time and effort." In this case, the applicants assert that it would be unreasonable to ask them to split their application for judicial review into four separate matters.

[65] *Truehope* was a motion for leave to file an amended notice of application to seek judicial review of two decisions in the same application. The decisions, although separate in time, involved the same decision maker (i.e., the same government branch, albeit different officials) and the same subject-matter. The factual underpinnings, save for the date, and legal arguments would be the same. Accordingly the motion was granted.

[66] In this case, the commonality among the four applicants is that their situations arose out of the application of the same set of guidelines for the provision of interpretation services. While each incident involved its own facts and decision makers (different

touchés par les décisions, les faits de chaque affaire sont similaires et les différents ministères sont tous des branches de la Couronne défenderesse. Le type de réparation demandé est le même pour tous les demandeurs, soit un jugement déclaratoire portant qu'il y a eu violation des droits que leur garantit l'article 15, et que des services d'interprétation gestuelle doivent être fournis lorsque la nature de la communication en cause l'exige. La décision prise par chacun des ministères était aussi essentiellement la même, soit le refus d'offrir des services d'interprétation pour des motifs d'ordre budgétaire ou faute d'engagement en ce sens. Aucun pouvoir n'était exercé en vertu d'une loi; les décisions ou défauts d'agir étaient plutôt d'ordre opérationnel.

[64] Les demandeurs citent la décision *Truehope Nutritional Support Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 658, au paragraphe 19 (*Truehope*), dans laquelle la Cour a déclaré : « les distinctions entre les deux décisions telles qu'elles ont été présentées par les défendeurs ne l'emportent pas sur les similitudes, et ces distinctions ne sont pas si complexes qu'elles risquent d'engendrer la confusion, et exiger que deux demandes de contrôle judiciaire distinctes soient présentées, compte tenu des similitudes, constituerait une perte de temps et d'efforts ». En l'espèce, les demandeurs soutiennent qu'il serait déraisonnable d'exiger d'eux qu'ils scindent en quatre leur demande de contrôle judiciaire.

[65] Il s'agissait, dans *Truehope*, d'une requête en vue d'obtenir l'autorisation de déposer un avis de demande modifié, dans lequel on réclamait le contrôle judiciaire de deux décisions dans le cadre d'une même demande. Bien que prises à des dates différentes, les deux décisions relevaient du même décisionnaire (c'est-à-dire de la même direction d'un ministère, quoiqu'elles aient été prises par des fonctionnaires différents) et avaient un même objet. Le contexte factuel, sauf la date, ainsi que les arguments juridiques étaient les mêmes. La requête a par conséquent été accueillie.

[66] En l'espèce, le point commun entre les quatre demandeurs, c'est que leur situation a découlé de l'application du même ensemble de lignes directrices visant la prestation de services d'interprétation. Bien que chaque incident ait mis en cause des faits et des

government departments and different employees), the heart of the matter is the application of the same policy to the same interested community. Accordingly, I agree that it would be unreasonable to split the application.

(b) Is the application out of time?

[67] Subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act* states that an application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated. The section also allows the Court to fix or allow an extension of time before or after the expiration of the 30 days.

[68] The respondent submits that the applicants have failed to file their application within this time limit and failed to seek an extension of time by motion in accordance with the requirements of rule 8 [as am. by SOR/2004-283, s. 32] of the *Federal Court Rules*. In order to obtain the unusual, discretionary remedy of a time extension under subsection 18.1(2), an applicant must both justify the delay in commencing an application within the 30-day period, and establish a reasonable chance of success on the merits.

[69] To justify the delay, the applicant must show evidence of a stated intent to commence an application within the 30-day period. There must be a continuing intention to bring an application for judicial review, and, at a bare minimum, the applicant must show that there is, at least, an arguable case: *Council of Canadians v. Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act)* (1996), 124 F.T.R. 269 (F.C.T.D.); affd (1997), 212 N.R. 254 (F.C.A.).

[70] Each of the factual circumstances alleged occurred more than two years prior to the commencement of this application on September 2, 2004, long after the material facts needed to commence the application were known to the applicants. The applicants' explanations for the delay do not provide a sufficient or persuasive explanation for the nearly

décisionnaires distincts (des ministères et des fonctionnaires différents), le fond de la question a trait à l'application de la même politique à la même communauté. Je suis d'avis, par conséquent, qu'il serait déraisonnable de scinder la demande.

b) La demande a-t-elle été présentée hors délai?

[67] Selon le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les 30 jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance. Le paragraphe autorise également la Cour à fixer ou accorder un délai, avant ou après l'expiration de ces 30 jours.

[68] La défenderesse soutient que les demandeurs n'ont pas déposé leur demande dans ce délai et ont omis de demander prorogation au moyen d'une requête conformément aux prescriptions de la règle 8 [mod. par DORS/2004-283, art. 32] des *Règles des Cours fédérales*. Pour qu'on lui accorde à titre discrétionnaire, de manière exceptionnelle, une prorogation de délai en application du paragraphe 18.1(2), un demandeur doit à la fois justifier son retard à engager la demande dans la période prévue de 30 jours et démontrer qu'il est raisonnable de croire qu'il aura gain de cause sur le fond.

[69] Pour justifier le retard, le demandeur doit faire la preuve de son intention, qu'il a manifesté, de présenter une demande dans la période de 30 jours. Il doit y avoir continuité dans l'intention de présenter la demande de contrôle judiciaire. Le demandeur doit également démontrer, à tout le moins, qu'il a une cause défendable (*Conseil des canadiens c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence)*, [1996] A.C.F. n° 1609 (1^{re} inst.) (QL); conf. par [1997] A.C.F. n° 408 (C.A.) (QL)).

[70] Chacune des situations de fait invoquées s'est déroulée plus de deux ans avant la présentation de la demande sous examen le 2 septembre 2004, soit longtemps après que les faits substantiels requis pour présenter la demande eurent été connus des demandeurs. Selon la défenderesse, les explications données par ces derniers pour justifier leur retard ne sont pas

two-year delay in commencing the proceedings, in the respondent's view.

[71] The applicants submit that their claims are not out of time because they are not seeking review and reconsideration of final decisions, but rather redress for systemic acts of discrimination that by their very nature, are continuing. The denial of sign language interpretation was purely administrative, and did not constitute "decisions or orders" subject to the time limitation of subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*. The only remedy sought is declaratory relief. Thus, it is appropriate to bring an application for judicial review, and the nature of declaratory relief allows the Court to waive the 30-day requirement.

[72] I accept the applicants' contention that where the judicial review application is not in respect of a tribunal's decision or order, the 30-day limitation does not apply. As stated by the Federal Court of Appeal in *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R. 17, at paragraph 11, concerning a "double-bunking" policy in a correctional institute "[t]hat policy is an on-going one which may be challenged at any time; judicial review, with the associated remedies of declaratory, prerogative and injunctive reliefs, is the proper way to bring that challenge to this Court."

[73] Unreasonable delay in bringing an application may, however, bar the applicant from obtaining a remedy: *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3. This has been applied by this Court in *Larny Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. 541 (T.D.), at paragraph 20. In determining whether delay is "undue", courts consider the length of the delay and any justification that the applicant offers for it, as well as any impact judicial intervention would have on public administration and on the rights of third parties.

[74] The justification offered for the delay in this case by counsel for the applicants is that it was caused

convaincantes, et insuffisantes eu égard à la durée—près de deux ans—du retard.

[71] Les demandeurs soutiennent que leurs demandes ne sont pas tardives parce qu'ils ne sollicitent pas la révision ou le réexamen de décisions finales, mais demandent plutôt réparation pour des actes de discrimination systémique qui, de par leur nature même, continuent de se produire. En outre, le refus d'offrir des services d'interprétation gestuelle était de nature purement administrative, et ne constituait pas une « décision ou ordonnance » soumise au délai prévu au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. La seule réparation sollicitée est une mesure déclaratoire. La présentation de la demande de contrôle judiciaire sous examen est par conséquent opportune, et la nature déclaratoire de la réparation permet à la Cour de suspendre le délai de 30 jours.

[72] J'admets la prétention des demandeurs selon laquelle le délai de 30 jours n'est pas applicable lorsque la demande de contrôle judiciaire n'a pas trait à la décision ou à l'ordonnance d'un office fédéral. Comme l'a déclaré la Cour d'appel fédérale dans *Sweet c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1539 (QL), au paragraphe 11 relativement à une politique de double occupation des cellules, celle-ci est « d'application courante et peut être contestée à tout moment; le contrôle judiciaire avec les réparations y afférentes tels le jugement déclaratoire, les recours extraordinaires et l'injonction, est la procédure appropriée pour porter la contestation devant la Cour ».

[73] Un retard déraisonnable dans la présentation d'une demande peut, toutefois, empêcher le demandeur d'obtenir réparation (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3). Notre Cour a appliqué ce principe dans *Larny Holdings c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. 541 (1^{re} inst.), au paragraphe 20. En vue d'établir si un retard est « indu », les tribunaux prennent en compte sa durée ainsi que toute justification avancée par le demandeur à son égard, de même que les répercussions qu'aurait l'intervention judiciaire sur l'administration publique et les droits de tiers.

[74] Pour justifier le retard en l'espèce, l'avocat des demandeurs a fait valoir qu'il était difficile de rechercher

by the difficulties inherent in soliciting examples and evidence of the guidelines' impact on members of the deaf and hard-of-hearing community. Assembling the evidence necessary to make a case that the effect of a change of interpretation of a policy was discriminatory is not easily done in a short time. Moreover, the respondent has failed to provide evidence as to how the Crown has been prejudiced by the delay. In the circumstances, I am satisfied that the delay in this case was not unreasonable.

3. Discretionary grounds

a. Justiciability

[75] The respondent submits that although framed as a challenge to the discriminatory implementation of a government program, the applicants' purpose, at least in part, is to seek judicial review of the policy decision to transfer responsibility for the procurement and payment of visual interpretation services from the Translation Bureau to individual government departments. The respondent submits that the applicants, in effect, are asking the Court to prescribe the manner in which the federal government provides such services. To that extent, the relief sought would be outside the proper scope of the Court's role and inconsistent with the institutional character of the judiciary. The Court is not in a position to determine such matters of policy. To the extent that the applicants assert such a challenge this application is not, therefore, justiciable.

[76] In order to be justiciable a matter must be properly before the court and capable of being disposed of. Judicial review is not restricted to decisions or orders that a decision maker was expressly charged to make under the enabling legislation. The word "matter" found in section 18.1 of the *Federal Courts Act* is not so restricted but encompasses any matter in regard to which a remedy might be available under section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] or subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27]: *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30 (C.A.).

des exemples et la preuve requise de répercussions des lignes directrices sur la communauté sourde et malentendante. Réunir les éléments de preuve requis pour démontrer que le changement d'interprétation d'une politique était discriminatoire ne peut être fait aisément dans un court délai. En outre, la défenderesse n'a fourni aucun élément de preuve démontrant en quoi le retard avait causé préjudice à la Couronne. Je suis par conséquent convaincu qu'en l'espèce, le retard n'était pas déraisonnable.

3. Motifs discriminatoires

a. La justiciabilité

[75] La défenderesse soutient que, sous le couvert de la contestation de l'application discriminatoire d'un programme du gouvernement, les demandeurs visent en fait, du moins en partie, à obtenir le contrôle judiciaire de la décision de politique de transférer du Bureau de la traduction aux ministères individuels la charge d'obtenir et de payer les services d'interprétation visuelle. Selon la défenderesse, les demandeurs demandent en fait à la Cour de prescrire la manière dont le gouvernement fédéral devrait dispenser ces services. La réparation sollicitée, dans cette mesure, ne relèverait pas des attributions régulières de la Cour et serait incompatible avec la nature institutionnelle de l'ordre judiciaire. Il n'incombe pas à la Cour de trancher de telles questions de politique. Dans la mesure où les demandeurs font valoir une telle contestation, la présente demande de contrôle judiciaire ne serait pas, par conséquent, justiciable.

[76] Pour qu'une question soit justiciable, celle-ci doit être susceptible d'être tranchée et soumise régulièrement au tribunal. Le contrôle judiciaire ne vise pas que les décisions et ordonnances dont la loi habilitante confie expressément la responsabilité au décisionnaire. L'expression « objet de la demande » à l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* n'a pas un sens aussi restreint; elle englobe toute question à l'égard de laquelle une réparation peut être obtenue en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] ou du paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] : *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.).

[77] If I considered that the purpose of the application was to seek a reversal of the government's decision to transfer the responsibility for provision of sign language interpretation services from the Translation Bureau to individual departments and agencies, I would agree with the respondent that this is a non-justiciable policy decision outside the scope of the Court's mandate. But that is not how I see the matter.

[78] The applicants submit that they are not asking for the Court to prescribe the manner in which the government provides translation services, but rather to declare what the scope of such services should be. They allege that the current scope of the guidelines infringes the individual applicants' rights under section 15 of the Charter as there is a failure to accommodate their disabilities. This is a justiciable issue.

b. Is the application moot or premature?

[79] The respondent submits that this application for judicial review is moot or premature. The visual interpretation policy of the federal government already provides the relief sought. The applicants have brought forward isolated examples in respect of which it is alleged that interpretation services were not provided. On close examination of the facts, the respondent submits, these allegations are not borne out. However, even if it could be said that there was a denial of reasonable accommodation, these were isolated instances during the period of transition between the old and new guidelines. Any determination of an infringement of Charter section 15 should be based upon the application of the policy and guidelines now and not as it was during the transition period.

[80] The applicants submit that the case is neither moot nor premature. The visual interpretation policy, as it is currently applied, does not provide the relief sought—that sign language interpretation will be provided and paid for by the Government of Canada where a deaf person accesses services or seeks input in

[77] Si j'estimais que la demande avait pour objet de faire invalider la décision du gouvernement de faire passer du Bureau de la traduction aux divers ministères et organismes individuels la responsabilité de fournir des services d'interprétation gestuelle, je serais d'avis, comme la défenderesse, qu'il s'agit bien d'une décision de politique non justiciable qui ne relève pas du mandat de la Cour. Ce n'est toutefois pas mon point de vue.

[78] Les demandeurs soutiennent ne pas demander à la Cour de dicter la manière dont le gouvernement devrait dispenser des services de traduction, mais plutôt de déclarer quelle devrait être la portée de tels services. Selon eux, la portée actuelle des lignes directrices enfreint les droits individuels que leur garantit l'article 15 de la Charte, puisqu'on ne s'adapte pas ainsi à leur déficience. C'est bien là une question justiciable.

b. La demande est-elle théorique ou prématurée?

[79] La défenderesse soutient que la présente demande de contrôle judiciaire est théorique ou prématurée. En effet, la politique sur l'interprétation visuelle du gouvernement fédéral prévoit déjà l'octroi de la réparation recherchée. Les demandeurs font valoir des exemples isolés de situations où, selon eux, des services d'interprétation n'ont pas été dispensés. Si l'on examine attentivement ces situations, aux dires de la défenderesse, ces allégations s'avèrent toutefois être sans fondement. Et même s'il était possible de dire que des mesures d'adaptation raisonnables n'ont pas été prises, l'on aurait alors affaire à des cas isolés survenus pendant la période de transition entre les anciennes et les nouvelles lignes directrices. Or, c'est en fonction de l'application de la politique et des lignes directrices actuelles, et non de la politique et des lignes directrices applicables durant la période transitoire, qu'il faut établir s'il y a eu ou non violation de l'article 15 de la Charte.

[80] Pour leur part, les demandeurs prétendent que leur demande n'est ni théorique ni prématurée. La politique sur l'interprétation visuelle, telle qu'elle est actuellement appliquée, ne permet pas d'obtenir la réparation souhaitée—soit que le gouvernement du Canada fournisse et paie les services d'interprétation

government decision making.

[81] An examination of the implementation guide at page 41 of the respondent's record indicates that visual interpretation services are to be provided to the general public for public events such as hearings, information sessions on legislation and policies, public consultations etc. In other circumstances, it is the responsibility of the applicable department to arrange translation services. It does not provide that departments are required to provide interpretation services when deaf individuals seek to access services or provide input into government policy in non-public forums such as private meetings. Moreover, there is no indication that such services will be provided by departments at the conclusion of a transition period.

[82] I find that the application is neither moot nor premature. Contrary to the respondent's submission, the relief sought is not already available nor does it appear that it will be forthcoming. The policy and guidelines primarily serve the interests of public servants, not members of the public who are engaged in programs offered by the federal government or seek input into federal policy development.

4. Has Charter section 15 been breached?

[83] 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.

[84] The issue in this case is whether the guarantee of "equal benefit of the law without discrimination . . . based on . . . physical disability" has been infringed. A threshold question is whether, as the Supreme Court held in *Auton (Guardian ad litem of) v. British*

gestuelle requis lorsqu'une personne sourde a accès à des services du gouvernement ou désire apporter sa contribution au processus de prise de décisions de l'État.

[81] L'examen du guide de mise en œuvre (figurant à la page 41 du dossier de la défenderesse) permet de constater que des services d'interprétation visuelle doivent être fournis au grand public lors d'événements publics tels des audiences, des séances d'information sur les lois et politiques et des consultations publiques. En toute autre circonstance, c'est au ministère concerné qu'il incombe de fournir des services de traduction. Le guide ne prévoit pas l'obligation pour les ministères de fournir des services d'interprétation lorsque des personnes sourdes veulent avoir accès à des services ou avoir leur mot à dire dans des cadres privés, comme des réunions, où sont élaborées des politiques gouvernementales. Rien ne laisse voir, en outre, que de tels services seront fournis par les ministères une fois une période de transition terminée.

[82] J'en viens ainsi à la conclusion que la demande n'est ni théorique ni prématurée. Contrairement à ce que prétend la défenderesse, la réparation demandée n'est pas actuellement disponible ni ne semble devoir l'être prochainement. La politique et les lignes directrices ont d'abord en vue l'intérêt des fonctionnaires, et non celui de particuliers qui participent à des programmes offerts par le gouvernement fédéral ou qui désirent prendre part à l'élaboration de politiques fédérales.

4. A-t-on enfreint l'article 15 de la Charte?

[83] Le paragraphe 15(1) de la Charte prévoit ce qui suit :

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.

[84] La question en litige en l'espèce est de savoir s'il y a eu atteinte au droit garanti « au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, [. . .] notamment des discriminations fondées sur [. . .] les déficiences [. . .] physiques. » Pour trancher cette

Columbia (Attorney General), [2004] 3 S.C.R. 657, the applicants have established that there was a denial of a benefit or an imposition of a burden which emanates from law.

[85] The provision of sign language interpretation for the federal government is the responsibility of the Translation Bureau of the Department of Public Works and Government Services. The Bureau is established by the *Translation Bureau Act*, R.S.C., 1985, c. T-16 and the provision of sign language interpretation is an activity of the Bureau under subsection 4(1) of the 1985 Act. The obligation to provide sign language interpretation arises from the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 which applies to Her Majesty in right of Canada and prohibits the denial of access to any good, service, facility or accommodation on the basis of disability. I conclude, therefore, that the Sign Language Interpretation Policy and guidelines “emanate from law” and satisfy the threshold requirement recognized in *Auton* for a section 15 analysis.

[86] Any analysis in exploring the applicability of subsection 15(1) of the Charter must be guided by the test set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paragraph 88. As well, the decision of the Supreme Court in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624 (*Eldridge*), is of particular importance in this application. In *Eldridge* the Supreme Court ruled in favour of deaf persons seeking accommodation through sign language interpreters for hospital services that they received. The Court held that effective communication was an integral part of the provision of medical services and that failure to provide interpretation was discriminatory.

[87] In *Law*, at paragraph 88, the Supreme Court set out the process for analysing a section 15 Charter claim:

question, il faut d’abord se demander, à titre de question préliminaire, si les demandeurs ont ou non établi, tel que la Cour suprême en a décidé dans *Auton (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657, qu’ils n’ont pas obtenu un avantage prévu par la loi ou qu’ils se sont vu imposer une obligation que la loi n’impose pas à d’autres.

[85] Il incombe au Bureau de la traduction du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux de fournir pour le compte du gouvernement fédéral des services d’interprétation gestuelle. Le Bureau est constitué en vertu de la *Loi sur la Bureau de la traduction*, L.R.C. (1985), ch. T-16 et le paragraphe 4(1) de la Loi de 1985 prévoit qu’il fait partie de sa mission de dispenser des services d’interprétation gestuelle. L’obligation de fournir de tels services découle de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, dont la portée s’étend à Sa Majesté du chef du Canada et qui interdit de priver un individu, en raison d’une déficience, de biens, de services, d’installations ou de moyens d’hébergement. Je conclus, par conséquent, que la Politique d’interprétation par langage gestuel et les lignes directrices « découlent de la loi » et satisfont à la condition préliminaire reconnue dans *Auton* aux fins de l’analyse fondée sur l’article 15.

[86] On doit s’inspirer du critère énoncé dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au paragraphe 88, pour toute analyse concernant l’applicabilité du paragraphe 15(1) de la Charte. L’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624 (*Eldridge*), est également d’importance toute particulière aux fins de la présente demande. Dans *Eldridge*, la Cour suprême a accordé gain de cause à des personnes sourdes demandant, à titre de mesure d’adaptation, l’accès à des interprètes gestuels pour les services reçus à l’hôpital. La Cour a statué que des communications efficaces constituent un élément indispensable à la prestation des services médicaux et que le défaut de fournir des services d’interprétation dans ce contexte avait un caractère discriminatoire.

[87] Dans *Law*, la Cour suprême décrit au paragraphe 88 la marche à suivre lorsqu’un tribunal étudie une demande fondée sur l’article 15 de la Charte :

General Approach

(1) It is inappropriate to attempt to confine analysis under s. 15(1) of the *Charter* to a fixed and limited formula. A purposive and contextual approach to discrimination analysis is to be preferred, in order to permit the realization of the strong remedial purpose of the equality guarantee, and to avoid the pitfalls of a formalistic or mechanical approach

...

(3) Accordingly, a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:

(A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?

(B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

(C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

Purpose

(4) In general terms, the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

La démarche générale

(1) Il est inapproprié de tenter de restreindre l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte* à une formule figée et limitée. Une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte doit plutôt être utilisée en vue de l'analyse relative à la discrimination pour permettre la réalisation de l'important objet réparateur qu'est la garantie d'égalité et pour éviter les pièges d'une démarche formaliste ou automatique.

[...]

(3) Par conséquent, le tribunal ayant à se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions :

(A) La loi contestée : a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?

(B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

(C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

L'objet

(4) En termes généraux, l'objet du par. 15(1) est d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

...

[. . .]

Context

(7) The contextual factors which determine whether legislation has the effect of demeaning a claimant's dignity must be construed and examined from the perspective of the claimant. The focus of the inquiry is both subjective and objective. The relevant point of view is that of the reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim.

Le contexte

(7) Les facteurs contextuels qui déterminent si les dispositions législatives ont pour effet de porter atteinte à la dignité du demandeur doivent être interprétés et analysés dans la perspective de ce dernier. Le point central de l'analyse est à la fois subjectif et objectif. Le point de vue approprié est celui de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents.

...

[. . .]

(9) Some important contextual factors influencing the determination of whether s. 15(1) has been infringed are, among others:

(9) Voici certains des facteurs contextuels servant à déterminer s'il y a eu atteinte au par. 15(1) :

(A) Pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability experienced by the individual or group at issue. . . . the existence of these pre-existing factors will favour a finding that s.15(1) has been infringed.

(A) La préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause [. . .] la présence de ces facteurs pré-existants portera à conclure qu'il y a eu violation du par. 15(1).

(B) The correspondence, or lack thereof, between the ground or grounds on which the claim is based and the actual need, capacity or circumstances of the claimant or others

(B) La correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes [. . .]

(C) The ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group in society.

(C) L'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société.

Does the impugned law draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics or fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantially different treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?

La loi contestée établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?

[88] The starting point for the consideration of an equality analysis is the establishment of an appropriate comparator group. As stated by Justice Binnie in *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [2004] 3 S.C.R. 357, at paragraph 23 and cited by my colleague Justice Konrad W. von Finckenstein in *Veffer v. Canada (Minister of Foreign Affairs)* (2006), 269 D.L.R. (4th) 552 (F.C.), at paragraph 27:

[88] Le point de départ lorsqu'on envisage de procéder à une analyse liée aux droits à l'égalité est l'établissement d'un groupe de comparaison approprié. Selon les commentaires du juge Binnie dans *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357, au paragraphe 23, cités par mon collègue le juge Konrad W. von Finckenstein dans *Veffer c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2006 CF 540, au paragraphe 27 :

The appropriate comparator group is the one which mirrors the characteristics of the claimant (or claimant group) relevant to the benefit or advantage sought. . . .

[89] In this case the applicants propose, as a comparator group, members of the public who are not deaf and who conduct meetings or receive public services at all levels of the Government of Canada and its agencies. The individual applicants claim they were treated differently than their hearing counterparts because they were not able to access the communication required for such meetings or services. Thus, they were unable to have meetings at all, or their access to public services was compromised. In contrast, members of the public who can hear are able to conduct meetings and contribute valuable input to the government for its decision making or consultation functions. Hearing members of the public are also able to receive public services from the federal government without communication barriers. These distinctions are based upon disability. I am satisfied that the proposed choice of comparator group is appropriate.

[90] The crux of the applicants' case is that the change in the guidelines, which resulted in the failure to provide interpretation services, is so under-inclusive as to be discriminatory. The Sign Language Interpretation Policy, dated May 4, 1987, states that the service is "intended for any hearing-impaired person in Canada who must deal in person with a representative of the federal government. This includes job interviews, meetings, federal commissions, etc." However, the effect of the current guidelines is to restrict the scope of the policy so as to deny hearing-impaired Canadians reasonable accommodation for their disabilities.

[91] The original implementation guideline stated that visual interpretation services are provided to federal public servants:

1. who, in the performance of their duties, must communicate with the hearing-impaired; or

Le groupe de comparaison approprié est celui qui reflète les caractéristiques du demandeur (ou du groupe demandeur) qui sont pertinentes quant au bénéfice ou à l'avantage recherché [. . .]

[89] En l'espèce, les demandeurs proposent comme groupe de comparaison les membres du public qui ne sont pas sourds et qui prennent part à des réunions ou reçoivent des services du gouvernement du Canada, à tous les échelons, et de ses organismes. Les particuliers demandeurs soutiennent qu'on les a traités différemment des personnes entendant dans la même situation qu'eux, étant donné qu'ils n'ont pas eu accès aux moyens de communication requis aux fins de pareils services ou réunions. Ainsi, ils ont été tout à fait incapables de participer à certaines réunions, ou leur accès à des services gouvernementaux s'est trouvé compromis. Par comparaison, les membres entendants du public peuvent participer à des réunions, et apporter une contribution valable aux processus de prise de décisions et de consultation du gouvernement. Ils peuvent également recevoir des services du gouvernement fédéral sans que rien n'entrave leurs communications. Ces distinctions sont fondées sur une déficience. Je suis convaincu que le groupe de comparaison proposé est approprié.

[90] Le point central de l'argumentation des demandeurs, c'est que les changements apportés aux lignes directrices, qui ont entraîné la cessation des services d'interprétation, sont de nature si limitative qu'ils ont un caractère discriminatoire. Selon la Politique d'interprétation par langage gestuel, datée du 4 mai 1987, les services [TRADUCTION] « sont destinés à toute personne malentendante au Canada qui a affaire en personne avec un représentant du gouvernement fédéral. Cela concerne notamment les entrevues d'emploi, les réunions et les audiences des commissions fédérales ». Cependant, les lignes directrices actuelles ont pour effet de restreindre la portée de la politique de telle sorte que les Canadiens malentendants se voient privés de mesures d'adaptation raisonnables pour leur déficience.

[91] La ligne directrice de mise en œuvre originale prévoyait que les services d'interprétation visuelle soient fournis aux fonctionnaires fédéraux

1. qui, dans l'exercice de leurs fonctions, doivent communiquer avec des malentendants;

2. who are themselves hearing-impaired and must communicate in the performance of their duties with those who do not know visual language.

[92] The practical effect of the original guideline, while directed to federal public servants, was to accommodate the needs of members of the public who are hearing-impaired and require visual interpretation in their dealings with the federal government.

[93] The revised guidelines emphasize that visual interpretation services are provided to “hearing, hearing-impaired or deaf federal public servants who, in the performance of their duties must communicate with each other.” The needs of the hearing-impaired public dealing with the government have been left to each department or agency to address. As the applicants’ evidence discloses, the effect has been to deny interpretation services to members of the public where required to allow them to participate meaningfully in government programs.

[94] The current guidelines make no provision for interpretation for individuals engaged in private meetings with the government and are less inclusive than the policy on its face, or the former guideline. Interpretation is no longer provided for public servants who, in performing their jobs, communicate with the hearing-impaired, other than at one of the enumerated public forums, unless the department concerned pays for it. Meetings between representatives of the hearing-impaired communities and officials would not be covered, nor would any other non-public event. It is this limiting of the availability of sign language interpretation which the applicants submit violates their rights under section 15 of the Charter.

[95] Substantive equality requires that the different needs and circumstances of claimants be taken into account. As stated by the Supreme Court in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, at paragraph 60:

2. qui, étant eux-mêmes malentendants, doivent communiquer dans l’exercice de leurs fonctions avec des personnes qui ne connaissent pas le langage visuel.

[92] Tout en ciblant les fonctionnaires fédéraux, la ligne directrice vise en pratique à répondre aux besoins des particuliers qui sont malentendants et qui ont besoin de services d’interprétation visuelle lorsqu’ils ont affaire à des représentants du gouvernement fédéral.

[93] Dans les lignes directrices révisées, on précise que les services d’interprétation visuelles sont fournis [TRADUCTION] « aux fonctionnaires fédéraux entendants, malentendants ou sourds qui, dans l’exercice de leurs fonctions, doivent communiquer entre eux ». C’est à chaque ministère ou organisme concerné qu’on laisse plutôt le soin de répondre aux besoins des citoyens malentendants qui ont affaire avec le gouvernement. Il en résulte, tel que le révèle la preuve des demandeurs, que des citoyens se sont vu priver de services d’interprétation alors que cela était nécessaire pour assurer leur participation efficace à des programmes gouvernementaux.

[94] Les lignes directrices actuelles ne prévoient aucunement la fourniture de services d’interprétation aux personnes rencontrant en privé des représentants du gouvernement et elles ont une portée plus limitative que celle, à sa face même, de la politique, ou celle de l’ancienne ligne directrice. À moins que le ministère concerné ne les paie, les services d’interprétation ne sont plus fournis aux fonctionnaires qui, dans l’exercice de leurs fonctions, communiquent avec les malentendants, si ce n’est lors des événements publics énumérés. Les réunions entre représentants du gouvernement et des communautés de malentendants ne seraient plus visées, non plus que tout autre événement de nature privée. C’est l’admissibilité ainsi restreinte aux services d’interprétation gestuelle qui, selon les demandeurs, viole les droits que leur garantit l’article 15 de la Charte.

[95] Pour assurer l’égalité réelle, il faut prendre en compte la situation et les besoins différents des demandeurs. Comme l’a déclaré la Cour suprême dans *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, au paragraphe 60 :

... there are many other situations where substantive equality requires that distinctions be made in order to take into account the actual circumstances of individuals as they are located in varying social, political, and economic situations. This is why this Court has long recognized that the purpose of s. 15(1) encompasses both the prevention of discrimination and the amelioration of the conditions of disadvantaged persons (see *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, *per Sopinka J.* at para. 66).

[96] In this case substantive equality requires that the special needs of deaf persons be taken into account when implementing the Sign Language Interpretation Policy and in the delivery of federal programs. As one of the purposes of subsection 15(1) is the amelioration of the conditions of disadvantaged persons, the unique situation of deaf persons must be accommodated in order to provide substantive equality. Substantive equality means that all Canadians must be able to interact with government institutions when approached by them to participate in surveys and programs. Given the special situation of deaf persons, this requires accommodation through visual interpretation services.

Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

[97] The applicants argue that the guidelines result in differential treatment based on disability. Physical disability, including deafness, is an enumerated ground under subsection 15(1) of the Charter: *Eldridge*, above, at paragraph 55.

Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant, in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

[98] The Supreme Court has stated that section 15 serves two distinct but related purposes. First it expresses a commitment to the equal worth and dignity

[...] il y a de nombreuses autres situations où l'égalité réelle exige que des distinctions soient faites pour tenir compte de la situation concrète d'individus vivant dans des conditions sociales, politiques et économiques différentes. Voilà pourquoi notre Cour reconnaît depuis longtemps que le par. 15(1) a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination mais aussi d'améliorer la situation des personnes défavorisées (voir *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, le juge Sopinka, au par. 66).

[96] En l'espèce, l'égalité réelle requiert la prise en compte des besoins particuliers des personnes sourdes lorsqu'est mise en œuvre la Politique d'interprétation par langage gestuel et lorsque sont dispensés les programmes fédéraux. L'un des buts visés par le paragraphe 15(1) étant l'amélioration des conditions de vie des personnes défavorisées, il y a lieu qu'on s'adapte à la situation unique des personnes sourdes. Pour qu'on atteigne l'égalité réelle, tous les Canadiens doivent pouvoir transiger avec les institutions gouvernementales lorsque celles-ci les convient à participer à des sondages ou à des programmes. Compte tenu de la situation particulière des personnes sourdes, l'égalité réelle exige la prestation de services d'interprétation à titre de mesure d'adaptation.

Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

[97] Les demandeurs soutiennent que les lignes directrices occasionnent une différence de traitement fondée sur une déficience. La déficience physique, qui comprend la surdité, est l'un des motifs énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte : *Eldridge*, précité, au paragraphe 55.

La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

[98] La Cour suprême a déclaré que l'article 15 vise deux buts distincts mais connexes. On y exprime, premièrement, un engagement envers l'égalité et la

of all persons, and second, it seeks to rectify and prevent discrimination against particular groups suffering social, political and legal disadvantage in society. As stated by Justice Wilson in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1331, the determination of whether a law is discriminatory is contextual. It is important to look at the larger social, political and legal context in which the impugned action takes place.

[99] Under this step in the analysis, the Court must determine whether the differential treatment results in discrimination. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pages 168-169 (*Andrews*) the Supreme Court recognized that not every differentiation will amount to discrimination. In order to determine whether the distinction results in discrimination the Court must consider the treatment from both a subjective and an objective perspective: *Law*, above, at paragraphs 59-60. As stated at paragraph 61 of *Law*:

Equality analysis under the *Charter* is concerned with the perspective of a person in circumstances similar to those of the claimant, who is informed of and rationally takes into account the various contextual factors which determine whether an impugned law infringes human dignity, as that concept is understood for the purpose of s. 15(1).

[100] In order to determine whether differential treatment amounts to discrimination, *Law* suggests that courts should consider the following four contextual factors in its analysis:

- (a) pre-existing disadvantage;
- (b) relationship between the grounds and the claimant's characteristics or circumstances;
- (c) ameliorative purpose or effects; and
- (d) nature of the interest affected.

[101] The most compelling factor favouring a conclusion that differential treatment is discriminatory

dignité de tous les êtres humains. L'article vise, deuxièmement, à prévenir la discrimination contre des groupes particuliers désavantagés aux plans social, politique et juridique au sein de la société et à apporter les correctifs nécessaires. Comme l'a déclaré la juge Wilson dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1331, c'est le contexte qui permet de déterminer si une loi est ou non discriminatoire. Il importe donc de se pencher sur le contexte social, politique et juridique plus large dans lequel s'inscrit la mesure contestée.

[99] À cette étape de l'analyse, le tribunal doit établir si le traitement différent donne lieu à de la discrimination. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pages 168 et 169 (*Andrews*), la Cour suprême a reconnu que certains traitements différents ne constitue pas de la discrimination. Pour établir s'il y a discrimination, la Cour doit examiner le traitement tant d'un point de vue subjectif qu'objectif (*Law*, précité, aux paragraphes 59 et 60). Comme la Cour suprême l'a déclaré dans *Law*, au paragraphe 61 :

L'analyse relative à l'égalité selon la *Charte* tient compte de la perspective d'une personne qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur, qui est informée et qui prend en considération de façon rationnelle les divers facteurs contextuels servant à déterminer si la loi contestée porte atteinte à la dignité humaine, au sens où ce concept est interprété aux fins du par. 15(1).

[100] Pour établir si la différence de traitement constitue ou non de la discrimination, la Cour suprême suggère dans *Law* aux tribunaux de prendre en compte aux fins de leur analyse les quatre facteurs contextuels suivants :

- a) le désavantage préexistant;
- b) le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur;
- c) l'objet ou l'effet d'amélioration;
- d) la nature du droit touché.

[101] Le facteur le plus déterminant pour conclure qu'un traitement différent est bel et bien discriminatoire

will be, where it exists, pre-existing disadvantage, stereotyping, or vulnerability experienced by the individual or group: *Law*, above, at paragraph 63; *Andrews*, above; *Turpin*, above; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241.

[102] As articulated in *Law*, the contextual factors which determine whether legislation has the effect of demeaning a claimant's dignity must be construed and examined from the perspective of the claimant. The focus of the inquiry at this stage is both subjective and objective. The Court must look at the situation from the point of view of a reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant.

[103] For an understanding of the social and historical context in which deaf Canadians have lived, the discussion by Justice La Forest writing on behalf of the Court in *Eldridge* is useful. At paragraph 56 Justice La Forest discusses the general history of disabled persons in Canada. He states:

Persons with disabilities have too often been excluded from the labour force, denied access to opportunities for social interaction and advancement, subjected to invidious stereotyping and relegated to institutions. . . . This historical disadvantage has to a great extent been shaped and perpetuated by the notion that disability is an abnormality or flaw. As a result, disabled persons have not generally been afforded the "equal concern, respect and consideration" that s. 15(1) of the *Charter* demands. Instead, they have been subjected to paternalistic attitudes of pity and charity, and their entrance into the social mainstream has been conditional upon their emulation of able-bodied norms. . . . One consequence of these attitudes is the persistent social and economic disadvantage faced by the disabled. Statistics indicate that persons with disabilities, in comparison to non-disabled persons, have less education, are more likely to be outside the labour force, face much higher unemployment rates, and are concentrated at the lower end of the pay scale when employed. . . .

[104] Justice La Forest further stated, at paragraph 57:

sera, le cas échéant, la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause : *Law*, précité, au paragraphe 63; *Andrews*, précité; *Turpin*, précité; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

[102] Les facteurs contextuels, énoncés dans *Law*, qui servent à établir si des mesures législatives portent atteinte à la dignité d'un demandeur doivent être interprétés et examinés selon la perspective de ce dernier. On doit se pencher à la fois sur l'élément subjectif et l'élément objectif à cette étape de l'enquête. La Cour doit examiner la situation du point de vue d'une personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur.

[103] Les commentaires du juge La Forest, qui s'est exprimé au nom de la Cour suprême dans *Eldridge*, nous sont utiles pour bien comprendre le contexte historique et social dans lequel évoluent les Canadiens sourds. Le juge La Forest brosse au paragraphe 56 un historique général de la situation des personnes handicapées au Canada :

Trop souvent, elles ont été exclues de la population active, elles se sont vues refuser l'accès aux possibilités d'interaction et d'épanouissement sociales et elles ont été exposées à des stéréotypes injustes en plus d'être reléguées dans des établissements [. . .] Ce désavantage historique a, dans une large mesure, été créé et perpétué par l'idée que la déficience est une anomalie ou un défaut. En conséquence, les personnes handicapées n'ont généralement pas obtenu [TRADUCTION] « l'égalité de respect, de déférence et de considération » que commande le par. 15(1) de la *Charte*. Au lieu de cela, elles ont fait l'objet d'attitudes paternalistes inspirées par la pitié et la charité, et leur intégration à l'ensemble de la société a été assujettie à leur émulation des normes applicables aux personnes physiquement aptes [. . .] Une conséquence de ces attitudes est le désavantage social et économique persistant dont souffrent les personnes handicapées. Les statistiques indiquent que ces personnes, si on les compare aux personnes physiquement aptes, sont moins instruites, sont davantage susceptibles de ne pas faire partie de la population active, ont un taux de chômage beaucoup plus élevé et se retrouvent en nombre disproportionné dans les rangs des salariés les moins bien rémunérés [. . .]

[104] Le juge La Forest ajoute ce qui suit, au paragraphe 57 :

Deaf persons have not escaped this general predicament. Although many of them resist the notion that deafness is an impairment and identify themselves as members of a distinct community with its own language and culture, this does not justify their compelled exclusion from the opportunities and services designed for and otherwise available to the hearing population. For many hearing persons, the dominant perception of deafness is one of silence. This perception has perpetuated ignorance of the needs of deaf persons and has resulted in a society that is for the most part organized as though everyone can hear. . . . Not surprisingly, therefore, the disadvantage experienced by deaf persons derives largely from barriers to communication with the hearing population.

[105] It is clear that deaf persons have suffered from discrimination, vulnerability and pre-existing disadvantage. As noted above, the applicants in this case have filed evidence demonstrating that deaf persons in Canada are underemployed or unemployed at high rates and suffer from barriers to employment such as lack of sign language accommodation: see James Roots and David Kerr, *The Employment and Employability of Deaf Canadians: A Project Report of the Canadian Association for the Deaf* (Ottawa: The Association, 1998).

[106] In order to consider the relationship between the grounds and the claimant's characteristics or circumstances, the court must focus upon the central question of whether, viewed from the perspective of the claimant, the differential treatment imposed by the legislation has the effect of violating human dignity: *Law*, above, at paragraph 70. In *Eldridge*, the British Columbia government's failure to provide limited funding for sign language interpreters for deaf persons when receiving medical services was found to violate subsection 15(1), in part on the basis that the government's failure to take into account the actual needs of deaf persons infringed their human dignity.

[107] In this case, a similar finding can be made. The guidelines have failed to take into account the actual needs of deaf persons who may deal with the federal government in private situations outside of those

Les personnes atteintes de surdité n' chappent pas à cette situation difficile générale. Même si bon nombre d'entre elles rejettent l'idée que la surdité est une d ficiance et se disent membres d'une communauté distincte, possédant son langage et sa culture propres, cela ne justifie pas leur exclusion forcée des possibilités et services conçus pour les entendants et disponibles à ces derniers. Pour bien des entendants, la perception dominante qu'ils ont de la surdité est celle du silence. Cette perception a perpétué l'ignorance des besoins des personnes atteintes de surdité et a résulté en une société qui est en majeure partie organisée comme si tous pouvaient entendre [. . .]. Il n'est donc pas étonnant que le désavantage que subissent les personnes atteintes de surdité découle dans une large mesure d'obstacles à la communication avec les entendants.

[105] Il est manifeste que les personnes sourdes ont été victimes de discrimination, qu'elles ont été vulnérables et qu'elles ont subi un désavantage. Comme je l'ai déjà mentionné, les demandeurs en l'espèce ont présenté une preuve démontrant que les personnes sourdes sont sous-employées, qu'elles ont un taux de chômage plus élevé et qu'il existe pour elles des obstacles à l'emploi comme l'absence de communication par le langage des signes (voir James Roots et David Kerr, *The Employment and Employability of Deaf Canadians : A Project of the Canadian Association for the Deaf* (Ottawa : L'Association, 1998)).

[106] Pour l'examen du rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation du demandeur, le tribunal doit se pencher sur la question centrale de savoir si, du point de vue du demandeur, le traitement diff rent imposé par la loi a pour effet de violer ou non sa dignité humaine : *Law*, précité, au paragraphe 70. Dans *Eldridge*, on a conclu que le défaut du gouvernement de la Colombie-Britannique de financer partiellement les services d'interprétation gestuelle requis par les personnes sourdes lorsqu'elles reçoivent des soins médicaux contrevenait au paragraphe 15(1), au motif notamment que le défaut du gouvernement de prendre en compte les besoins réels des personnes sourdes portait atteinte à leur dignité en tant qu'êtres humains.

[107] On peut, en l'espèce, tirer une conclusion similaire. Les lignes directrices ne prennent pas en compte les besoins réels des personnes sourdes qui pourraient avoir affaire en privé avec des représentants

enumerated in the guidelines. The claimants in this case suffer from adverse effects discrimination. As stated in *Eldridge*, above at paragraph 64 “Adverse effects discrimination is especially relevant in the case of disability. The government will rarely single out disabled persons for discriminatory treatment. More common are laws of general application that have a disparate impact on the disabled.”

[108] The ameliorative aim and effect of the law or other state action is another contextual factor to be considered in determining whether discrimination is present.

[109] The respondent submits that the policy of the federal government explicitly recognizes and seeks to meet these purposes. It was promulgated in furtherance of the federal government’s commitment to ensure that persons with disabilities including those who are deaf or hard-of-hearing have equal access to opportunities in the federal public service.

[110] Instead of discriminating on the basis of an enumerated or analogous ground, the respondent submits, the policy seeks to remedy such discrimination. The primary purpose of the policy is to accommodate federal government employees (or applicants for employment) in the conduct of their work. A secondary provision ensures, according to the respondent, that the needs of individuals or groups required to communicate with the federal government are to be accommodated by the departments or agencies concerned.

[111] While the policy recognizes and seeks to meet the needs of deaf individuals who are employed by or seek employment with the federal public service, it neglects the needs of other Canadians who may come into contact with the federal government in the administration of its programs. The policy attempts to be inclusive but remains under-inclusive. I find that this is discriminatory as it draws a distinction between deaf and

du gouvernement fédéral, hormis les situations qui y sont énumérées. Les demandeurs sont, en l’espèce, victimes de discrimination découlant d’effets préjudiciables. Comme la Cour suprême l’a déclaré dans *Eldridge*, précité, au paragraphe 64 : « La discrimination découlant d’effets préjudiciables est particulièrement pertinente dans le cas des déficiences. Le gouvernement va rarement prendre des mesures discriminatoires à l’endroit des personnes handicapées. Il est plus fréquent que des lois d’application générale aient un effet différent sur ces personnes ».

[108] L’objet et l’effet d’amélioration de la loi ou de la mesure gouvernementale constituent un autre facteur contextuel dont il faut tenir compte pour établir s’il y a ou non discrimination.

[109] La défenderesse soutient que la politique du gouvernement fédéral reconnaît explicitement la situation et vise à réaliser un tel objet d’amélioration. Son adoption donnait suite à l’engagement pris par le gouvernement fédéral de veiller à ce que les personnes handicapées, notamment les personnes sourdes ou malentendantes, aient des possibilités d’accès égales au sein de la fonction publique fédérale.

[110] Selon la défenderesse, la politique vise à apporter remède à la discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue plutôt que de donner lieu à une telle discrimination. L’objet premier de la politique consiste à répondre aux besoins des fonctionnaires fédéraux dans le cadre de leurs fonctions (et des demandeurs d’emploi). Un deuxième objet visé, selon la défenderesse, c’est de veiller à la prise en compte par les ministères et organismes concernés des besoins des personnes et des groupes qui doivent communiquer avec le gouvernement fédéral.

[111] Tout en reconnaissant les besoins des personnes sourdes qui travaillent ou cherchent à travailler au sein de la fonction publique fédérale et en visant à répondre à ces besoins, la politique fait abstraction des besoins d’autres Canadiens pouvant avoir affaire avec le gouvernement fédéral dans le cadre de l’administration de ses programmes. La politique se veut englobante, mais n’en demeure pas moins limitative. Je conclus que

hearing individuals meeting with government officials. The individual without hearing-impairment has easier access and is able to participate in government decision making without the burden of having to provide and pay for interpretation services where the department or agency is unable to provide them.

[112] The failure to provide interpreters for deaf or hard-of-hearing persons seeking access to their government is comparable to the failure to provide a wheelchair ramp to the door of a government building. In each case, the disabled Canadian is physically barred from access to government.

[113] The applicants in this case remain unaccommodated and are denied service based on their disability. As stated by the Supreme Court in *Law*, above, at paragraph 71, “Underinclusive ameliorative legislation that excludes from its scope the members of a historically disadvantaged group will rarely escape the charge of discrimination: see *Vriend, supra*, at paras. 94-104, *per* Cory J.” In my view, on the evidence it is clear that although the government has attempted to accommodate and ameliorate the challenges faced by deaf persons employed by the public service, the resulting policy and guidelines are so under-inclusive as to be discriminatory.

[114] A further contextual factor which may be relevant in appropriate cases in determining whether the claimant’s dignity has been violated will be the nature and scope of the interest affected by the legislation or action. As Canadians, deaf persons are entitled to be full participants in the democratic process and functioning of government. The role of government is to serve and represent all Canadians. It is fundamental to an inclusive society that those with disabilities be accommodated when interacting with the institutions of government. The nature of the interests affected is central to the

cela est discriminatoire, puisqu’une distinction est faite entre les personnes sourdes et entendantes qui rencontrent des représentants du gouvernement. La personne qui n’a pas de déficience auditive a plus facilement accès au processus de prise de décisions du gouvernement et elle peut y prendre part sans avoir pour fardeau de fournir et de payer des services d’interprétation lorsque le ministère ou l’organisme concerné ne peut en offrir.

[112] Le défaut de fournir les services d’interprètes aux personnes sourdes ou malentendantes voulant communiquer avec leur gouvernement est comparable au défaut de faire installer une rampe pour les fauteuils roulants donnant accès à la porte d’un édifice gouvernemental. Dans l’un et l’autre cas, on empêche l’accès des Canadiens handicapés aux services du gouvernement.

[113] Les mesures d’adaptation requises ne sont toujours pas prises à l’endroit des demandeurs en l’espèce et ils se voient refuser des services du fait de leur déficience. Comme la Cour suprême l’a déclaré dans *Law*, précité, au paragraphe 72, « [d]es dispositions apportant une amélioration, mais au caractère limitatif, qui excluent les membres d’un groupe historiquement défavorisé seront presque toujours taxées de discrimination : voir *Vriend*, précité, aux par. 94 à 104, le juge Cory ». Il ressort clairement de la preuve, à mon avis, que même si le gouvernement a tenté de prendre en compte et d’atténuer les défis rencontrés par les personnes sourdes travaillant au sein de la fonction publique, la politique et les lignes directrices qui en ont résulté ont un tel caractère limitatif qu’elles sont discriminatoires.

[114] Un autre facteur contextuel pouvant s’avérer pertinent dans les cas appropriés pour établir s’il y a eu atteinte à la dignité du demandeur, c’est la nature et la portée de l’intérêt touché par la loi ou la mesure en cause. En tant que Canadiens, les personnes sourdes ont le droit de participer pleinement au processus démocratique et aux mécanismes étatiques. Le gouvernement a pour rôle de servir et représenter tous les Canadiens. Dans une société qui se veut englobante, il est essentiel qu’on réponde aux besoins des personnes handicapées pour faciliter leurs rapports avec les

dignity of deaf persons. If they cannot participate in government surveys or interact with government officials they are not able to fully participate in Canadian life.

[115] I agree with the applicants that the failure to supply sign language interpreters imposed differential treatment between the applicants and the general public and that this was discriminatory on the basis of their disabilities. I find, therefore, that the application of the policy and guidelines violates the guarantee afforded the applicants by subsection 15(1) of the Charter.

[116] The government has a duty to make reasonable accommodation to the applicants for their disabilities and in the face of a finding that section 15 has been violated, the only defence is undue hardship: *Eldridge*, above, at paragraphs 79 and 92. The respondent has not provided any evidence of undue hardship. Nor has the respondent seen fit to submit evidence or submissions that the failure to provide accommodation is justified under section 1 of the Charter.

6. Remedy

[117] The applicants wish the Court to issue a declaration that:

1. The individual applicants' section 15 Charter rights were violated on the basis of disability; and that such violations are not saved by section 1;

2. Professional sign language interpretation services are to be provided and paid for by the Government of Canada upon request where a deaf or hard-of-hearing person accesses services from the Government of Canada or seeks input in government decision making, where the nature of communications requires such access.

institutions du gouvernement. La nature des intérêts touchés est un élément fondamental de la dignité des personnes sourdes. Si ces dernières ne peuvent participer à des enquêtes du gouvernement ou interagir avec des fonctionnaires, elle ne peuvent jouer pleinement leur rôle dans la vie de la société canadienne.

[115] J'estime, tout comme les demandeurs, que le défaut de fournir à ceux-ci les services d'interprètes gestuels a résulté en une différence de traitement d'avec les autres citoyens, et a constitué de la discrimination fondée sur leur déficience. Je conclus, par conséquent, que l'application de la politique et des lignes directrices viole les droits garantis aux demandeurs par le paragraphe 15(1) de la Charte.

[116] Le gouvernement a l'obligation de prendre les mesures raisonnables requises pour s'adapter à la déficience des demandeurs, et lorsqu'une conclusion de violation de l'article 15 est tirée, le seul moyen de défense qu'on puisse faire valoir est la contrainte excessive : *Eldridge*, précité, aux paragraphes 79 et 92. Or, la défenderesse n'a présenté aucune preuve quant à l'existence de contraintes excessives. La défenderesse n'a pas jugé bon non plus de présenter des éléments de preuve ou des observations quant au fait que le défaut de prendre des mesures d'adaptation serait justifié au sens de l'article premier de la Charte.

6. La réparation

[117] Les demandeurs demandent à la Cour de déclarer :

1. Qu'il y a eu violation, en raison de leur déficience, des droits individuels que leur garantit l'article 15 de la Charte, une violation qui ne peut se justifier en vertu de l'article premier;

2. Que des services professionnels d'interprétation gestuelle doivent être fournis et leur coût assumé par le gouvernement du Canada, sur demande, lorsqu'une personne sourde ou malentendante recourt à des services du gouvernement ou vise à faire son apport au processus décisionnel du gouvernement, si la nature des communications l'exige.

[118] I have found that where sign language interpreters are necessary for effective communication in the delivery of government services, the failure to provide them constitutes a denial of subsection 15(1) of the Charter and is not a reasonable limit under section 1. Subsection 24(1) of the Charter provides that anyone whose rights under the Charter have been infringed or denied may obtain “such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.”

[119] A remedy under subsection 24(1) of the Charter is a discretionary exercise of the Court’s jurisdiction. In *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 55-59 (*Doucet-Boudreau*) the Supreme Court of Canada articulated the principles for the exercise of discretion under subsection 24(1). The Court stated that an appropriate and just remedy in the context of a Charter claim is one that meaningfully vindicates the rights of the claimants. The remedy must “take account of the nature of the right that has been violated and the situation of the claimant. A meaningful remedy must be relevant to the experience of the claimant and must address the circumstances in which the right was infringed or denied”: *Doucet-Boudreau*, above, at paragraph 55.

[120] The Court also made clear that in granting a remedy under the Charter, courts must respect the separation of functions between the legislature, the executive and the judiciary. Courts “must not, in making orders under s. 24(1) depart unduly or unnecessarily from their role of adjudicating disputes and granting remedies that address the matter of those disputes”: *Doucet-Boudreau*, above, at paragraph 56.

[121] The third principle articulated by the Supreme Court is that an appropriate and just remedy must invoke the function and powers of a court. It is inappropriate for a court to leap into the types of decisions and functions

[118] J’ai conclu que, lorsque les services d’interprètes gestuels sont requis pour des communications efficaces aux fins de la prestation de services du gouvernement, le défaut de fournir ces services prive les intéressés de droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte, sans qu’il s’agisse là de limites raisonnables au sens de l’article premier. En outre, le paragraphe 24(1) de la Charte prévoit que toute victime de violation ou de négation des droits qui lui sont garantis par la Charte peut obtenir « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

[119] L’octroi d’une réparation en application du paragraphe 24(1) de la Charte relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Dans l’arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 55 à 59 (*Doucet-Boudreau*), la Cour suprême du Canada a formulé les principes applicables à l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 24(1). La Cour suprême a ainsi déclaré que la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d’une demande fondée sur la Charte est celle qui permet de défendre utilement les droits du demandeur. La réparation doit « tenir compte de la nature du droit violé et de la situation du demandeur. Une réparation utile doit être adaptée à l’expérience vécue par le demandeur et tenir compte des circonstances de la violation ou de la négation du droit en cause » : *Doucet-Boudreau*, précité, au paragraphe 55.

[120] La Cour suprême a aussi clairement exprimé le principe selon lequel le tribunal qui accorde une réparation fondée sur la Charte doit respecter la séparation des fonctions entre les branches législative, exécutive et judiciaire. Ainsi, « lorsqu’ils rendent des ordonnances fondées sur le par. 24(1), les tribunaux ne s’écarteront pas indûment ou inutilement de leur rôle consistant à trancher des différends et à accorder des réparations qui règlent la question sur laquelle portent ces différends » : *Doucet-Boudreau*, précité, au paragraphe 56.

[121] Selon le troisième principe énoncé par la Cour suprême, la réparation convenable et juste doit mettre à contribution le rôle et les pouvoirs du tribunal. Il ne convient pas qu’un tribunal se lance dans des types de

for which its expertise is unsuited. The capacity of courts can be inferred from the nature of the tasks with which they are normally charged and for which there are developed procedures and precedent: *Doucet-Boudreau*, above, at paragraph 57.

[122] A remedy fashioned under subsection 24(1) must also be fair to the party against whom the order is made. “The remedy should not impose substantial hardships that are unrelated to securing the right”: *Doucet-Boudreau*, above, at paragraph 58. Finally, the Court also stated that given the broad language of subsection 24(1), it should be flexible and able to evolve to meet the needs of each individual case. This may require new and creative features and therefore the lack of precedent is not a barrier. The “judicial approach to remedies must remain flexible and responsive to the needs of a given case”: *Doucet-Boudreau*, above, at paragraph 59.

[123] As in *Eldridge*, above, at paragraph 96, a declaration, as opposed to some kind of injunctive relief, is the appropriate remedy in this case because there are various options available to the government that may rectify the unconstitutionality of the current system. It is not the role of this Court to dictate how this is to be accomplished.

[124] With those considerations in mind, I think it appropriate to make a declaration that addresses the systemic problem raised by the applicants. One aspect of that problem is the failure to provide visual interpretation services to persons in need of them who are participating in programs administered by the government. Another aspect of the problem is the need for representatives of the deaf and hard-of-hearing communities to be meaningfully consulted in the development of government policy and programs.

[125] Accordingly, I will issue a declaration that professional sign language interpretation services are to be provided and paid for by the Government of Canada, upon request, where a deaf or hard-of-hearing person

décision ou de fonction pour lesquels il n’a pas l’expertise requise. La compétence des tribunaux peut s’inférer de leurs tâches normales pour lesquelles ils ont établi des règles de procédure et des précédents : *Doucet-Boudreau*, précité, au paragraphe 57.

[122] La réparation conçue en application du paragraphe 24(1) doit également être équitable pour la partie visée par l’ordonnance, et « ne doit pas causer de grandes difficultés sans rapport avec la défense du droit » : *Doucet-Boudreau*, précité, au paragraphe 58. Enfin, la Cour a déclaré qu’en raison de son large libellé, le paragraphe 24(1) doit conserver toute sa souplesse et pouvoir évoluer de manière à tenir compte des circonstances de chaque cas. Cette règle peut forcer les tribunaux à innover et à créer; l’absence de précédent ne constitue donc pas un obstacle. Comme la Cour suprême l’a déclaré, « l’approche judiciaire en matière de réparation doit être souple et tenir compte des besoins en cause » : *Doucet-Boudreau*, précité, au paragraphe 59.

[123] Tout comme dans l’affaire *Eldridge*, précitée, au paragraphe 96, une mesure de redressement déclaratoire constitue en l’espèce, plutôt qu’une quelconque mesure injonctive, la réparation qui convient, puisque diverses options s’offrent au gouvernement pour remédier à l’inconstitutionnalité du système actuel. Il ne revient pas à la Cour, en effet, de dicter au gouvernement comment il doit s’acquitter de cette tâche.

[124] Compte tenu de ces divers facteurs, j’estime qu’il convient de rendre un jugement déclaratoire qui s’attaque au problème systémique soulevé par les demandeurs. L’un des aspects du problème, c’est le défaut de fournir des services d’interprétation visuelle aux personnes qui en ont besoin et qui prennent part à des programmes administrés par le gouvernement. Un autre aspect du problème, c’est la nécessité que les représentants des communautés sourde et malentendante soient valablement consultés dans le cadre de l’élaboration des politiques et programmes du gouvernement.

[125] Je rendrai par conséquent un jugement déclaratoire portant que des services d’interprétation gestuelle doivent être fournis, et leur coût, assumé par le gouvernement du Canada, sur demande, lorsqu’une

participates in programs administered by the Government of Canada and the nature of communication with the person requires such services. This last limitation is intended to recognize that many communications between the government and members of the public will take place in writing or through other means that do not require oral communication.

[126] Further, I will declare that where the Government of Canada engages in public or private consultations with non-governmental organizations in the development of policy and programs in which the deaf and hard-of-hearing Canadians have identifiable interests and the nature of communications requires such services, visual interpretation services are to be provided and paid for by the Government of Canada to allow the meaningful participation of organizations representing the deaf and hard-of-hearing communities.

[127] It should be recognized that meaningful participation may be achieved through means other than visual interpretation services, such as in writing or through electronic media. However, departments and agencies of the federal government must ensure that consultations with the deaf and hard-of-hearing community, including face to face meetings, are not precluded by the failure to plan and budget for interpretation services where they are necessary to allow access to the consultation process.

[128] The applicants are entitled to their costs.

JUDGMENT

THIS COURT HEREBY ORDERS AND ADJUDGES that:

1. Professional sign language interpretation services are to be provided and paid for by the Government of Canada, upon request, where a deaf or hard-of-hearing person receives services from or participates in programs administered by the Government of Canada and the nature of communication between the government and the person requires such services;

personne sourde ou malentendante participe à des programmes administrés par le gouvernement du Canada et que la nature de la communication avec cette personne l'exige. Cette dernière restriction tient compte du fait que nombre de communications entre le gouvernement et des particuliers se feront par écrit ou par d'autres moyens ne faisant pas appel à la communication orale.

[126] Je déclarerai en outre que, lorsque le gouvernement du Canada consulte, en privé ou publiquement, des organisations non gouvernementales en vue de l'élaboration de politiques et de programmes à l'égard desquels les Canadiens sourds et malentendants ont des intérêts identifiables et que la nature de la communication l'exige, des services d'interprétation visuelle doivent être fournis, et leur coût, assumé par le gouvernement du Canada, afin d'assurer la participation valable des organisations qui représentent les communautés sourde et malentendante.

[127] Il y a cependant lieu de reconnaître qu'une participation valable peut être assurée par des moyens autres que des services d'interprétation visuelle, notamment pas écrit ou par des moyens électroniques. Les ministères et organismes du gouvernement fédéral devront toutefois veiller à ce que le défaut de prévoir et d'inscrire au budget les services d'interprétation nécessaires à l'accès au processus de consultation ne fasse pas obstacle aux consultations auprès des communautés sourde et malentendante, notamment lors des rencontres personnelles.

[128] Les demandeurs ont droit à leurs dépens.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE QUE :

1. Des services professionnels d'interprétation gestuelle doivent être fournis, et leur coût, assumé par le gouvernement du Canada, sur demande, lorsqu'une personne sourde ou malentendante reçoit des services du gouvernement ou participe à des programmes administrés par le gouvernement et que la nature de la communication entre le gouvernement et cette personne l'exige.

2. Where the Government of Canada engages in public or private consultations with non-governmental organizations in the development of policy and programs in which the deaf and hard-of-hearing Canadians have identifiable interests and the nature of communications requires such services, visual interpretation services are to be provided and paid for by the Government of Canada to allow the meaningful participation of organizations representing the deaf and hard-of-hearing communities;

3. The applicants are entitled to their costs on the normal scale.

¹ Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c.11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter).

2. Lorsque le gouvernement du Canada consulte, en privé ou publiquement, des organisations non gouvernementales en vue de l'élaboration de politiques et de programmes à l'égard desquels les Canadiens sourds et malentendants ont des intérêts identifiables et que la nature de la communication l'exige, des services d'interprétation visuelle doivent être fournis, et leur coût, assumé par le gouvernement du Canada, afin d'assurer la participation valable des organisations qui représentent les communautés sourde et malentendante.

3. Les demandeurs ont droit à leurs dépens selon le tarif ordinaire.

¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

T-1232-05
2006 FC 984

T-1232-05
2006 CF 984

Pfizer Canada Inc. (Applicant)

Pfizer Canada Inc. (demanderesse)

v.

c.

The Minister of Health and Apotex Inc. (Respondents)

Le ministre de la Santé et Apotex Inc. (défendeurs)

and

et

**Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (Respondent/
Patentee)**

**Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (défenderesse/
titulaire du brevet)**

**INDEXED AS: PFIZER CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF
HEALTH) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : PFIZER CANADA INC. c. CANADA (MINISTRE DE
LA SANTÉ) (C.F.)**

Federal Court, Teitelbaum J.—Ottawa, July 27 and
August 17, 2006.

Cour fédérale, juge Teitelbaum—Ottawa, 27 juillet et 17
août 2006.

Practice—Affidavits—Appeal from Prothonotary's order refusing to grant applicant leave to file reply affidavit pursuant to Federal Courts Rules, r. 312 — Whether Prothonotary wrong to import fourth requirement (whether evidence sought to be filed available at earlier date) to three-part test for granting leave to file reply evidence — Federal Court of Appeal's comments in Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein with respect to rules governing filing of additional affidavits apply to all motions under r. 312 — Appeal dismissed.

Pratique — Affidavits — Appel à l'encontre d'une ordonnance d'une protonotaire rejetant la requête de la demanderesse en autorisation de déposer son affidavit en réponse en vertu de la règle 312 des Règles des Cours fédérales — Il s'agissait de savoir si la protonotaire avait incorporé à tort une quatrième condition (si la contre-preuve qu'on veut déposer était disponible auparavant) dans le critère à trois volets applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve — Les observations que la Cour d'appel fédérale a formulées dans Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein relativement aux règles qui régissent le dépôt d'affidavits complémentaires s'appliquent à toutes les requêtes formées sous le régime de la règle 312 — Appel rejeté.

This was an appeal from a Prothonotary's order refusing to grant the applicant (Pfizer) leave to file a reply affidavit pursuant to rule 312 of the *Federal Courts Rules*. This affidavit was meant to respond to the respondent's (Apotex) confidential affidavit of Dr. Moe criticizing Pfizer's confidential affidavit of Dr. Husain, both of which were filed in the context of prohibition proceedings under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Pfizer argued that the Prothonotary was wrong to import from *Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein* (F.C.A.) a fourth requirement, which examines whether the evidence sought to be filed was available at an earlier date, into the three-part test for granting leave to file reply evidence established in *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (F.C.T.D.).

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une ordonnance d'une protonotaire rejetant la requête de la demanderesse (Pfizer) en autorisation de déposer son affidavit en réponse en vertu de la règle 312 des *Règles des Cours fédérales*. Cet affidavit devait servir de réponse à l'affidavit confidentiel du D^r Moe, que la défenderesse (Apotex) avait déposé, critiquant l'affidavit confidentiel du D^r Husain, que Pfizer avait déposé; les deux affidavits avaient été déposés dans le cadre d'une procédure d'interdiction présentée sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Pfizer a soutenu que la protonotaire a incorporé à tort une quatrième condition énoncée dans l'affaire *Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein* (C.A.F.), qui concerne la question de savoir si la contre-preuve qu'on veut déposer était disponible auparavant, dans le critère à trois volets applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve formulé dans *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (C.F. 1^{re} inst.).

Held, the appeal should be dismissed.

The Federal Court appears to be somewhat divided on the question of whether there is a fourth “availability” component to the test for leave to file reply evidence. The confusion arises out of attempts to determine the reach of paragraphs 8 and 9 of *Atlantic Engraving*. The Court’s comments in that decision with respect to the rules governing the filing of additional affidavits apply to all motions brought under rule 312, which should not be used to allow a party to split its case or to delay putting its best case forward. The availability of evidence is thus an additional factor that must be considered as part of the test for granting leave to file additional affidavit material. Such availability plays an important role in safeguarding the legislative intent, described by the Prothonotary as being “that NOC [notice of compliance] proceedings should be summary in nature and proceeded with expeditiously.” Justice Beaudry was therefore correct when he held, in *Purdue Pharma v. Novopharm*, that when the four factors found in *Atlantic Engraving* are met, the Court may allow the filing of additional evidence. Thus the Prothonotary did not misconstrue or erroneously apply the test for granting leave to file reply evidence, and her order was not clearly wrong on this basis.

Jugement : l’appel doit être rejeté.

La Cour fédérale semble dans une certaine mesure partagée sur la question de savoir si le critère utilisé pour établir s’il y a lieu d’autoriser le dépôt de contre-preuve comprend un quatrième facteur relatif à la « disponibilité » antérieure de la preuve en question. La confusion découle des efforts déployés pour préciser la portée des paragraphes 8 et 9 de l’arrêt *Atlantic Engraving*. Les observations que la Cour a formulées dans cet arrêt quant aux règles qui régissent le dépôt d’affidavits complémentaires s’appliquent à toutes les requêtes formées sous le régime de la règle 312, qui ne devrait pas être utilisée pour permettre à une partie de diviser sa cause ou de différer la présentation de la meilleure preuve. La disponibilité antérieure de la preuve est donc un autre facteur qui doit être pris en considération dans le cadre du critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt d’affidavits complémentaires. La règle de la disponibilité antérieure de la preuve joue un rôle important dans l’accomplissement de la volonté du législateur, que la protonotaire a défini comme étant « que les instances relatives aux AC [avis de conformité] soient de nature sommaire et expéditive ». Le juge Beaudry avait donc raison lorsqu’il a statué, dans *Purdue Pharma c. Novopharm*, que lorsque les quatre conditions énoncées dans *Atlantic Engraving* sont remplies, la Cour peut autoriser le dépôt des pièces complémentaires. La protonotaire n’a donc pas commis d’erreur ni dans l’interprétation ni dans l’application du critère auquel est subordonné l’autorisation de déposer des éléments de preuve complémentaires et son ordonnance n’était donc pas entachée d’erreur flagrante à cet égard.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 312.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein (2002), 23 C.P.R. (4th) 5; 299 N.R. 244; 2002 FCA 503; *Purdue Pharma v. Novopharm* (2006), 49 C.P.R. (4th) 363; 2006 FC 385.

CONSIDERED:

Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc. (1997), 76 C.P.R. (3d) 15; 137 F.T.R. 226 (F.C.T.D.); *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2003), 29 C.P.R. (4th) 450; 2003 FC 1512; *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* (2004), 36

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 312.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein, 2002 CAF 503; *Purdue Pharma c. Novopharm*, 2006 CF 385.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc., [1997] A.C.F. n° 1240 (1^{re} inst.) (QL); *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1512; *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2004 CF 1207; *Pfizer Canada Inc. c. Canada*

C.P.R. (4th) 48; 2004 FC 1207; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 FC 790.

(*Ministre de la Santé*), 2006 CF 790.

REFERRED TO:

Bayer AG v. Canada (Minister of Health and Welfare) (1994), 58 C.P.R. (3d) 377; 83 F.T.R. 318 (F.C.T.D.); *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459; (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488; *Wayzhushk Onigum Nation v. Kakeway* (2000), 182 F.T.R. 100 (F.C.T.D.); *Deigan v. Canada (Attorney General)* (1999), 165 F.T.R. 121 (F.C.T.D.); *Wright v. Mission Institution* (1998), 159 F.T.R. 104 (F.C.T.D.).

APPEAL from a Prothonotary's decision refusing to grant the applicant leave to file a reply affidavit in the context of prohibition proceedings under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Andrew E. Bernstein and Alisse D. Houweling for applicant.
Andrew R. Brodtkin and David E. Lederman for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Torys LLP, Toronto, for applicant.
Goodmans LLP, Toronto, for respondents.

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

[1] TEITELBAUM J.: The present motion arises within an application for prohibition under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133]. Apotex Inc. (Apotex) served a notice of allegation (NOA) on June 3, 2005 alleging non-infringement of Canadian patent No. 2023089, held by Pfizer Canada Inc. (Pfizer). Apotex also made arguments as to the patent's invalidity. Pfizer initiated proceedings on July 18, 2005 seeking an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to Apotex in respect of its

DÉCISIONS CITÉES :

Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social), [1994] A.C.F. n° 1522 (1^{re} inst.) (QL); *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *Merck & Co., Inc c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459; 2003 CAF 488; *Nation Wayzhushk Onigum c. Kakeway*, [2000] A.C.F. n° 156 (1^{re} inst.) (QL); *Deigan c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 645 (1^{re} inst.) (QL); *Wright c. Établissement de Mission*, [1998] A.C.F. n° 1687 (1^{re} inst.) (QL).

APPEL à l'encontre d'une décision d'une protonotaire rejetant la requête de la demanderesse en autorisation de déposer son affidavit en réponse dans le cadre d'une procédure d'interdiction présentée sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Andrew E. Bernstein et Alisse D. Houweling pour la demanderesse.
Andrew R. Brodtkin et David E. Lederman pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Torys LLP, Toronto, pour la demanderesse.
Goodmans LLP, Toronto, pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE TEITELBAUM : La présente requête s'inscrit dans le cadre d'une demande en interdiction présentée sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133]. Apotex Inc. (Apotex) a signifié le 3 juin 2005 un avis d'allégation (AA) soutenant l'absence de contrefaçon du brevet canadien n° 2023089, détenu par Pfizer Canada Inc. (Pfizer). Apotex a aussi avancé des arguments tendant à établir l'invalidité de ce brevet. Pfizer a engagé le 18 juillet 2005 une procédure en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la

proposed Apo-Quinapril tablets. Pfizer filed evidence with the Court on November 24, 2005, including a confidential affidavit of Dr. Mansoor Husain. Apotex then served and filed its evidence on April 7, 2006, including a confidential affidavit of Dr. Gordon W. Moe.

[2] Pfizer alleges that Dr. Moe's affidavit aggressively critiques Dr. Husain's evidence. Pfizer brought a motion for (among other things) leave to file a reply affidavit of Dr. Husain pursuant to rule 312 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. Pfizer alleges that the reply affidavit consists exclusively of responses to Dr. Moe's criticisms. By order dated June 16, 2006, Prothonotary Tabib declined to grant Pfizer leave to file Dr. Husain's reply affidavit. Pfizer presently brings a motion requesting that the Court set aside the Prothonotary's order and grant it leave to file the reply affidavit.

I. The Prothonotary's Decision

[3] The Prothonotary's reasons for declining to grant Pfizer leave to file its reply affidavit are as follows:

In my view, the decision of this Court in *Abbott Laboratories et al. v. Minister of Health et al.*, (2003) 29 C.P.R. (4th) 450; 2003, FC 1512, merely confirms that the jurisprudential criteria for the application of Rule 312 of the *Federal Courts Rules* also apply to a motion to strike evidence filed in sur-reply pursuant to an order of the Court. It does not affect the binding and authoritative nature of the Court of Appeal's decision in *Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein*, (2002) 23 C.P.R. (4th) 5; 2002 FCA 503, which adds to the traditional three part test the requirement that the evidence sought to be adduced not have been available or not having been capable of being brought as part of the Applicant's case in chief.

I agree with the Applicant that the issues upon which it seeks to bring reply evidence are critical, and even central, to the issues in this proceeding. That, however, does not in and of itself suffice to satisfy the application criteria of Rule 312. Indeed, the critical nature of the issues underscores the fact

Santé de délivrer à Apotex un avis de conformité (AC) à l'égard de ses comprimés d'Apo-Quinapril. Pfizer a déposé devant notre Cour le 24 novembre 2005 des éléments de preuve comprenant un affidavit confidentiel du D^r Mansoor Husain. Apotex a à son tour déposé et signifié sa preuve le 7 avril 2006, preuve qui comprenait un affidavit confidentiel du D^r Gordon W. Moe.

[2] Pfizer fait valoir que le D^r Moe critique violemment dans son affidavit le témoignage du D^r Husain. Elle a formé une requête en vue d'obtenir (entre autres choses) l'autorisation de déposer un affidavit en réponse du D^r Husain sous le régime de la règle 312 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. Pfizer soutient que l'affidavit en réponse consiste exclusivement en répliques aux critiques du D^r Moe. Par ordonnance en date du 16 juin 2006, la protonotaire Tabib a refusé d'accorder à Pfizer l'autorisation de déposer l'affidavit en réponse du D^r Husain. Pfizer saisit maintenant notre Cour d'une requête en annulation de l'ordonnance de la protonotaire et en autorisation de déposer l'affidavit en réponse susdit.

I. La décision de la protonotaire

[3] La protonotaire a invoqué les motifs suivants pour rejeter la requête de Pfizer en autorisation de déposer son affidavit en réponse :

[TRADUCTION] À mon sens, la décision *Abbott Laboratories et al. c. Canada (Ministre de la Santé) et al.*, (2003) 29 C.P.R. (4th) 450; 2003 CF 1512, ne fait que confirmer que les critères jurisprudentiels de l'application de l'article 312 des *Règles des Cours fédérales* s'appliquent aussi aux requêtes en radiation d'éléments de preuve déposés en réponse à la réponse en vertu d'une ordonnance de la Cour. Elle ne met pas en cause l'autorité et la force obligatoire de l'arrêt *Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein*, (2002) 23 C.P.R. (4th) 5; 2002 CAF 503, par lequel la Cour d'appel a ajouté au critère traditionnel à trois volets la condition que la preuve qu'on demande à produire n'ait pas été disponible au moment du dépôt de la preuve principale du requérant ou n'ait pu être présentée dans ce cadre.

Je souscris à la thèse de la demanderesse selon laquelle les questions sur lesquelles elle souhaite déposer des éléments de contre-preuve sont d'une importance appréciable, et même fondamentale, dans la présente instance. Cependant, cela ne suffit pas en soi à remplir les critères d'application de la règle

that the evidence was available and known to be relevant at the time the Applicant filed its initial affidavits. The proposed reply affidavit merely states the basis upon which Dr. Husain disagrees with the critique leveled by Dr. Moe against his affidavit in chief. It addresses no new issue raised by Dr. Moe and addresses no issue not already contained in Dr. Husain's initial affidavit. Much of the content of the proposed reply affidavit is argumentative and can likely be brought to light in cross-examination. On the whole, if such were the kind of reply affidavit contemplated by Rule 312 and its judicial interpretation, then one can expect that for every expert affidavit filed in an NOC proceeding containing a critique of the Applicant's experts, there would be a permissible reply affidavit for the purpose of refining the argument and rebutting the critique. Such a result would be contrary to the legislative intent that NOC proceedings should be summary in nature and proceeded with expeditiously.

In conclusion, I am not satisfied that granting leave to the Applicant to file the proposed reply affidavit would be in the interests of justice or would be of assistance to the Court, nor am I satisfied that the evidence thus proposed to be filed was not available or could not have been brought as part of the Applicant's evidence in chief. I should add here that my decision does not rest on any alleged prejudice to Apotex if the evidence were allowed. Indeed, I am satisfied that, had leave to file the evidence been granted, it would not have caused any prejudice to Apotex. I am satisfied that, in notice of application proceedings, there is no inherent prejudice to a Respondent in not being the last party to file evidence on any issue.

II. The Applicant's Submissions

[4] The applicant Pfizer argues that the Prothonotary's order is clearly wrong because the Prothonotary erred by importing a fourth requirement into the three-part test for granting leave to file reply evidence. Pfizer argues that there is a three-part test for granting leave to file reply evidence in Patented Medicines (Notice of Compliance) (PM(NOC)) proceedings as established by *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (F.C.T.D.), at pages 20 and 21 (*Eli Lilly*). The Court has the discretion to grant an applicant leave to file reply evidence if the

312. Qui plus est, la nature cruciale des questions met en évidence le fait que la demanderesse disposait des éléments de preuve en question et les savait pertinents au moment où elle a déposé ses affidavits principaux. L'affidavit en réponse qu'on veut déposer ne fait qu'exposer les motifs qu'a le D' Husain de ne pas accepter les critiques formulées par le D' Moe à l'égard de son affidavit principal. Il ne traite aucune nouvelle question soulevée par le D' Moe ni aucune question que le D' Husain n'ait déjà traitée dans son affidavit principal. Le contenu de l'affidavit en réponse qu'on souhaite déposer relève en grande partie de l'argumentation et pourrait probablement être dégagé dans le cadre du contre-interrogatoire. Dans l'ensemble, si c'était là le genre d'affidavit en réponse visé par la règle 312 et son interprétation judiciaire, on pourrait s'attendre à voir autoriser, pour chaque affidavit d'expert déposé dans une instance relative à un AC qui critiquerait les opinions des experts du demandeur, un affidavit en réponse visant à raffiner l'argumentation et à réfuter les critiques. Une telle conséquence serait contraire à l'intention du législateur voulant que les instances relatives aux AC soient de nature sommaire et expéditive.

Pour conclure, je ne suis pas convaincue qu'il serait dans l'intérêt de la justice ou utile à la Cour d'autoriser la demanderesse à déposer l'affidavit en réponse proposé, ni que cette dernière ne disposât pas des éléments de preuve y contenus au moment du dépôt de sa preuve principale ou qu'elle n'aurait pu les présenter dans ce cadre. Je tiens à préciser que ma décision ne repose en rien sur un quelconque préjudice que subirait Apotex si la preuve en question était admise. En fait, je constate que l'octroi de l'autorisation de déposer la preuve en question n'aurait causé aucun préjudice à Apotex. Il me paraît établi que, dans les procédures engagées par voie d'avis de demande, ce n'est pas en soi un préjudice pour le défendeur que de n'être pas le dernier à déposer sa preuve sur quelque question en litige que ce soit.

II. Les conclusions de la demanderesse

[4] La demanderesse Pfizer soutient que l'ordonnance de la protonotaire est entachée d'erreur flagrante au motif qu'elle aurait incorporé à tort une quatrième condition dans le critère à trois volets applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve. Pfizer fait valoir que la décision *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, [1997] A.C.F. n° 1240 (1^{re} inst.) (QL) (*Eli Lilly*), au paragraphe 26, a établi un critère à trois volets pour décider s'il y a lieu d'autoriser le dépôt de contre-preuve dans les procédures relevant du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de*

applicant demonstrates that the evidence it wishes to file:

- a. would serve the interests of justice;
- b. would assist the Court in making its final determination;
- c. would not cause substantial or serious prejudice to the respondents.

[5] The applicant argues that the three-part test has been confirmed in *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2003), 29 C.P.R. (4th) 450 (F.C.) (*Abbott Laboratories*), as well as in *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* (2004), 36 C.P.R. (4th) 48 (F.C.), at paragraph 25; (*AstraZeneca*), and in *Bayer AG v. Canada (Minister of Health and Welfare)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 377 (F.C.T.D.), at page 380.

[6] Pfizer contends that the Prothonotary erred by importing a fourth requirement into the test for granting leave to file reply evidence. This fourth requirement, referred to by Pfizer as the “available in chief” requirement, examines whether the evidence sought to be filed in reply was available at an earlier date. Pfizer submits that the Prothonotary erred by importing the “available in chief” requirement from [*Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein* (2002), 23 C.P.R. (4th) 5 (F.C.A.)] (*Atlantic Engraving*) into the test to grant leave to file reply evidence in PM(NOC) proceedings. Pfizer notes that the “available in chief” requirement in *Atlantic Engraving* applied when a party sought leave to file reply evidence after cross-examinations had already occurred. In contrast, cross-examinations have not taken place in the present matter. Moreover, *Atlantic Engraving* was a trade-marks appeal, while the present matter is part of a PM(NOC) proceeding. Pfizer argues that PM(NOC) proceedings are unique, and that the issues are often only made clear to the applicant after the respondent has filed its evidence. Pfizer suggests that the Court has therefore adopted a more permissive approach to allowing reply evidence in PM(NOC) proceedings, and cites *Abbott Laboratories* in support of this claim.

conformité) (RMB(AC)). La Cour a la faculté d'autoriser le requérant à déposer des éléments de contre-preuve s'il démontre :

- a. que cette mesure servirait les intérêts de la justice;
- b. qu'elle aiderait la Cour à rendre une décision définitive;
- c. qu'elle ne causerait pas un préjudice important ou grave à l'intimé.

[5] La demanderesse fait valoir que ce critère à trois volets a été confirmé par les décisions suivantes : *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1512 (*Abbott Laboratories*); *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2004 CF 1207, au paragraphe 25; (*AstraZeneca*); et *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. n° 1522 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 12.

[6] Pfizer soutient que la protonotaire a commis une erreur en incorporant une quatrième condition dans le critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve. Cette quatrième condition, que Pfizer désigne [TRADUCTION] « condition de la disponibilité en preuve principale », concerne le point de savoir si la contre-preuve qu'on veut déposer était disponible auparavant. Pfizer affirme que la protonotaire s'est trompée en incorporant la « condition de la disponibilité en preuve principale » (qu'établit *Atlantic Engraving*) [*Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein*, 2002 CAF 503] dans le critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve présentées dans le cadre de procédures relevant du RMB(AC). Pfizer fait observer que la « condition de la disponibilité en preuve principale » que prévoit *Atlantic Engraving* s'applique au cas où une partie demande l'autorisation de déposer des éléments de contre-preuve après les contre-interrogatoires. Or les contre-interrogatoires n'ont pas encore eu lieu dans la présente instance. Qui plus est, *Atlantic Engraving* portait sur un appel en matière de marques de commerce, tandis que la question qui nous occupe s'inscrit dans le cadre d'une instance qui relève du RMB(AC). Pfizer fait valoir que les instances relevant du RMB(AC) ont un caractère exceptionnel et que, souvent, les questions litigieuses n'y apparaissent

[7] Pfizer argues that since the Prothonotary clearly erred in law, the motions Judge should hear the matter *de novo*: *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.), at page 454 (*Aqua-Gem*); *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.), at paragraph 19 (*Merck*). Since Apotex did not allege any prejudice at the hearing, Pfizer submits that the only two remaining issues are whether the proposed evidence is in the interests of justice and whether it would assist the Court.

[8] The applicant argues that Dr. Husain's affidavit will serve the interests of justice as granting Pfizer leave to file reply evidence will ensure that both parties have had fair opportunities to adduce affidavit evidence on the issues and to respond to issues raised by the other party. Pfizer also claims that counsel must have the appropriate tools to present their case on behalf of their client. Pfizer suggests that Dr. Husain's reply evidence serves the interest of justice as his reply affidavit will respond to Apotex's evidence on substantive issues.

[9] Pfizer equally maintains that Dr. Husain's reply evidence will assist the Court, as it will assist the Court in making its final determination. The applicant claims that it should be permitted to explain and respond to Apotex' evidence to ensure that all facts are properly before the Court, and to ensure that the Court has received a complete, balanced view of the evidence.

[10] Finally, while Prothonotary Tabib suggested in her reasons that Pfizer will likely be able to respond to Dr. Moe's affidavit in cross-examination, Pfizer argues that the Court has recognized that cross-examination "is no substitute" for written reply evidence: *AstraZeneca*, above, at paragraph 31. Pfizer therefore submits that on hearing the matter *de novo*, the motions Judge should

clairement au demandeur qu'après le dépôt de la preuve du défendeur. Pfizer poursuit que c'est pourquoi la Cour a adopté dans les instances de cette nature une approche moins sévère de la question du dépôt de contre-preuve, et elle cite *Abbott Laboratories* à l'appui de cette assertion.

[7] Pfizer soutient que, puisque la protonotaire a commis une erreur de droit, le juge des requêtes devrait reprendre l'affaire depuis le début : *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.), à la page 454 (*Aqua-Gem*); et *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.), au paragraphe 19 (*Merck*). Apotex n'ayant pas invoqué de préjudice à l'audience, les deux seules questions qui restent en litige selon Pfizer sont celles de savoir si l'autorisation de déposer la contre-preuve en question servirait les intérêts de la justice et si elle serait utile à la Cour.

[8] La demanderesse soutient que l'affidavit du D^r Husain servirait les intérêts de la justice, étant donné que le fait d'autoriser Pfizer à déposer des éléments de contre-preuve garantirait que les deux parties aient eu la possibilité équitable de produire des affidavits sur les questions en litige et de répondre aux questions soulevées par la partie adverse. Pfizer fait aussi valoir que les avocats doivent disposer des outils nécessaires pour exposer les moyens de leurs clients respectifs. Selon elle, l'affidavit en réponse du D^r Husain servirait les intérêts de la justice dans la mesure où il répond à la preuve d'Apotex sur des questions de fond.

[9] Pfizer soutient de plus que la contre-preuve du D^r Husain serait utile à la Cour, étant donné qu'elle l'aiderait à rendre sa décision définitive. La demanderesse affirme qu'on devrait l'autoriser à s'expliquer sur la preuve d'Apotex et à y répondre afin que la Cour dispose bien de tous les faits et puisse se former une idée complète et équilibrée de la preuve.

[10] Enfin, concernant l'observation formulée par la protonotaire Tabib dans son exposé de motifs comme quoi Pfizer aura probablement la possibilité de répondre à l'affidavit du D^r Moe en contre-interrogatoire, Pfizer fait valoir que la Cour a établi que la contre-preuve écrite « ne peut pas être remplacée » par un contre-interrogatoire : *AstraZeneca*, précitée, au para-

grant it leave to file Dr. Husain's reply affidavit.

III. The Respondent's Submissions

[11] Apotex argues that Prothonotary Tabib was not clearly wrong in deciding to reject the filing of Dr. Husain's affidavit, and did not err in law in reaching her decision. The respondent claims that reply evidence is not permitted in the ordinary course, and that it constitutes extraordinary relief that can only be obtained through leave of the Court. Apotex submits that a party wishing to file a supplemental affidavit must demonstrate that the material is necessary, that it was not available at an earlier date, that the evidence could not have been included in its initial affidavit, and that its inclusion will not delay the proceeding. It claims that the Court will not grant leave to file a supplemental affidavit where the subject-matter of the affidavit has been or could have been included in the applicant's initial affidavit evidence. In support of this argument, Apotex relies on *Wayzhushk Onigum Nation v. Kakeway* (2000), 182 F.T.R. 100 (F.C.T.D.), at paragraph 5; *Deigan v. Canada (Attorney General)* (1999), 165 F.T.R. 121 (F.C.T.D.), at paragraph 3; and *Wright v. Mission Institution* (1998), 159 F.T.R. 104 (F.C.T.D.), at paragraph 8. According to Apotex, the applicant needs to satisfy the three criteria of the *Eli Lilly* test once the above criteria have been met.

[12] Apotex submits that *Atlantic Engraving* did not change the three-part test applicable to motions under rule 312. In its view, the Federal Court of Appeal provided guidance with respect to what factors should be considered when determining whether the material would serve the "interests of justice". Apotex suggests that the Federal Court of Appeal directed lower courts to consider whether the evidence to be filed was available earlier, and cautioned against filing that would allow a party to split its case.

graphe 31. Par conséquent, conclut Pfizer, le juge des requêtes devrait, dans le cadre d'une nouvelle instruction, lui accorder l'autorisation de déposer l'affidavit en réponse du D' Husain.

III. Les conclusions de la défenderesse

[11] Apotex soutient que le rejet de la requête en autorisation de déposer l'affidavit du D' Husain n'est pas entaché d'erreur flagrante et que la protonotaire Tabib n'a pas commis d'erreur de droit en rendant cette décision. La défenderesse fait valoir que le dépôt de contre-preuve n'est pas permis en situation ordinaire et qu'il s'agit là d'une mesure de redressement extraordinaire qui ne peut être obtenue qu'avec l'autorisation expresse de la Cour. La partie qui souhaite déposer un affidavit complémentaire, affirme Apotex, doit démontrer que son contenu est nécessaire, qu'il n'était pas disponible auparavant et qu'il n'aurait pas pu être inclus dans son affidavit principal, tout comme elle doit établir que le dépôt de cet affidavit complémentaire ne retardera pas la procédure. Apotex affirme que la Cour n'accorde pas l'autorisation de déposer un affidavit complémentaire lorsque le contenu en a été inclus, ou aurait pu l'être, dans la preuve par affidavit principale du requérant. Elle invoque les décisions suivantes à l'appui de cette thèse : *Nation Wayzhushk Onigum c. Kakeway*, [2000] A.C.F. n° 156 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 5; *Deigan c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 645 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 3; et *Wright c. Établissement de Mission*, [1998] A.C.F. n° 1687 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 8. D'après Apotex, le requérant doit satisfaire aux trois volets du critère *Eli Lilly* une fois remplies les conditions susénumérées.

[12] Apotex soutient que l'arrêt *Atlantic Engraving* n'a pas changé le critère à trois volets applicable aux requêtes formées sous le régime de la règle 312. Selon elle, la Cour d'appel fédérale a voulu donner des lignes directrices touchant le point de savoir quels facteurs il convient de prendre en considération s'agissant d'établir si le contenu de l'affidavit en question servirait « les intérêts de la justice ». La Cour d'appel fédérale, poursuit Apotex, a prescrit aux tribunaux inférieurs de se demander si la preuve qu'on veut déposer était disponible auparavant et les a mis en garde contre

[13] Apotex argues that Pfizer has failed to distinguish *Atlantic Engraving*. The respondent argues that there is nothing in *Atlantic Engraving* suggesting that it should not apply when considering whether to allow the filing of reply evidence in PM(NOC) proceedings. Although cross-examinations have not started in the present matter, Apotex argues that the Prothonotary still found that the evidence was available to Pfizer at an earlier time, and that the interests of justice would not be served by allowing the evidence to be filed at this stage. According to Apotex, the Prothonotary did not err by importing a fourth factor into the three-part test for reply evidence. Rather, she considered the test in light of the Federal Court of Appeal's decision in *Atlantic Engraving*.

[14] Apotex submits that the motions Judge does not need to hear the matter *de novo*. It also argues that Pfizer has failed to support its bald assertions that it has met the three-part test for reply evidence.

IV. Standard of Review

[15] It is trite law that discretionary orders of a prothonotary cannot be disturbed by a motions judge unless:

- a. the question(s) raised in the motion are vital to the final issue of the case;
- b. the orders are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or a misapprehension of the facts (*Aqua-Gem*, above; *Merck*, above).

[16] The applicant did not argue that the order under appeal addresses questions that are vital to the final issue of the case. Although the Prothonotary stated that

l'autorisation du dépôt d'éléments qui permettraient au requérant de diviser sa cause.

[13] Apotex soutient que Pfizer n'a pas réussi à établir la distinction qu'elle postule d'avec *Atlantic Engraving*. Rien dans cet arrêt, fait observer la défenderesse, ne donne à penser qu'il ne devrait pas être appliqué à l'examen du point de savoir s'il y a lieu d'autoriser le dépôt de contre-preuve dans une instance relevant du RMB(AC). S'il est vrai que les contre-interrogatoires n'ont pas encore commencé dans le présent litige, la protonotaire, rappelle Apotex, n'en a pas moins conclu que Pfizer disposait des éléments de preuve en question auparavant et qu'il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'autoriser le dépôt de ces éléments à la présente étape. Selon Apotex, la protonotaire n'a pas commis d'erreur en incorporant un quatrième facteur dans le critère à trois volets applicable à la contre-preuve. Elle a plutôt pris ce critère en considération à la lumière des conclusions formulées par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Atlantic Engraving*.

[14] Apotex soutient qu'il n'est pas nécessaire que le juge des requêtes reprenne l'affaire depuis le début. Elle fait en outre valoir que Pfizer n'a pas établi, mais seulement affirmé, qu'elle remplissait le critère à trois volets applicable à la contre-preuve.

IV. La norme de contrôle

[15] C'est une règle de droit bien connue que le juge des requêtes ne peut remettre en cause l'ordonnance rendue par un protonotaire en vertu de son pouvoir discrétionnaire qu'à l'une ou l'autre des deux conditions suivantes :

- a. la ou les questions que soulève la requête ont une influence déterminante sur l'issue du principal;
- b. l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, au sens où le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un mauvais principe ou une mauvaise appréciation des faits (*Aqua-Gem* et *Merck*, précités).

[16] La demanderesse n'a pas allégué que l'ordonnance ici attaquée porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal. Il est

certain issues raised in the proposed affidavit of Dr. Husain raise issues that are critical to the proceedings, it has not been argued that the applicant's ability to raise the issues by way of a reply affidavit is vital to the final issue of the case. The onus therefore remains on the applicant to establish that the Prothonotary's order was clearly wrong.

V. Analysis

[17] Pfizer asserts that the Prothonotary's decision is clearly wrong since the Prothonotary erroneously imported and applied a fourth component into the test for determining whether to grant leave to file reply evidence. The Federal Court appears to be somewhat divided on the question of whether there is a fourth "availability" component to the test for leave to file reply evidence. In the case of *Abbott Laboratories*, above, which Prothonotary Tabib attempts to distinguish in the reasons of her impugned order, Justice Heneghan suggests that the test for leave to file reply evidence is made up of three factors, as identified by *Eli Lilly*, above. In contrast, Justice Beaudry recently held that when the four factors found in *Atlantic Engraving* are met, the Court may allow the filing of additional evidence: *Purdue Pharma v. Novopharm* (2006), 49 C.P.R. (4th) 363 (F.C.), at paragraph 13 (*Purdue*). Prothonotary Tabib has similarly stated in the reasons for her order presently under appeal that *Atlantic Engraving* adds a requirement to consider "availability" in addition to the traditional three-part test articulated in *Eli Lilly*. In the recent decision in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 FC 790, Justice Lemieux upheld a Prothonotary's decision to grant an applicant leave to serve and file a reply affidavit, and referred to both *Eli Lilly* and *Atlantic Engraving*. However, Justice Lemieux decided to uphold a Prothonotary's order to grant leave to file reply evidence on the basis of the difference between reply affidavits and supplementary affidavits, and did not conclusively determine whether there are three or four parts to the test to grant leave to file reply evidence.

vrai que la protonotaire fait observer que certains points traités dans l'affidavit du D^r Husain qu'on voudrait déposer soulèvent des questions d'importance cruciale dans l'instance, mais il n'a pas été soutenu que la possibilité pour la demanderesse de soulever ces questions au moyen d'un affidavit en réponse ait une influence déterminante sur l'issue du principal. Il reste donc à la demanderesse la charge de prouver que l'ordonnance de la protonotaire est entachée d'erreur flagrante.

V. Analyse

[17] Pfizer soutient que la décision de la protonotaire est entachée d'erreur flagrante au motif qu'elle a incorporé à tort une quatrième condition dans le critère utilisé pour établir s'il y a lieu d'autoriser le dépôt de contre-preuve. La Cour fédérale semble dans une certaine mesure partagée sur la question de savoir si ce critère comprend un quatrième facteur, relatif à la « disponibilité » antérieure de la preuve en question. Dans la décision *Abbott Laboratories*, précitée, que la protonotaire Tabib distingue de l'affaire qui nous occupe dans l'exposé des motifs de l'ordonnance attaquée, la juge Heneghan paraît d'avis que le critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve comprend trois facteurs, soit ceux qui sont formulés dans la décision *Eli Lilly*, précitée. Par contre, le juge Beaudry a récemment posé en principe que la Cour peut autoriser le dépôt de preuve complémentaire quand sont remplies les quatre conditions que prévoit *Atlantic Engraving* : *Purdue Pharma c. Novopharm*, 2006 CF 385 (*Purdue*), au paragraphe 13. La protonotaire Tabib fait de même observer dans l'exposé des motifs de l'ordonnance ici contestée que l'arrêt *Atlantic Engraving* ajoute la nécessité de prendre en considération la question de la « disponibilité » aux trois volets du critère traditionnel formulé dans *Eli Lilly*. Dans la récente décision *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* 2006 CF 790, le juge Lemieux, se référant à la fois à *Eli Lilly* et à *Atlantic Engraving*, a confirmé une décision de protonotaire autorisant le requérant à signifier et déposer un affidavit en réponse. Cependant, il l'a fait en se fondant sur la différence qui sépare les affidavits en réponse des affidavits complémentaires et n'a pas établi de manière concluante si le critère applicable aux requêtes en autorisation de

[18] The confusion as to the test to grant leave to file reply evidence arises out of attempts to determine the reach of paragraphs 8 and 9 of the Federal Court of Appeal's *Atlantic Engraving* decision. I reproduce the paragraphs below:

Pursuant to rule 306 of the *Federal Court Rules, 1998*, an applicant has thirty days from the filing of its notice of application to file its supporting affidavits and exhibits (appeals under section 56 of the *Trade-marks Act* fall within Part 5 of the Rules entitled "Applications" (rules 300 to 334) and therefore must be commenced by way of a notice of application). By exception, rule 312 allows a party, with leave of the Court, to file additional affidavits. Under that rule, the Court may allow the filing of additional affidavits if the following requirements are met:

- i) The evidence to be adduced will serve the interests of justice;
- ii) The evidence will assist the Court;
- iii) The evidence will not cause substantial or serious prejudice to the other side (see *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (T.D.); *Robert Mondavi Winery v. Spagnol's Wine & Beer Making Supplies Ltd.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 331 (T.D.)).

Further, an applicant, in seeking leave to file additional material, must show that the evidence sought to be adduced was not available prior to the cross-examination of the opponent's affidavits. Rule 312 is not there to allow a party to split its case and a party must put its best case forward at the first opportunity (see *Salton Appliances (1985) Corp. v. Salton Inc.* (2000), 181 F.T.R. 146, 4 C.P.R. (4th) 491 (T.D.); *Inverhuron & District Ratepayers Assn. v. Canada (Min. of Environment)* (2000), 180 F.T.R. 314 (T.D.)).

[19] Pfizer suggests that the Federal Court of Appeal's comments in paragraph 9 of *Atlantic Engraving* do not apply to PM(NOC) proceedings. There is nothing on the face of the Federal Court of Appeal's decision suggesting that its reasons should not apply with equal force to the PM(NOC) proceedings. Although *Atlantic Engraving* was a trade-marks case, in

dépôt de contre-preuve comprend trois ou quatre conditions.

[18] La confusion concernant le critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve découle des efforts déployés pour préciser la portée des paragraphes 8 et 9 de l'arrêt *Atlantic Engraving* de la Cour d'appel fédérale, qui sont rédigés comme suit :

Conformément à la règle 306 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, un demandeur dispose de trente jours à compter du dépôt de son avis de demande pour déposer les affidavits et les pièces qu'il entend utiliser à l'appui de sa demande (les appels interjetés en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce* relèvent de la Partie 5 des Règles intitulée « Demandes » (règles 300 à 334) et doivent donc être introduits par voie d'avis de demande). Exceptionnellement, la règle 312 prévoit qu'une partie peut, avec l'autorisation de la Cour, déposer des affidavits complémentaires. Aux termes de cette règle, la Cour peut autoriser le dépôt d'affidavits complémentaires lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- i) Les éléments de preuve vont dans le sens des intérêts de la justice;
- ii) Les éléments de preuve aideront la Cour;
- iii) Les éléments de preuve ne causeront pas de préjudice grave à la partie adverse (voir *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (1^{re} inst.); *Robert Mondavi Winery c. Spagnol's Wine & Beer Making Supplies Ltd.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 331 (1^{re} inst.)).

De plus, lorsqu'il sollicite l'autorisation de déposer des documents complémentaires, le demandeur doit démontrer que les éléments de preuve qu'il cherche à produire n'étaient pas disponibles avant le contre-interrogatoire relatif aux affidavits de la partie adverse. Une partie ne peut se servir de la règle 312 pour diviser sa cause et elle est tenue de présenter la meilleure preuve le plus tôt possible (voir *Salton Appliances (1985) Corp. c. Salton Inc.* (2000), 181 F.T.R. 146, 4 C.P.R. (4th) 491 (1^{re} inst.); *Inverhuron & District Ratepayers Assn. c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2000), 180 F.T.R. 314 (1^{re} inst.)).

[19] Pfizer avance que les observations formulées par la Cour d'appel fédérale au paragraphe 9 de l'arrêt *Atlantic Engraving* ne s'appliquent pas aux instances relevant du RMB(AC). Cependant, rien dans l'exposé de motifs de la Cour d'appel fédérale ne donne à penser qu'il ne s'appliquerait pas tout autant aux instances relevant du RMB(AC). Bien que l'arrêt *Atlantic*

my view the Federal Court of Appeal's comments with respect to the rules governing the filing of additional affidavits apply to all motions brought under rule 312.

[20] Pfizer also attempts to limit the reach of *Atlantic Engraving* by suggesting that it only applies to situations where cross-examination has already taken place. Although cross-examinations already occurred in *Atlantic Engraving*, the Federal Court of Appeal's reasoning in paragraph 9 of its decision suggests that a party must put its best case forward at the first opportunity and must not be able to split its case. While this meant that in *Atlantic Engraving* a party had to demonstrate that the evidence it sought to adduce was not available prior to the cross-examination stage, in other cases, a party seeking to adduce evidence may need to show that its evidence was not available at some other earlier date (such as at the time of filing its first affidavit evidence), in order to satisfy the Court that it is not attempting to split its case or is otherwise failing to put its best case forward at the first opportunity. I do not read the Federal Court of Appeal's reasoning as being limited to cases where cross-examination has already taken place. Rather, I extract from *Atlantic Engraving* the general concern that rule 312 should not be used to allow a party to split its case or to delay putting its best case forward.

[21] In sum, I believe that the Federal Court of Appeal's decision in *Atlantic Engraving* dictates that the availability of evidence is an additional factor that must be considered as part of the test for granting leave to file additional affidavit material. While Pfizer submits that such a factor does not apply to PM(NOC) proceedings, in my view the availability of evidence plays an important role in safeguarding the legislative intent, which Prothonotary Tabib accurately described as being "that NOC proceedings should be summary in nature and proceeded with expeditiously."

Engraving portait sur une affaire de marques de commerce, les observations de la Cour d'appel fédérale touchant les règles qui régissent le dépôt d'affidavits complémentaires s'appliquent à mon sens à toutes les requêtes formées sous le régime de la règle 312.

[20] Pfizer essaie aussi de limiter la portée de l'arrêt *Atlantic Engraving* en avançant qu'il ne s'applique qu'aux cas où le contre-interrogatoire a déjà eu lieu. S'il est vrai que les contre-interrogatoires avaient déjà été effectués dans l'affaire *Atlantic Engraving*, le raisonnement de la Cour d'appel fédérale consigné au paragraphe 9 de son exposé de motifs donne à penser qu'une partie est tenue de présenter la meilleure preuve aussitôt que possible et qu'il ne doit pas lui être permis de diviser sa cause. Cela signifiait, dans le contexte d'*Atlantic Engraving*, que le requérant devait démontrer que la preuve qu'il voulait obtenir l'autorisation de produire n'était pas disponible avant l'étape des contre-interrogatoires, mais il peut arriver dans d'autres affaires que le requérant doive établir que sa preuve n'était pas disponible avant une étape antérieure (par exemple, le moment du dépôt de sa preuve par affidavit principale) pour convaincre la Cour qu'il n'essaie pas de diviser sa cause ou ne manque pas autrement à son obligation de présenter la meilleure preuve aussitôt que possible. Je n'interprète pas le raisonnement de la Cour d'appel fédérale comme étant limité aux cas où le contre-interrogatoire a déjà eu lieu. Je constate plutôt que l'arrêt *Atlantic Engraving* exprime le souci général que la règle 312 ne soit pas utilisée pour permettre à une partie de diviser sa cause ou de différer la présentation de la meilleure preuve.

[21] Bref, je pense que l'arrêt *Atlantic Engraving* pose en principe que la disponibilité antérieure de la preuve est un autre facteur qui doit être pris en considération dans le cadre du critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt d'affidavits complémentaires. Pfizer soutient qu'un tel facteur ne s'applique pas aux instances relevant du RMB(AC), mais il me semble que la règle de la disponibilité antérieure de la preuve joue un rôle important dans l'accomplissement de la volonté du législateur, que la protonotaire Tabib a définie avec raison comme étant [TRADUCTION] « que les instances relatives aux AC soient de nature sommaire et expéditive ».

[22] I therefore agree with Justice Beaudry in *Purdue*, above, at paragraphs 12 and 13, that there are four factors to consider before leave to file additional material can be granted pursuant to rule 312:

Rule 312 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 gives the Court a discretionary power to allow parties to file supplementary evidence. In *Mazhero v. Canada (Industrial Relations Board)*, 2002 FCA 295, [2002] F.C.J. No. 1112 (F.C.A.) (QL), Justice John M. Evans wrote that applications for judicial review were summary proceedings that should be determined without undue delay, and that the discretion of the Court to permit the filing of additional material should be exercised with great circumspection.

In *Atlantic Engraving Ltd. v. Lapointe Rosenstein*, 2002 FCA 503, [2002] F.C.J. No 1782 (F.C.A.) (QL), Justice Marc Nadon stated that the Court may allow the filing of additional evidence if the following requirements are met:

- a) the evidence to be adduced will serve the interests of justice;
- b) the evidence will assist the Court;
- c) the evidence will not cause substantial or serious prejudice to the other side;
- d) the evidence was not available at an earlier date. [Emphasis removed.]

[23] It follows that the Prothonotary correctly described the test for granting leave to file reply evidence, and her order was therefore not clearly wrong on this basis.

[24] In short, in my view the Prothonotary did not misconstrue the test for granting leave to file additional evidence pursuant to rule 312 of the *Federal Courts Rules*, nor did she err in her application of the test.

ORDER

THIS COURT ORDERS that the motion is denied with costs.

[22] Je souscris donc aux observations formulées par le juge Beaudry dans *Purdue*, précitée, aux paragraphes 12 et 13, selon lesquelles il y a quatre facteurs à prendre en considération avant de pouvoir autoriser le dépôt de pièces complémentaires sous le régime de la règle 312 :

L'article 312 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'autoriser les parties à déposer des éléments de preuve complémentaires. Dans la décision *Mazhero c. Canada (Conseil canadien des relations industrielles)*, 2002 CAF 295, [2002] A.C.F. n° 1112 (C.A.F.) (QL), le juge John M. Evans a écrit que les demandes de contrôle judiciaire sont des procédures sommaires dont la décision ne devrait pas souffrir de retard injustifié et que le pouvoir discrétionnaire de la Cour de permettre le dépôt de documents additionnels devrait être exercé avec une grande circonspection.

Dans la décision *Atlantic Engraving Ltd. c. Lapointe Rosenstein*, 2002 CAF 503, [2002] A.C.F. n° 1782 (C.A.F.) (QL), le juge Marc Nadon a dit que la Cour peut autoriser le dépôt de preuve complémentaire lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a) Les éléments de preuve vont dans le sens des intérêts de la justice.
- b) Les éléments de preuve aideront la Cour.
- c) Les éléments de preuve ne causeront pas de préjudice grave à la partie adverse.
- d) Les éléments de preuve n'étaient pas disponibles auparavant. [Soulignement omis.]

[23] Il s'ensuit que la protonotaire a défini correctement le critère applicable aux requêtes en autorisation de dépôt de contre-preuve et que son ordonnance n'est donc pas entachée d'erreur flagrante à cet égard.

[24] Bref, à mon sens, la protonotaire n'a commis d'erreur ni dans l'interprétation ni dans l'application du critère auquel est subordonnée l'autorisation de déposer des éléments de preuve complémentaires sous le régime de la règle 312 des *Règles des Cours fédérales*.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la requête soit rejetée avec dépens.

IMM-7131-05
2006 FC 1055

IMM-7131-05
2006 CF 1055

Leonid Ivanov (a.k.a. Leon Ivanov, Leon Id Ivanov, Leoniv Ivanow and Leorid Ivanov) (Applicant)

Leonid Ivanov (alias Leon Ivanov, Leon Id Ivanov, Leoniv Ivanow et Leorid Ivanov) (demandeur)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)

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

INDEXED AS: IVANOV v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : IVANOV c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, Kelen J.—Toronto, August 22; Ottawa, September 1, 2006.

Cour fédérale, juge Kelen—Toronto, 22 août; Ottawa, 1^{er} septembre 2006.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of decision of Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board cancelling 2001 direction staying execution of applicant's removal order, dismissing appeal under former Immigration Act, s. 74(3)(b)(i) (former Act) — Applicant, Georgian, arrived in Canada in 1976 as permanent resident — Minister issuing deportation order in 1999 on basis applicant person described in former Act, s. 27(1)(d) as convicted in Canada of offences punishment for which within s. 27(1)(d) requirements — In appeals under former Act, s. 74(2), (3), IAD must consider all circumstances of individual facing removal including factors identified in Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration) determined in appeal under s. 70(1) — In present case, IAD having to consider applicant's potential foreign hardship, even in absence of full evidence, submission on issue by applicant — IAD not properly considering in reasons applicant's family in Canada, dislocation to family deportation would cause — Evidence established family members sick, dependent on applicant — IAD also not properly considering length of time applicant spent in Canada, degree to which established herein — Application allowed — Question certified.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a annulé son ordre de 2001 de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre le demandeur et a rejeté l'appel interjeté en application de l'art. 74(3)b(i) de la Loi sur l'immigration (l'ancienne Loi) — Le demandeur, un Géorgien, est arrivé au Canada en 1976 à titre de résident permanent — En 1999, le ministre a pris une mesure d'expulsion contre le demandeur au motif qu'il était une personne visée à l'art. 27(1)d de l'ancienne Loi parce qu'il avait été déclaré coupable au Canada de plusieurs infractions pour lesquelles les peines infligées satisfaisaient aux exigences énoncées dans cette disposition — Dans le cas d'appels en vertu des art. 74(2) et (3) de l'ancienne Loi, la SAI doit tenir compte des circonstances particulières de l'espèce pour la personne frappée de renvoi, y compris les facteurs énumérés dans l'affaire Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) dans le cadre d'un appel en vertu de l'art. 70(1) — En l'espèce, la SAI devait prendre en compte les difficultés possibles pour le demandeur à l'étranger, même s'il n'a pas présenté une preuve complète ou des observations sur cette question — La SAI n'a pas adéquatement tenu compte dans ses motifs de la question de savoir si le demandeur possédait de la famille au Canada, et la dislocation qui pourrait résulter si la mesure d'expulsion était exécutée — Preuve démontrant que les membres établis de la famille du demandeur étaient malades et qu'ils dépendaient du demandeur — De même, la SAI n'a pas adéquatement tenu compte du temps que le demandeur a passé au Canada et de son degré d'établissement ici — Demande accueillie — Question certifiée.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la

Refugee Board (Board) cancelling its 2001 direction staying the execution of the applicant's removal order and dismissing his appeal under subparagraph 74(3)(b)(i) of the former *Immigration Act* (former Act). The applicant, a Georgian, arrived in Canada in 1976 as a permanent resident. In 1999, the Minister issued a deportation order against him on the basis that he was a person described in paragraph 27(1)(d) of the former Act for having been convicted in Canada of a number of offences for which a term of imprisonment of more than six months has been or five years or more may be imposed. On appeal under section 70 of the former Act, the Immigration Appeal Division (IAD) of the Board granted a stay of removal for 4 years on 8 conditions, including keeping the peace and being of good behaviour. On application by the respondent, the Board reviewed the stay of removal under subsections 74(2) and (3) of the former Act and section 192 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) in January 2005 and concluded that it should not exercise its discretion to the benefit of the appellant. Although the appellant raised a number of issues of his own (i.e. whether the Board ignored evidence that was important, relevant and contradictory to the Board's disposition; whether it breached its duty of fairness by failing to advise the applicant that the best interests of his child were part of the case to be met; and whether it failed to provide adequate reasons for its decision), the main issue was what factors the IAD must consider in reviewing an appeal under subsections 74(2) and (3) of the former Act and whether it had considered the factors relevant to the applicant.

Held, the application should be allowed.

Whereas the IAD is required to consider "all circumstances" in the case of an appeal under subsection 70(1) of the former Act from a removal order, Parliament did not reproduce this language in subsections 74(2) and (3) under which authority the IAD may cancel a stay of removal and allow or dismiss an appeal commenced under subsection 70(1). On an appeal under subsection 70(1), the IAD has broad discretion to allow permanent residents facing removal to remain in Canada and must consider factors set out by the IAD panel in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, such as family in Canada and the dislocation to the family that deportation would cause, seriousness of the offence, degree to which the appellant is established in Canada, and the degree of hardship the appellant would face

SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a annulé son ordre de 2001 de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre le demandeur et a rejeté l'appel interjeté par ce dernier en application du sous-alinéa 74(3)(b)(i) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* (l'ancienne Loi). Le demandeur, un Géorgien, est arrivé au Canada en 1976 à titre de résident permanent. En 1999, le ministre a pris à son encontre une mesure d'expulsion au motif qu'il était une personne visée à l'alinéa 27(1)(d) de l'ancienne Loi parce qu'il avait été déclaré coupable au Canada de plusieurs infractions pour lesquelles une peine d'emprisonnement de plus de six mois avait été infligée, et une peine d'emprisonnement de plus de cinq ans pouvait l'être. Dans le cadre de l'appel interjeté en application de l'article 70 de l'ancienne Loi, la SAI de la Commission a accordé un sursis de quatre ans à la mesure de renvoi; ce sursis était assorti de huit conditions, notamment de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite. En janvier 2005, à la demande du défendeur, la Commission a réexaminé le sursis au renvoi en application des paragraphes 74(2) et (3) de l'ancienne Loi et de l'article 192 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) et a conclu qu'elle ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'appellant (le demandeur en l'espèce). Bien que le demandeur ait soulevé quelques questions (dont celles de savoir si la Commission avait fait abstraction d'éléments de preuve qui étaient importants, pertinents et incompatibles avec sa décision, si la Commission avait enfreint son obligation d'agir équitablement en n'informant pas le demandeur que l'intérêt supérieur de son enfant constituait un élément de ce qu'il lui fallait démontrer et si la Commission avait fait défaut dans sa décision d'énoncer des motifs suffisants), les principales questions à trancher étaient celles de savoir quels facteurs la SAI devait prendre en compte lors de l'instruction d'un appel en vertu des paragraphes 74(2) et (3) de l'ancienne Loi et de savoir si elle avait ou non pris en compte les facteurs pertinents pour le demandeur.

Jugement : la demande est accueillie.

Après avoir prévu que la SAI doit tenir compte des « circonstances particulières de l'espèce » dans le cas d'un appel interjeté en vertu du paragraphe 70(1) de l'ancienne Loi à l'encontre d'une mesure de renvoi, le législateur n'a pas recouru au même libellé aux paragraphes 74(2) et (3), en vertu desquels la SAI peut annuler le sursis à un renvoi et soit accueillir, soit annuler, un appel interjeté en vertu du paragraphe 70(1). Dans le cas d'un appel interjeté en application du paragraphe 70(1), la SAI dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire d'autoriser des résidents permanents faisant face au renvoi de demeurer au Canada et elle doit tenir compte des facteurs établis par la formation de la SAI dans *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, tels que la famille au Canada et la dislocation qui pourrait

if returned to his country of nationality. However, with respect to subsections 74(2) and (3) of the former Act, case law has established that the IAD must still consider “all the circumstances” of the individual facing removal, which include the factors identified in the *Ribic* decision.

In the case at bar, the IAD did not have regard to all relevant *Ribic* factors raised in the applicant’s case. It did not consider the entirety of the applicant’s evidence supporting his case to remain in Canada, which includes potential foreign hardship he may endure if removed from Canada to Georgia. The IAD was obliged to consider potential foreign hardship as a relevant factor in its reasons for decision even in the absence of the applicant giving full evidence and making submissions on this issue. The applicant in fact testified before the IAD that he would endure hardship if removed to Georgia, leading to the conclusion that he had no connections to Georgia, no relatives, no friends and no means of supporting himself. The IAD also did not adequately consider in its reasons “the family in Canada and the dislocation to the family that deportation would cause”. There was evidence from both the applicant and the applicant’s mother that the deportation would cause the death of his elderly and terminally ill mother, elderly and sick father and sick and dying grandmother who were completely dependent on the applicant for extensive care and help. Also, the IAD did not properly consider the length of time the applicant spent in Canada and the degree to which he was established there, a factor it had to consider according to *Ribic*. Contrary to the Board’s finding, the applicant had much more than “some degree of establishment in Canada”.

The Board did not ignore evidence led by the applicant that was important, relevant and contradictory to the Board’s disposition, such as the evidence regarding the condition imposed that the applicant maintain full-time employment and the condition of maintaining the peace. A tribunal is assumed to have weighed and considered all the evidence presented to it unless the contrary is shown and need not mention each evidentiary minutiae in its reasons provided it considers the totality of evidence. However, a decision maker must refer to and distinguish important, relevant and contradictory evidence or the Court will assume such evidence was ignored.

résulter de la mesure d’expulsion, la gravité de l’infraction, le degré d’établissement du demandeur au Canada, et l’importance des inconvénients qui pourraient être causés au demandeur s’il était renvoyé dans son pays d’origine. Cependant, la jurisprudence démontre, à l’égard des paragraphes 74(2) et (3) de l’ancienne Loi, que la SAI doit toujours tenir compte des « circonstances particulières de l’espèce » pour la personne frappée de renvoi, ce qui comprend les facteurs énumérés dans *Ribic*.

En l’espèce, la SAI n’a pas considéré tous les facteurs de *Ribic* pertinents que le demandeur a fait valoir. La SAI n’a pas pris en compte l’ensemble de la preuve présentée par le demandeur en vue de demeurer au Canada, notamment les difficultés possibles pour lui à l’étranger s’il était renvoyé du Canada vers la Géorgie. La SAI était tenue de prendre en compte les difficultés possibles à l’étranger comme facteur pertinent dans ses motifs de décision même si le demandeur n’a pas présenté une preuve complète ou des observations sur cette question. En fait, lorsque le demandeur a témoigné devant la SAI, il a déclaré qu’il subirait des difficultés s’il était renvoyé en Géorgie, ce qui a mené à la conclusion qu’il n’avait aucun lien à la Géorgie, qu’il n’avait là-bas aucun membre de sa famille, aucun ami et aucun moyen de subsistance. En outre, la SAI n’a pas adéquatement tenu compte dans ses motifs de la question de savoir si le demandeur « possède de la famille au Canada, et la dislocation qui pourrait en résulter si l’ordonnance de déportation était émise ». Il y avait le témoignage tant du demandeur que de la mère du demandeur portant que l’expulsion entraînerait le décès de cette dernière, qui est âgée et en phase terminale, du père du demandeur, qui est âgé et malade ainsi que de sa grand-mère qui est mourante; ces personnes sont entièrement dépendantes du demandeur pour ce qui est de dispenser l’essentiel des soins. De même, la SAI n’a pas adéquatement tenu compte du temps que le demandeur a passé au Canada et de son degré d’établissement ici, facteur dont elle devait prendre en considération selon l’affaire *Ribic*. Contrairement à la conclusion à laquelle la Commission est arrivée, le demandeur avait beaucoup plus qu’un « certain degré d’enracinement au Canada ».

La Commission n’a pas fait abstraction d’éléments de preuve présentés par le demandeur qui étaient importants, pertinents et incompatibles avec sa décision, notamment la preuve relative aux conditions imposées au demandeur pour qu’il conserve un emploi à temps plein et ne trouble pas l’ordre public. Un tribunal est présumé avoir apprécié et pris en compte l’ensemble de la preuve présentée, à moins que le contraire ne soit démontré, et il n’a pas à mentionner chacun des éléments de preuve dans ses motifs, du moment qu’il examine la preuve dans son ensemble. Le décideur doit cependant relever toute la preuve importante, pertinente et contradictoire et y faire référence, faute de quoi la Cour présumera qu’il a fait abstraction de cette preuve.

The Board also did not breach its duty of fairness by failing to advise the applicant that the best interests of his child were part of the case to be met, depriving him of an adequate opportunity to respond. Based on the applicant's testimony and the fact that he did not submit evidence as to the relevance of his child to his establishment in Canada, it was reasonable for the Board to infer that the appellant is not involved with the child and that the best interests of the child would not unduly be affected by the applicant's departure.

Finally, the Board did not fail to provide adequate reasons for its decision. As a general rule, adequate reasons are those that serve the functions for which the duty to provide them was imposed. The decision maker must set out its findings of fact and the principal evidence upon which those findings were based. The reasons must address the major points in issue. In this case, the Board gave adequate reasons which set out the basis on which it concluded the major issues relevant to its decision, such as the applicant's rehabilitation and attitude, the extent of the applicant's non-compliance with the two conditions of the stay of removal allegedly breached and the danger he posed to the public.

The question as to whether the IAD must consider all of the relevant factors raised by the applicant's evidence when the applicant has not presented these factors himself as a basis for staying the deportation order was certified.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(d) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16(E)), 70 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 65; 1995, c. 15, s. 13), 73 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 74 (as am. *idem*; S.C. 1992, c. 49, s. 67).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 68, 192, 197.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL).

De même, la Commission n'a pas enfreint son obligation d'agir équitablement en n'informant pas le demandeur que l'intérêt supérieur de son enfant constituait un élément qu'il lui fallait démontrer, ce qui l'a privé d'une occasion adéquate de répliquer. Compte tenu du témoignage du demandeur et du fait qu'il n'a présenté aucune preuve quant au rôle de son enfant dans son établissement au Canada, il était raisonnable pour la Commission de déduire que l'appelant n'était pas présent dans la vie de cette enfant et que l'intérêt supérieur de cette dernière ne serait pas indûment touché par son interdiction de séjour.

Enfin, la Commission n'a pas fait défaut dans sa décision d'énoncer des motifs suffisants. En règle générale, des motifs sont suffisants lorsqu'ils remplissent les fonctions pour lesquelles l'obligation de motiver a été imposée. Le décideur doit plutôt exposer ses conclusions de fait et les principaux éléments de preuve sur lesquels reposent ses conclusions. Les motifs doivent traiter des principaux points en litige. En l'espèce, la Commission a énoncé des motifs suffisants pour fonder les conclusions qu'elle a tirées relativement aux questions importantes dans le cadre de sa décision, notamment la réadaptation et l'attitude du demandeur, l'ampleur du non-respect, par le demandeur, des deux conditions du sursis prétendument enfreintes et le risque que le demandeur constitue pour le public.

La question de savoir si la SAI est tenue de prendre en compte tous les facteurs pertinents soulevés dans la preuve du demandeur alors que ce dernier n'a pas fait valoir certains de ces facteurs dans ses observations comme motif pour surseoir à la mesure d'expulsion a été certifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)(d) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16(A)), 70 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 65; 1995, ch. 15, art. 13), 73 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), 74 (mod., *idem*; L.C. 1992, ch. 49, art. 67).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 68, 192, 197.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL).

CONSIDERED:

Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; 2002 SCC 3; *Beaumont v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 25 Imm. L.R. (3d) 189; 2002 FCT 1261; *Burgess v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1302 (T.D.) (QL); *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25; (2000), 193 D.L.R. (4th) 357; 26 Admin. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 184 (C.A.).

REFERRED TO:

C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour), [2003] 1 S.C.R. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1; 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38; 2003 SCC 29; *Martin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 183 (F.C.T.D.); *Florea v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 598 (C.A.) (QL); *Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.); *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 63 F.T.R. 312; 20 Imm. L.R. (2d) 296 (F.C.T.D.); *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of a decision ([2001] I.A.D.D. No. 1276 (QL)) of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board cancelling its 2001 direction staying the execution of the applicant's removal order and dismissing his appeal under subparagraph 74(3)(b)(i) of the former *Immigration Act*. Application allowed.

APPEARANCES:

Jeinis S. Patel for applicant.
Lorne McClenaghan for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Ronald Poulton, Mamann & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 84; 2002 CSC 3; *Beaumont c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1261; *Burgess c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1302 (1^{re} inst.) (QL); *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail), [2003] 1 R.C.S. 539; 2003 CSC 29; *Martin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1295 (1^{re} inst.) (QL); *Florea c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 598 (C.A.) (QL); *Hassan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (C.A.F.); *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 63 F.T.R. 312; 20 Imm. L.R. (2d) 296 (C.F. 1^{re} inst.); *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1425 (1^{re} inst.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision ([2001] D.S.A.I. n° 1276 (QL)) par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a annulé son ordre de 2001 de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre le demandeur et a rejeté l'appel interjeté par ce dernier en application du sous-alinéa 74(3)(b)(i) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Jeinis S. Patel pour le demandeur.
Lorne McClenaghan pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Ronald Poulton, Mamann & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] KELENJ.: This is an application for judicial review of the decision dated November 10, 2005 of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board [the Board] which cancelled its 2001 direction staying the execution of the applicant's removal order, and dismissed his appeal under subparagraph 74(3)(b)(i) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the now repealed *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. The applicant has been a permanent resident of Canada for the past 30 years, and is now being deported to Georgia, his country of origin and nationality.

FACTS

[2] The applicant, a 46-year-old male citizen of Georgia, arrived in Canada in 1976 as a permanent resident. On October 5, 1999, the Minister issued a deportation order against the applicant on the basis that he was a person described in paragraph 27(1)(d) [as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16(E)] of the former *Immigration Act* for having been convicted in Canada of an offence for which a term of imprisonment of more than six months has been, or five years or more may be, imposed. *Inter alia*, the applicant was convicted:

1. in 1987 for possession of a weapon, assault causing bodily harm, and obstruction of justice, for which he was sentenced to 15 months' imprisonment and probation;
2. in February 1994 for extortion, mischief, and two counts of uttering threats, for which he was sentenced to concurrent 5-month terms of imprisonment and probation for 3 years; and
3. in September 1997 for trafficking in narcotics, and possession of proceeds of crime, for which he was sentenced to 30-day terms consecutive to the 5 months he was already serving.

[1] LE JUGE KELEN : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision datée du 10 novembre 2005 par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié [la Commission] a annulé son ordre de 2001 de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion prise contre le demandeur et rejeté l'appel interjeté par ce dernier en application du sous-alinéa 74(3)b(i) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, maintenant abrogé. Le demandeur a été résident permanent du Canada pendant les 30 dernières années et il fait maintenant l'objet d'une mesure d'expulsion vers la Géorgie, son pays d'origine et de nationalité.

LES FAITS

[2] Le demandeur, un citoyen de la Géorgie âgé de 46 ans, est arrivé au Canada en 1976 à titre de résident permanent. Le 5 octobre 1999, le ministre a pris à son encontre une mesure d'expulsion au motif qu'il était une personne visée à l'alinéa 27(1)d) [mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16(A)] de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, parce qu'il avait été déclaré coupable au Canada d'une infraction pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été infligé, et une peine d'emprisonnement de plus de cinq ans pouvait l'être. Le demandeur a été reconnu coupable notamment :

1. en 1987, de possession d'arme, de voies de fait causant des lésions corporelles et d'entrave à la justice, infractions pour lesquelles une peine d'emprisonnement de 15 mois et une probation lui ont été infligées;
2. en février 1994, d'extorsion, de méfait et, sous deux chefs d'accusation, de profération de menaces, infractions pour lesquelles il s'est vu infliger des peines concurrentes de cinq mois d'emprisonnement et de trois ans de probation;
3. en septembre 1997, de trafic de stupéfiants et de possession de produits de la criminalité, infractions pour lesquelles il s'est vu infliger des peines de 30 jours, qui ont été purgées consécutivement à la peine de cinq mois qu'il était déjà en train de purger.

Stay of removal

[3] The applicant appealed the removal order under section 70 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 65; 1995, c. 15, s. 13] of the *Immigration Act* to the Immigration Appeal Division (IAD) of the Board. At his appeal hearing on January 15, 2001 [[2001] I.A.D.D. No. 1276 (QL)], the applicant conceded that the deportation order was valid. However, on February 9, 2001, the Board granted the applicant a stay of removal for 4 years, on 8 conditions, that he:

- i. report in person to an immigration officer every 6 months in Toronto;
- ii. report in writing any change of address;
- iii. report in writing any criminal convictions forthwith;
- iv. make reasonable efforts to seek and maintain full-time employment and report forthwith any change in employment;
- v. not knowingly associate with individuals who have a criminal record or who are engaged in criminal activity;
- vi. not own or possess offensive weapons or imitations thereof;
- vii. refrain from the illegal use or sale of drugs; and
- viii. keep the peace and be of good behaviour.

DECISION UNDER REVIEW

[4] On application by the respondent, the Board reviewed the stay of removal pursuant to subsections 74(2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th supp.), c. 28, s. 18] and (3) of the *Immigration Act* and section 192 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) on January 15, 2005. At the hearing, the

Le sursis au renvoi

[3] Le demandeur a interjeté appel de la mesure de renvoi auprès de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission en vertu de l'article 70 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 65; 1995, ch. 15, art. 13] de la *Loi sur l'immigration*. Lors de l'audition de son appel le 15 janvier 2001 [[2001] D.S.A.I. n^o 1276 (QL)], le demandeur a concédé que la mesure d'expulsion était valide. Le 9 février 2001, la Commission a toutefois accordé au demandeur un sursis de quatre ans à l'exécution de la mesure de renvoi, sursis qu'elle a assorti des huit conditions suivantes :

- i. se présenter devant un agent d'immigration tous les six mois à Toronto;
- ii. signaler par écrit tout changement d'adresse;
- iii. signaler par écrit sans délai toute déclaration de culpabilité;
- iv. consentir des efforts raisonnables pour trouver et conserver un emploi à temps plein et signaler sans délai tout changement d'emploi;
- v. ne pas sciemment fréquenter des personnes ayant un casier judiciaire ou s'adonnant à des activités criminelles;
- vi. ne pas être propriétaire ou en possession d'armes offensives ou d'imitations de telles armes;
- vii. s'abstenir de toute consommation illégale ou vente de drogue;
- viii. ne pas troubler l'ordre public et avoir une bonne conduite.

LA DÉCISION SOUS EXAMEN

[4] Le 15 janvier 2005, à la demande du défendeur, la Commission a réexaminé le sursis au renvoi en application des paragraphes 74(2) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] et (3) de la *Loi sur l'immigration* et de l'article 192 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001,

applicant admitted that he breached the stay condition requiring him to keep the peace and be of good behaviour, but submitted that:

1. he met the condition to make reasonable efforts to seek and maintain full-time employment by caring for his parents and grandmother in their home; and

2. there existed sufficient humanitarian and compassionate considerations to warrant special relief.

[5] By decision dated November 10, 2005, pursuant to subparagraph 74(3)(b)(i) of the *Immigration Act*, the Board cancelled the stay of removal and dismissed the applicant's appeal, concluding in its reasons [at paragraphs 15-16]:

... that this is not an appropriate case in which the Division's discretion ought to be continued to the benefit of the appellant.

In coming to this decision the panel considered a number of factors that included, but were not limited to, the degree of establishment of the appellant in Canada; the appellant's rehabilitation and attitude; the extent of his non-compliance with the terms and conditions of the IAD stay; and the danger the appellant poses to the Canadian public.

ISSUES

[6] The issues raised by the applicant are:

1. Did the Board ignore evidence led by the applicant that was important, relevant and contradictory to the Board's disposition?;

2. Did the Board breach its duty of fairness by failing to advise the applicant that the best interests of his child were part of the case to be met, depriving him of an adequate opportunity to respond?; and

3. Did the Board fail to provide adequate reasons for its decision?

ch. 27 (la LIPR). À l'audience, le demandeur a admis ne pas avoir respecté la condition du sursis l'obligeant à ne pas troubler l'ordre public et à avoir une bonne conduite. Il a toutefois soutenu

1. avoir respecté la condition de consentir des efforts raisonnables pour obtenir et conserver un emploi à temps plein en apportant des soins au foyer à ses parents et à sa grand-mère;

2. qu'il y avait des motifs d'ordre humanitaire suffisants pour justifier la prise de mesures spéciales.

[5] Dans sa décision datée du 10 novembre 2005, la Commission a, en application du sous-alinéa 74(3)b)(i) de la *Loi sur l'immigration*, annulé le sursis au renvoi et rejeté l'appel du demandeur, en énonçant dans ses motifs les conclusions suivantes [aux paragraphes 15 et 16] :

[...] il ne s'agit pas d'un cas dans lequel le pouvoir discrétionnaire de la Section devrait continuer d'être exercé en faveur de l'appellant.

En rendant cette décision, le tribunal a tenu compte de nombreux facteurs qui comprenaient, sans s'y limiter, le degré d'enracinement de l'appellant au Canada, la réadaptation et l'attitude de l'appellant, l'ampleur du non-respect, par ce dernier, des conditions du sursis de la SAI et le risque que l'appellant constitue pour le public canadien.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[6] Le demandeur a soulevé les questions qui suivent.

1. La Commission a-t-elle fait abstraction d'éléments de preuve présentés par le demandeur qui étaient importants, pertinents et incompatibles avec sa décision?

2. La Commission a-t-elle enfreint son obligation d'agir équitablement en n'informant pas le demandeur que l'intérêt supérieur de son enfant constituait un élément de ce qu'il lui fallait démontrer, ce qui l'a privé d'une occasion adéquate de répliquer?

3. La Commission a-t-elle fait défaut dans sa décision d'énoncer des motifs suffisants?

STANDARD OF REVIEW

[7] The Court will review the Board's findings of fact on a patently unreasonable standard. The question of procedural fairness is one the Court must decide as a matter of law on a correctness standard (see *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, at paragraph 100). Accordingly, the Court will review the first issue on a standard of patent unreasonableness and will review the remaining issues on a correctness standard.

RELEVANT LEGISLATION

[8] The legislation relevant to this case is:

1. the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA); and
2. the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (repealed by S.C. 2001, c. 27, s. 274).

The relevant excerpts of these statutes are reproduced following these reasons at Appendix "A".

ANALYSIS

[9] Before the Court considers the three issues raised by the applicant, this analysis will set out the legal nature of a review by the Appeal Division of the terms of a stay of execution of a deportation order pursuant to subsections 74(2) and (3) of the former *Immigration Act*.

[10] Whereas the IAD is required to consider "all circumstances" in the case of an appeal under subsection 70(1) of the *Immigration Act* from a removal order, Parliament did not reproduce this language in subsections 74(2) and (3), under which authority the IAD may cancel a stay of removal and allow or dismiss an appeal commenced under subsection 70(1). Accordingly, the question is what factors must the IAD consider in reviewing an appeal under subsections 74(2) and (3), and did the IAD in this case consider the factors relevant to the applicant? The Court raises this question *ex proprio motu* (of its own initiative).

LA NORME DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[7] La Cour examinera les conclusions de fait de la Commission selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. La question de l'équité procédurale en est une à laquelle la Cour doit appliquer, en tant que question de droit, la norme de la décision correcte (se reporter à cet égard à *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, au paragraphe 100). La Cour, par conséquent, examinera la première question en litige selon la norme de la décision manifestement déraisonnable, et les autres questions selon celle de la décision correcte.

LES LOIS PERTINENTES

[8] En l'espèce, les lois pertinentes sont

1. la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR);
2. la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (abrogée par L.C. 2001, ch. 27, art. 274).

Les dispositions pertinentes de ces lois sont reproduites après les présents motifs à titre d'annexe « A ».

ANALYSE

[9] Avant d'examiner les trois questions soulevées par le demandeur, la Cour exposera dans la présente analyse quelle est la nature juridique d'un réexamen par la Section d'appel des conditions d'un sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion en application des paragraphes 74(2) et (3) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*.

[10] Après avoir prévu que la SAI doit tenir compte des « circonstances particulières de l'espèce » dans le cas d'un appel interjeté en vertu du paragraphe 70(1) de la *Loi sur l'immigration* à l'encontre d'une mesure de renvoi, le législateur n'a pas recouru au même libellé aux paragraphes 74(2) et (3), en vertu desquels la SAI peut annuler le sursis à un renvoi et soit accueillir, soit annuler, un appel interjeté en vertu du paragraphe 70(1). La question à trancher est donc celle de savoir quels facteurs la SAI doit prendre en compte lors de l'instruction d'un appel en vertu des paragraphes 74(2) et (3) et de savoir si, en l'espèce, la SAI a ou non pris en

compte les facteurs pertinents pour le demandeur. La Cour soulève cette question *ex proprio motu* (de son propre chef).

(a) Appeals under subsection 70(1) of the Immigration Act

[11] The Supreme Court of Canada in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84 held that on an appeal to the IAD under subsection 70(1) of the *Immigration Act* from a removal order:

(i) the onus lies on the individual facing removal to establish the case for him or her to remain in Canada;

(ii) Parliament intended the IAD to have a broad discretion to allow permanent residents facing removal to remain in Canada if it would be equitable to do so;

(iii) the IAD is entitled to consider potential foreign hardship when exercising its discretionary jurisdiction under paragraph 70(1)(b), provided that the likely country of removal has been established by the individual being removed on a balance of probabilities; and

(iv) the factors set out by the IAD in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL) remain the proper ones to consider during an appeal under paragraph 70(1)(b).

These principles were set out by Iacobucci J., writing for the Supreme Court in *Chieu*, at paragraphs 57, 66, 90 and 91:

Second, in appeals under the I.A.D.'s discretionary jurisdiction, the onus has always been on the individual facing removal to establish why he or she should be allowed to remain in Canada. If the onus is not met, the default position is removal. Non-citizens do not have a right to enter or remain in Canada: *Chiarelli*, *supra*, at p. 733, *per* Sopinka J. See also *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 189, *per* Wilson J.; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 834, *per* La Forest J.; and *Dehghani v. Canada (Minister of*

a) Les appels interjetés en vertu du paragraphe 70(1) de la Loi sur l'immigration

[11] Dans *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, la Cour suprême du Canada a statué que, dans le cas d'un appel à l'encontre d'une mesure de renvoi interjeté auprès de la SAI en application du 70(1) de la *Loi sur l'immigration* :

i) il est à la charge de l'individu frappé de renvoi d'établir les raisons pour lesquelles il devrait être autorisé à demeurer au Canada;

ii) le législateur voulait que la SAI ait un vaste pouvoir discrétionnaire d'autoriser des résidents permanents faisant face au renvoi de demeurer au Canada s'il était équitable de le faire;

iii) la SAI a le droit d'examiner les difficultés possibles à l'étranger lorsqu'elle exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'alinéa 70(1)b), pourvu que le pays de destination probable ait été établi par l'individu renvoyé, selon la prépondérance des probabilités;

iv) les facteurs énoncés par la SAI dans *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL), demeurent les facteurs à considérer dans un appel interjeté en vertu de l'alinéa 70(1)b).

S'exprimant au nom de la Cour, le juge Iacobucci a énoncé ces principes dans *Chieu*, aux paragraphes 57, 66, 90 et 91 :

Deuxièmement, dans les appels relevant de la compétence discrétionnaire de la S.A.I., il a toujours été à la charge de l'individu frappé de renvoi d'établir les raisons pour lesquelles il devrait être autorisé à demeurer au Canada. S'il ne s'acquitte pas de cette charge, la mesure prise par défaut est le renvoi. Les non-citoyens n'ont pas de droit d'entrer ou de s'établir au Canada : *Chiarelli*, précité, p. 733, le juge Sopinka. Voir aussi *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 189, le juge Wilson; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 834, le juge

Employment and Immigration), [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1070. In general, immigration is a privilege not a right, although refugees are protected by the guarantees provided by the 1951 *Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6, entered into force April 22, 1954, entered into force for Canada September 2, 1969 (the “1951 Geneva Convention”), and the *Protocol relating to the Status of Refugees*, 606 U.N.T.S. 267, entered into force October 4, 1967, entered into force in Canada June 4, 1969. As Martland J. stated for this Court in *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, at p. 380, a removal order “establishes that, in the absence of some special privilege existing, [an individual subject to a lawful removal order] has no right whatever to remain in Canada. [An individual appealing a lawful removal order] does not, therefore, attempt to assert a right, but, rather, attempts to obtain a discretionary privilege”.

...

Parliament intended the I.A.D. to have a broad discretion to allow permanent residents facing removal to remain in Canada if it would be equitable to do so. This is apparent from the open-ended wording of s. 70(1)(b), which does not enumerate any specific factors to be considered by the I.A.D. when exercising its discretion under this provision. The ability to quash or stay removal orders based on ameliorating or compassionate factors was granted to the I.A.D. partially as a result of the removal of the domicile provisions from the Act in 1977. The object of s. 70(1)(b) is to give the I.A.D. the discretion to determine whether a permanent resident should be removed from Canada. This is, admittedly, an unusual provision in that it gives the I.A.D. considerable discretionary power in dealing with the removal of permanent residents. But granting this discretionary power was a decision of Parliament. If Parliament is now concerned that such a broad grant of administrative discretion has been made, it is open to Parliament to amend the legislation.

...

For these reasons, the I.A.D. is entitled to consider potential foreign hardship when exercising its discretionary jurisdiction under s. 70(1)(b) of the Act, provided that the likely country of removal has been established by the individual being removed on a balance of probabilities. The Minister should facilitate the determination of the likely country of removal before the I.A.D. whenever possible, as this improves the efficient functioning of the Act. The factors set out in *Ribic*, *supra*, remain the proper ones for the I.A.D. to consider during an appeal under s. 70(1)(b). On such an appeal, the onus is on the individual facing removal to

La Forest; et *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1070. En règle générale, l'immigration est un privilège, et non un droit, quoique les réfugiés soient protégés par les garanties de la *Convention relative au statut des réfugiés*, R.T. Can. 1969 n° 6, de 1951 (« *Convention de Genève de 1951* »), entrée en vigueur le 22 avril 1954, et mise en vigueur au Canada le 2 septembre 1969, et le *Protocole relatif au Statut des Réfugiés*, 606 R.T.N.U. 267, entré en vigueur le 4 octobre 1967, et mis en vigueur au Canada le 4 juin 1969. Le juge Martland, au nom de la Cour, dit dans *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, p. 380, qu'une mesure de renvoi « établit que, s'il ne peut bénéficier d'aucun privilège particulier, [l'individu faisant appel d'une mesure de renvoi légitime] n'a aucun droit à demeurer au Canada. Par conséquent, [l'intéressé] ne cherche pas à faire reconnaître un droit, mais il tente plutôt d'obtenir un privilège discrétionnaire ».

[. . .]

Le législateur voulait que la S.A.I. ait un vaste pouvoir discrétionnaire d'autoriser des résidents permanents faisant face au renvoi de demeurer au Canada s'il était équitable de le faire. Cela ressort de la formulation non limitative de l'al. 70(1)(b), qui n'énumère aucun facteur précis dont la S.A.I. doit tenir compte lorsqu'elle exerce le pouvoir discrétionnaire qu'il confère. La capacité d'annuler et de suspendre les mesures de renvoi pour des raisons de clémence et d'ordre humanitaire a été accordée à la S.A.I. en partie parce que les dispositions relatives au domicile ont été retirées de la Loi en 1977. L'objet de l'al. 70(1)(b) est de donner à la S.A.I. le pouvoir discrétionnaire de déterminer si un résident permanent doit être renvoyé du Canada. Il faut admettre que c'est une disposition inusitée puisqu'elle confère à la S.A.I. un pouvoir discrétionnaire considérable en matière de renvoi de résidents permanents. Mais c'est le législateur qui a décidé de conférer ce pouvoir discrétionnaire. S'il est préoccupé par l'existence d'un pouvoir discrétionnaire administratif si large, il lui est loisible de modifier la loi.

[. . .]

Pour ces motifs, la S.A.I. a le droit d'examiner les difficultés possibles à l'étranger lorsqu'elle exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'al. 70(1)(b) de la Loi, pourvu que le pays de destination probable ait été établi par l'individu renvoyé, selon la prépondérance des probabilités. Le ministre devrait faciliter la détermination du pays de destination probable devant la S.A.I. chaque fois que cela est possible pour favoriser l'application efficace de la Loi. Les facteurs énoncés dans *Ribic*, précité, demeurent les facteurs à considérer par la S.A.I. dans un appel en vertu de l'al. 70(1)(b). Dans le cadre d'un tel appel, il incombe à l'individu faisant

establish exceptional reasons as to why they should be allowed to remain in Canada. As the I.A.B. stated in *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] I.A.D.D. No. 22 (QL), the making of such a discretionary decision involves “the exercising of a special or extraordinary power which must be applied objectively, dispassionately and in a *bona fide* manner after carefully considering relevant factors” (p. 2).

In the instant case, the I.A.D. did not determine whether the appellant had established a likely country of removal. The appeal is therefore allowed with costs.

(b) Review of appeals under subsections 74(2) and (3) of the *Immigration Act*

[12] While the Supreme Court in *Chieu*, above, did not state which factors the IAD must consider when vacating a stay of removal under subsections 74(2) and (3) of the *Immigration Act*, the jurisprudence from this Court establishes that the IAD must still consider “all the circumstances” of the individual facing removal (see *Martin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 183 (F.C.T.D.), at paragraph 18, *per* MacKay J.; *Burgess v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1302 (T.D.) (QL), at paragraph 17, *per* Nadon J.; and more recently *Beaumont v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 25 Imm. L.R. (3d) 189 (F.C.T.D.), at paragraph 23, *per* Snider J.). In *Beaumont*, my colleague Madam Justice Snider stated at paragraphs 22-23:

Both parties agreed that the IAD, in deciding whether to vacate a stay, should consider all of the circumstances of the case. As accepted by Nadon, J. in the *Burgess* decision:

The Appeal Division, correctly in my view, at pages 7 and 8 of its reasons, sets out the question for determination:

. . . What is before the panel is whether it should exercise its discretion under paragraph 74(3)(b) of the Act. All of the circumstances of the case includes the respondent’s initial situation, his new convictions and his situation since his stay.

face au renvoi d’établir les motifs exceptionnels pour lesquels on devrait lui permettre de demeurer au Canada. Comme la C.A.I. le dit dans *Grewal c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1989] D.S.A.I. n° 22 (QL), la prise d’une telle décision discrétionnaire comporte « l’exercice d’un pouvoir spécial ou extraordinaire qui doit être appliqué de façon objective, sans parti pris et de bonne foi, après un examen attentif des facteurs pertinents » (p. 2).

En l’espèce, la S.A.I. n’a pas déterminé si l’appelant avait établi un pays de destination probable. Le pourvoi est donc accueilli avec dépens.

b) L’instruction d’appels en vertu des paragraphes 74(2) et (3) de la *Loi sur l’immigration*

[12] Bien que la Cour suprême n’ait pas précisé dans *Chieu*, quels facteurs la SAI doit prendre en compte lorsqu’elle examine s’il convient d’annuler le sursis d’une mesure de renvoi en vertu des paragraphes 74(2) et (3) de la *Loi sur l’immigration*, la Cour a établi dans diverses décisions que la SAI devait alors toujours tenir compte des « circonstances particulières de l’espèce » pour la personne frappée de renvoi (voir *Martin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1295 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 18, le juge MacKay; *Burgess c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1302 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 17, le juge Nadon et, plus récemment, *Beaumont c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CFPI 1261, au paragraphe 23, la juge Snider). Ma collègue la juge Snider a déclaré ce qui suit dans *Beaumont*, aux paragraphes 22 et 23 :

Les deux parties conviennent qu’en vue de décider d’annuler ou non un sursis, la SAI doit tenir compte des circonstances particulières de l’espèce. Le juge Nadon l’a ainsi reconnu dans la décision *Burgess* :

La section d’appel énonce la question à régler aux pages 7 et 8 de sa décision, d’une façon correcte à mon avis :

[TRADUCTION]

[. . .] Il s’agit de savoir si la formation doit exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l’alinéa 74(3)(b) de la Loi. Eu égard aux circonstances particulières de l’espèce, il faut notamment tenir compte de la situation initiale de l’intimé, des nouvelles condamnations et de la situation dans laquelle l’intimé se trouve depuis que le sursis a été accordé.

The question is whether the IAD considered all of the circumstances.

[13] In *Burgess*, above, Mr. Justice Nadon held that “all of the circumstances” include the factors identified by the IAD panel in the *Ribic* decision, above. In *Burgess*, Nadon J. set out the *Ribic* factors at paragraph 16:

- (1) the seriousness of the offence leading to the deportation order;
- (2) the possibility of rehabilitation;
- (3) the length of time spent in Canada and the degree to which the appellant is established here;
- (4) the family in Canada and the dislocation to the family that deportation would cause;
- (5) the support available to the appellant, not only within the family but also within the community;
- (6) the degree of hardship that would be caused to the appellant by his return to his country of nationality.

(c) The IAD decision under review in the case at bar

[14] In the case at bar, the IAD did not have regard to all relevant *Ribic* factors raised in the applicant’s case. The IAD did not consider the entirety of the applicant’s evidence supporting his case to remain in Canada, which includes potential foreign hardship which he may endure if removed from Canada to Georgia, his country of nationality.

[15] The question in the case at bar is whether the IAD was obliged to consider the applicant’s potential foreign hardship, a *Ribic* factor, in the absence of the applicant giving full evidence and making submissions on this issue. The applicant testified before the IAD that he would endure hardship if removed to Georgia. The IAD had a duty to address potential foreign hardship as a relevant factor in its reasons for decision. Once again, the Court has raised this issue *ex proprio motu*, and

Il s’agit donc de se demander si la SAI a bien pris en compte les circonstances particulières de l’espèce.

[13] Dans *Burgess*, le juge Nadon a statué que les « circonstances particulières de l’espèce » comprennent les facteurs établis par la formation de la SAI dans *Ribic*. Il énonce ainsi ces facteurs au paragraphe 16 de sa décision :

- 1) la gravité de l’infraction donnant lieu à l’ordonnance de déportation;
- 2) la possibilité de réhabilitation;
- 3) le temps passé au Canada et le degré d’établissement du requérant au Canada;
- 4) si le requérant possède de la famille au Canada, et la dislocation qui pourrait en résulter si l’ordonnance de déportation était émise;
- 5) le soutien dont dispose le requérant, non seulement dans sa famille, mais aussi dans son entourage;
- 6) l’importance des inconvénients qui pourraient être causés au requérant s’il devait être retourné dans son pays d’origine.

(c) La décision de la SAI à l’examen en l’espèce

[14] En l’espèce, la SAI n’a pas considéré tous les facteurs de *Ribic* pertinents que le demandeur a fait valoir. La SAI n’a pas pris en compte l’ensemble de la preuve présentée par le demandeur en vue de demeurer au Canada, notamment les difficultés possibles pour lui à l’étranger s’il était renvoyé du Canada vers la Géorgie, son pays de nationalité.

[15] La question en l’espèce est celle de savoir si la SAI était ou non tenue de prendre en compte les difficultés possibles à l’étranger—facteur énoncé dans *Ribic*—du demandeur alors que ce dernier n’a pas présenté une preuve complète non plus que des observations sur cette question. Lorsqu’il a témoigné devant la SAI, le demandeur a déclaré qu’il subirait des difficultés en cas de renvoi en Géorgie. La SAI avait l’obligation de traiter, dans les motifs de sa décision, les

invited the parties to make submissions on the issue of “foreign hardship”.

[16] The applicant testified at the hearing as follows (page 233 and following in the certified tribunal record):

COUNSEL: Let’s say, let’s say you get deported tomorrow. What happens to them?

APPELLANT: What happens to them? What happens to me?

COUNSEL: What I’m asking is what happens to them if you’re not here?

APPELLANT: They will die probably. Die and that’s it. Everything we ever worked for, everything my parents ever created, everything will go to nothing. Everything will be just a big loss, a big waste.

COUNSEL: Okay. Look, I understand that. But I’m more interested in the more immediate aftermath. Okay? What I want to know is, you get deported, what happens to provisions of the daily care of your mother and grandmother?

APPELLANT: There’s going to be no care. They’re probably going to end up dying and that’s it. There’s going to be nothing there. And to be quite honest, you know, you guys decide to deport me, why don’t you just—you know, I don’t even want to live. I don’t really want to think about that. You know —

COUNSEL: Why not?

APPELLANT: If I have to be deported, there is no use of—there is no other country I know. This is the only thing, I lived here, I grew up, this is the people I love and the country I know. And if I have to be deported, then I don’t even think I want to live, to be honest. There is no, no—there is nothing there no more for me.

difficultés possibles à l’étranger en tant que facteur pertinent. Comme je l’ai déjà dit, la Cour a soulevé la question *ex proprio motu* et a convié les parties à lui présenter des observations relativement aux « difficultés à l’étranger ».

[16] Voici un extrait du témoignage du demandeur lors de l’audience (page 233 et suivantes du dossier certifié du tribunal) :

[TRADUCTION]

AVOCAT : Supposons, supposons que vous soyez expulsé demain. Qu’est-ce qui leur arrive?

APPELLANT : Qu’est-ce qu’il leur arrive? Plutôt qu’est-ce qu’il m’arrive?

AVOCAT : Ce que je demande, c’est ce qu’il leur arrive à eux si vous n’êtes pas ici.

APPELLANT : Ils vont probablement mourir. Tout simplement mourir. Tout ce pour quoi nous avons travaillé, tout ce que mes parents ont pu créer aura été fait en vain. Tout sera une pure perte.

AVOCAT : Bon. Je comprends cela. Mais je suis davantage intéressé par les répercussions plus immédiates. Ça va? Ce que je veux savoir c’est ce qui arrivera, si vous êtes expulsé, quant aux soins quotidiens dispensés à votre mère et à votre grand-mère.

APPELLANT : Il n’y aura aucuns soins. Ils vont probablement tout simplement mourir. Il n’y aura rien. Et pour être bien honnête, vous savez, si vous décidez de m’expulser, pourquoi ne pas simplement—vous savez, je ne veux même pas vivre. Je ne veux pas vraiment y penser. Vous savez —

AVOCAT : Pourquoi pas?

APPELLANT : Si je dois être expulsé, ça ne sert à rien—il n’y a pas un autre pays que je connaisse. C’est la seule chose. J’ai vécu ici, j’ai grandi ici, ce sont les gens que j’aime et le pays que je connais. Et si je suis expulsé, je crois que je ne veux même pas vivre pour être bien honnête. Il n’y a rien, rien de plus pour moi.

In the Court's reading of the transcript and understanding of the applicant, the applicant may have no connections to Georgia, no relatives, no friends, and no means of supporting himself. This should have been explored at the hearing. The degree of hardship that would be caused to the applicant by his deportation to Georgia is one of the six factors which the Appeal Division is obliged to consider. It was raised by the applicant in his evidence, but not presented as a factor by the applicant's counsel. I do not think that this excuses the Appeal Division from considering this factor in its reasons, but I will certify a question on this subject.

[17] Another *Ribic* factor which the Appeal Division did not adequately consider in its reasons is "the family in Canada and the dislocation to the family that deportation would cause". There was evidence from both the applicant and the applicant's mother that the deportation would cause the death of his elderly and terminally ill mother, elderly and sick father, and sick and dying 97-year-old grandmother. The Appeal Division stated at paragraph 33 of its reasons that moving the applicant from Canada would:

. . . wreak some emotional hardship on him and his mother, these considerations do not outweigh the many negative factors that are present.

With respect, the panel has understated this effect. These people are completely dependent on the applicant for grocery shopping, housecleaning and extensive care. He is the only able-bodied person in the condominium. The evidence is that there is so much work in this home with these three elderly and sick people that no employed homecare provider would endure if their son, the applicant, did not perform most of the work in the home, in addition to his employment outside the home.

Selon l'interprétation que la Cour donne à la transcription et selon ce qu'elle comprend du demandeur, il se pourrait que ce dernier n'ait aucun lien avec la Géorgie, qu'il n'ait là-bas aucun membre de sa famille, aucun ami et aucun moyen de subsistance. Cette question aurait dû être examinée à l'audience. L'importance des inconvénients qui pourraient être causés au demandeur s'il était expulsé en Géorgie est l'un des six facteurs que la Section d'appel est tenue de prendre en compte. Le demandeur a soulevé cette question dans son témoignage, mais son avocat ne l'a pas fait valoir en tant que facteur. Je ne crois pas que cela excuse la Section d'appel de ne pas avoir pris en compte ce facteur dans ses motifs, et je vais certifier une question à ce sujet.

[17] Un autre facteur énoncé dans *Ribic* dont la Section d'appel n'a pas adéquatement tenu compte dans ses motifs, c'est la question de savoir « si le requérant possède de la famille au Canada, et la dislocation qui pourrait en résulter si l'ordonnance de déportation était émise ». Il y avait le témoignage tant du demandeur que de la mère du demandeur portant que l'expulsion entraînerait le décès de cette dernière, qui est âgée et en phase terminale, du père du demandeur, qui est âgé et malade, ainsi que de sa grand-mère, qui est âgée de 97 ans et est mourante. La Section d'appel a déclaré, au paragraphe 33 de ses motifs, que le renvoi du Canada du demandeur allait

[. . .] entraîner des difficultés émotionnelles pour lui et la mère de ce dernier, [malgré quoi] ces considérations ne l'ont pas emporté sur les nombreux facteurs défavorables existants.

J'estime, en toute déférence que le tribunal a sous-estimé cette répercussion. Les personnes concernées sont entièrement dépendantes du demandeur pour ce qui est de faire l'épicerie et l'entretien ménager et de dispenser l'essentiel des soins. Le demandeur est la seule personne valide dans le condominium. Selon la preuve, il y a tant de travail à faire à la maison avec ces trois personnes âgées et malades qu'aucun dispensateur de soins à domicile salarié ne supporterait la tâche si le demandeur n'effectuait pas la plus grande part de ce qu'il y a à faire à la maison, en plus d'occuper un emploi à l'extérieur.

[18] Another *Ribic* factor which must be considered by the Appeal Division is the “length of time spent in Canada and the degree to which the applicant is established here”. The IAD held at paragraph 18:

. . . the panel finds the appellant to have some degree of establishment in Canada.

With respect, the applicant has more than “some degree of establishment in Canada”. Canada is the only country where the applicant is established. Accordingly, he has much more than “some degree of establishment in Canada”. He has not established himself anywhere else.

[19] The question of whether the IAD considered all relevant factors in its decision to cancel the stay is a question of law reviewable on a correctness standard (see the decision of Madam Justice Snider in *Beaumont v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, at paragraphs 19 to 21).

[20] Since the Court has found that the IAD did not properly consider all relevant factors in its decision to cancel the stay, the Court will allow the judicial review and remit the matter to the IAD to be redetermined by a different panel. In weighing these factors, the IAD may, or may not, decide that these factors outweigh the factors which favour the cancellation of the stay.

[21] In the alternative, I will review the three issues raised by the applicant at the hearing. These issues are illustrative of the fact that this hearing focussed on the circumstances with respect to the breach of two of the conditions of the 2001 stay of the execution of the deportation order. The IAD, and the parties did not appreciate that all the circumstances regarding the applicant were factors which the Appeal Division must consider in this review.

[18] Un autre facteur de *Ribic* dont la Section d’appel doit tenir compte, c’est « le temps passé au Canada et le degré d’établissement du [demandeur] au Canada ». À cet égard, la SAI a tiré la conclusion suivante (au paragraphe 18) :

[. . .] le tribunal détermine que l’appelant a un certain degré d’enracinement au Canada.

En toute déférence encore une fois, j’estime que le demandeur a davantage qu’un « certain degré d’enracinement au Canada ». Le Canada, en effet, est le seul pays où le demandeur soit établi. Il a donc plus qu’un « certain degré d’enracinement au Canada », puisqu’il n’est établi nulle part ailleurs.

[19] La question de savoir si la SAI a considéré tous les facteurs pertinents dans sa décision d’annuler le sursis est une question de droit qui appelle la norme de la décision correcte (se reporter à la décision de la juge Snider dans *Beaumont c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, aux paragraphes 19 à 21).

[20] Comme elle a conclu que la SAI n’a pas pris en compte valablement tous les facteurs pertinents dans sa décision d’annuler le sursis, la Cour accueillera la demande de contrôle judiciaire et renverra l’affaire à la SAI pour qu’un tribunal différemment constitué rende une nouvelle décision. Lorsque la SAI appréciera les facteurs en cause, il lui sera loisible de décider si ceux-ci l’emportent ou non sur les facteurs favorisant l’annulation du sursis.

[21] Je vais maintenant examiner de manière subsidiaire les trois questions soulevées par le demandeur à l’audience. Ces questions font voir que l’audience devant la Cour portait principalement sur les circonstances entourant la violation de deux des conditions du sursis de 2001 à l’exécution de la mesure d’expulsion. La SAI, de même que les parties, n’avaient pas compris que l’ensemble des circonstances particulières au demandeur étaient des facteurs devant être pris en compte par la Section d’appel lors de son instruction.

Issue No. 1: Did the Board ignore evidence led by the applicant that was important, relevant and contradictory to the Board's disposition?

[22] The applicant submits that the Board ignored the applicant's oral evidence in respect of:

(a) the condition that he make reasonable efforts to maintain full-time employment during the stay of removal period; and

(b) the reason for his custodial sentence on conviction of assaulting his mother.

The respondent submits, and the Court agrees, that the Board considered and weighed the applicant's evidence before reasonably concluding that the applicant breached the conditions of his stay of removal.

[23] A tribunal is assumed to have weighed and considered all the evidence presented to it unless the contrary is shown (*Florea v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 598 (C.A.) (QL), at paragraph 1), and need not mention each evidentiary minutiae in its reasons, provided it considers the totality of evidence (*Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.)). However, a decision maker must refer to and distinguish important, relevant and contradictory evidence, or else the Court will assume such evidence was ignored (see *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 63 F.T.R. 312 (F.C.T.D) and *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), at paragraph 17).

(a) Condition of reasonable efforts to maintain full-time employment

[24] The Board did not ignore the applicant's evidence that he believed his household duties caring for

1^{re} question en litige : La Commission a-t-elle fait abstraction d'éléments de preuve présentés par le demandeur qui étaient importants, pertinents et incompatibles avec sa décision?

[22] Le demandeur soutient que la Commission n'a pas tenu compte de son témoignage oral quant

a) à la condition de consentir des efforts raisonnables pour conserver un emploi à temps plein pendant la période de sursis du renvoi, et

b) au motif de sa peine d'emprisonnement lorsqu'il a été reconnu coupable de voies de fait sur sa mère.

Le défendeur soutient pour sa part, et la Cour convient, que la Commission a bel et bien pris en compte et apprécié le témoignage du demandeur avant de tirer comme conclusion raisonnable que ce dernier avait enfreint les conditions du sursis à son renvoi.

[23] Un tribunal est présumé avoir apprécié et pris en compte l'ensemble de la preuve présentée, à moins que le contraire ne soit démontré (*Florea c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 598 (C.A.) (QL), au paragraphe 1), et il n'a pas à mentionner chacun des éléments de preuve dans ses motifs, du moment qu'il examine la preuve dans son ensemble (*Hassan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (C.A.F.)). Le décisionnaire doit cependant relever toute la preuve importante, pertinente et contradictoire et y faire référence, faute de quoi la Cour présumera qu'il a fait abstraction de cette preuve (se reporter à *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 63 F.T.R. 312 (C.F. 1^{re} inst.), et *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1425 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 17).

a) La condition de consentir des efforts raisonnables pour conserver un emploi à temps plein

[24] La Commission n'a pas fait abstraction du témoignage du demandeur selon lequel il estimait que

his parents and grandmother met the condition of making a reasonable effort to maintain full-time employment. At paragraphs 12 to 25 of its reasons, the Board stated:

The appellant provided extensive testimony about his role in the family, which he said included virtually providing total care for his grandmother who is physically incapacitated and upkeep of the family's home.

...

In coming to this decision the panel considered a number of factors that included, but were not limited to, the degree of establishment of the appellant in Canada; the appellant's rehabilitation and attitude; the extent of his non-compliance with the terms and conditions of the IAD stay; and the danger the appellant poses to the Canadian public.

...

As stated earlier, there was considerable testimony from both the appellant and his mother on his role in the household. The appellant testified that he assists in lifting his grandmother, grooms her, prepares her meals and feeds her. He also does her laundry, which he does twice a day. He takes care of his father and does household chores. He combs his mother's hair and does other chores for her because in addition to being terminally ill, his mother has some paralysis on her left side and has difficulty lifting her left arm.

The appellant's mother confirmed his testimony. She also testified to the difficulties the family has experienced [*sic*] obtaining and retaining nursing help. She claimed that it was for those reasons that the appellant's presence in Canada and in the home is vital.

While the panel accepts that the testimony presented shows the appellant is instrumental in the care of his grandmother and of his parents, in balancing these against other relevant factors, the [panel] found that they do not outweigh the other relevant factors, in particular, the degree of remorse and rehabilitation of the appellant.

The appellant's response to respondent's counsel's question as to why he did not find work outside the home was that he chose to stay home and take care of his parents and grandmother.

les tâches ménagères qu'il effectuait pour prendre soin de ses parents et de sa grand-mère satisfaisaient à la condition qui lui avait été imposée de consentir des efforts raisonnables pour conserver un emploi à temps plein. La Commission a traité de ces questions aux paragraphes 12 à 25 de ses motifs, dont voici des extraits :

L'appelant a livré un témoignage détaillé sur le rôle qu'il joue dans sa famille qui, a-t-il dit, consiste à prendre presque totalement soin de sa grand-mère, qui est physiquement invalide, et à vaquer aux tâches ménagères de la maison.

[. . .]

En rendant cette décision, le tribunal a tenu compte de nombreux facteurs qui comprenaient, sans s'y limiter, le degré d'enracinement de l'appelant au Canada, la réadaptation et l'attitude de l'appelant, l'ampleur du non-respect, par ce dernier, des conditions du sursis de la SAI et le risque que l'appelant constitue pour le public canadien.

[. . .]

Comme cela a été affirmé précédemment, l'appelant et sa mère ont abondamment témoigné sur le rôle que ce dernier joue dans le ménage. L'appelant a déclaré qu'il aide sa grand-mère à se lever, l'habille, prépare ses repas et la fait manger. Il fait aussi la lessive de cette dernière, deux fois par jour. Il prend soin de son père et fait des tâches ménagères. Il coiffe sa mère et fait d'autres tâches pour elle, parce qu'en plus d'être en phase terminale, cette dernière est paralysée du côté gauche et a du mal à lever son bras gauche.

La mère de l'appelant a confirmé le témoignage de ce dernier. Elle a aussi témoigné sur les difficultés que la famille éprouve pour ce qui est d'obtenir et de conserver de l'aide pour des soins infirmiers. Elle a prétendu que c'est pour ces raisons que la présence de l'appelant au Canada et à la maison est vitale.

Même si le tribunal reconnaît que le témoignage qui lui a été présenté démontre que l'appelant joue un rôle important dans les soins apportés à sa grand-mère et à ses parents, en pondérant ces facteurs par rapport à d'autres facteurs pertinents, le tribunal a déterminé qu'ils ne l'emportaient pas sur d'autres facteurs pertinents, plus particulièrement le degré de remords et de réadaptation de l'appelant.

La réponse de l'appelant à la question du conseil de l'intimé à savoir pourquoi il n'avait pas trouvé de travail à l'extérieur de la maison a été qu'il avait choisi de rester à la maison et de prendre soin de ses parents et de sa grand-mère.

In response to his counsel, he was more forceful. He stated that he decided on his own not to work. When his counsel asked him about the term of his stay, the appellant stated flatly that he could not comply with the order, staying at home was what he was going to do and . . . that no one could force [*sic*] to do anything he did not want to. He flatly stated he could not be forced to work.

[25] After reviewing the record, I conclude that the Board did not misconstrue the evidence by mistaking the nature of the condition imposed to be maintaining employment instead of making reasonable efforts to seek and maintain employment. The Board stated at paragraph 24:

Given that maintaining full-time employment was one of the conditions of his stay, the panel finds the appellant's responses are clearly at odds with this condition of his stay. . . .

While the Board misstated the condition at paragraph 24 of its reasons, on a fair reading of the transcript of hearing it is clear to the Court that the Board knew that the condition in fact required the applicant to make reasonable efforts to seek and maintain full-time employment. It was reasonably open to the Board to conclude that the applicant's conduct and oral answers fell short of reasonable efforts and so breached the stay condition. The Board relied on evidence that the applicant's mother could have and intends to seek help outside the family to assist her in her daily activities so that the applicant could become employed full-time, which supports a line of reasoning that the applicant was available to work outside the home during the stay of removal period, but chose not to. As noted above, the applicant would still be required to assist in his family's home care.

(b) Condition of maintaining the peace

[26] The applicant admitted at his appeal hearing that he breached his condition to keep the peace and be of

En réponse à son conseil, l'appelant a été plus percutant. Il a affirmé qu'il n'avait pas décidé lui-même de ne pas travailler à l'extérieur. Lorsque son conseil l'a interrogé sur la condition du sursis, il a répondu sans ambages qu'il n'avait pas respecté l'ordonnance, qu'il allait rester à la maison [. . .] et que personne ne l'obligerait à faire quelque chose qu'il ne voulait pas faire. Il a carrément répondu qu'on ne pourrait l'obliger à travailler.

[25] Après examen du dossier, j'en viens à la conclusion que la Commission n'a pas interprété erronément la preuve en considérant à tort la condition imposée comme étant de conserver un emploi, plutôt que de consentir des efforts raisonnables pour chercher et conserver un emploi. Il est bien vrai qu'au paragraphe 24 de ses motifs, la Commission a déclaré :

Étant donné que le fait de conserver un emploi à temps plein était l'une des conditions du sursis dont l'appelant fait l'objet, le tribunal conclut que les réponses de ce dernier sont manifestement en contradiction avec cette condition de son sursis. [. . .]

Bien que la Commission ait ainsi mal formulé la condition au paragraphe 24 de ses motifs, il ressort clairement d'une interprétation juste de la transcription de l'audience qu'elle savait que la condition imposée, c'était en fait que le demandeur consente des efforts raisonnables pour chercher et conserver un emploi à temps plein. Il était raisonnable pour la Commission de conclure que la conduite et les réponses orales du demandeur ne dénotaient pas de tels efforts raisonnables et que la condition du sursis était donc enfreinte. La Commission s'est fondée sur une preuve selon laquelle la mère du demandeur aurait pu, et entendait, chercher hors de la famille une aide ménagère pouvant l'aider dans ses activités quotidiennes de manière à ce que le demandeur puisse obtenir un emploi à temps plein; cela étaye le raisonnement selon lequel le demandeur était en mesure de travailler à l'extérieur pendant la période du sursis au renvoi, mais a choisi de ne pas le faire. Comme je l'ai déjà mentionné, il serait toujours nécessaire pour le demandeur d'aider aux tâches ménagères dans sa famille.

b) La condition de ne pas troubler l'ordre public

[26] Le demandeur a admis à l'audition de son appel ne pas avoir respecté la condition de ne pas troubler

good behaviour. Nevertheless, the Board weighed all the evidence and found that the applicant breached the condition because:

i. he was convicted of assault in June 2003 for pushing his mother; and

ii. he was convicted in the intervening period under several provisions of the *Highway Traffic Act* [R.S.O. 1990, c. H.8], under the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] for failing to attend Court, and failing to tender an appropriate fare under by-law No. 1 of the Toronto Transit Commission.

[27] The Board did not ignore the applicant's evidence that his assault on his mother was "gentle", or misconstrue his evidence that the prison term was the result of his lengthy criminal record rather than offence-specific aggravating factors. At paragraph 25 of its reasons, the panel stated:

With respect of the conviction for assault on his mother, the panel finds that both the appellant and his mother attempted to minimise [*sic*] the circumstances of the assault. In her testimony, the appellant's mother claimed she struck him and he then moved her, gently, aside. However, the fact is that the appellant was convicted of an assault upon her for which he served a custodial sentence of 14 days taking into account the three days of pre-sentence custody. In light of the appellant's conviction and sentence, the panel finds that there is valid reason to doubt and reject the testimony of the appellant and his mother, in this regard.

It was reasonably open to the Board to decide that the assault conviction during the stay of removal period breached the stay condition.

[28] The panel did not ignore the applicant's evidence that his mother consented to his return home, and that his parole terms were amended to allow him to return to his parents' residence. There was no documentary evidence before the Board that the Ontario Court of Justice varied its probation order. The onus to produce

l'ordre public et d'avoir une bonne conduite. La Commission a néanmoins apprécié l'ensemble de la preuve et conclu que le demandeur n'avait pas respecté la condition, car

i. il a été déclaré coupable de voies de fait en juin 2003 pour avoir poussé sa mère;

ii. il a été condamné, entre-temps, en application de plusieurs dispositions du *Code de la route* [L.R.O. 1990, ch. H.8] et du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] pour avoir omis de se présenter en Cour et de l'article n° 1 du Règlement de la commission des transports de Toronto pour ne pas avoir payé le tarif imposé.

[27] La Commission n'a pas fait abstraction du témoignage du demandeur selon lequel les voies de fait sur sa mère consistaient à l'avoir « poussée gentiment », ni mal interprété son témoignage selon lequel la durée de sa peine d'emprisonnement était fonction de son casier judiciaire chargé plutôt que de facteurs aggravants liés à l'infraction. Le tribunal a ainsi déclaré, au paragraphe 25 de ses motifs :

Pour ce qui est de la condamnation pour voies de fait sur sa mère, le tribunal conclut que l'appelant et sa mère ont essayé de minimiser les circonstances de cette agression. Dans son témoignage, la mère de l'appelant a prétendu qu'elle l'avait frappé et qu'il l'avait ensuite poussée gentiment. Toutefois, le fait est que l'appelant a été déclaré coupable de voies de fait sur elle, infraction pour laquelle il a purgé une peine de 14 jours d'emprisonnement, si l'on tient compte des trois jours de détention présentencielle. Compte tenu de la condamnation de l'appelant et de la peine qui lui a été infligée, le tribunal détermine qu'il y a une raison valable de douter du témoignage de l'appelant et de celui de sa mère à cet égard, et de les rejeter.

J'estime qu'il était raisonnable pour la Commission de conclure que la condamnation pour voies de fait du demandeur pendant la période de sursis à son renvoi violait la condition en cause du sursis.

[28] Le tribunal n'a pas non plus fait abstraction du témoignage du demandeur selon lequel sa mère avait consenti à son retour à la maison, et que son ordonnance de probation avait été modifiée pour lui permettre de retourner à la résidence de ses parents. Aucune preuve documentaire n'a été présentée à la Commission

was on the applicant, and the Board reasonably concluded that a potential breach was probative of disrespect for Canadian authorities.

Issue No. 2: Did the Board breach its duty of fairness by failing to advise the applicant that the best interests of his child were part of the case to be met, depriving him of an adequate opportunity to respond?

[29] The best interest of the applicant's child was not a central issue to the Board's decision. In its reasons which spanned 9 pages and 35 paragraphs, the Board turned to the interests of the applicant's child only at paragraph 34:

The panel notes that no evidence was led with respect to the appellant's child and his role in that child's life. The panel infers that the appellant is not involved with him or her. Therefore, the panel finds that the best interests of the appellant's child would not be unduly affected by the appellant's departure.

[30] The applicant submits that the Board breached its duty of fairness by not advising him that an adverse inference would be made unless he adduced more evidence relative to his child's best interests. The applicant's affidavit evidence is that he told the Board that he had a 6-year-old child, Marissa. The applicant states that he was asked no further questions about his child, which is why he said nothing further. In the applicant's view, he was denied an adequate opportunity to respond to the case against him. The Court does not agree.

[31] The Board concluded that the child's best interests would not be unduly affected by the applicant's removal from Canada. The applicant failed to tender evidence in respect of an issue he now states would be

démontrant que la Cour de justice de l'Ontario avait bien modifié cette ordonnance. C'est au demandeur qu'il incombait de produire une telle preuve, et il était raisonnable pour la Commission de conclure que la violation potentielle d'une condition prouvait le manque de respect du demandeur à l'endroit des autorités canadiennes.

2^e question en litige : La Commission a-t-elle enfreint son obligation d'agir équitablement en n'informant pas le demandeur que l'intérêt supérieur de son enfant constituait un élément qu'il lui fallait démontrer, ce qui l'a privé d'une occasion adéquate de répliquer?

[29] La question de l'intérêt supérieur de l'enfant du demandeur n'était pas un élément crucial de la décision de la Commission. Dans ses motifs s'étendant sur 9 pages et comptant 35 paragraphes, la Commission n'a abordé cette question qu'au paragraphe 34 :

Le tribunal souligne qu'aucun élément de preuve n'a été présenté relativement à l'enfant de l'appelant et au rôle que ce dernier joue dans la vie de cet enfant. Le tribunal conclut que l'appelant n'est pas présent dans la vie de cet enfant. En conséquence, le tribunal détermine que l'intérêt supérieur de l'enfant ne serait pas indûment touché par l'interdiction de séjour de l'appelant.

[30] Selon le demandeur, la Commission a manqué à son obligation d'agir équitablement en ne l'informant pas qu'une inférence défavorable serait tirée à moins qu'il ne présente davantage d'éléments de preuve relativement à l'intérêt supérieur de son enfant. Dans son témoignage par affidavit, le demandeur a déclaré avoir dit à la Commission qu'il avait une fille âgée de 6 ans, Marissa. Le demandeur déclare ne pas s'être fait poser d'autres questions sur son enfant, ce qui explique pourquoi il n'a rien dit de plus à ce sujet. Le demandeur estime donc avoir été privé d'une occasion adéquate de répliquer. La Cour n'est pas de cet avis.

[31] La Commission a conclu que l'intérêt supérieur de l'enfant ne serait pas indûment touché par le renvoi du demandeur hors du Canada. Le demandeur a omis de produire une preuve relativement à une question qu'il

favourable to his appeal before the Board. The onus lies on the applicant to provide sufficient evidence in support of his appeal, and the Board has no duty to elicit evidence from the applicant which would favour his appeal. Indeed, the Board cannot be in a position to do so when it does not know the applicant's evidence ahead of time. If the best interests of the applicant's child do favour his appeal, he should have tendered such evidence at his hearing. The Board cannot be expected to give notice of an issue which it had no idea would be relevant.

[32] I therefore turn to the applicant's actual evidence in respect of his child, which is at page 248 of the certified tribunal record:

MINISTER'S COUNSEL: You have no children, right?

APPELLANT: I have a child.

MINISTER'S COUNSEL: Do you?

APPELLANT: Yes.

MINISTER'S COUNSEL: I see.

APPELLANT: Of course I do.

MINISTER'S COUNSEL: With your girlfriend?

APPELLANT: Yeah.

PRESIDING MEMBER: Former girlfriend, not Geraldine Roper.

APPELLANT: Pardon me?

MINISTER'S COUNSEL: Pardon?

PRESIDING MEMBER: A former girlfriend.

APPELLANT: Yes. I understand your concern, sir, and I totally agree with you. I made a mistake and I'll be paying for it.

At the hearing, the applicant's counsel submitted to the Board, at page 275 of the tribunal record, that the applicant's attachment in Canada was to his family,

déclare aujourd'hui être favorable à son appel devant la Commission. C'est au demandeur qu'il incombe de fournir une preuve suffisante au soutien de son appel, et la Commission n'a pas pour sa part l'obligation d'obtenir du demandeur une preuve qui favoriserait cet appel. La Commission n'est d'ailleurs pas en mesure de le faire parce qu'elle ne sait pas à l'avance quelle sera la preuve du demandeur. Si la question de l'intérêt supérieur de l'enfant était bel et bien favorable à son appel, le demandeur aurait dû produire une preuve à ce sujet à l'audience. On ne peut s'attendre à ce que la Commission informe le demandeur sur une question qu'elle ne pouvait nullement deviner être pertinente.

[32] J'examinerai donc ce que le demandeur a véritablement dit dans son témoignage au sujet de son enfant, à la page 248 du dossier certifié du tribunal :

[TRADUCTION]

AVOCAT DU MINISTRE : Vous n'avez pas d'enfant, non?

APPELLANT : J'ai une enfant.

AVOCAT DU MINISTRE : Vraiment?

APPELLANT : Oui.

AVOCAT DU MINISTRE : Je vois.

APPELLANT : Bien sûr que j'en ai une.

AVOCAT DU MINISTRE : Avec votre petite amie?

APPELLANT : Ouais.

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL : Une ancienne petite amie, pas Geraldine Roper.

APPELLANT : Je m'excuse?

AVOCAT DU MINISTRE : Je m'excuse?

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL : Une ancienne petite amie.

APPELLANT : Oui. Je comprends votre inquiétude, Monsieur, et je suis parfaitement d'accord avec vous. J'ai commis une erreur et je vais en payer le prix.

À l'audience, l'avocat du demandeur a fait valoir à la Commission (page 275 du dossier du tribunal) que l'attachement du demandeur envers le Canada était lié à

spelled out to be his parents and grandmother:

COUNSEL: [...] There is no evidence that, in my submission, that—well, let me put it to you this way. The appellant’s attachment is primarily to his family, it’s primarily to his mother, his father, his grandmother. And they are all here. And he has been, in my submission, supportive of them. The appellant is well established in Canada.

[33] Based on the applicant’s description of his child as a “mistake” that he will be “paying for”, the fact that he does not include his daughter when speaking of his family, and the fact that the applicant led no evidence or submission as to the relevance of his child to his establishment in Canada, it was reasonable for the Board to infer that the appellant is not involved with the child and that the best interests of the child would not unduly be affected by the applicant’s departure.

Issue No. 3: Did the Board fail to provide adequate reasons for its decision?

[34] The applicant submits that the Board failed to provide sufficient reasons for its decision.

[35] The standard which describes sufficient reasons in a given case was articulated by Mr. Justice Sexton for the Federal Court of Appeal in *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25 (C.A.), at paragraphs 21 and 22:

The duty to give reasons is only fulfilled if the reasons provided are adequate. What constitutes adequate reasons is a matter to be determined in light of the particular circumstances of each case. However, as a general rule, adequate reasons are those that serve the functions for which the duty to provide them was imposed. In the words of my learned colleague Evans J.A., “[a]ny attempt to formulate a standard of adequacy that must be met before a tribunal can be said to have discharged its duty to give reasons must ultimately reflect the purposes served by a duty to give reasons.”

sa famille, plus précisément à son père, à sa mère et à sa grand-mère :

[TRANSDUCTION]

AVOCAT : [. . .] Il n’y a aucune preuve, j’estime—bien, je vais vous le dire en ces termes. L’attachement du demandeur est essentiellement lié à sa famille, principalement à sa mère, à son père et à sa grand-mère. Et ils sont tous ici. Il leur a, selon moi, apporté son soutien. L’appelant est bien établi au Canada.

[33] Étant donné que le demandeur décrit son enfant comme une « erreur » dont il va « payer le prix », qu’il n’inclut pas sa fille lorsqu’il parle de sa famille et qu’il n’a présenté aucune preuve ou observation quant au rôle de son enfant dans son établissement au Canada, il était raisonnable pour la Commission de déduire que l’appelant n’était pas présent dans la vie de cette enfant et que l’intérêt supérieur de cette dernière ne serait pas indûment touché par son interdiction de séjour.

3^e question en litige : La Commission a-t-elle fait défaut dans sa décision d’énoncer des motifs suffisants?

[34] Le demandeur soutient que la Commission n’a pas étayé sa décision de motifs suffisants.

[35] S’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale, le juge Sexton a précisé, dans *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.), aux paragraphes 21 et 22, la norme permettant d’établir ce qui constitue des motifs suffisants dans un cas donné :

L’obligation de motiver une décision n’est remplie que lorsque les motifs fournis sont suffisants. Ce qui constitue des motifs suffisants est une question qui doit être tranchée en fonction des circonstances de chaque espèce. Toutefois, en règle générale, des motifs sont suffisants lorsqu’ils remplissent les fonctions pour lesquelles l’obligation de motiver a été imposée. Pour reprendre les termes utilisés par mon collègue le juge d’appel Evans [TRANSDUCTION] : « [t]oute tentative pour formuler une norme permettant d’établir le caractère suffisant auquel doit satisfaire un tribunal afin de s’acquitter de son obligation de motiver sa décision doit en fin de compte traduire les fins visées par l’obligation de motiver la décision ».

The obligation to provide adequate reasons is not satisfied by merely reciting the submissions and evidence of the parties and stating a conclusion. Rather, the decision maker must set out its findings of fact and the principal evidence upon which those findings were based. The reasons must address the major points in issue. The reasoning process followed by the decision maker must be set out and must reflect consideration of the main relevant factors. [Footnotes omitted.]

[36] In this case, the Board gave adequate reasons which set out the basis on which it concluded the following major issues relevant to its decision:

1. the applicant's rehabilitation and attitude;
2. the extent of the applicant's non-compliance with the two conditions of the stay of removal which were allegedly breached; and
3. the danger the applicant poses to the Canadian public.

For each issue, the reasons show that the Board:

- i. considered the parties' evidence and submissions;
- ii. stated how it made findings of fact and stated the principal evidence it relied on; and
- iii. explained how it arrived at its conclusion, leaving the applicant without uncertainty as to why the Board concluded as it did.

However, as discussed above, there are three relevant *Ribic* factors which the Appeal Division either did not sufficiently consider, or if it did consider these factors, it failed to provide adequate reasons for its decision with respect to these factors.

CERTIFIED QUESTION

[37] After the hearing, the Court issued a direction to the parties seeking their submissions with respect to

On ne s'acquitte pas de l'obligation de donner des motifs suffisants en énonçant simplement les observations et les éléments de preuve présentés par les parties, puis en formulant une conclusion. Le décideur doit plutôt exposer ses conclusions de fait et les principaux éléments de preuve sur lesquels reposent ses conclusions. Les motifs doivent traiter des principaux points en litige. Il faut y retrouver le raisonnement suivi par le décideur et l'examen des facteurs pertinents [Notes omises].

[36] En l'espèce, la Commission a énoncé des motifs suffisants pour fonder les conclusions qu'elle a tirées relativement aux questions importantes suivantes dans le cadre de sa décision :

1. la réadaptation et l'attitude du demandeur;
2. l'ampleur du non-respect, par le demandeur, des deux conditions du sursis prétendument enfreintes;
3. le risque que le demandeur constitue pour le public canadien.

Relativement à chaque question, les motifs font voir que la Commission :

- i. a pris en compte les témoignages et les observations des parties;
- ii. a déclaré comment elle avait tiré ses conclusions de fait et sur quels éléments de preuve principaux elle s'était fondée;
- iii. a expliqué comment elle en était arrivée à sa conclusion, écartant ainsi pour le demandeur toute incertitude quant aux motifs de cette conclusion.

Tel que je l'ai déjà mentionné, toutefois, il y a trois facteurs pertinents énoncés dans *Ribic* que la Section d'appel n'a pas suffisamment pris en compte ou, si elle les a pris en compte, pour lesquels sa décision à leur égard n'était pas suffisamment motivée.

QUESTION CERTIFIÉE

[37] Après l'audience, la Cour a donné comme directive aux parties de lui présenter leurs observations

whether the Appeal Division had a duty to consider the issue of foreign hardship to the applicant, an issue not canvassed by the parties at the hearing or at the IAD, except for some limited evidence by the applicant on the issue. Counsel for the respondent submitted that the Appeal Division “had a duty to consider the hardship removal would cause to the applicant. The Minister of Citizenship and Immigration takes this to be not in dispute and not a serious question of general importance”. The Court does not agree. If the Appeal Division had a duty to consider the hardship removal would cause to the applicant, then the question is whether this factor should have been considered by the Appeal Division when the applicant did not raise this issue in its closing submissions, and only presented limited evidence on the subject.

[38] The Court considers that this case has raised a serious question of general importance which ought to be certified for an appeal, namely:

Is the Appeal Division obliged to consider all of the relevant factors raised by the applicant’s evidence when the applicant has not presented these factors in his submissions as a basis for staying the deportation order?

CONCLUSION

[39] The IAD did not properly consider all of the relevant *Ribic* factors in its decision to cancel the stay. Since this is a question of law reviewable on a correctness standard, this application for judicial review is allowed, the IAD decision is set aside, and the matter remitted to the IAD for re-determination by a differently constituted panel.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. The application for judicial review is allowed, the decision of the IAD dated November 10, 2005 is set

quant à savoir si la Section d’appel avait ou non l’obligation de prendre en compte la question des difficultés à l’étranger pour le demandeur, une question que les parties n’ont pas abordée à l’audience ou devant la SAI, mis à part la présentation d’éléments de preuve restreints sur le sujet par le demandeur. L’avocat du défendeur a soutenu que la Section d’appel [TRADUCTION] « avait l’obligation de prendre en compte les difficultés que le renvoi causerait au demandeur. Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration estime que cela n’est pas contesté et ne constitue pas une question grave de portée générale ». La Cour n’est pas de cet avis. Si la Section d’appel avait bien l’obligation de prendre en compte les difficultés que le renvoi occasionnerait au demandeur, la question qui se pose alors est celle de savoir si la Section d’appel aurait dû tenir compte de ce facteur alors que le demandeur n’avait pas fait valoir cette question dans ses conclusions finales et qu’il n’avait présenté que des éléments de preuve restreints sur le sujet.

[38] La Cour estime que la présente affaire soulève une question grave de portée générale qui devrait être certifiée pour appel, à savoir :

La Section d’appel est-elle tenue de prendre en compte tous les facteurs pertinents soulevés dans la preuve du demandeur alors que ce dernier n’a pas fait valoir certains de ces facteurs dans ses observations comme motif pour surseoir à la mesure d’expulsion?

CONCLUSION

[39] La SAI n’a pas valablement pris en compte tous les facteurs pertinents énoncés dans *Ribic* dans sa décision d’annuler le sursis. Comme il s’agit là d’une question de droit à examiner selon la norme de la décision correcte, la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision de la SAI est annulée et l’affaire est renvoyée à la SAI pour qu’un tribunal différemment constitué rende une nouvelle décision.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision de la SAI datée du 10 novembre 2005 est

aside and the matter remitted to the IAD for re-determination by a differently constituted panel; and

2. The following serious question of general importance is certified for an appeal:

Is the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board obliged to consider all of the relevant factors raised by the applicant's evidence when the applicant has not presented these factors in his submissions as a basis for staying the deportation order?

APPENDIX "A"

1. Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

68. (1) To stay a removal order, the Immigration Appeal Division must be satisfied, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, that sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

(2) Where the Immigration Appeal Division stays the removal order

(a) it shall impose any condition that is prescribed and may impose any condition that it considers necessary;

(b) all conditions imposed by the Immigration Division are cancelled;

(c) it may vary or cancel any non-prescribed condition imposed under paragraph (a); and

(d) it may cancel the stay, on application or on its own initiative.

(3) If the Immigration Appeal Division has stayed a removal order, it may at any time, on application or on its own initiative, reconsider the appeal under this Division.

(4) If the Immigration Appeal Division has stayed a removal order against a permanent resident or a foreign national who was found inadmissible on grounds of serious criminality or criminality, and they are convicted of another offence referred to in subsection 36(1), the stay is cancelled by operation of law and the appeal is terminated.

...

annulée et l'affaire est renvoyée à la SAI pour qu'un tribunal différemment constitué rende une nouvelle décision.

2. La question grave de portée générale qui suit est certifiée pour appel :

La Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est-elle tenue de prendre en compte tous les facteurs pertinents soulevés dans la preuve du demandeur alors que ce dernier n'a pas fait valoir certains de ces facteurs dans ses observations comme motif pour surseoir à la mesure d'expulsion?

ANNEXE « A »

1. Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

68. (1) Il est sursis à la mesure de renvoi sur preuve qu'il y a—compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché—des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

(2) La section impose les conditions prévues par règlement et celles qu'elle estime indiquées, celles imposées par la Section de l'immigration étant alors annulées; les conditions non réglementaires peuvent être modifiées ou levées; le sursis est révocable d'office ou sur demande.

(3) Par la suite, l'appel peut, sur demande ou d'office, être repris et il en est disposé au titre de la présente section.

(4) Le sursis de la mesure de renvoi pour interdiction de territoire pour grande criminalité ou criminalité est révoqué de plein droit si le résident permanent ou l'étranger est reconnu coupable d'une autre infraction mentionnée au paragraphe 36(1), l'appel étant dès lors classé.

[. . .]

PART 5

TRANSITIONAL PROVISIONS,
CONSEQUENTIAL AND RELATED AMEND-
MENTS, COORDINATING AMENDMENTS,
REPEALS AND COMING INTO FORCE

...

192. If a notice of appeal has been filed with the Immigration Appeal Division immediately before the coming into force of this section, the appeal shall be continued under the former Act by the Immigration Appeal Division of the Board.

...

197. Despite section 192, if an appellant who has been granted a stay under the former Act breaches a condition of the stay, the appellant shall be subject to the provisions of section 64 and subsection 68(4) of this Act.

2. Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2 (repealed by S.C. 2001, c. 27, s. 274)

70. (1) Subject to subsections (4) and (5), where a removal order or conditional removal order is made against a permanent resident or against a person lawfully in possession of a valid returning resident permit issued to that person pursuant to the regulations, that person may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds, namely,

(a) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

(b) on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.

...

73. (1) The Appeal Division may dispose of an appeal made pursuant to section 70

(a) by allowing it;

(b) by dismissing it;

(c) in the case of an appeal made pursuant to paragraph 70(1)(b) or 70(3)(b) respecting a removal order, by directing that execution of the order be stayed; or

PARTIE 5

DISPOSITIONS TRANSITOIRES,
MODIFICATIONS CORRÉLATIVES, DISPOSITION
DE COORDINATION, ABROGATIONS ET ENTRÉE
EN VIGUEUR

[. . .]

192. S'il y a eu dépôt d'une demande d'appel à la Section d'appel de l'immigration, à l'entrée en vigueur du présent article, l'appel est continué sous le régime de l'ancienne loi, par la Section d'appel de l'immigration de la Commission.

[. . .]

197. Malgré l'article 192, l'intéressé qui fait l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi et qui n'a pas respecté les conditions du sursis, est assujéti à la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64 de la présente loi, le paragraphe 68(4) lui étant par ailleurs applicable.

2. Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2 (abrogée par L.C. 2001, ch. 27, art. 274)

70. (1) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), les résidents permanents et les titulaires de permis de retour en cours de validité et conformes aux règlements peuvent faire appel devant la section d'appel d'une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel en invoquant les moyens suivants :

a) question de droit, de fait ou mixte;

b) le fait que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada.

[. . .]

73. (1) Ayant à statuer sur un appel interjeté dans le cadre de l'article 70, la section d'appel peut :

a) soit y faire droit;

b) soit le rejeter;

c) soit, s'il s'agit d'un appel fondé sur les alinéas 70(1)b) ou 70(3)b) et relatif à une mesure de renvoi, ordonner de surseoir à l'exécution de celle-ci;

(d) in the case of an appeal made pursuant to paragraph 70(1)(b) or 70(3)(b) respecting a conditional removal order, by directing that execution of the order on its becoming effective be stayed.

...

74. (1) Where the Appeal Division allows an appeal made pursuant to section 70, it shall quash the removal order or conditional removal order that was made against the appellant and may

(a) make any other removal order or conditional removal order that should have been made; or

(b) in the case of an appellant other than a permanent resident, direct that the appellant be examined as a person seeking admission at a port of entry.

(2) Where the Appeal Division disposes of an appeal by directing that execution of a removal order or conditional removal order be stayed, the person concerned shall be allowed to come into or remain in Canada under such terms and conditions as the Appeal Division may determine and the Appeal Division shall review the case from time to time as it considers necessary or advisable.

(3) Where the Appeal Division has disposed of an appeal by directing that execution of a removal order or conditional removal order be stayed, the Appeal Division may, at any time,

(a) amend any terms and conditions imposed under subsection (2) or impose new terms and conditions; or

(b) cancel its direction staying the execution of the order and

(i) dismiss the appeal and direct that the order be executed as soon as reasonably practicable, or

(ii) allow the appeal and take any other action that it might have taken pursuant to subsection (1).

d) soit, s'il s'agit d'un appel fondé sur les alinéas 70(1)b) ou 70(3)b) et relatif à une mesure de renvoi conditionnel, ordonner de surseoir à l'exécution de celle-ci au moment où elle deviendra exécutoire.

[...]

74. (1) Si elle fait droit à un appel interjeté dans le cadre de l'article 70, la section d'appel annule la mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel et peut :

a) soit lui substituer celle qui aurait dû être prise;

b) soit ordonner, sauf s'il s'agit d'un résident permanent, que l'appellant fasse l'objet d'un interrogatoire comme s'il demandait l'admission à un point d'entrée.

(2) En cas de sursis d'exécution de la mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel, l'appelant est autorisé à entrer ou à demeurer au Canada aux éventuelles conditions fixées par la section d'appel. Celle-ci réexamine le cas en tant que de besoin.

(3) Dans le cas visé au paragraphe (2), la section d'appel peut, à tout moment :

a) modifier les conditions imposées ou en imposer de nouvelles;

b) annuler son ordre de surseoir à l'exécution de la mesure, et parallèlement :

(i) soit rejeter l'appel et ordonner l'exécution dès que les circonstances le permettent,

(ii) soit procéder conformément au paragraphe (1).

IMM-3579-05
2006 FC 750

IMM-3579-05
2006 CF 750

Puviraj Thambiturai (*Applicant*)

Puviraj Thambiturai (*demandeur*)

v.

c.

The Solicitor General of Canada (*Respondent*)

Le solliciteur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: THAMBITURAI v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : THAMBITURAI c. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Pinard J.—Montréal, April 11; June 20, 2006.

Cour fédérale, juge Pinard—Montréal, 11 avril; 20 juin 2006.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board's decision vacating applicant's Convention refugee status under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 109 after Immigration Division found applicant inadmissible to Canada for serious criminality, misrepresentation under IRPA, ss. 36(1)(c), 40(1)(a) — Applicant, Sri Lankan, becoming permanent resident of Canada after granted refugee status — Subsequently ordered deported after Citizenship and Immigration Canada discovered applicant having criminal record in France — Appeal from Immigration Division's decision still pending when RPD vacated applicant's refugee status — Proceedings to vacate refugee status after applicant found inadmissible for misrepresentation unfair, unnecessary, duplicitous — Constituted abuse of process by relitigation since Immigration Division ordered applicant deported on same facts, basis — RPD erred in finding having jurisdiction to determine vacation proceedings, in not preventing abuse of process — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a révoqué le statut de réfugié au sens de la Convention du demandeur en application de l'art. 109 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) après que la Section de l'immigration a déclaré que le demandeur était une personne visée par les art. 36(1)c) et 40(1)a) de la LIPR, en ce qu'il était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et pour fausses déclarations — Le demandeur, un Sri Lankais, est devenu un résident permanent du Canada après s'être vu reconnaître le statut de réfugié — Le demandeur a par la suite été frappé d'une mesure d'expulsion lorsque Citoyenneté et Immigration Canada a découvert qu'il avait un casier judiciaire en France — L'appel que le demandeur a interjeté à l'encontre de la décision de la Section de l'immigration était toujours en cours lorsque la SPR a révoqué son statut de réfugié — Les procédures visant à faire révoquer le statut de réfugié du demandeur après qu'il a été déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations étaient injustes, inutiles et se chevauchaient — Les procédures constituaient un abus de procédure par remise en litige puisque la Section de l'immigration avait ordonné l'expulsion du demandeur pour les mêmes motifs — La SPR a erré en se jugeant compétente pour instruire l'instance de révocation et en n'évitant pas l'abus de procédure — Demande accueillie.

Practice — Res Judicata — Judicial review of Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board's decision vacating Convention refugee status after Immigration Division found applicant inadmissible to Canada for serious criminality, misrepresentation under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 36(1)(c), 40(1)(a) — Application to vacate applicant's status not res judicata — Res judicata comprised of issue estoppel, cause of action estoppel — Conditions for both discussed but not met in present case — Cause of action before RPD (whether to allow

Pratique — Res judicata — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a révoqué le statut de réfugié au sens de la Convention du demandeur après que la Section de l'immigration a déclaré que le demandeur était une personne visée par les art. 36(1)c) et 40(1)a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), en ce qu'il était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et pour fausses déclarations — La demande de révocation du statut du demandeur n'était

application to vacate refugee status) not same as that before Immigration Division (whether applicant inadmissible to Canada for serious criminality, misrepresentation) — Proceedings before Immigration Division not proceedings to vacate applicant's refugee status since neither Immigration Division, Immigration Appeal Division having authority to vacate Convention refugee status — Also, Immigration Division decision not final since appeal therefrom still pending when RPD making impugned decision.

This was an application for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (RPD), vacating the applicant's Convention refugee status. The applicant, a Sri Lankan, arrived in Canada in 1993 and was granted refugee status soon thereafter. He eventually became a permanent resident. However, a subsequent investigation disclosed that the applicant had been found guilty in France of acquiring, possessing and trafficking in heroin and had been sentenced to seven years' imprisonment and payment of a fine, contrary to representations made upon entering Canada. The applicant was subsequently ordered deported after the Immigration Division found that he was a person inadmissible to Canada for serious criminality and for misrepresentation under paragraphs 36(1)(c) and 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The appeal from that decision to the Immigration Appeal Division (IAD) was still pending when the respondent filed an application to the RPD under the IRPA, section 109 to vacate the decision to allow the claim for refugee status. The issue was whether the RPD's decision to vacate the applicant's refugee status was illegal, *ultra vires* and contrary to the basic principles of justice.

Held, the application should be allowed.

The applicant's argument that the application to vacate his status was *res judicata* because the proceedings to obtain his removal were, as a matter of fact, proceedings to vacate his refugee status failed. *Res judicata* is comprised of issue estoppel and cause of action estoppel. Cause of action estoppel precludes a person from bringing an action against another where the cause of action was the subject of a final

pas chose jugée — La notion d'autorité de la chose jugée comprend l'irrecevabilité pour identité des questions en litige et l'irrecevabilité pour identité des causes d'action — Les conditions applicables aux deux volets ont été examinées, mais elles n'ont pas été remplies en l'espèce — La cause d'action dont était saisie la SPR (qui était chargée d'établir s'il y avait lieu d'accueillir la demande de révocation du statut) différait de celle soumise à la Section de l'immigration (qui devait déterminer si le demandeur était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et pour fausses déclarations) — La procédure engagée devant la Section de l'immigration n'était pas une procédure visant à faire révoquer le statut de réfugié du demandeur, la Section de l'immigration et la Section d'appel de l'immigration n'ayant pas l'autorité de révoquer le statut de réfugié au sens de la Convention — En outre, la décision de la Section de l'immigration n'était pas définitive puisque l'appel interjeté à l'encontre de celle-ci était encore en cours lorsque la SPR a rendu sa décision attaquée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a révoqué le statut de réfugié au sens de la Convention du demandeur. Ce dernier, un Sri Lankais, est arrivé au Canada en 1993 et il s'est vu reconnaître le statut de réfugié peu de temps après. Il a fini par devenir un résident permanent. Cependant, il est ressorti d'une enquête ultérieure que le demandeur avait été reconnu coupable en France d'avoir acquis, d'avoir en sa possession et d'avoir trafiqué de l'héroïne et il a été condamné à sept ans d'emprisonnement et à une amende, contrairement aux déclarations qu'il a faites à son arrivée au Canada. Par la suite, le demandeur a été frappé d'une mesure d'expulsion après que la Section de l'immigration a conclu qu'il était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et pour fausses déclarations en application des alinéas 36(1)c) et 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). L'appel interjeté à l'encontre de cette décision devant la Section d'appel de l'immigration (SAI) était toujours en cours lorsque le défendeur a présenté une demande à la SPR en vertu de l'article 109 de la LIPR pour faire annuler la décision d'accueillir la revendication du statut de réfugié du demandeur. La question en litige était celle de savoir si la décision de la SPR de révoquer le statut de réfugié du demandeur était illégale, *ultra vires* et contraire aux principes de justice fondamentale.

Jugement : la demande est accueillie.

L'argument du demandeur selon lequel la demande de révocation de son statut était chose jugée parce que les procédures intentées pour obtenir son renvoi étaient en fait des procédures visant à faire révoquer son statut de réfugié a été écarté. La notion d'autorité de la chose jugée comprend l'irrecevabilité pour identité des questions en litige et l'irrecevabilité pour identité des causes d'action. L'irreceva-

decision of a court of competent jurisdiction whereas issue estoppel precludes the relitigation of issues previously decided in court in another proceeding. "Issue estoppel applies to preclude relitigation of an issue, which has been conclusively and finally decided in previous litigation between the same parties or their privies." "Cause of action estoppel" was clearly not applicable here. The cause of action before the RPD, whether the application to vacate the applicant's status should be allowed, was not the same as the one that was before the Immigration Division, which was whether the applicant was a person described in paragraphs 36(1)(c) and 40(1)(a) of the IRPA and thereby inadmissible to Canada because of serious criminality and misrepresentation. The proceedings before the Immigration Division were therefore not proceedings to vacate the applicant's refugee status since neither the Immigration Division nor the IAD has the authority to vacate a Convention refugee status. The RPD was the only forum that could hear the respondent's application to obtain such annulment under section 109 of the IRPA.

The precondition for "issue estoppel" that the prior judicial decision must have been final was also clearly not met. A decision cannot be considered final until the appeal period has expired or until leave to appeal has been denied. In the case at bar, the prior judicial decision referred to by the applicant was that of the Immigration Division, which found that the applicant was inadmissible to Canada for serious criminality and for misrepresentation. The appeal from that decision was still pending at the time the RPD's impugned decision was made. Therefore, the prior judicial decision was not final for the purpose of issue estoppel and the argument of issue estoppel was rejected.

But the proceedings to vacate the applicant's refugee status in which he was found inadmissible for misrepresentation constituted an abuse of process. That the applicant had directly or indirectly misrepresented or withheld material facts relating to a relevant matter that induced or could induce an error in the administration of the IRPA had been previously determined by the Immigration Division on September 23, 2003. He was ordered deported and the applicant then commenced his appeal of that decision as he was entitled to do. For the respondent to then seek to have the exact same

bilité pour identité des causes d'action interdit à une personne d'intenter une action contre une autre personne dans le cas où la cause d'action a fait l'objet d'une décision finale d'un tribunal compétent alors que l'irrecevabilité pour identité des questions en litige interdit de soumettre à nouveau aux tribunaux des questions déjà tranchées dans une instance antérieure. « L'irrecevabilité pour identité des questions en litige vise à empêcher un nouveau procès sur une question déjà tranchée de manière finale et concluante dans un procès antérieur entre les mêmes parties ou leurs ayants droit ». Le principe d'« irrecevabilité pour identité des causes d'action » ne s'appliquait manifestement pas en l'espèce. La cause d'action dont était saisie la SPR, qui consistait à savoir s'il y avait lieu d'accueillir la demande de révocation du statut du demandeur, différait de celle soumise à la Section de l'immigration, laquelle devait déterminer si le demandeur était une personne visée aux alinéas 36(1)c) et 40(1)a) de la LIPR et, par conséquent, s'il était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et pour fausses déclarations. La procédure engagée devant la Section de l'immigration n'était donc pas une procédure visant à faire révoquer le statut de réfugié du demandeur, la Section de l'immigration et la SAI n'ayant pas l'autorité de révoquer le statut de réfugié au sens de la Convention conféré à une personne. La SPR était la seule instance habilitée à instruire la demande du défendeur en vue d'obtenir pareille révocation en application de l'article 109 de la LIPR.

S'agissant de l'« irrecevabilité pour identité des questions en litige », la condition préalable relative au caractère définitif de la décision judiciaire antérieure n'a manifestement pas été remplie non plus. Une décision ne peut être considérée définitive avant l'expiration du délai d'appel ou le refus de la demande d'autorisation d'appel. En l'espèce, la décision judiciaire antérieure dont parlait le demandeur était celle par laquelle la Section de l'immigration avait jugé qu'il était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et pour fausses déclarations. L'appel interjeté à l'encontre de cette décision était toujours en instance lorsque la SPR a rendu sa décision attaquée. En conséquence, la décision judiciaire antérieure en cause n'était pas définitive aux fins de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige et l'argument invoqué à cet égard a donc été rejeté.

Cependant, la procédure visant à faire révoquer le statut de réfugié du demandeur était abusive, vu qu'il avait déjà été déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations. Le 23 septembre 2003, la Section de l'immigration a déterminé si le demandeur avait, directement ou indirectement, fait une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, qui a entraîné ou aurait pu entraîner une erreur dans l'application de la LIPR. La Section de l'immigration a ordonné l'expulsion du demandeur, qui a ensuite exercé son droit de porter cette

issue determined under section 109 of the IRPA in order to have the applicant's status vacated was not only unfair but clearly an abuse of the Board's processes. The proceedings were unnecessary and duplicitous, and the respondent was also aware that a successful result in the vacation proceedings would terminate the applicant's status and consequently his appeal of the IAD's decision (IRPA, subsection 63(3)). Therefore, the vacation proceedings constituted an abuse of process by relitigation and the RPD erred in finding that it had jurisdiction to determine the application and in not preventing the abuse of process.

décision en appel. En cherchant à faire trancher la même question en vertu de l'article 109 de la LIPR pour obtenir la révocation du statut du demandeur, le défendeur a non seulement agi de manière injuste, mais il a aussi manifestement abusé des mécanismes de la Commission. Les procédures en cause étaient inutiles et se chevauchaient. De plus, le défendeur savait que s'il avait gain de cause dans la procédure visant à faire révoquer le statut de réfugié du demandeur, l'appel que celui-ci avait interjeté à l'encontre de la décision de la SAI aurait pris fin (paragraphe 63(3) de la LIPR). Par conséquent, l'instance de révocation constituait un abus de procédure par remise en litige et la SPR a erré en se jugeant compétente pour examiner la demande et en n'évitant pas l'abus de procédure.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27(3) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1)(c), 40(1)(a), 46(1), 63(3), 95(2), 109.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1)c), 40(1)a), 46(1), 63(3), 95(2), 109.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Apotex Inc. v. Merck & Co., [2003] 1 F.C. 242; (2002), 214 D.L.R. (4th) 429; 19 C.P.R. (4th) 163; 291 N.R. 96; 2002 FCA 210; *Novopharm Ltd. v. Eli Lilly and Co.*, [1999] 1 F.C. 515; (1998), 84 C.P.R. (3d) 292; 168 F.T.R. 1 (T.D.); *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; [2003] CLLC 220-071; 17 C.R. (6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2003 SCC 63; *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481; 194 D.L.R. (4th) 648; 5 C.P.C. (5th) 218 (C.A.).

CONSIDERED:

Boyd v. Canada (Minister of Transport) (2004), 331 N.R. 172; 2004 FCA 422.

REFERRED TO:

Wells v. Canada (Minister of Transport) (1993), 48 C.P.R. (3d) 308; 63 F.T.R. 213 (F.C.T.D.); *Morganti v. Strong (c.o.b. Wishes & Fine Jewellery)* (1998), 3 C.B.R. (4th) 145 (Ont. Gen. Div.); *Hough v. Brunswick Centres Inc.* (1997), 28 C.C.E.L. (2d) 136; 9 C.P.C. (4th) 111 (Ont. Gen. Div.); *Kanary v. MacLean* (1992), 115 N.S.R.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Apotex Inc. c. Merck & Co., [2003] 1 C.F. 242; 2002 CAF 210; *Novopharm Ltd. c. Eli Lilly and Co.*, [1999] 1 C.F. 515 (1^{re} inst.); *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77; 2003 CSC 63; *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481; 194 D.L.R. (4th) 648; 5 C.P.C. (5th) 218 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE :

Boyd c. Canada (Ministre des Transports), 2004 CAF 422.

DÉCISIONS CITÉES :

Wells c. Canada (Ministre des Transports), [1993] A.C.F. n° 341 (1^{re} inst) (QL); *Morganti v. Strong (c.o.b. Wishes & Fine Jewellery)* (1998), 3 C.B.R. (4th) 145 (Div. gén. Ont.); *Hough v. Brunswick Centres Inc.* (1997), 28 C.C.E.L. (2d) 136; 9 C.P.C. (4th) 111 (Div. gén. Ont.); *Kanary v. MacLean* (1992), 115 N.S.R. (2d) 306 (C.S.

(2d) 306 (S.C. (T.D.)); *Banque Nationale de Paris (Canada) et al. v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (2001), 52 O.R. (3d) 161; 195 D.L.R. (4th) 308; 2 C.P.C. (5th) 1; 145 O.A.C. 349 (C.A.); *Quinlan v. Newfoundland (Minister of Natural Resources)* (2000), 192 Nfld. & P.E.I.R. 144; 2000 NFCA 49; *Veroli Investment Ltd. v. Liakus* (1998), 19 R.P.R. (3d) 321 (Ont. Gen. Div.); *Canstett Ltd. v. Keevil*, [1998] O.J. No. 1630 (Gen. Div.) (QL); *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; 2001 SCC 44; *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594; (1983), 4 D.L.R. (4th) 577; [1984] 1 W.W.R. 481; 26 Man. R. (2d) 194; 9 C.C.C. (3d) 97; 37 C.R. (3d) 97; 51 N.R. 321; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; (1993), 145 A.R. 321; 14 Alta. L.R. (3d) 1; 86 C.C.C. (3d) 97; 25 C.R. (4th) 137; 161 N.R. 161; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; (1996), 135 D.L.R. (4th) 402; 107 C.C.C. (3d) 21; 49 C.R. (4th) 75; 36 C.R.R. (2d) 1; 197 N.R. 125; 91 O.A.C. 124; *Genesee Enterprises Ltd. v. Abou-Rached* (2001), 84 B.C.L.R. (3d) 277; 2001 BCSC 59; *Saskatoon Credit Union v. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431; 22 B.C.L.R. (2d) 89 (B.C.S.C.); *Ernst & Young Inc. v. Central Guaranty Trust Co.* (2001), 283 A.R. 325; 12 B.L.R. (3d) 72; 36 E.T.R. (2d) 200; 2001 ABQB 92; *Baziuk v. Dunwoody* (1997), 13 C.P.C. (4th) 156 (Ont. Gen. Div.).

AUTHORS CITED

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis Butterworths, 2004.

APPLICATION for judicial review of a decision ([2005] R.P.D.D. No. 173 (QL)) of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board vacating the applicant's Convention refugee status under section 109 of the *Immigration and Refugee Protection Act* because the applicant had been found inadmissible to Canada for serious criminality and misrepresentation under paragraphs 36(1)(c) and 40(1)(a) thereof. Application allowed.

APPEARANCES:

Jérôme Choquette, Q.C. for applicant.
Daniel Latulippe for respondent.

(1^{re} inst.); *Banque Nationale de Paris (Canada) et al. v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (2001), 52 O.R. (3d) 161; 195 D.L.R. (4th) 308; 2 C.P.C. (5th) 1; 145 O.A.C. 349 (C.A.); *Quinlan v. Newfoundland (Minister of Natural Resources)* (2000), 192 Nfld. & P.E.I.R. 144; 2000 NFCA 49; *Veroli Investment Ltd. v. Liakus* (1998), 19 R.P.R. (3d) 321 (Div. gén. Ont.); *Canstett Ltd. v. Keevil*, [1998] O.J. No. 1630 (Div. gén.) (QL); *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460; 2001 CSC 44; *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *Genesee Enterprises Ltd. v. Abou-Rached* (2001), 84 B.C.L.R. (3d) 277; 2001 BCSC 59; *Saskatoon Credit Union v. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431; 22 B.C.L.R. (2d) 89 (C.S.C.-B.); *Ernst & Young Inc. v. Central Guaranty Trust Co.* (2001), 283 A.R. 325; 12 B.L.R. (3d) 72; 36 E.T.R. (2d) 200; 2001 ABQB 92; *Baziuk v. Dunwoody* (1997), 13 C.P.C. (4th) 156 (Div. gén. Ont.).

DOCTRINE CITÉE

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed. Toronto : LexisNexis Butterworths, 2004.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision ([2005] D.S.P.R. n° 173 (QL)) par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a révoqué le statut de réfugié au sens de la Convention du demandeur en application de l'article 109 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* parce que le demandeur était une personne visée par les alinéas 36(1)c) et 40(1)a) de cette loi, en ce qu'il était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et pour fausses déclarations. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Jérôme Choquette, c.r. pour le demandeur.
Daniel Latulippe pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Choquette, Beaupré, Rhéaume, Montréal, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PINARD J.: This is an application for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the RPD) dated May 18, 2005 [*Thambithurai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] R.P.D.D. No. 173 (QL)] vacating the applicant's Convention refugee status [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6].

I. Facts

[2] Puviraj Thambiturai (the applicant) arrived at the port of entry of Mirabel on March 23, 1993. He declared having left his country of citizenship, Sri Lanka, on March 19, 1993, having then travelled through Bangkok and London before arriving in Canada. He was not in possession of any travel document. He had a copy of his driving licence issued in February 1984. He was then residing in Colombo. He also had an identity card issued on July 30, 1992 in Colombo. On this document, his profession is "student".

[3] On April 5, 1993, the applicant presented his Personal Information Form (PIF) to the Immigration and Refugee Board (the IRB). On September 2, 1993, he was granted refugee status in Canada.

[4] On November 18, 1993, the applicant presented a Convention refugee application for permanent residence. He declared that he had a Sri Lankan passport valid until July 29, 1997.

[5] On December 10, 1994, the applicant became a permanent resident of Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Choquette, Beaupré, Rhéaume, Montréal, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE PINARD: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision en date du 18 mai 2005 par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié [*Thambithurai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] D.S.P.R. n° 173 (QL)] a révoqué le statut de réfugié au sens de la Convention [*Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] du demandeur.

I. Les faits

[2] Puviraj Thambiturai (le demandeur) est arrivé au point d'entrée de Mirabel le 23 mars 1993. Il a déclaré avoir quitté le Sri Lanka, son pays de citoyenneté, le 19 mars 1993. Il est ensuite passé par Bangkok et Londres avant d'arriver au Canada. Aucun document de voyage ne se trouvait en sa possession. Il avait sur lui une copie de son permis de conduire délivré en février 1984 ainsi qu'une carte d'identité émise le 30 juillet 1992 alors qu'il habitait à Colombo. Sa carte d'identité indiquait qu'il était « étudiant ».

[3] Le demandeur a remis son formulaire de renseignements personnels (le FRP) à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) le 5 avril 1993. Le 2 septembre 1993, on lui a accordé le statut de réfugié au Canada.

[4] Le 18 novembre 1993, le demandeur a présenté une demande de résidence permanente à titre de réfugié au sens de la Convention. Il a déclaré être en possession d'un passeport sri-lankais valide jusqu'au 29 juillet 1997.

[5] Le demandeur est devenu un résident permanent du Canada le 10 décembre 1994.

[6] After receiving an anonymous denunciation, Citizenship and Immigration Canada (CIC) launched an investigation. The RCMP [Royal Canadian Mounted Police] informed CIC that Interpol France had identified the applicant on February 18 and 20, 1988, by fingerprints comparison. He had been identified because of a crime related to the drug legislation.

[7] On January 9, 1997, the applicant entered Canada at Mirabel Airport and was interviewed by two immigration officers. He denied having resided in France and having committed any crime in France. The applicant had presented a Sri Lankan passport valid from February 2, 1995, to February 9, 2000. He also presented a document from A.K.S. Pharmacy, his alleged employer in Sri Lanka. This document confirmed that he was employed from April 1990 to January 1993.

[8] CIC did receive court documents concerning the criminal charges for which the applicant had been indicted. These documents indicate that the latter was arrested in Paris on February 16, 1988, with other people in a deliberate act of trying to deal 720 grams and 560 grams of heroin. On September 26, 1989, he was found guilty of acquiring, possessing and trafficking in heroin, of associating or conspiring with a view to acquire, possess and traffic in and smuggling prohibited goods, punishable under the *Code de la santé publique* and the *Code des douanes*. He was sentenced to seven years' imprisonment pursuant to article 464-1 of the *Code de procédure pénale*, to pay jointly and severally the Customs administration the sum of 1,277,000 francs and to pay a fine of 2,554,000 francs. He was also to be banned from the French territory.

[9] The minutes of a hearing before the Immigration Division on February 28, 2002, show that the applicant was questioned concerning the period that he remained in France after September 1989. His answer was "about three and a half years" but he could not remember the exact time or year that he left France.

[10] In a decision dated September 23, 2003, the Immigration Division found that the applicant is a

[6] Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a ouvert une enquête au sujet du demandeur après avoir reçu une dénonciation anonyme. La GRC [Gendarmerie royale du Canada] a avisé CIC qu'Interpol France avait identifié le demandeur les 18 et 20 février 1988 par comparaison d'empreintes digitales à la suite d'une infraction à la législation sur les drogues.

[7] Le 9 janvier 1997, lors de son arrivée à l'aéroport de Mirabel, au Canada, le demandeur a été interrogé par deux agents d'immigration. Il a nié avoir résidé en France et y avoir commis quelque infraction que ce soit. Le demandeur a remis aux agents un passeport sri-lankais valide du 2 février 1995 au 9 février 2000. Il leur a aussi remis un document émanant de la pharmacie A.K.S., son présumé employeur au Sri Lanka. Ce document confirme qu'il était à l'emploi de la pharmacie entre avril 1990 et janvier 1993.

[8] CIC a effectivement reçu des documents judiciaires relatifs aux accusations criminelles dont le demandeur avait fait l'objet. Selon ces documents, le demandeur et d'autres personnes ont été arrêtés à Paris le 16 février 1988 alors qu'ils tentaient délibérément de s'échanger des sacs contenant respectivement 720 et 560 grammes d'héroïne. Le 26 septembre 1989, le demandeur a été reconnu coupable d'avoir acquis, eu en sa possession et trafiqué de l'héroïne ainsi que d'avoir comploté en vue d'acquérir, de posséder et de trafiquer des marchandises interdites, des infractions punissables en vertu du *Code de la santé publique* et du *Code des douanes*. Il a été condamné à sept ans d'emprisonnement en application de l'article 464-1 du *Code de procédure pénale*, à verser, conjointement et individuellement, la somme de 1 277 000 francs à l'administration des douanes et à payer une amende de 2 554 000 francs. Il a aussi été déclaré interdit du territoire français.

[9] La transcription d'une audience tenue le 28 février 2002 par la Section de l'immigration démontre qu'on a interrogé le demandeur au sujet de la période postérieure à septembre 1989 pendant laquelle il est resté en France. Il a répondu [TRADUCTION] « près de trois ans et demi », mais il ne pouvait pas se rappeler le moment exact ou l'année où il a quitté la France.

[10] Dans une décision datée du 23 septembre 2003, la Section de l'immigration a conclu que le demandeur

person described in paragraph 36(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27], that is, that he was inadmissible for serious criminality, and paragraph 40(1)(a), that is, that he was inadmissible to Canada because of misrepresentation. He was ordered deported. He appealed this decision before the Immigration Appeal Division (the IAD). The appeal has never been withdrawn, nor has it been heard on its merits.

[11] The applicant is now married to Shanti Rajaratnam, whom he sponsored after his marriage. Mrs. Thambiturai has now acquired her Canadian citizenship. From this union were born two Canadian-born children, who are Canadian citizens.

[12] On February 12, 2004, there was an application by the respondent, filed under section 109 of the *Immigration and Refugee Protection Act* in front of the RPD, to vacate the decision to allow the claim for refugee status.

[13] On May 18, 2005, the RPD allowed the application to vacate the applicant's refugee/protected person status. This decision is the subject of the present application for judicial review.

II. Pertinent Legislation

[14] The relevant provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) are as follows:

36. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

...

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

...

40. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible for misrepresentation

est une personne visée à l'alinéa 36(1)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27], en ce sens qu'il est interdit de territoire au Canada pour grande criminalité, de même qu'à l'alinéa 40(1)a), en ce sens qu'il est interdit de territoire pour fausses déclarations. La Section de l'immigration a ordonné son expulsion. Le demandeur a porté en appel cette décision devant la Section d'appel de l'immigration (la SAI). L'appel n'a jamais été retiré, et n'a pas été instruit sur le fond non plus.

[11] Le demandeur est maintenant marié à Shanti Rajaratnam, qu'il a parrainé après leur mariage. M^{me} Thambiturai a depuis obtenu la citoyenneté canadienne. Deux enfants, également citoyens canadiens, sont nés ici de leur union.

[12] Le 12 février 2004, le défendeur a déposé auprès de la SPR, en vertu de l'article 109 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, une demande visant à faire annuler la décision d'accueillir la revendication du statut de réfugié du demandeur.

[13] Le 18 mai 2005, la Section a accueilli la demande en vue de faire révoquer le statut de réfugié et de personne protégée du demandeur. C'est cette décision qui fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

II. La loi applicable

[14] Les dispositions applicables de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), se lisent comme suit :

36. (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

[. . .]

c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.

[. . .]

40. (1) Emportent interdiction de territoire pour fausses déclarations les faits suivants :

(a) for directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter that induces or could induce an error in the administration of this Act;

...

46. (1) A person loses permanent resident status

(a) when they become a Canadian citizen;

(b) on a final determination of a decision made outside of Canada that they have failed to comply with the residency obligation under section 28;

(c) when a removal order made against them comes into force; or

(d) on a final determination under section 109 to vacate a decision to allow their claim for refugee protection or a final determination under subsection 114(3) to vacate a decision to allow their application for protection.

...

63. . . .

(3) A permanent resident or a protected person may appeal to the Immigration Appeal Division against a decision at an examination or admissibility hearing to make a removal order against them.

...

95. . . .

(2) A protected person is a person on whom refugee protection is conferred under subsection (1), and whose claim or application has not subsequently been deemed to be rejected under subsection 108(3), 109(3) or 114(4).

...

109. (1) The Refugee Protection Division may, on application by the Minister, vacate a decision to allow a claim for refugee protection, if it finds that the decision was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter.

(2) The Refugee Protection Division may reject the application if it is satisfied that other sufficient evidence was considered at the time of the first determination to justify refugee protection.

a) directement ou indirectement, faire une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi;

[. . .]

46. (1) Emportent perte du statut de résident permanent les faits suivants :

a) l'obtention de la citoyenneté canadienne;

b) la confirmation en dernier ressort du constat, hors du Canada, de manquement à l'obligation de résidence;

c) la prise d'effet de la mesure de renvoi;

d) l'annulation en dernier ressort de la décision ayant accueilli la demande d'asile ou celle d'accorder la demande de protection.

[. . .]

63. [. . .]

(3) Le résident permanent ou la personne protégée peut interjeter appel de la mesure de renvoi prise au contrôle ou à l'enquête.

[. . .]

95. [. . .]

(2) Est appelée personne protégée la personne à qui l'asile est conféré et dont la demande n'est pas ensuite réputée rejetée au titre des paragraphes 108(3), 109(3) ou 114(4).

[. . .]

109. (1) La Section de la protection des réfugiés peut, sur demande du ministre, annuler la décision ayant accueilli la demande d'asile résultant, directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait.

(2) Elle peut rejeter la demande si elle estime qu'il reste suffisamment d'éléments de preuve, parmi ceux pris en compte lors de la décision initiale, pour justifier l'asile.

(3) If the application is allowed, the claim of the person is deemed to be rejected and the decision that led to the conferral of refugee protection is nullified.

(3) La décision portant annulation est assimilée au rejet de la demande d'asile, la décision initiale étant dès lors nulle.

III. Analysis

[15] The applicant submits that the Solicitor General's application to vacate his refugee status dated February 12, 2004, upon which the RPD vacated the applicant's refugee status was illegal, *ultra vires*, and contrary to the basic principles of justice.

III. Analyse

[15] Le demandeur soutient que la demande du solliciteur général en date du 12 février 2004 sur laquelle s'est fondée la SPR pour révoquer son statut de réfugié est illégale, *ultra vires* et contraire aux principes de justice fondamentale.

A. Issue Estoppel

[16] According to the applicant, the application to vacate his status constituted double jeopardy in that the initial proceedings, lodged against the applicant to obtain his removal from Canada and an exclusion order were, as a matter of fact, proceedings to vacate his refugee status taken in virtue of subsection 27(3) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16] of the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], upon which the decision of the Immigration Division had rendered the decision of September 23, 2003, and from which the applicant had initiated an appeal which was then pending before the Immigration Appeal Board.

A. Irrecevabilité pour identité des questions en litige

[16] Selon le demandeur, la demande de révocation de son statut de réfugié constitue un dédoublement de procédure, vu que la mesure d'exclusion et la procédure initiale, intentée contre le demandeur pour obtenir son renvoi du Canada, étaient en fait des procédures visant à faire révoquer son statut de réfugié qui ont été engagées en application du paragraphe 27(3) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16] de l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2]. C'est sur le fondement de la procédure initiale et de la mesure d'exclusion que la Section de l'immigration a rendu sa décision du 23 septembre 2003, décision à l'encontre de laquelle le demandeur a interjeté un appel alors en instance devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

[17] However, as stated by Linden J.A. for the Federal Court of Appeal in *Boyd v. Canada (Minister of Transport)* (2004), 331 N.R. 172 [at paragraph 1]:

[17] Cependant, comme l'a écrit le juge Linden de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Boyd c. Canada (Ministre des Transports)*, 2004 CAF 422 [au paragraphe 1] :

The revocation or suspension of a licence permitting a person to engage in a regulated activity does not attract the prohibition against double jeopardy, a principle applicable only to criminal proceedings or other proceedings with truly penal consequences (*R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3, at p. 18). [Emphasis is mine.]

La révocation ou la suspension d'un permis autorisant une personne à s'adonner à des activités réglementées n'est pas visée par ce principe [du double péril] qui ne s'applique qu'à une procédure criminelle ou à une autre procédure qui a des conséquences qui sont réellement pénales (*R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3, à la page 18). [Non souligné dans l'original.]

[18] The related concept of *res judicata* (comprised of issue estoppel and cause of action estoppel) is likely more precisely that to which the applicant refers. The Federal Court of Appeal has explained the concept of "cause of action estoppel" in *Apotex Inc. v. Merck &*

[18] Pour être plus précis, le demandeur parle sans doute de la notion connexe d'autorité de la chose jugée (qui comprend l'irrecevabilité pour identité des questions en litige et l'irrecevabilité pour identité des causes d'action). La Cour d'appel fédérale a exposé

Co., [2003] 1 F.C. 242, at paragraph 25:

These two estoppels, while identical in policy, have separate applications. Cause of action estoppel precludes a person from bringing an action against another where the cause of action was the subject of a final decision of a court of competent jurisdiction. Issue estoppel is wider, and applies to separate causes of action.

[19] The Supreme Court of Canada explains the concept of “issue estoppel” as follows in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, at paragraph 23:

Issue estoppel is a branch of *res judicata* (the other branch being cause of action estoppel) which precludes the relitigation of issues previously decided in court in another proceeding. For issue estoppel to be successfully invoked, three preconditions must be met: (1) the issue must be the same as the one decided in the prior decision; (2) the prior judicial decision must have been final; and (3) the parties to both proceedings must be the same, or their privies. . .

[20] The Federal Court of Appeal in *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, at paragraph 26, stated:

Issue estoppel applies to preclude relitigation of an issue which has been conclusively and finally decided in previous litigation between the same parties or their privies (*Angle and Doering, supra*). . . Issue estoppel applies where an issue has been decided in one action between the parties, and renders that decision conclusive in a later action between the same parties, notwithstanding that the cause of action may be different (*Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.); *Minott v. O’Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.)). The second cause of action, however, must involve issues of fact or law which were decided as a fundamental step in the logic of the prior decision. Issue estoppel does not arise if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings. The test for such an inquiry is whether the determination on which it is sought to found the estoppel is so fundamental to the substantive decision that the latter cannot stand without the former (*Angle, supra*; *R. v. Duhamel* (1981), 33 A.R. 271 (C.A.); affirmed by [1984] 2 S.C.R. 555). [Emphasis is mine.]

ainsi la notion d’« irrecevabilité pour identité des causes d’action » dans *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, [2003] 1 C.F. 242, au paragraphe 25 :

Ces deux formes d’irrecevabilité, identiques au plan des principes, sont différentes dans leur application. L’irrecevabilité pour identité des causes d’action interdit à une personne d’intenter une action contre une autre personne dans le cas où la cause d’action a fait l’objet d’une décision finale d’un tribunal compétent. L’irrecevabilité pour identité des questions en litige est plus large et s’applique à des causes d’action distinctes.

[19] La Cour suprême du Canada a décrit comme suit la notion de « préclusion découlant d’une question déjà tranchée » dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, au paragraphe 23 :

La préclusion découlant d’une question déjà tranchée est un volet de l’autorité de la chose jugée (l’autre étant la préclusion fondée sur la cause d’action), qui interdit de soumettre à nouveau aux tribunaux des questions déjà tranchées dans une instance antérieure. Pour que le tribunal puisse accueillir la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, trois conditions préalables doivent être réunies : (1) la question doit être la même que celle qui a été tranchée dans la décision antérieure; (2) la décision judiciaire antérieure doit avoir été une décision finale; (3) les parties dans les deux instances doivent être les mêmes ou leurs ayants droit [...]

[20] La Cour d’appel fédérale a déclaré ce qui suit au paragraphe 26 de l’arrêt *Apotex Inc. c. Merck & Co.* :

L’irrecevabilité pour identité des questions en litige vise à empêcher un nouveau procès sur une question déjà tranchée de manière finale et concluante dans un procès antérieur entre les mêmes parties ou leurs ayants droit (arrêts *Angle* et *Doering*, précités) [. . .] L’irrecevabilité pour identité des questions en litige s’applique quand une question a été tranchée dans une action entre les parties et que cette décision est déterminante pour une action ultérieure entre les mêmes parties, sans égard au fait que la cause d’action puisse différer (*Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.); *Minott v. O’Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.)). Toutefois, la seconde cause d’action doit mettre en cause des questions de fait ou de droit qui ont été tranchées comme élément fondamental de la logique de la décision antérieure. Il n’y a pas d’irrecevabilité pour identité des questions en litige si la question visée a été soulevée de manière annexe ou incidente dans la procédure antérieure. Le critère à l’égard de ce point est de savoir si la décision sur laquelle on cherche à fonder l’irrecevabilité est si fondamentale pour trancher le fond que la seconde décision ne puisse

[21] It is clear that “cause of action estoppel” is not applicable here. The cause of action before the RPD, whether the application to vacate the applicant’s status should be allowed, was not the same as the one that was before the Immigration Division, which was whether the applicant is a person described in paragraphs 36(1)(c) and 40(1)(a) of the IRPA, and thereby inadmissible to Canada because of serious criminality and misrepresentation. The proceedings before the Immigration Division were therefore not, as the applicant suggests, “as a matter of fact, proceedings to vacate Applicant’s refugee status.” Neither the Immigration Division nor the IAD has the authority to vacate a Convention refugee status. The only forum that could be seized of the Solicitor General’s application to obtain such annulment is the RPD, as per section 109 of the IRPA.

[22] As for “issue estoppel”, it is also clear that the precondition that the prior judicial decision must have been final is not met.

[23] Indeed, there is jurisprudence which states that a decision cannot be considered final until the appeal period has expired or until leave to appeal has been denied. For example, in *Novopharm Ltd. v. Eli Lilly and Co.*, [1999] 1 F.C. 515 (T.D.), my colleague Madam Justice Tremblay-Lamer stated, at paragraphs 29-32:

A decision must be final before *res judicata* can apply. If an appeal is pending, the decision is not final. (*Barwell Food Sales Inc. v. Snyder & Fils Inc.* (1988), 24 C.P.R. (3d) 102 (Ont. H.C.J.).)

In the present action, the decision of Reed J. is pending before the Federal Court of Appeal. This alone is sufficient to deny the application for prohibition.

In fact, the applicants concede that the decision is not final, but submit that this can be remedied by ordering “interim” relief until the appeal is decided. If the appeal is granted, the prohibition would be lifted.

être maintenue sans la première (arrêt *Angle*, précité; *R. c. Duhamel* (1981), 33 A.R. 271 (C.A.); confirmé par [1984] 2 R.C.S. 555). [Non souligné dans l’original.]

[21] Il est clair que le principe d’« irrecevabilité pour identité des causes d’action » ne s’applique pas en l’espèce. La cause d’action dont était saisie la SPR, qui consiste à savoir s’il y a lieu d’accueillir la demande de révocation du statut du demandeur, diffère de celle soumise à la Section de l’immigration, laquelle devait déterminer si le demandeur était une personne visée aux alinéas 36(1)c) et 40(1)a) de la Loi et par conséquent interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et fausses déclarations. La procédure engagée devant la Section de l’immigration n’était donc pas [TRADUCTION] « en fait », comme l’a laissé entendre le demandeur, [TRADUCTION] « une procédure visant à faire révoquer [son] statut de réfugié ». Ni la Section de l’immigration ni la SAI n’ont l’autorité de révoquer le statut de réfugié au sens de la Convention conféré à une personne. Selon l’article 109 de la Loi, la SPR est la seule instance habilitée à instruire la demande du solliciteur général en vue d’obtenir pareille révocation.

[22] Il est aussi clair, s’agissant de l’« irrecevabilité pour identité des questions en litige », que la condition préalable relative au caractère définitif de la décision judiciaire antérieure n’a pas été remplie.

[23] En effet, certains précédents établissent qu’une décision ne peut être considérée définitive avant l’expiration du délai d’appel ou le refus de la demande d’autorisation d’appel. Par exemple, dans *Novopharm Ltd. c. Eli Lilly and Co.*, [1999] 1 C.F. 515 (1^{re} inst.), ma collègue, la juge Tremblay-Lamer, a écrit ce qui suit, aux paragraphes 29 à 32 :

Une décision doit être définitive pour que l’on puisse invoquer l’autorité de la chose jugée. Si un appel est pendant, la décision n’est pas définitive. (*Barwell Food Sales Inc. v. Snyder & Fils Inc.* (1988), 24 C.P.R. (3d) 102 (H.C.J. Ont.).)

En l’espèce, l’appel contre la décision du juge Reed est pendante en Cour d’appel fédérale. Cela seul suffit pour rejeter la demande d’ordonnance de prohibition.

En fait, les demandresses concèdent que la décision n’est pas définitive, mais plaident qu’il est possible de remédier à cela en ordonnant un redressement « provisoire » jusqu’au moment où l’appel sera jugé. Si l’appel est accordé, la prohibition serait levée.

I do not believe it is appropriate to modify the pre-conditions of the principle of *res judicata*, in order to “fit” the relief sought by the applicants. The decision is not final pending the determination of the appeal. Therefore, there is no *res judicata*; and, there is no abuse of process in the proceedings before the Registrar.

[24] Many other cases also maintain that a decision is not final for the purpose of issue estoppel until the appeal period has expired, or until leave to appeal has been denied (*Wells v. Canada (Minister of Transport)*, (1993), 48 C.P.R. (3d) 308 (F.C.T.D.); *Morganti v. Strong (c.o.b. Wishes & Fine Jewellery)* (1998), 3 C.B.R. (4th) 145 (Ont. Gen. Div.); *Hough v. Brunswick Centres Inc.* (1997), 28 C.C.E.L. (2d) 36 (Ont. Gen. Div.); *Kanary v. MacLean* (1992), 115 N.S.R. (2d) 306 (S.C.T.D.); *Banque Nationale de Paris (Canada) et al. v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (2001), 52 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Quinlan v. Newfoundland (Minister of Natural Resources)* (2000), 192 Nfld. & P.E.I.R. 144 (C.A.); *Veroli Investment Ltd. v. Liaukus* (1998), 19 R.P.R. (3d) 321 (Ont. Gen. Div.); *Canstett Ltd. v. Keevil*, [1998] O.J. No. 1630 (Gen. Div.) (QL)).

[25] There is also *obiter dictum* of the Supreme Court of Canada suggesting the same. In *C.U.P.E., Local 79*, at paragraph 46, Arbour J., for a nine-member panel, stated:

A desire to attack a judicial finding is not in itself an improper purpose. The law permits that objective to be pursued through various reviewing mechanisms such as appeals or judicial review. Indeed reviewability is an important aspect of finality. A decision is final and binding on the parties only when all available reviews have been exhausted or abandoned.

[26] In the case at bar, the prior judicial decision referred to by the applicant is that of September 23, 2003, by the Immigration Division which found that the applicant was inadmissible for serious criminality and that he was inadmissible to Canada because of misrepresentation. As stated above, the latter decision was appealed by the applicant before the IAD and the

Je ne crois pas qu’il convienne de modifier les conditions à remplir avant d’appliquer le principe de la chose jugée pour les « ajuster » au redressement recherché par les demandereses. La décision n’est pas définitive tant que l’appel n’est pas jugé. Donc, il n’y a pas de chose jugée et la procédure devant le registraire ne peut constituer un abus de procédure.

[24] Les tribunaux ont statué dans bien d’autres affaires qu’une décision n’est pas finale aux fins de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige avant l’expiration du délai d’appel ou le refus de la demande d’autorisation d’appel (*Wells c. Canada (Ministre des Transports)*, [1993] A.C.F. n° 341 (1^{re} inst.) (QL); *Morganti v. Strong (c.o.b. Wishes & Fine Jewellery)*, (1998), 3 C.B.R. (4th) 145 (Div. gén. Ont.); *Hough v. Brunswick Centres Inc.* (1997), 28 C.C.E.L. (2d) 36 (Div. gén. Ont.); *Kanary v. MacLean* (1992), 115 N.S.R. (2d) 306 (C.S. (1^{re} inst.)); *Banque Nationale de Paris (Canada) et al. v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (2001), 52 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Quinlan v. Newfoundland (Minister of Natural Resources)* (2000), 192 Nfld. & P.E.I.R. 144 (C.A.); *Veroli Investment Ltd. c. Liaukus* (1998), 19 R.P.R. (3d) 321 (Div. gén. Ont.); *Canstett Ltd. v. Keevil*, [1998] O.J. n° 1630 (Div. gén.) (QL)).

[25] Une remarque incidente de la Cour suprême du Canada abonde dans le même sens. Dans *S.C.F.P., section locale 79*, au paragraphe 46, la juge Arbour s’est exprimée comme suit au nom des huit autres juges de la formation :

Il n’est pas illégitime en soi de vouloir attaquer un jugement; la loi permet de poursuivre cet objectif par divers mécanismes de révision comme l’appel ou le contrôle judiciaire. De fait, la possibilité de faire réviser un jugement constitue un aspect important du principe de l’irrévocabilité des décisions. Une décision est irrévocable ou définitive et elle lie les parties seulement lorsque tous les recours possibles en révision sont épuisés ou ont été abandonnés.

[26] En l’espèce, la décision judiciaire antérieure dont parle le demandeur est celle du 23 septembre 2003 par laquelle la Section de l’immigration a jugé qu’il était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et fausses déclarations. Comme je l’ai dit plus haut, le demandeur a porté cette décision en appel devant la SAI, et l’appel était toujours pendant le 18 mai 2005, la

appeal was still pending at the time the impugned decision by the RPD was made on May 18, 2005.

[27] Therefore, I find that the prior judicial decision was not final for the purpose of issue estoppel, and consequently, the argument of issue estoppel must fail.

B. Collateral Attack and Abuse of Process by Relitigation

[28] The applicant submits that the application to vacate his status constituted a collateral attack upon the decision previously rendered by the Immigration Division on September 23, 2003.

[29] As described by the Supreme Court of Canada, “a judicial order pronounced by a court of competent jurisdiction should not be brought into question in subsequent proceedings except those provided by law for the express purpose of attacking it” (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraph 20; see also *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; and *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223).

[30] In my opinion, the concept of “collateral attack”, though related to the concepts of estoppel and abuse of process, is not an accurate portrayal of the action of the respondent in this case, as the Minister was not contesting the decision of the Immigration Division.

[31] It is my opinion, however, that the proceedings to vacate the applicant’s refugee status, as he had already been found inadmissible for misrepresentation, constitute an abuse of process.

[32] In *C.U.P.E., Local 79*, the Supreme Court of Canada quoted, at paragraph 37, Goudge J.A., from *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.) [at paragraphs 55-56]:

The doctrine of abuse of process engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute. It is a flexible doctrine unencumbered

date à laquelle la SPR a rendu sa décision attaquée.

[27] En conséquence, je conclus que la décision judiciaire antérieure en cause n’était pas définitive aux fins de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige; l’irrecevabilité ne peut donc être invoquée.

B. Attaque indirecte et abus de procédure par remise en litige

[28] Le demandeur soutient que la demande de révocation de son statut de réfugié vise à attaquer indirectement la décision rendue le 23 septembre 2003 par la Section de l’immigration.

[29] Comme l’a expliqué la Cour suprême du Canada, « l’ordonnance rendue par un tribunal compétent ne doit pas être remise en cause dans des procédures subséquentes, sauf celles prévues par la loi dans le but exprès de contester l’ordonnance » (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, au paragraphe 20; voir aussi *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; et *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223).

[30] À mon avis, la notion d’« attaque indirecte », quoique liée à celles d’irrecevabilité et d’abus de procédure, illustre mal la démarche prise par le défendeur en l’espèce, étant donné que celui-ci ne contestait pas la décision de la Section de l’immigration.

[31] J’estime toutefois que la procédure visant à faire révoquer le statut de réfugié du demandeur est abusive, vu que ce dernier avait déjà été déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations.

[32] La Cour suprême du Canada a cité l’extrait suivant [aux paragraphes 55 et 56] de l’arrêt *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), rendu par le juge Goudge, dans *S.C.F.P., section locale 79*, au paragraphe 37 :

[TRADUCTION] La doctrine de l’abus de procédure engage le pouvoir inhérent du tribunal d’empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement, d’une manière qui serait manifestement injuste envers une partie au litige, ou qui aurait autrement pour effet de discréditer l’administration de la

by the specific requirements of concepts such as issue estoppel. See *House of Spring Gardens Ltd. v. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347 at p. 358, [1990] 2 All E.R. 990 (C.A.).

One circumstance in which abuse of process has been applied is where the litigation before the court is found to be in essence an attempt to relitigate a claim which the court has already determined. [Emphasis added.]

[33] As explained by the Supreme Court in *C.U.P.E., Local 79* [at paragraph 37], “Canadian courts have applied the doctrine of abuse of process to preclude relitigation in circumstances where the strict requirements of issue estoppel (typically the privity/utuality requirements) are not met, but where allowing the litigation to proceed would nonetheless violate such principles as judicial economy, consistency, finality and the integrity of the administration of justice.”

[34] Donald J. Lange, a well-respected author on the doctrine of *res judicata* summarizes the common-law principles on abuse of process in *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed. (Toronto: LexisNexis Butterworths, 2004), at pages 375-376:

- (1) The doctrine is not encumbered by the specific requirements of *res judicata*.
- (2) The proper focus for the application of the doctrine is the integrity of the judicial decision-making process.
- (3) Relitigation may be necessary to enhance the credibility and effectiveness of judicial decision-making when, for example, there are special circumstances.
- (4) The interests of the parties, who may be twice vexed by relitigation, are not a decisive factor.
- (5) The motive of a party in relitigating a previous court decision for a purpose other than undermining the validity of the decision is of little import in the application of the doctrine.
- (6) The status of a party, as a plaintiff or defendant, in the relitigation proceeding is not a relevant factor.

justice. C’est une doctrine souple qui ne s’encombre pas d’exigences particulières telles que la notion d’irrecevabilité (voir *House of Spring Gardens Ltd. c. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347, p. 358, [1990] 2 All E.R. 990 (C.A.)).

Un cas d’application de l’abus de procédure est lorsque le tribunal est convaincu que le litige a essentiellement pour but de rouvrir une question qu’il a déjà tranchée. [Non souligné dans l’original.]

[33] Comme l’a expliqué la Cour suprême dans *S.C.F.P., section locale 79* [au paragraphe 37], « les tribunaux canadiens ont appliqué la doctrine de l’abus de procédure pour empêcher la réouverture de litiges dans des circonstances où les exigences strictes de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée (généralement les exigences de lien de droit et de réciprocité) n’étaient pas remplies, mais où la réouverture aurait néanmoins porté atteinte aux principes d’économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d’intégrité de l’administration de la justice ».

[34] Donald J. Lange, un auteur renommé en matière de doctrine de l’autorité de la chose jugée, expose brièvement les principes de common law applicables aux cas d’abus de procédure dans l’ouvrage intitulé *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2^e éd. (Toronto : LexisNexis Butterworths, 2004), aux pages 375 et 376 :

[TRADUCTION]

- 1) La doctrine ne s’encombre pas des exigences particulières de l’autorité de la chose jugée.
- 2) L’application de la doctrine doit tendre à favoriser l’intégrité de la prise de décisions judiciaires.
- 3) Dans certaines circonstances spéciales, il peut être nécessaire de rouvrir un litige pour accroître la crédibilité et l’efficacité de la prise de décisions judiciaires.
- 4) Les intérêts des parties susceptibles d’être frustrées par une deuxième instance ne constituent pas un facteur déterminant.
- 5) Le motif pour lequel une partie remet en question une décision judiciaire antérieure dans un autre but que de miner la validité de celle-ci importe peu dans l’application de la doctrine.
- 6) Le statut d’une partie à la deuxième procédure, que ce soit en tant que demandeur ou de défendeur, importe peu.

(7) The discretionary factors that are considered in the operation of the doctrine of issue estoppel are equally applicable to the doctrine of abuse of process by relitigation.

7) Les facteurs discrétionnaires dont on tient compte dans l'application de la doctrine de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige concernent tout autant la doctrine de l'abus de procédure par remise en litige.

Additionally, there is some jurisprudence that “the second proceeding must be manifestly unfair to a party for the doctrine to be invoked” (see, for example, *Genesee Enterprises Ltd. v. Abou-Rached* (2001), 84 B.C.L.R. (3d) 277 (S.C.); *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431 (B.C.S.C.); *Ernst & Young Inc. v. Central Guaranty Trust Co.* (2001), 283 A.R. 325 (Q.B.); and *Baziuk v. Dunwoody* (1997), 13 C.P.C. (4th) 156 (Ont. Gen. Div.)).

De plus, certaines décisions établissent qu'une partie [TRADUCTION] « ne peut invoquer la doctrine de l'irrecevabilité pour identité des questions que dans les cas où la deuxième procédure est manifestement inéquitable » (voir, par exemple, *Genesee Enterprises Ltd. v. Abou-Rached* (2001), 84 B.C.L.R. (3d) 277 (C.S.); *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431 (C.S.C.-B.); *Ernst & Young Inc. v. Central Guaranty Trust Co.* (2001), 283 A.R. 325 (B.R.); et *Baziuk v. Dunwoody* (1997), 13 C.P.C. (4th) 156 (Div. gén. Ont.)).

[35] The respondent submits that the Solicitor General was not only entitled but had the duty to seek such vacation from the RPD. I disagree.

[35] Le défendeur fait valoir que le solliciteur général avait non seulement le droit mais aussi l'obligation de demander pareille révocation à la SPR. Je ne suis pas d'accord sur ce point.

[36] That the applicant had directly or indirectly misrepresented or withheld material facts relating to a relevant matter that induced or could induce an error in the administration of the IRPA was determined by the Immigration Division on September 23, 2003. He was ordered deported. The applicant then, as he was entitled to do, commenced his appeal of that decision.

[36] Le 23 septembre 2003, la Section de l'immigration a déterminé si le demandeur avait, directement ou indirectement, fait une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, qui a entraîné ou aurait pu entraîner une erreur dans l'application de la Loi. La Section de l'immigration a ordonné l'expulsion du demandeur. Le demandeur a ensuite exercé son droit de porter cette décision en appel.

[37] For the respondent to then seek to have the exact same issue determined under section 109 of the IRPA in order to have the applicant's status vacated seems not only unfair but is clearly an abuse of the Board's processes. The proceedings are unnecessary and duplicious. The respondent was also aware that a successful result in the vacation proceedings would terminate the applicant's status and, consequently, his appeal of the Immigration Division decision (subsection 63(3) of the IRPA). This was even expressly raised by the respondent to the IAD in support of a postponement of the appeal hearing.

[37] En cherchant à faire trancher la même question en vertu de l'article 109 de la Loi pour obtenir la révocation du statut du demandeur, le défendeur a, semble-t-il, non seulement agi de manière injuste, mais il a aussi manifestement abusé des mécanismes de la Commission. Les procédures en cause sont inutiles et se chevauchent. Le défendeur savait également que s'il avait gain de cause dans la procédure visant à faire révoquer le statut de réfugié du demandeur, l'appel que celui-ci a interjeté à l'encontre de la décision de la Section de l'immigration aurait pris fin (paragraphe 63(3) de la Loi). Le défendeur a même porté ce fait à l'attention de la SAI pour justifier l'annulation de l'audience d'appel.

[38] The respondent submits that the applicant cannot validly blame the respondent for having sought to have the law applied in this manner and for the statutory consequences of the applicant's loss of Convention refugee status. Again, I disagree.

[39] It is my opinion that the vacation proceedings constituted an abuse of process by relitigation, and the RPD erred in finding that it had jurisdiction, and in not preventing the abuse of process which constituted the vacation proceedings.

[40] Accordingly, the application for judicial review is allowed, the impugned decision of the RPD, dated May 18, 2005, is set aside and the matter is sent back to the RPD for determination in accordance with the present reasons for judgment.

[41] I agree with learned counsel for the respondent that there is no basis for issuance of a certified question in this case.

[38] Selon le défendeur, le demandeur n'est pas fondé à le critiquer pour avoir sollicité l'application de la loi en l'espèce et pour les effets juridiques de la perte de son statut de réfugié au sens de la Convention. Encore une fois, je suis en désaccord avec le défendeur.

[39] J'estime que l'instance de révocation constitue un abus de procédure par remise en litige et que la SPR a erré en se jugeant compétente pour examiner la demande du défendeur et en n'évitant pas l'abus de procédure à laquelle a donné lieu l'instance de révocation.

[40] Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision attaquée de la SPR en date du 18 mai 2005 est annulée et l'affaire est renvoyée à la SPR pour nouvelle décision en conformité avec les présents motifs.

[41] Je conviens avec l'avocat du défendeur qu'aucun motif ne justifie la certification d'une question en l'espèce.

A-546-05
2006 FCA 327

A-546-05
2006 CAF 327

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

v.

Charles Savard (*Respondent*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SAVARD (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Nadon J.J.A.—Montréal, September 14; Ottawa, October 13, 2006.

Employment Insurance — Judicial review of Umpire's decision upholding Board of Referees's decision allowing appeal from Canada Employment Insurance Commission's decision refusing to establish benefit period for respondent because respondent not having sufficient number of hours of insurable employment as a result of a notice of serious violation issued against him — Board, Umpire, erring in holding increase in number of insurable hours pursuant to Employment Insurance Act, s. 7.1 resulting from violation inapplicable to respondent because latter not being served with notice of violation — Increase stemming from respondent's liability for violation, not from his knowledge of notice of violation — Application allowed.

This was an application for judicial review of the decision by an Umpire upholding the decision by a Board of Referees to allow an appeal from the Canada Employment Insurance Commission and holding that the increase (from 420 hours to 630 hours) in the number of hours of insurable employment that the respondent needed to be entitled to benefits did not apply, since the respondent had not received the notice of violation that the Commission had issued against him in accordance with subsection 7.1(4) of the *Employment Insurance Act*. The respondent's violation (failing to report an income) fell under section 38 of the Act, and entitled the Commission to issue a notice of penalty and a notice of serious violation against him. The latter notice entailed an increase in the number of insurable hours pursuant to subsection 7.1(1) of the Act because the violation occurred in the 260 weeks preceding the respondent's initial claim for benefit. As a result of this increase, the respondent no longer had the requisite number of hours of insurable employment to qualify for benefits. The respondent appealed the Commission's decision refusing to establish a benefit period for him, but not the decision finding him guilty of a

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

c.

Charles Savard (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. SAVARD (C.A.F.)

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Nadon, J.C.A.—Montréal, 14 septembre; Ottawa, 13 octobre 2006.

Assurance-emploi — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un juge-arbitre a confirmé la décision du conseil arbitral accueillant l'appel interjeté à l'encontre de la décision de la Commission de l'assurance-emploi du Canada refusant d'établir une période de prestations pour le défendeur parce qu'il ne rencontrait pas le nombre d'heures d'emploi assurable, un avis de violation grave ayant été émis à son égard — Le conseil et le juge-arbitre se sont mépris lorsqu'ils ont conclu que la majoration du nombre d'heures d'emploi assurable découlant de l'art. 7.1 de la Loi sur l'assurance-emploi par suite d'une violation ne s'appliquait pas au défendeur parce que l'avis de violation ne lui avait pas été signifié — La majoration découle de la responsabilité de l'assuré pour une violation, et non de la connaissance qu'il a de l'avis de violation — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un juge-arbitre a confirmé la décision d'un conseil arbitral d'accueillir un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Commission de l'assurance-emploi du Canada et portant que la majoration du nombre d'heures d'emploi assurable (de 420 heures à 630 heures) dont le défendeur avait besoin pour être admissible au bénéfice des prestations ne s'appliquait pas parce que le défendeur n'avait pas reçu l'avis de violation que la Commission avait émis à son égard en application du paragraphe 7.1(4) de la *Loi sur l'assurance-emploi*. La violation que le défendeur a commise (défaut de déclarer des gains) était visée par l'article 38 de la Loi, qui conférait à la Commission le droit d'émettre un avis de pénalité et un avis de violation grave contre le défendeur. L'avis de violation grave emportait une majoration du nombre d'heures d'emploi assurable en vertu du paragraphe 7.1(1) de la Loi parce que la violation était survenue au cours des 260 semaines précédant la demande initiale de prestations du défendeur. En conséquence, le défendeur ne rencontrait pas le nombre d'heures d'emploi assurable nécessaire pour être admissible aux prestations. Le défendeur a interjeté appel de

serious violation.

Held, the application should be allowed.

The Board of Referees and the Umpire misunderstood subsection 7.1(4) (issuance of a notice) when they thought that liability under section 7.1 arises only when the notice of violation is served. This holding is in conflict with the actual language of subsection 7.1(4) and *Canada (Attorney General) v. Szczech* (C.A.). There is no mention of service of a notice in the English or French version of subsection 7.1(4). The Act contains numerous provisions in which the English word “issued” or “issued” is used, and that word has never been rendered in French by “signifié” (served) as it erroneously was in the French version of *Szczech*. When Parliament intended that a notice be served, it said so explicitly.

In sum, the increase provided for in subsection 7.1(1) stems from the insured claimant’s liability for one or more classified violations (i.e. minor, serious, very serious, subsequent), and not from the knowledge he has of the notice of violation. If the violation is not challenged, it becomes enforceable and, in the case of a classified violation, entails an increase in the hours of insurable employment. In the case at bar, the notice of violation was issued against the respondent on October 17, 2003 and the five-year period provided for in subsection 7.1(1) began to run as of that date. Since the respondent did not challenge on the merits the serious violation in question, the Commission’s decision holding him responsible for a serious violation remained in full force and effect and met the requirements of subsection 7.1(1).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 7.1, 12(4.1) (as enacted by S.C. 2003, c. 15, s. 17), 23.1 (as enacted *idem*, s. 19), 38 (as am. by S.C. 2001, c. 5, s. 8), 39, 40, 41.1, 46.1(5), 48(3), 49(3), 52(2), 53, 54(f.4) (as enacted by S.C. 2003, c. 15, s. 20), 65.1 (as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 78(F)), 77(2) (as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 79(E)), 85, 88, 91, 92, 102(6), (13) (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 90), 114, 125, 126(4), (11), (12), (14), (18), 134(1)(b)(i), 135, 138(4), 190(3.1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Limosi, [2003] 4 F.C. 481; [2003] CLLC 240-010; 2003 FCA 215; *Canada (Attorney General) v. Szczech* (2004), 328 N.R. 92; 2004 FCA 366;

la décision de la Commission refusant de lui établir une période de prestations, mais il n’a pas porté la décision le tenant responsable d’une violation grave en appel.

Arrêt : la demande doit être accueillie.

Le conseil arbitral et le juge-arbitre ont mal interprété le paragraphe 7.1(4) (émission d’un avis) lorsqu’ils ont cru que la responsabilité pour des violations de l’article 7.1 ne naît que lorsque l’avis de violation est signifié. Cette conclusion est contraire au texte même du paragraphe 7.1(4) et à l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Szczech* (C.A.). Il n’est fait aucunement mention d’une signification dans la version anglaise ou française du paragraphe 7.1(4). La Loi renferme une foule de dispositions où le terme anglais « *issues* » ou « *issued* » est utilisé, et ce terme n’a jamais été rendu par « signifié » en français, comme il l’a été à tort dans la version française de l’arrêt *Szczech*. Dans les cas où le législateur a voulu qu’un avis soit signifié, il l’a expressément prévu.

Somme toute, la majoration prévue au paragraphe 7.1(1) découle de la responsabilité de l’assuré pour une ou des violations qualifiées (c.-à-d. mineures, graves, très graves ou subséquentes), et non de la connaissance qu’il a de l’avis de violation. Si la violation n’est pas contestée, la décision devient exécutoire et, s’il s’agit d’une violation qualifiée, emporte une majoration des heures d’emploi assurable. En l’espèce, l’avis de violation fut émis le 17 octobre 2003 et le délai de cinq ans du paragraphe 7.1(1) a commencé à courir à cette date. Comme le défendeur n’avait pas contesté le bien-fondé de la responsabilité qu’on lui avait imputé pour une violation grave, la décision de la Commission le tenant responsable d’une violation grave demeurait avec plein effet et satisfaisait aux exigences du paragraphe 7.1(1).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l’assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 7.1, 12(4.1) (édicte par L.C. 2003, ch. 15, art. 17), 23.1 (édicte, *idem*, art. 19), 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 5, art. 8), 39, 40, 41.1, 46.1(5), 48(3), 49(3), 52(2), 53, 54(f.4) (édicte par L.C. 2003, ch. 15, art. 20), 65.1 (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 78(F)), 77(2) (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 79(A)), 85, 88, 91, 92, 102(6), (13) (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 90), 114, 125, 126(4), (11), (12), (14), (18), 134(1)(b)(i), 135, 138(4), 190(3.1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Procureure générale) c. Limosi, [2003] 4 C.F. 481; 2003 CAF 215; *Canada (Procureur général) c. Szczech*, 2004 CAF 366; *Miller c. Canada (Procureur*

Miller v. Canada (Attorney General) (2002), 220 D.L.R. (4th) 149; 293 N.R. 391; 2002 FCA 370.

général), 2002 CAF 370.

CONSIDERED:

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Attorney General) v. Geoffroy (2001), 273 N.R. 372; 2001 FCA 105; *Canada (Attorney General) v. Piovesan* (2006), 353 N.R. 83; 2006 FCA 245.

Canada (Procureure générale) c. Geoffroy, 2001 CAF 105; *Canada (Procureur général) c. Piovesan*, 2006 CAF 245.

AUTHORS CITED

Digest of Benefit Entitlement Principles, Chapter 18 “False or Misleading Statements”. Ottawa: Human Resources and Social Development Canada, online <<http://www.hrsdc.gc.ca/en/ei/digest/chp18.shtml>>.

DOCTRINE CITÉE

Guide de la détermination de l’admissibilité, chapitre 18 « Déclarations fausses ou trompeuses ». Ottawa : Ressources humaines et Développement social Canada, en ligne <<http://www.rhdsc.gc.ca/fr/ae/guide/chp18.shtml>>.

APPLICATION for judicial review of an Umpire’s decision upholding a Board of Referee’s decision allowing the respondent’s appeal from a decision of the Canada Employment Insurance Commission refusing to establish a benefit period for him. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d’un juge-arbitre confirmant la décision du conseil arbitral accueillant l’appel que le défendeur a interjeté à l’encontre d’une décision de la Commission de l’assurance-emploi du Canada refusant de lui établir une période de prestations. Demande accueillie.

APPEARANCES:

Carole Bureau for applicant.
Jean-Pierre Marcotte for respondent.

ONT COMPARU :

Carole Bureau pour le demandeur.
Jean-Pierre Marcotte pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Chabot, Marcotte & Paquin, Amos, Quebec, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Chabot, Marcotte & Paquin, Amos (Québec) pour le défendeur.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This is the fifth time the Court has been asked to interpret section 7.1 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (the Act), which provides for the conditions for receiving benefits and the increase in the number of hours of insurable employment needed when a claimant has committed one or more violations under this section. The four previous applications were ruled on in *Canada (Attorney General) v. Geoffroy*, (2001) 273 N.R. 372; *Canada (Attorney General) v. Limosi*, [2003] 4 F.C. 481 (C.A.);

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Pour une cinquième fois nous sommes saisis d’une demande d’interprétation de l’article 7.1 de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (Loi) qui traite des conditions requises pour recevoir des prestations et de la majoration du nombre d’heures d’emploi assurable requis lorsqu’un prestataire est responsable d’une ou de plusieurs violations prévues à cet article. Les quatre demandes précédentes ont fait l’objet de décisions dans les arrêts *Canada (Procureur générale) c. Geoffroy*,

Canada (Attorney General) v. Szczech, (2004), 382 N.R. 92 (F.C.A.); and *Canada (Attorney General of Canada) v. Piovesan*, (2006), 353 N.R. 83 (F.C.A.).

[2] At issue in this case is the interpretation of subsection 7.1(4); the respondent submits that there can be no increase in the hours in his case since he did not receive the notice of violation that the Canada Employment Insurance Commission (the Commission) issued concerning him. It appears that the address to which the Commission sent it was incomplete and therefore non-existent because the Commission had failed to write the name of the city in which the street indicated on the envelope addressed to the respondent was located.

[3] For a better understanding of the issue, I set out the relevant provisions of the Act [s. 38(3) (as am. S.C. 2001, c. 5, s. 8)]:

7.1 (1) The number of hours that an insured person, other than a new entrant or re-entrant to the labour force, requires under section 7 to qualify for benefits is increased to the number provided in the following table if the insured person accumulates one or more violations in the 260 weeks before making their initial claim for benefit

| Regional Rate of Unemployment | Violation | | | |
|-------------------------------|-----------|---------|--------------|------------|
| | minor | serious | very serious | subsequent |
| | | ... | | |
| more than 13% | 525 | 630 | 735 | 840 |
| | | ... | | |

(4) An insured person accumulates a violation if in any of the following circumstances the Commission issues a notice of violation to the person:

(a) one or more penalties are imposed on the person under section 38, 39, 41.1 or 65.1, as a result of acts or omissions mentioned in section 38, 39 or 65.1;

2001 CAF 105; *Canada (Procureure générale) c. Limosi*, [2003] 4 C.F. 481 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Szczech*, 2004 CAF 366; et *Canada (Procureur général) c. Piovesan*, 2006 CAF 245.

[2] Le litige en l'espèce porte sur l'interprétation du paragraphe 7.1(4) alors que le défendeur soumet qu'il ne peut y avoir majoration des heures dans son cas puisqu'il n'a pas reçu l'avis de violation que la Commission de l'assurance-emploi du Canada (Commission) a émis le concernant. Il appert que l'adresse à laquelle la Commission l'a fait parvenir était inexistante parce qu'incomplète du fait qu'elle avait omis d'y inscrire le nom de la ville où se trouvait la rue indiquée sur l'enveloppe destinée au défendeur.

[3] Pour une meilleure compréhension du litige, je reproduis les dispositions pertinentes de la Loi [art. 38(3) (mod. par L.C. 2001, ch. 5, art. 8)]:

7.1 (1) Le nombre d'heures d'emploi assurable requis au titre de l'article 7 est majoré conformément au tableau qui suit, en fonction du taux régional de chômage applicable, à l'égard de l'assuré autre qu'une personne qui devient ou redevient membre de la population active s'il est responsable d'une ou de plusieurs violations au cours des deux cent soixante semaines précédant sa demande initiale de prestations.

| Taux régional de chômage | Violation | | | |
|--------------------------|-----------|---------|------------|-------------|
| | mineure | grave | très grave | subséquente |
| | | [. . .] | | |
| Plus de 13% | 525 | 630 | 735 | 840 |
| | | [. . .] | | |

(4) Il y a violation lorsque le prestataire se voit donner un avis de violation parce que, selon le cas :

a) il a perpétré un ou plusieurs actes délictueux prévus à l'article 38, 39 ou 65.1 pour lesquels des pénalités lui ont été infligées au titre de l'un ou l'autre de ces articles, ou de l'article 41.1;

...

(5) Except for violations for which a warning was imposed, each violation is classified as a minor, serious, very serious or subsequent violation as follows:

- (a) if the value of the violation is
- (i) less than \$1,000, it is a minor violation,
 - (ii) \$1,000 or more, but less than \$5,000, it is a serious violation, or
 - (iii) \$5,000 or more, it is a very serious violation; and
- (b) if the notice of violation is issued within 260 weeks after the person accumulates another violation, it is a subsequent violation, even if the acts or omissions on which it is based occurred before the person accumulated the other violation.

(6) The value of a violation is the total of

- (a) the amount of the overpayment of benefits resulting from the acts or omissions on which the violation is based, and
- (b) if the claimant is disqualified or disentitled from receiving benefits, or the act or omission on which the violation is based relates to qualification requirements under section 7, the amount determined, subject to subsection (7), by multiplying the claimant's weekly rate of benefit by the average number of weeks of regular benefits, as determined under the regulations.

...

38. (1) The Commission may impose on a claimant, or any other person acting for a claimant, a penalty for each of the following acts or omissions if the Commission becomes aware of facts that in its opinion establish that the claimant or other person has

- (a) in relation to a claim for benefits, made a representation that the claimant or other person knew was false or misleading;
- (b) being required under this Act or the regulations to provide information, provided information or made a representation that the claimant or other person knew was false or misleading;
- (c) knowingly failed to declare to the Commission all or some of the claimant's earnings for a period determined under the regulations for which the claimant claimed benefits;

[...]

(5) À l'exception des violations pour lesquelles un avertissement est donné, chaque violation est qualifiée de mineure, de grave, de très grave ou de subséquente, en fonction de ce qui suit :

- a) elle est mineure, si sa valeur est inférieure à 1 000 \$, grave, si elle est inférieure à 5 000 \$, et très grave, si elle est de 5 000 \$ ou plus;
- b) elle est subséquente si elle fait l'objet d'un avis de violation donné dans les deux cent soixante semaines suivant une autre violation, même si l'acte délictueux sur lequel elle est fondée a été perpétré avant cette dernière.

(6) La valeur d'une violation correspond à la somme des montants suivants :

- a) le versement excédentaire de prestations lié à l'acte délictueux sur lequel elle est fondée;
- b) si le prestataire est exclu ou inadmissible au bénéfice des prestations, ou si l'acte délictueux en cause a trait aux conditions requises au titre de l'article 7, le montant obtenu, sous réserve du paragraphe (7), par multiplication de son taux de prestations hebdomadaires par le nombre moyen de semaines à l'égard desquelles des prestations régulières sont versées à un prestataire, déterminé conformément aux règlements.

[...]

38. (1) Lorsqu'elle prend connaissance de faits qui, à son avis, démontrent que le prestataire ou une personne agissant pour son compte a perpétré l'un des actes délictueux suivants, la Commission peut lui infliger une pénalité pour chacun de ces actes :

- a) à l'occasion d'une demande de prestations, faire sciemment une déclaration fausse ou trompeuse;
- b) étant requis en vertu de la présente loi ou des règlements de fournir des renseignements, faire une déclaration ou fournir un renseignement qu'on sait être faux ou trompeurs;
- c) omettre sciemment de déclarer à la Commission tout ou partie de la rémunération reçue à l'égard de la période déterminée conformément aux règlements pour laquelle il a demandé des prestations;

(d) made a claim or declaration that the claimant or other person knew was false or misleading because of the non-disclosure of facts;

(e) being the payee of a special warrant, knowingly negotiated or attempted to negotiate it for benefits to which the claimant was not entitled;

(f) knowingly failed to return a special warrant or the amount of the warrant or any excess amount, as required by section 44;

(g) imported or exported a document issued by the Commission, or had it imported or exported, for the purpose of defrauding or deceiving the Commission; or

(h) participated in, assented to or acquiesced in an act or omission mentioned in paragraphs (a) to (g).

(2) The Commission may set the amount of the penalty for each act or omission at not more than

(a) three times the claimant's rate of weekly benefits;

(b) if the penalty is imposed under paragraph (1)(c),

(i) three times the amount of the deduction from the claimant's benefits under subsection 19(3), and

(ii) three times the benefits that would have been paid to the claimant for the period mentioned in that paragraph if the deduction had not been made under subsection 19(3) or the claimant had not been disentitled or disqualified from receiving benefits; or

(c) three times the maximum rate of weekly benefits in effect when the act or omission occurred, if no benefit period was established.

(3) For greater certainty, weeks of regular benefits that are repaid as a result of an act or omission mentioned in subsection (1) are deemed to be weeks of regular benefits paid for the purposes of the application of subsection 145(2).

...

40. A penalty shall not be imposed under section 38 or 39 if

(a) a prosecution for the act or omission has been initiated against the employee, employer or other person; or

(b) 36 months have passed since the day on which the act or omission occurred.

...

d) faire une demande ou une déclaration que, en raison de la dissimulation de certains faits, l'on sait être fausse ou trompeuse;

e) sciemment négocier ou tenter de négocier un mandat spécial établi à son nom pour des prestations au bénéfice desquelles on n'est pas admissible;

f) omettre sciemment de renvoyer un mandat spécial ou d'en restituer le montant ou la partie excédentaire comme le requiert l'article 44;

g) dans l'intention de léser ou de tromper la Commission, importer ou exporter, ou faire importer ou exporter, un document délivré par elle;

h) participer, consentir ou acquiescer à la perpétration d'un acte délictueux visé à l'un ou l'autre des alinéas a) à g).

(2) La pénalité que la Commission peut infliger pour chaque acte délictueux ne dépasse pas :

a) soit le triple du taux de prestations hebdomadaires du prestataire;

b) soit, si cette pénalité est imposée au titre de l'alinéa (1)c), le triple :

(i) du montant dont les prestations sont déduites au titre du paragraphe 19(3),

(ii) du montant des prestations auxquelles le prestataire aurait eu droit pour la période en cause, n'eût été la déduction faite au titre du paragraphe 19(3) ou l'inadmissibilité ou l'exclusion dont il a fait l'objet;

c) soit, lorsque la période de prestations du prestataire n'a pas été établie, le triple du taux de prestations hebdomadaires maximal en vigueur au moment de la perpétration de l'acte délictueux.

(3) Il demeure entendu que les semaines de prestations régulières remboursées par suite de la perpétration d'un acte délictueux visé au paragraphe (1) sont considérées comme des semaines de prestations régulières versées pour l'application du paragraphe 145(2).

[. . .]

40. Les pénalités prévues aux articles 38 et 39 ne peuvent être infligées plus de trente-six mois après la date de perpétration de l'acte délictueux ni si une poursuite a déjà été intentée pour celui-ci.

[. . .]

41.1 (1) The Commission may issue a warning instead of setting the amount of a penalty for an act or omission under subsection 38(2) or 39(2).

(2) Notwithstanding paragraph 40(b), a warning may be issued within 72 months after the day on which the act or omission occurred.

...

125. (1) An information or complaint under this Act, other than Part IV, may be laid or made by a member of the Royal Canadian Mounted Police or by a person acting for the Commission and, if an information or complaint appears to have been laid or made under this Act, other than Part IV, it is deemed to have been laid or made by a person acting for the Commission and shall not be called into question for lack of authority of the informant or complainant except by the Commission or by a person acting for it or for Her Majesty.

...

135. (1) ...

(2) No prosecution for an offence under this section shall be instituted if a penalty for that offence has been imposed under section 38, 39 or 65.1.

[4] Of the five challenges that have been initiated, I must say this is the first in which, thanks to Quebec Legal Aid, the claimant is represented by counsel, i.e. Mr. Jean-Pierre Marcotte. We were therefore able to have the advantage of some enlightenment that had been absent up to the present, in the absence of adversarial proceedings. I have been convinced, in the light of new arguments made to the Court and of the new documentation filed by the respondent's counsel, of the need to revisit the four other previous decisions. I am persuaded that three of these decisions, in some aspects, would not have been the same if this enlightening additional information could have been brought to the attention of the members of the various panels that rendered them. This is a situation that meets the test propounded in *Miller v. Canada (Attorney General)* (2002), 220 D.L.R. (4th) 149 (F.C.A.), 2002 FCA 370, and it is warranted to make the necessary corrections to those decisions.

FACTS AND PROCEEDINGS IN THIS CASE

[5] The respondent lives in northwestern Quebec where, during the periods in issue, the unemployment

41.1 (1) La Commission peut, en guise de pénalité pouvant être infligée au titre de l'article 38 ou 39, donner un avertissement à la personne qui a perpétré un acte délictueux.

(2) Malgré l'article 40, l'avertissement peut être donné dans les soixante-douze mois suivant la perpétration de l'acte délictueux.

[. . .]

125. (1) Une dénonciation ou plainte prévue par la présente loi, à l'exception de la partie IV, peut être déposée ou formulée par un membre de la Gendarmerie royale du Canada ou toute personne agissant pour le compte de la Commission. Lorsqu'une dénonciation ou plainte est présentée comme ayant été déposée ou formulée en vertu de la présente loi, à l'exception de la partie IV, elle est réputée l'avoir été par une personne agissant pour le compte de la Commission et ne peut être contestée pour défaut de compétence du dénonciateur ou du plaignant que par la Commission ou une personne agissant pour elle ou pour Sa Majesté.

[. . .]

135. (1) [. . .]

(2) Il ne peut être intenté de poursuite pour une infraction prévue au présent article si une pénalité a été infligée pour cette infraction en vertu de l'article 38, 39 ou 65.1.

[4] Des cinq contestations entreprises, je dois dire que celle-ci est la première où, grâce à l'Aide juridique du Québec, le prestataire est représenté par avocat, en l'occurrence M^c Jean-Pierre Marcotte. Nous avons donc pu bénéficier d'un éclairage qui jusqu'à présent, en l'absence de débats contradictoires, était manquant. Des arguments nouveaux présentés à la Cour et de la documentation nouvelle produite par le procureur du défendeur m'ont convaincu de la nécessité de revisiter les quatre autres décisions antérieures. Je suis satisfait que trois de ces décisions, sous certains aspects, n'auraient pas été les mêmes si cette information additionnelle dont nous avons pu bénéficier avait pu être portée à la connaissance des membres des diverses formations qui les ont entendues. Il s'agit d'une situation qui rencontre le test de l'arrêt *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 et où nous sommes justifiés d'apporter à ces décisions les rectifications requises.

LES FAITS ET LA PROCÉDURE EN L'ESPÈCE

[5] Le défendeur habite le nord-ouest du Québec où, pour les périodes en litige, le taux de chômage oscillait

rate fluctuated around 16%. On February 11, 2005, he filed a claim for employment insurance. During his reference period, February 1, 2004 to January 22, 2005, he accumulated 428 hours of work between May 24, 2004 and August 27, 2004.

[6] Normally, he would have needed only 420 hours to qualify for benefits. But the Commission learned that the respondent had failed to report an income of \$1,472 (for the period from July 2, 2001 to July 19, 2001) and \$624 (for the period from August 6, 2001 to August 10, 2001) although he had declared he had not received any remuneration (applicant's record, at page 36).

[7] Since this was a first violation of section 38 of the Act, the Commission imposed a penalty on him of \$1,632. In addition, it issued a notice of serious violation to the respondent, since the value of the violation amounted to \$1,632. The notice was issued on October 17, 2003 (applicant's record, at page 38).

[8] Since the notice of violation referenced the 260 weeks preceding the initial claim for benefit made by the respondent on February 11, 2005, it entailed an increase in the number of hours of insurable employment under section 7.1 of the Act. Therefore, the respondent's entitlement to benefits depended on his ability to establish that he had worked 630 hours instead of the 420 that would normally have sufficed.

[9] The notice of penalty and the notice of serious violation were both issued on the same day and sent in the same envelope to the respondent, who says he did not receive them. However, there is no doubt that he was informed of their existence when the Commission denied him the benefits claimed in February 2005.

[10] The respondent appealed the Commission's decision refusing to establish a benefit period for him to the Board of Referees. We learn, from the letter he sent to the Board of Referees, and from the Board of Referees' decision, that he paid the amount of the penalty and reimbursed the overpayment. However, there was no appeal of the decision finding him guilty of a serious violation, as allowed by section 114 of the Act.

autour de 16 %. Il a, le 11 février 2005, demandé des prestations d'assurance-emploi. Au cours de sa période de référence se situant du 1 février 2004 au 22 janvier 2005, il a accumulé 428 heures de travail du 24 mai 2004 au 27 août 2004.

[6] Normalement, il aurait eu besoin de 420 heures seulement pour se qualifier pour des bénéfices. Mais la Commission a pris connaissance du fait que le défendeur avait omis de déclarer des gains de 1 472 \$ (pour la période du 2 juillet 2001 au 19 juillet 2001) et 624 \$ (pour la période du 6 août 2001 au 10 août 2001) alors qu'il avait déclaré n'avoir reçu aucune rémunération (dossier du demandeur, à la page 36).

[7] Comme il s'agissait d'un premier acte délictueux, lequel est prévu à l'article 38 de la Loi, la Commission lui a infligé une pénalité de 1 632 \$. En outre, elle a émis au défendeur un avis de violation grave vu que la valeur de la violation se chiffrait à 1 632 \$. L'avis fut émis le 17 octobre 2003 (dossier du demandeur, à la page 38).

[8] L'avis de violation se situant au cours des 260 semaines précédant la demande initiale de prestations faite par le défendeur le 11 février 2005, il emportait une majoration du nombre d'heures d'emploi assurable conformément à l'article 7.1 de la Loi. En conséquence, l'admissibilité du défendeur au bénéfice des prestations dépendait de sa capacité d'établir qu'il avait travaillé 630 heures au lieu des 420 qui normalement auraient été suffisantes.

[9] L'avis de pénalité et l'avis de violation grave ont tous deux été émis le même jour et envoyés sous un même pli au défendeur qui affirme ne pas les avoir reçus. Il ne fait aucun doute cependant qu'il a été informé de leur existence lorsque la Commission lui a refusé le bénéfice de prestations demandé en février 2005.

[10] Le défendeur a contesté devant le Conseil arbitral la décision de la Commission refusant de lui établir une période de prestations. On apprend dans la lettre qu'il a fait parvenir au Conseil arbitral, et dans la décision du Conseil, qu'il a payé le montant de la pénalité et remboursé le trop-payé. Mais il n'y a pas eu appel de la décision le tenant responsable d'une violation grave comme le permet l'article 114 de la Loi. Cet appel

That appeal had to be filed within 30 days following the date when the decision was communicated to him.

[11] It is clear, and this fact is not in dispute, that the respondent was informed of the reasons for the refusal to establish a benefit period that were expressed by the Commission, namely, the insufficiency of insurable hours as a result of the notice of serious violation. His appeal instead addressed the fact that he had not been informed of the increase in the requisite hours and accordingly, although he does not use these words, that the notice of violation was unenforceable against him.

[12] The Board of Referees found that the increase in the number of insurable hours was inapplicable to the respondent, since he had not received the notice of violation.

[13] Relying on the French version of the judgment in *Canada (Attorney General) v. Szczech*, the Umpire ruled that this judgment required that a notice of violation be served on a claimant before taking effect. He dismissed the Commission's appeal on the ground that the Board of Referees had engaged in an assessment of the facts that was reasonably compatible with the evidence.

[14] In fairness to the Umpire, I must say that, in the French version of *Szczech*, on which he relied, and which is a translation of the reasons written in English, there was a significant mistake, repeated in more than one place in the decision. While Evans J.A. speaks in the English version of "the issue of a notice" (*l'émission d'un avis*), the concept was rendered in French by "the service of a notice" (*la signification d'un avis*). Subsection 7.1(4) of the Act also refers to the fact that the Commission "issues a notice of violation". There is no mention of service of a notice in the English or French version.

SCHEME AND OPERATION OF THE PROVISIONS AT ISSUE

[15] In 1996, Parliament wanted to give more teeth to the Act by allowing a new form of administrative sanction for acts and omissions, by providing for an increase of the number of hours of insurable

devoir être logé dans les 30 jours suivant la date où il a reçu communication de la décision.

[11] Il est évident, et c'est un fait non contesté, que le défendeur a été informé des motifs du refus d'établir une période de prestations exprimé par la Commission, soit l'insuffisance des heures assurables par suite de l'avis de violation grave. Son appel a plutôt porté sur le fait qu'il n'avait pas été informé de la majoration des heures requises et, en conséquence, même s'il n'utilise pas ces termes, que l'avis de violation lui était inopposable.

[12] Le Conseil arbitral a conclu que la majoration du nombre d'heures assurable ne pouvait être appliquée au défendeur du fait qu'il n'avait pas reçu l'avis de violation.

[13] Se fondant sur la version française de l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Szczech*, le juge-arbitre a conclu que cet arrêt exigeait qu'un avis de violation soit signifié à un prestataire avant de prendre effet. Il a rejeté l'appel de la Commission au motif que le Conseil arbitral s'était livré à une appréciation des faits qui était raisonnablement compatible avec les éléments portés au dossier.

[14] À la décharge du juge-arbitre, je dois dire que la version française de l'arrêt *Szczech*, sur laquelle il s'est fondé et qui est une traduction des motifs rédigés en anglais, comporte une importante erreur répétée à plus d'un endroit dans la décision. Alors que le juge Evans parle dans la version anglaise de « l'émission d'un avis » (*the issue of a notice*), le concept a été rendu en français par « la signification d'un avis » (*the service of a notice*). Le paragraphe 7.1(4) de la Loi réfère également au fait que la Commission « issues a notice of violation ». Il n'y est fait aucunement mention d'une signification (*service of a notice*) dans la version anglaise ou française.

SCHÉMA ET FONCTIONNEMENT DES DISPOSITIONS EN CAUSE

[15] En 1996, le Parlement a voulu donner davantage de mordant à la Loi en permettant une nouvelle forme de sanction administrative pour la commission d'actes délictueux, soit la majoration du nombre d'heures

employment required to be entitled to benefits. This sanction was in addition to the traditional monetary penalties.

[16] Parliament acted rather clumsily by adopting a new concept, that of violation, that is superimposed on the concept of acts or omissions and that creates confusion. In this case, the violation is in fact an administrative sanction, a penalty imposed for the act or omission. And this violation may itself give rise to another form of sanction, an increase in hours of insurable employment. The fact that this sanction was not inserted in the part of the Act dealing with penalties (section 38 *et seq.*), but rather in the part pertaining to entitlement, hardly improves things; this is an understatement.

[17] The Court has complained on more than one occasion of the confusion generated by the terms chosen, but so far without success.

[18] In the light of the *Digest of Benefit Entitlement Principles*—Chapter 18 (Digest), published by Human Resources and Social Development Canada and brought to our attention for the first time in this case (and to which I shall return), I believe I am in a position to describe finally, with, I hope, some coherence, the system adopted by Parliament and how it works.

[19] The acts or omissions described in section 38 of the Act (the best known being the false or misleading statement) may entail, in addition to reimbursement of the overpayment, the imposition of one or another of the following penalties when, in the Commission's opinion, a sanction is warranted:

(a) the traditional monetary penalties described in subsection 38(2);

(b) a non-monetary penalty, either the section 41.1 warning or a violation provided for by section 7.1 which, depending on whether it is classified or not, will or will not entail an increase in the number of hours of insurable employment, or both; and

(c) the penal prosecutions provided in section 125.

d'emploi assurable requis pour être admissible au bénéfice des prestations. Cette sanction s'ajoutait aux peines pécuniaires traditionnelles.

[16] Le Parlement s'y est pris de façon plutôt maladroite en introduisant un nouveau concept, celui de violation, qui se superpose à celui d'actes délictueux et qui engendre de la confusion. Car la violation est ici en fait une sanction administrative, une pénalité imposée pour l'acte délictueux. Et cette violation peut elle-même engendrer cette autre forme de sanction qu'est la majoration des heures d'emploi assurable. Le fait que cette sanction n'ait pas été placée dans la partie de la Loi qui traite des pénalités (article 38 et suivants), mais plutôt dans celle relative à l'admissibilité n'améliore guère les choses, pour utiliser un euphémisme.

[17] À plusieurs reprises la Cour s'est plainte de la confusion générée par les termes choisis, mais jusqu'à ce jour en vain.

[18] À la lumière du *Guide de la détermination de l'admissibilité*—Chapitre 18 (Guide), publié par Ressources humaines et Développement social Canada et porté pour la première fois à notre connaissance dans le présent dossier, et sur lequel je reviendrai, je crois être en mesure enfin de décrire avec, je l'espère, une certaine cohérence le système adopté par le législateur et son fonctionnement.

[19] La perpétration d'actes délictueux décrits à l'article 38 de la Loi (le plus connu étant la déclaration fausse ou trompeuse) peut entraîner, outre le remboursement du trop-payé, l'imposition de l'une ou l'autre des pénalités suivantes lorsque la Commission est d'avis qu'il y a matière à sanction :

a) les pénalités d'ordre pécuniaire traditionnelles décrites au paragraphe 38(2);

b) une pénalité d'ordre non pécuniaire, soit l'avertissement de l'article 41.1, soit une violation en vertu de l'article 7.1 qui, selon qu'elle est qualifiée ou non entraîne ou n'entraîne pas une majoration du nombre d'heures d'emploi assurable, ou les deux; et

c) les poursuites pénales de l'article 125.

[20] The table shown below illustrates the critical path in the suppression and deterrence of acts and omissions:

[20] Le tableau ci-après reproduit illustre le cheminement critique de la répression et dissuasion des actes délictueux :

**Critical path in the suppression
and deterrence of acts or omissions**

Acts/omissions: Penal
prosecutions, s. 125

Administrative
sanctions

— penalties: monetary
penalty,
ss. 38 and 39

non-monetary penalty: warning,
s. 41.1(1)

violation:

classified,
s. 7.1(5)

— increase
in hours,
s. 7.1(1)

un-
classified,

— no increase
in hours
s. 7.1(5)

**Cheminement critique de la répression
et de la dissuasion d'actes délictueux**

Actes délictueux : Poursuites
pénales, art. 125

Sanctions
administratives

— pénalités :

peine
pécuniaire,
art. 38 et 39

peine non pécuniaire :

avertissement,
art. 41.1(1)

violation :

qualifiée,
art. 7.1(5)

— majoration
des heures,
art. 7.1(1)

non-
qualifiée,

— pas de
majoration
des heures,
art. 7.1(5)

[21] Just now, I disregard penal prosecutions, which are not at issue in this case. However, I note in passing that, under section 40 of the Act, no monetary penalty provided for in sections 38 and 39 can be imposed if a penal prosecution has been commenced. Similarly, and conversely this time, no penal prosecution shall be instituted if monetary penalties have been imposed under sections 38, 39 and 65.1 [as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 78(F)] (see subsection 135(2)).

[21] Je fais ici abstraction des poursuites pénales qui ne sont pas en cause dans le présent dossier. Je note toutefois au passage qu'en vertu de l'article 40 de la Loi, aucune pénalité d'ordre pécuniaire des articles 38 et 39 ne peut être infligée si une poursuite pénale a été intentée. De même, à l'inverse cette fois, une poursuite pénale ne peut être intentée si des pénalités d'ordre pécuniaire ont été imposées en vertu des articles 38, 39 et 65.1 [mod. par L.C.1999, ch. 31, art. 78(F)] (voir le paragraphe 135(2)).

[22] From this table representing the critical path in the suppression and deterrence of acts or omissions, it can be seen that the Commission first determines the appropriateness of imposing a penal sanction or an administrative sanction. Both section 125, which provides for penal prosecutions, and section 38, which provides for administrative penalties, couch the Commission's authority in terms of a discretionary power.

[23] When the Commission opts for an administrative sanction, it then decides whether it will be a penalty that is monetary, non-monetary alone or a combination of both. In the case of a monetary penalty, the Commission will issue a notice of penalty under section 38 of the Act.

[24] If it is a non-monetary penalty, the Commission may, under subsection 41.1(1), issue a warning to the offender. Again, the Commission's power is conferred in discretionary terms by subsection 41.1(1).

[25] If the act or omission is serious enough, the Commission may decide it is appropriate to impose an additional sanction and find that there has been a violation within the meaning of section 7.1. This sanction takes the form of the issuance of a notice of violation under subsection 7.1(4). Where the violation is classified as minor, serious, very serious or subsequent, as the case may be, the hours of insurable employment are increased: see subsections 7.1(5) and 7.1(1).

[26] However, a letter of warning may also result in a notice of violation, but this is an unclassified violation which, by itself, does not entail an increase in the hours of insurable employment: see subsection 7.1(5). I say by itself because if, after receiving a letter of warning, a classified violation occurs within five years of the warning, it will be mandatorily classified as subsequent and will thus result in a greater increase in insurable hours of employment. This is because the warning is a violation, if a notice of violation is issued (at paragraph 7.1(4)(a)), and because paragraph 7.1(5)(b) classifies the new violation as subsequent in these circumstances: see

[22] De ce tableau représentant le cheminement critique de la répression et dissuasion des actes délictueux, on peut voir que la Commission décide dans un premier temps de l'opportunité d'imposer une sanction pénale ou une sanction administrative. Tant l'article 125 qui traite de la poursuite pénale que l'article 38 qui s'adresse à la pénalité administrative couchent l'autorité de la Commission en terme de pouvoir discrétionnaire.

[23] Lorsque la Commission opte pour une sanction administrative, elle décide alors s'il s'agira d'une pénalité d'ordre pécuniaire, d'ordre non pécuniaire seulement ou une pénalité des deux ordres. Dans le cas d'une pénalité d'ordre pécuniaire, la Commission émettra un avis de pénalité en vertu de l'article 38 de la Loi.

[24] S'il s'agit d'une pénalité d'ordre non pécuniaire, la Commission peut, en vertu du paragraphe 41.1(1), émettre un avertissement à l'auteur de l'acte délictueux. Encore là, le pouvoir de la Commission est conféré en termes discrétionnaires par le paragraphe 41.1(1).

[25] Devant la gravité des actes délictueux posés, la Commission peut décider qu'il y a lieu d'imposer une sanction additionnelle et de tenir l'auteur des actes responsable d'une violation au sens de l'article 7.1. Cette sanction se concrétise par l'émission (*issue*) d'un avis de violation selon le paragraphe 7.1(4). Lorsque la violation, dont la Commission tient l'auteur de l'acte délictueux responsable, est une violation qualifiée soit de mineure, grave, très grave ou subséquente, selon le cas, il en résulte une majoration des heures d'emploi assurable : voir les paragraphes 7.1(5) et 7.1(1).

[26] Mais une lettre d'avertissement peut aussi donner lieu à un avis de violation. Il s'agit toutefois d'une violation non qualifiée qui, à elle seule, n'emporte pas une majoration des heures d'emploi assurable : voir le paragraphe 7.1(5). Je dis à elle seule parce que, si après avoir reçu une lettre d'avertissement, un assuré se rend responsable d'une violation qualifiée dans les 5 ans de l'avertissement, celle-ci sera obligatoirement qualifiée de subséquente et, de ce fait, entraînera une majoration accrue des heures d'emploi assurable. Il en est ainsi parce que l'avertissement est une violation, si un avis de violation est émis (alinéa 7.1(4)a), et parce que l'alinéa

the Digest, at paragraph 18.4.1, “Application of Violations”.

[27] The complexity of the model adopted by Parliament can be seen, and here I refrain from mentioning other refinements which would simply increase that complexity and add to the confusion. In this case, two notices were issued: a penalty notice under section 38 of the Act, and a notice of serious violation under section 7.1.

THE LIMOSI CASE

[28] I have already mentioned the fact that the use of the word “violation” to refer to a sanction or administrative penalty is unfortunate and confusing. As previously stated, this violation is superimposed on the alleged act or omission, but must not be confused with the latter as happened in *Limosi*, at paragraph 14. In a subsequent decision, *Canada (Attorney General) v. Szczech*, the Court dispelled the confusion by ruling, on the basis of the language in subsection 7.1(4), that a violation exists if (*lorsque*, in French) the Commission issues a notice of violation in relation to acts or omissions. According to the Digest, in Chapter 18 on “False or Misleading Statements”, at paragraph 18.4.0. “Violations”, “a violation does not exist until a notice of violation is issued” and “The date of the violation is the date the notice of violation is issued.” This Digest, which is not binding on the Court, not only states Parliament’s intention in this regard but correctly reflects the substance of subsection 7.1(4).

[29] The Board of Referees and the Umpire misunderstood that provision when they thought that liability under section 7.1 arises only when the notice of violation is served. Not only is this holding in conflict with the actual language of subsection 7.1(4) and *Szczech*, but, if it were to prevail, it would be unjustly and disproportionately punitive to the author of the violations. Indeed, the five-year period in subsection 7.1(1) would begin to run only from the day the notice of violation is brought to the knowledge of that person. If, for some reason, the notice of violation can be brought to his knowledge only two years later, that person then loses, for the purposes of the calculation of the section

7.1(5*b*) qualifie dans ces circonstances la nouvelle violation de subséquente : voir le Guide, au paragraphe 18.4.1 « Inscription d’un avis de violation au dossier ».

[27] On peut voir la complexité du modèle adopté par le législateur et ici je passe sous silence d’autres raffinements qui ne font qu’augmenter celle-ci et ajouter à la confusion. Dans le cas qui nous occupe, deux avis ont été émis : l’un de pénalité en vertu de l’article 38 de la Loi et l’autre de violation grave en vertu de l’article 7.1.

L’AFFAIRE LIMOSI

[28] J’ai déjà évoqué le fait que l’emploi du mot « violation » pour désigner une sanction ou une pénalité administrative est malheureux et confondant. Tel que déjà mentionné, cette violation se superpose à l’acte délictueux reproché, mais ne doit pas être confondue avec ce dernier comme ce fut le cas dans l’arrêt *Limosi*, au paragraphe 14. C’est à juste titre que, dans un arrêt subséquent, *Canada (Procureur général) c. Szczech*, la Cour a dissipé la confusion en statuant sur la foi du texte du paragraphe 7.1(4) qu’une violation existe lorsque (*if* en anglais) la Commission émet un avis de violation consécutif à des actes délictueux. Selon le Guide, au chapitre 18 sur les « Déclarations fausses ou trompeuses », au paragraphe 18.4.0 « Violations », « il n’y a pas de violation tant que l’avis de violation n’est pas émis » et « [l]a date de violation est la date à laquelle l’avis de violation est émis ». Ce Guide, qui ne lie pas la Cour, non seulement énonce l’intention législative à cet égard, mais reflète correctement la teneur du paragraphe 7.1(4).

[29] Le Conseil arbitral et le juge-arbitre se sont mépris lorsqu’ils ont cru que la responsabilité pour des violations de l’article 7.1 ne naît que lorsque l’avis de violation est signifié. Non seulement une telle conclusion est contraire au texte même du paragraphe 7.1(4) et à l’arrêt *Szczech*, mais, si elle devait prévaloir, elle serait injustement et indûment punitive pour la personne responsable des violations. En effet, le délai de cinq ans du paragraphe 7.1(1) ne commencerait à courir que du jour où l’avis de violation est porté à la connaissance de l’auteur des violations. Or, si pour une raison ou une autre, l’avis de violation ne peut être porté à sa connaissance que deux ans plus tard, il perd alors, pour

7.1 period, the benefit of those two years during which he may have worked and paid his employment insurance contributions. The five-year period in subsection 7.1(1) becomes a seven-year period for him.

[30] The Act contains numerous provisions in which the English word “issues” or “issued” is used: see subsections 7.1(4), 12(4.1) [as enacted by S.C. 2003, c. 15, s. 17], section 23.1 [as enacted *idem*, s. 19], paragraphs 38(1)(g), 39(1)(d), subsection 41.1(1), paragraph 54 (f.4) [as enacted *idem*, s. 20], subsection 77(2) [as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 79(E)], section 88, subsection 102(13) [as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 90], section 125, subsections 126(11) and (12), subparagraph 134(1)(b)(i), paragraph 135(1)(f), subsections 138(4) and 190(3.1). This word has been rendered in French sometimes by “*donné*”, sometimes by “*délivré*”, sometimes by “*décerner*”, sometimes by “*prévu*” and sometimes by “*établi*”, but never by “*signifié*”. In the case of subsection 46.1(5), the word seems to have been perceived as unnecessary since it is not used in the French version.

[31] Clearly, in all of these sections to which I refer, there is no question of “service” (*signification*) and the English word “issues” does not mean “serves”. For example, when section 88 states that the judge “may issue a warrant” permitting entry to a dwelling house, it obviously does not mean that the judge may “serve” a warrant on the person who is being authorized to enter! And when Parliament intended that a notice be served, it said so explicitly: see subsection 88(5) “by notice served” (*par avis signifié*), subsections 102(6) and 125(6) “personal service of a . . . notice” (*signification à personne [. . .] d’un avis*), subsections 126(4) and (14) “by notice served personally” (*par avis signifié à personne*), subsection 126(18) “a third party on whom it is served” (*[l]e tiers à qui un avis est signifié*).

[32] Finally, where Parliament intended that a person be informed of a notice or decision, it expressly provided so: see sections 48(3), 49(3), 52(2), 53, 85, 91 and 92 “notify the claimant of its decision” (*lui notifie sa décision*), “the person is notified of the ruling” (*il reçoit*

les fins du calcul du délai de l’article 7.1, le bénéfice de ces deux années pendant lesquelles il peut avoir travaillé et payé ses contributions à l’assurance-emploi. Le délai de cinq ans du paragraphe 7.1(1) en devient pour lui un de sept ans.

[30] La Loi renferme une foule de dispositions où le terme anglais « *issues* » ou « *issued* » est utilisé : voir les paragraphes 7.1(4), 12(4.1) [édicte par L.C. 2003, ch. 15, art. 17], article 23.1 [édicte, *idem*, art. 19], alinéas 38(1)g), 39(1)d), paragraphe 41.1(1), alinéa 54f.4) [édicte, *idem*, art. 20], paragraphe 77(2) [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 79(A)], article 88, paragraphe 102(13) [mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 90], article 125, paragraphes 126(11) et (12), sous-alinéa 134(1)b(i), alinéa 135(1)f), paragraphes 138(4) et 190(3.1). Ce terme a été rendu en français tantôt par « *donné* », tantôt par « *délivré* », tantôt par « *décerner* », tantôt par « *prévu* » et tantôt par « *établi* », mais jamais par « *signifié* ». Dans le cas du paragraphe 46.1(5), le terme semble avoir été perçu comme inutile puisqu’il n’est pas repris dans la version française.

[31] Il est évident que, dans tous ces articles auxquels je réfère, il n’est aucunement question de « *signification* » et le terme anglais « *issues* » ne signifie pas « *serves* ». Lorsque, par exemple, l’article 88 énonce que le juge « *may issue a warrant* » permettant d’entrer dans une maison d’habitation, il va sans dire qu’on ne saurait y lire que le juge peut « *signifier* » (*serve*) un mandat à la personne à qui l’autorisation d’entrer est accordée! D’ailleurs, lorsqu’il a voulu qu’un avis soit signifié, le législateur l’a dit expressément : voir le paragraphe 88(5) « *par avis signifié* » (*by notice served*), les paragraphes 102(6) et 125(6) « *signification à personne [. . .] d’un avis* » (*personal service of a . . . notice*), les paragraphes 126(4) et (14) « *par avis signifié à personne* » (*by notice served personally*), le paragraphe 126(18) « *[l]e tiers à qui un avis est signifié* » (*a third party on whom it is served*).

[32] Enfin, dans les cas où le législateur a voulu qu’un avis ou qu’une décision soit porté à la connaissance d’une personne, il l’a expressément prévu : voir les articles 48(3), 49(3), 52(2), 53, 85, 91 et 92 « *lui notifie sa décision* » (*notify the claimant of its decision*), « *il*

notification de cette décision).

THE GEOFFROY AND PIOVESAN CASES

[33] In *Canada (Attorney General) v. Geoffroy*, the Court held that the increase in the number of hours of insurable employment is automatic once a claimant commits one or more violations during the 260 weeks preceding his initial claim for benefit.

[34] When this case was heard, the Court was not informed that the section 41.1 warning is a violation for the purposes of section 7.1 if a notice of violation is issued. Furthermore, there was no mention that it was an unclassified violation, which does not entail an increase in the hours required for entitlement. Had this important fact been pointed out, the Court would not have held that an increase is automatic solely by virtue of the fact that a notice of violation is issued.

[35] The very issue whether a warning issued to a claimant because of false statements he made entails the application of section 7.1 of the Act was raised in *Piovesan*. The Court held that a warning issued in place of a monetary penalty and followed by a notice of violation was a violation within the meaning of section 7.1 and applied the principle identified in *Geoffroy*, concerning an automatic increase in the requisite hours for entitlement. There is nothing either in that decision delivered from the bench to infer that the Court was alerted to the fact that a warning was not a classified violation and that it does not result in an increase, still less an automatic increase.

[36] I think it is worthwhile to summarize briefly my conclusions as to the scheme and operation of the provisions of sections 7.1, 38 and 41.1 of the Act.

[37] The Commission has discretion to impose sanctions when one or more of the acts or omissions set out in subsection 38(1) have been committed. It also has discretion, within the limits provided by the Act, to choose the deterrent measure(s) appropriate in the

reçoit notification de cette décision » (*the person is notified of the ruling*).

LES ARRÊTS GEOFFROY ET PIOVESAN

[33] Dans l'affaire *Canada (Procureure générale) c. Geoffroy*, la Cour a conclu que la majoration du nombre d'heures d'emploi assurable est automatique dès lors qu'un prestataire commet une ou plusieurs violations au cours des 260 semaines précédant sa demande initiale de prestations.

[34] Lors de l'audition de cette affaire, il ne fut pas porté à la connaissance de la Cour que l'avertissement de l'article 41.1 de la Loi est une violation pour les fins de l'article 7.1 si un avis de violation est émis. Au surplus, il ne fut nullement mentionné qu'il s'agissait d'une violation non qualifiée qui n'entraîne pas une majoration des heures requises pour l'admissibilité. Ce fait important eût-il été signalé que la Cour n'aurait pas conclu à une majoration automatique du seul fait qu'un avis de violation est émis.

[35] La question même de savoir si un avertissement émis à un prestataire en raison de fausses déclarations qu'il a faites entraîne l'application de l'article 7.1 de la Loi s'est posée dans l'affaire *Piovesan*. La Cour a statué qu'un avertissement émis au lieu d'une peine pécuniaire et suivi d'un avis de violation était une violation au sens de l'article 7.1 et a appliqué le principe dégagé dans l'arrêt *Geoffroy*, quant à une majoration automatique des heures requises pour l'admissibilité. Rien ne permet, dans cette courte décision rendue oralement à l'audience, d'inférer encore là que la Cour fut alertée au fait qu'un avertissement n'était pas une violation qualifiée et qu'elle ne donne pas lieu à une majoration, encore moins à une majoration automatique.

[36] Je crois qu'il n'est pas inutile de résumer sommairement mes conclusions quant au schéma et au fonctionnement des dispositions des articles 7.1, 38 et 41.1 de la Loi.

[37] La Commission possède un pouvoir discrétionnaire d'imposer des sanctions lorsqu'un ou des actes délictueux prévus au paragraphe 38(1) ont été commis. Elle possède également, dans les limites prévues par la Loi, la discrétion de choisir la ou les

circumstances, should more than one punitive measure prove necessary to fulfill the purposes of the Act. Instead of imposing a monetary penalty, it may choose, as section 41.1 allows it to do, to give the claimant a warning, which may be followed by a notice of violation as defined in section 7.1. This notice by itself does not entail an increase in the hours of insurable employment, but may serve to increase the classification of a new classified violation that will then be classified as subsequent and will entail a further increase in the hours of insurable employment, provided that this new violation occurs within five years of the warning.

[38] On the other hand, if the circumstances of the perpetration of the act or omission require, in the Commission's opinion, more than a monetary sanction, the Commission may reinforce or augment the monetary sanction by issuing a notice of violation pursuant to subsection 7.1(4). The violation then arises as of the day when the notice is issued and the date of this violation is the date on which the notice is issued.

[39] The five-year period under subsection 7.1(1) begins to run from the time the notice is issued: see *Szczzech*. This violation, when classified pursuant to subsection 7.1(5), entails an increase in the hours of insurable employment according to the table contained in subsection 7.1(1).

[40] The increase provided for in subsection 7.1(1) stems from the insured claimant's liability for one or more classified violations, and not from the knowledge he has of the notice of violation. Knowledge of such a notice is important in order to enable him to exercise his right to challenge the Commission's decision affecting him. Should he not challenge it, the Commission's decision becomes enforceable and, if it is a classified violation, entails an increase in the hours of insurable employment: see *Limosi*, at paragraphs 16 and 17.

APPLICATION OF THESE PRINCIPLES TO THE FACTS OF THIS CASE

[41] In this case, the notice of violation was issued on October 17, 2003, and placed in the respondent's file. It was ruled that the violation was serious. In accordance

mesures dissuasives appropriées dans les circonstances, si plus d'une mesure de sanction s'avère nécessaire pour rencontrer les objectifs de la Loi. Plutôt que d'imposer une peine pécuniaire, elle peut choisir, comme le lui permet le paragraphe 41.1, de donner au prestataire un avertissement, qu'elle peut faire suivre d'un avis de violation tel que défini à l'article 7.1. Cet avis à lui seul n'entraîne pas une majoration des heures d'emploi assurable, mais peut servir à accroître la qualification d'une nouvelle violation qualifiée qui sera alors qualifiée de subséquente et entraînera une augmentation accrue des heures d'emploi assurable, pourvu que cette nouvelle violation survienne dans les cinq ans de l'avertissement.

[38] Par contre, si les circonstances de la perpétration des actes délictueux requièrent, de l'avis de la Commission, plus qu'une sanction pécuniaire, celle-ci peut renforcer ou bonifier la sanction pécuniaire en émettant un avis de violation conformément au paragraphe 7.1(4). La violation prend alors naissance du jour où l'avis est émis et la date de cette violation est celle à laquelle l'avis est émis.

[39] Du moment de l'émission de l'avis commence à courir le délai de cinq ans prévu au paragraphe 7.1(1) : voir *Szczzech*. Cette violation, lorsque qualifiée conformément au paragraphe 7.1(5), emporte une augmentation des heures d'emploi assurable selon le tableau contenu au paragraphe 7.1(1).

[40] La majoration prévue au paragraphe 7.1(1) découle de la responsabilité de l'assuré pour une ou des violations qualifiées, et non de la connaissance qu'il a de l'avis de violation. La connaissance d'un tel avis est importante pour lui permettre d'exercer son droit de contester la décision de la Commission qui le tient responsable. En cas de défaut de la contester, la décision de la Commission devient exécutoire et, s'il s'agit d'une violation qualifiée, emporte une majoration des heures d'emploi assurable : voir l'arrêt *Limosi*, aux paragraphes 16 et 17.

APPLICATION DES PRINCIPES DÉGAGÉS AUX FAITS DE L'ESPÈCE

[41] Dans le cas qui nous occupe, l'avis de violation fut émis le 17 octobre 2003 et porté au dossier du défendeur. Il tenait ce dernier responsable d'une

with the principles in *Szczech*, the five-year period provided for in subsection 7.1(1) began to run as of that date, October 17, 2003. It follows that the hours of insurable employment increase if the insured claimant's violation occurs within the five years preceding his initial claim for benefit. That is precisely the case in this instance. In other words, as I said previously, the subsection 7.1(1) increase is based on the author's liability for the violations, and not on the knowledge he has of the notice of violation.

[42] I am therefore unable to accept the argument of the respondent's counsel that the increase in the hours cannot be used against his client since he was not informed of the notice of violation until February 15, 2005, four days after filing his initial claim for benefit.

[43] Since the respondent did not challenge on the merits the serious violation in question, but instead chose, as in *Limosi*, to complain that he had not received the notice of violation, the Commission's decision holding him responsible for a serious violation remains in full force and effect and meets the requirements of subsection 7.1(1).

[44] The Umpire should have intervened to correct the errors of law committed by the Board of Referees in the interpretation of section 7.1 of the Act.

[45] For these reasons, I would allow the application for judicial review, I would set aside the decision of the Umpire and I would return the matter to the Chief Umpire, or to the person he designates, for redetermination on the basis that the respondent does not have the requisite number of insurable hours of employment under subsection 7.1(1) of the Act to establish a benefit period for himself.

[46] In the circumstances, I would award costs to the respondent's counsel in the amount of \$2,000, including fees, disbursements and travel costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

violation grave. Selon les principes de l'arrêt *Szczech*, à cette date du 17 octobre 2003, le délai de cinq ans du paragraphe 7.1(1) s'est enclenché. Il s'ensuit une majoration des heures d'emploi assurable si la responsabilité de l'assuré, pour la violation qu'on lui impute, survient au cours des cinq ans précédant sa demande initiale de prestations. C'est précisément le cas en l'instance. En d'autres termes, comme je le mentionnais précédemment, la majoration du paragraphe 7.1(1) découle de la responsabilité de l'assuré pour une ou des violations, et non de la connaissance qu'il a de l'avis de violation.

[42] Je ne peux donc retenir l'argument du procureur du défendeur voulant que la majoration des heures ne peut être opposée à son client puisqu'il n'a été informé de l'avis de violation que le 15 février 2005, soit quatre jours après avoir déposé sa demande initiale de prestations.

[43] Comme le défendeur n'a pas contesté le bien-fondé de la responsabilité qu'on lui impute pour une violation grave, mais a plutôt choisi, comme dans l'affaire *Limosi*, de se plaindre qu'il n'avait pas reçu l'avis de violation, la décision de la Commission le tenant responsable d'une violation grave demeure avec plein effet et satisfait aux exigences du paragraphe 7.1(1).

[44] Le juge-arbitre aurait dû intervenir pour corriger les erreurs de droit commises par le Conseil arbitral dans l'interprétation de l'article 7.1 de la Loi.

[45] Pour ces motifs, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais la décision du juge-arbitre et je retournerais l'affaire au juge-arbitre en chef, ou à la personne qu'il désignera, pour qu'elle soit décidée à nouveau en tenant pour acquis que le défendeur ne rencontre pas le nombre d'heures d'emploi assurable prévu au paragraphe 7.1(1) de la Loi pour faire établir une période de prestations à son profit.

[46] Dans les circonstances, j'accorderais au procureur du défendeur des dépens au montant de 2 000 \$, incluant honoraires, déboursés et frais de déplacement.

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

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

A-400-05
2006 FCA 252

A-400-05
2006 CAF 252

620 Connaught Ltd., operating as Downstream Bar, 263053 Alberta Ltd., operating as Miss Italia Ristorante, 313769 Alberta Ltd. operating as Jasper House Bungalows, 659510 Alberta Ltd., operating as Buckles Restaurant & Saloon, Alex Holdings Ltd., operating as Something Else Restaurant, Athabasca Motor Hotel (1972) Ltd., operating as Athabasca Hotel, Lina and Claudio Holdings Ltd., operating as Beckers Gourmet Restaurant, Cantonese Restaurant Ltd., Earls Restaurant (Jasper) Ltd., Fiddle River Seafood Company Ltd., George Andrew & Sons Ltd., operating as Astoria Hotel Company, Limited, Glacier International Ltd., operating as Whistlers Inn, Husereau Restaurant, Jasper Inn Investments Ltd., operating as The Inn Restaurant, Kabos Holding Ltd., operating as Karouzos Steakhouse, Kontos Investments Ltd., operating as Kontos Restaurant, L & W Vlahos Holdings Ltd., operating as L & W Restaurant, La Fiesta Restaurant Ltd., Larry Holdings Ltd., operating as Mount Robson Restaurant, Maligne Tours Ltd., Sawridge Enterprises Inc., operating as Sawridge Inn & Conference Center, T.C. Restaurants Ltd., operating as Villa Caruso Steak House & Bar, and Tonquin Prime Rib Village Ltd. (*Appellants*) (*Applicants*)

620 Connaught Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Downstream Bar, 263053 Alberta Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Miss Italia Ristorante, 313769 Alberta Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Jasper House Bungalows, 659510 Alberta Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Buckles Restaurant & Saloon, Alex Holdings Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Something Else Restaurant, Athabasca Motor Hotel (1972) Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Athabasca Hotel, Lina et Claudio Holdings Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Beckers Gourmet Restaurant, Cantonese Restaurant Ltd., Earls Restaurant (Jasper) Ltd., Fiddle River Seafood Company Ltd., George Andrew & Sons Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Astoria Hotel Company, Limited, Glacier International Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Whistlers Inn, Husereau Restaurant, Jasper Inn Investments Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale The Inn Restaurant, Kabos Holding Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Karouzos Steakhouse, Kontos Investments Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Kontos Restaurant, L & W Vlahos Holdings Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale L & W Restaurant, La Fiesta Restaurant Ltd., Larry Holdings Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Mount Robson Restaurant, Maligne Tours Ltd., Sawridge Enterprises Inc., exerçant ses activités sous la raison sociale Sawridge Inn & Conference Center, T.C. Restaurants Ltd., exerçant ses activités sous la raison sociale Villa Caruso Steak House & Bar, et Tonquin Prime Rib Village Ltd. (*appelantes*) (*demandereses*)

v.

Attorney General of Canada, Minister of Environment, Superintendent of Jasper National Park and Parks Canada Agency (*Respondents*)

INDEXED AS: 620 CONNAUGHT LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.A.)

c.

Le procureur général du Canada, le ministre de l'Environnement, le directeur du Parc national Jasper et l'Agence Parcs Canada (*intimés*)

RÉPERTORIÉ : 620 CONNAUGHT LTD. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Linden, Nadon and Evans
J.J.A.—Edmonton, May 31; Ottawa, July 6, 2006.

Administrative Law — Appeal from Federal Court decision dismissing application for judicial review seeking declaration licence fee payable by appellants invalid as tax — Appellants operating hotels, restaurants, bars serving alcoholic beverages — Requiring business licence for which must pay fee — Whether portion of licence fee based on percentage of annual purchases of alcohol tax — Legislation distinguishing between fees for services, use of facilities, fees for products, rights, privileges — Business licence fees payable by appellants for “right or privilege” provided by Parks Canada Agency — Relevant analytical framework found in criteria of S.C.C. decision Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority for identifying regulatory scheme, deciding whether fee necessarily incidental to it — Business licence fees payable by appellants imposed for primary purpose of financing, in part, regulatory scheme governing use, operation of National Park — Appeal dismissed.

National Parks — Appellants operating establishments in Jasper National Park, requiring business licence for which they must pay fee — Business licence fees imposed under Parks Canada Agency Act, s. 24 to defray cost, not of issuing licences and enforcement, but of operating national park — Regulation of use and operation of Jasper National Park relevant regulatory scheme for present purposes — Relationship between volume of business done by establishment serving alcohol, costs to Park — Fees for rights, privileges (including business licence fees) fixed under s. 24 not limited to cost of providing particular privilege.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review requesting a declaration that the licence fee allowing the appellants to sell alcoholic beverages in their hotels and restaurants was invalid as a tax, at least to the extent that it is based on a percentage of the amount that licensees spend annually on purchasing alcohol, and *ultra vires* the Minister of Canadian Heritage. The appellants own hotels, restaurants and bars in Jasper

Cour d’appel fédérale, juges Linden, Nadon et Evans,
J.C.A.—Edmonton, 31 mai; Ottawa, 6 juillet 2006.

Droit administratif — Appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire, qui concluait à un jugement déclarant que le droit de permis payable par les appelantes était invalide en tant que taxe — Les appelantes exploitent des hôtels, des restaurants et des bars où sont servies des boissons alcoolisées — Pour exploiter ces établissements, il leur faut un permis d’exploitation pour lequel elles doivent payer un droit — Il s’agissait de savoir si la portion des droits de permis d’exploitation fondée sur le pourcentage des achats annuels d’alcool était une taxe — Certaines lois font la distinction entre les droits à payer pour la fourniture de services ou d’installations et les droits à payer pour la fourniture de produits ou l’attribution de droits ou d’avantages — Les droits de permis d’exploitation payables par les appelantes s’appliquaient à un « droit ou avantage » attribué par l’Agence Parcs Canada — Le cadre analytique à retenir se trouve dans les critères énoncés dans l’arrêt Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority rendu par la Cour suprême du Canada, aux fins de décider s’il s’agit d’un régime de réglementation et si le droit à payer est indissociable de ce régime — Les droits de permis d’exploitation payables par les appelantes ont été imposés dans le dessein principal de financer, en partie, un régime de réglementation, qui régit l’utilisation et l’exploitation du parc national — Appel rejeté.

Parcs nationaux — Les appelantes exploitent des établissements dans le parc national Jasper, ce qui exige un permis d’exploitation pour lequel elles doivent payer un droit — Les droits de permis d’exploitation sont perçus conformément à l’art. 24 de la Loi sur l’Agence Parcs Canada, pour acquitter les coûts non pas de la délivrance des permis et des mesures d’observation, mais du fonctionnement d’un parc national — La réglementation de l’utilisation et de l’exploitation du parc national Jasper constituait, en l’espèce, le régime pertinent de réglementation — Il y avait une relation entre le volume d’activités d’un établissement servant des boissons alcoolisées et les coûts supportés par le parc — Le prix à payer pour l’attribution de droits ou d’avantages (y compris pour un permis d’exploitation), qui est fixé en vertu de l’art. 24, ne se limite pas au coût de l’attribution de tel ou tel avantage.

Il s’agissait d’un appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire, qui concluait à un jugement déclarant que le droit de permis permettant aux appelantes de servir des boissons alcoolisées dans leurs hôtels ou restaurants était invalide en tant que taxe, du moins dans la mesure où il est fondé sur un pourcentage de la somme que les titulaires de permis consacrent chaque année à l’achat d’alcool, et qu’il allait au-delà des pouvoirs du

National Park, which serve alcoholic beverages. To operate these establishments, they require a business licence, for which they must pay a fee calculated as a flat rate plus a percent of the purchase price of alcohol. Such fees are attributed to Jasper National Park, and defray its operating costs. The total forecasted expenditure for Jasper National Park in 2003-2004 was \$20.4 million, whereas the total amount collected in licence fees in that year from businesses selling alcohol there was approximately \$87,625.

Alternatively one of the appellants, Athabasca Motor Hotel (1972) Ltd., alleged that the Crown and the Town of Jasper entered into an agreement in 2001, under which the Minister of Canadian Heritage transferred to the Town many of the local government functions previously performed by the Minister, including the fixing of business licence fees. Thus, it argued that the Minister ceased to have legal authority to impose and collect business licence fees for the operation of its hotel in the town of Jasper. The trial Judge held that the regulatory scheme relevant for the purpose of determining whether the fee was a regulatory charge or a tax by applying the test set out by the Supreme Court of Canada in *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority* is that regulating the use of Jasper National Park, not the more limited and ancillary licensing scheme for the sale of alcohol in the Park. She concluded that there was a sufficient nexus between the licence fee and the scheme regulating the use of Jasper National Park to characterize the fee as a regulatory charge. Two issues were raised on appeal: (1) whether the portion of the licence fee based on a percentage of the appellants' annual purchases of alcohol is a tax, and (2) whether the Agreement between the Minister and the Town of Jasper deprives the Minister of the statutory power to impose business licence fees on establishments operating in the town of Jasper.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) A charge (including a fee) which is necessarily incidental to a regulatory scheme is not a tax, but a regulatory charge. The question was whether the business licence fees payable by the appellants were properly characterized as regulatory charges in pith and substance, even though they may also have some of the characteristics of a tax. The *Parks*

ministre du Patrimoine canadien. Les appelantes sont propriétaires d'hôtels, de restaurants et de bars dans le parc national Jasper où sont servis des boissons alcoolisées. Pour exploiter ces établissements, il leur faut un permis d'exploitation pour lequel elles doivent payer un droit, qui est calculé en tant que tarif fixe majoré d'un pourcentage du prix d'achat d'alcool. Ces droits sont versés au parc national Jasper, qui s'en sert pour acquitter ses frais de fonctionnement. Les dépenses totales prévues du parc national Jasper pour l'exercice 2003-2004 se sont chiffrées à 20,4 millions de dollars, alors que la somme totale des droits de permis perçus des entreprises qui vendaient des boissons alcoolisées au cours du même exercice s'est élevée à environ 87 625 \$.

Subsidiairement, l'une des appelantes, Athabasca Motor Hotel (1972) Ltd. (Athabasca), a affirmé que la Couronne et la ville de Jasper ont conclu en 2001 un accord en vertu duquel le ministre du Patrimoine canadien a transféré à la ville nombre des fonctions administratives locales qu'il exerçait auparavant, dont le pouvoir de fixer les droits de permis d'exploitation. Elle a donc soutenu que le ministre a cessé d'avoir le pouvoir légal d'imposer et de percevoir des droits de permis d'exploitation pour l'exploitation de son hôtel dans la ville Jasper. Selon la juge de première instance, le régime de réglementation qu'il fallait retenir aux fins de décider si le prélèvement constituait une redevance de nature réglementaire ou bien une taxe en appliquant le critère que la Cour suprême du Canada a énoncé dans l'affaire *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority* est celui qui régit l'utilisation du parc national Jasper, non le régime plus circonscrit, et accessoire, régissant la délivrance de permis de vente d'alcool dans le parc. Elle a conclu qu'il y avait entre le droit de licence et le régime régissant l'utilisation du parc national Jasper un lien suffisant pour faire du droit de licence une redevance de nature réglementaire. Deux points ont été soulevés dans le cadre de l'appel, soit ceux de savoir : 1) si la portion des droits de permis d'exploitation qui est fondée sur un pourcentage des achats annuels d'alcool faits par les appelantes est une taxe, et 2) si l'accord intervenu entre le ministre et la ville de Jasper prive le ministre du pouvoir légal d'imposer des droits de permis d'exploitation aux établissements présents dans la ville de Jasper.

Arrêt : l'appel est rejeté.

1) Une redevance (y compris un droit) qui est indissociable d'un régime de réglementation n'est pas une taxe, mais une redevance de nature réglementaire. Il s'agissait de savoir si les droits de permis d'exploitation que devaient payer les appelantes étaient à juste titre considérés, de par leur caractère véritable, comme des redevances de nature réglementaire,

Canada Agency Act and other federal statutes distinguish between fees for services and the use of facilities, on the one hand, and fees for products, rights and privileges, on the other. They expressly cap the amount chargeable for services or the use of facilities at the cost of providing them, but not the amount chargeable for providing products, rights and privileges. This reflects the principle of constitutional law that a fee for service which exceeds an amount that is reasonably related to the cost of providing the service is liable to be characterized as a tax. The business licence fees payable by the appellants were for a “right or privilege” provided by the Agency, that is, the licence authorizing them to sell alcohol in a national park. This is because the *National Parks of Canada Business Regulations*, subsection 4(2) provides that an application for a business licence must be accompanied by the applicable fee “fixed under section 24 of the *Parks Canada Agency Act*.” Business licence fees are imposed pursuant to section 24 to defray the cost, not of issuing licences and enforcement, but of operating a national park. The licence fees paid by the appellants were attributed to the operating budget of the very park, Jasper, in which the appellants conducted their businesses. It would be unduly narrow to identify the relevant regulatory scheme as the licensing requirements for the sale of alcoholic beverages in a national park and payment of the applicable fee. Such a fragmented approach would unduly restrict the ability of the Parks Canada Agency to recoup, on an equitable basis consistent with the statutory purposes of the legislation establishing and governing national parks, some of the operating costs of a park from those benefiting from conducting their business in a national park. The regulation of the use and operation of Jasper National Park was the relevant regulatory scheme for present purposes.

The relevant analytical framework is found in the *Westbank* criteria for identifying a regulatory scheme and deciding whether the fee is necessarily incidental to it. The first criterion is the presence of “a complete and detailed code of regulation”. The *Canada National Parks Act* and the *Parks Canada Agency Act*, together with the considerable body of regulations made under them, constitute “a complete and detailed code of regulation” applicable to the national parks, including Jasper National Park. Some provisions apply only to particular national parks, including Jasper. Moreover, each

même s'ils pouvaient revêtir certaines des caractéristiques d'une taxe. La *Loi sur l'Agence Parcs Canada* et d'autres lois fédérales font la distinction entre les droits à payer pour la fourniture de services ou d'installations, d'une part, et les droits à payer pour la fourniture de produits ou l'attribution de droits ou d'avantages, d'autre part. Elles prévoient expressément que la somme pouvant être demandée pour la fourniture de services ou d'installations ne peut pas dépasser les coûts supportés pour les fournir, mais elles ne limitent pas la somme qui peut être demandée pour la fourniture de produits ou l'attribution de droits ou d'avantages. Cela reflète le principe de droit constitutionnel selon lequel le droit à payer qui dépasse une somme raisonnablement en rapport avec le coût de fourniture du service est susceptible d'être considéré comme une taxe. Les droits de permis d'exploitation payables par les appelantes s'appliquaient à un « droit ou avantage » attribué par l'Agence, en l'occurrence au permis les autorisant à vendre de l'alcool dans un parc national. Il en est ainsi parce que le paragraphe 4(2) du *Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada* prévoit qu'une demande de permis d'exploitation doit être accompagnée du prix applicable « fixé en vertu de l'article 24 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada* ». Les droits de permis d'exploitation sont perçus conformément à l'article 24, pour acquitter les coûts non pas de la délivrance des permis et des mesures d'observation, mais du fonctionnement d'un parc national. Les droits de permis payés par les appelantes étaient affectés au budget de fonctionnement du parc Jasper lui-même, où les appelantes exploitaient leurs commerces. Il serait indûment restrictif de dire que les formalités de permis applicables à la vente de boissons alcoolisées dans un parc national et le paiement du droit applicable constituent le régime pertinent de réglementation. Une approche aussi fragmentée restreindrait indûment la capacité de l'Agence Parcs Canada de recouvrer, d'une manière équitable et conforme aux objets de la législation établissant et régissant les parcs nationaux, certains des coûts de fonctionnement d'un parc national en s'adressant à ceux qui profitent de ce parc pour exploiter leurs commerces. La réglementation de l'utilisation et de l'exploitation du parc national Jasper constituait en l'espèce le régime pertinent de réglementation.

Le cadre analytique à retenir se trouve dans les critères de l'arrêt *Westbank*, qui permettent de dire si nous avons affaire à un régime de réglementation et si le droit à payer est indissociable de ce régime. Le premier critère est l'existence d'« un code de réglementation complet et détaillé ». La *Loi sur les parcs nationaux du Canada* et la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, combinées à l'ensemble considérable de règlements pris sous leur autorité, constituent « un code de réglementation complet et détaillé » applicable aux parcs nationaux, y compris le parc national Jasper. Certaines dispositions s'appliquent

park has its own superintendent and staff, with responsibilities for developing park-specific policies and for the day-to-day operation of the park. Accordingly, the first criterion was satisfied. The second criterion is whether the levy is imposed for “a specific regulatory purpose which seeks to affect the behaviour of individuals”. The more specific scheme for licensing the sale of alcohol is designed to affect the sale and consumption of alcoholic beverages in national parks, and the conduct of the customers. However, the fees are also imposed to raise revenue to defray the costs of the larger regulatory scheme, namely the operation of the Park itself. It is unclear whether the second *Westbank* criterion was satisfied. The third criterion is the presence of a proper estimation of the cost of the regulation. The costs of regulating the use of Jasper National Park were in excess of \$20 million in 2003-2004 and an amount of \$87, 625 was collected in alcohol licensing fees from businesses operating in the Park. Thus, the third criterion was satisfied. The fourth criterion is the existence of “a relationship between the regulation and the person being regulated, where the person being regulated either causes the need for or benefits from it”. The amount that a restaurant, hotel or bar in Jasper National Park spends on the purchase of alcohol each year is a reasonable surrogate for the size of its business and the number of customers served. It was reasonably open to the Minister to have taken the view that there was a relationship between the volume of business done by an establishment serving alcohol, and costs to the Park. That the appellants may be charged a fee because they benefit from their location in the Park provides a nexus between the business licence fee paid by them and the regulatory scheme. Unlike fees for services, fees for rights and privileges (including business licence fees) fixed under section 24 of the *Parks Canada Agency Act* are not limited to the cost of providing a particular privilege. The business licence fees payable by the appellants, including the portion based on the volume of their purchases of alcohol, were imposed for the primary purpose of financing, in part, a regulatory scheme, namely, that governing the use and operation of Jasper National Park. Since the business licence fees are in pith and substance a regulatory charge, not a tax, the appellants’ challenge to their validity must fail.

(2) Article 6.3 of the Agreement between the Minister and the Town of Jasper provides that “nothing in this Agreement

uniquement à certains parcs nationaux, dont Jasper. Qui plus est, chaque parc a son propre directeur et son propre personnel, qui sont chargés d’élaborer des politiques propres au parc concerné et de veiller à la gestion quotidienne du parc. Le premier critère était donc rempli. Le second critère concerne le point de savoir si le prélèvement est imposé pour « un objectif spécifique destiné à influencer certains comportements individuels ». Le régime plus spécifique de délivrance des permis de vente d’alcool est conçu pour influencer la vente et la consommation de boissons alcoolisées dans les parcs nationaux, ainsi que la conduite des clients. Toutefois, les droits sont également imposés pour lever des fonds qui serviront à payer les coûts du régime général de réglementation, à savoir le fonctionnement du parc lui-même. Il n’est pas sûr que le second critère de l’arrêt *Westbank* ait été rempli. Le troisième critère concerne l’existence d’une estimation des coûts de la réglementation. Les coûts de la réglementation régissant l’utilisation du parc national Jasper dépassaient 20 millions de dollars en 2003-2004 et une somme de 87 625 \$ a été perçue au titre des droits de permis de vente d’alcool payés par les commerces présents dans le parc. Le troisième critère a donc été rempli. Le quatrième critère concerne l’existence d’« un lien entre la réglementation et la personne qui fait l’objet de la réglementation, cette personne bénéficiant de la réglementation ou en ayant créé le besoin ». La somme que consacre chaque année à l’achat d’alcool un restaurant, un hôtel ou un bar du parc national Jasper est une mesure raisonnable de la taille de son commerce et du nombre de clients servis. Le ministre pouvait raisonnablement considérer qu’il y avait une relation entre le volume d’activités d’un établissement servant des boissons alcoolisées et les coûts supportés par le parc. Le fait que les appelantes pouvaient être soumises au paiement d’un droit parce qu’elles tiraient avantage de leur présence dans le parc crée un lien entre le droit de permis d’exploitation qu’elles paient et le régime de réglementation. Contrairement au prix à payer pour la fourniture de services, le prix à payer pour l’attribution de droits ou d’avantages (y compris pour un permis d’exploitation), qui est fixé en vertu de l’article 24 de la *Loi sur l’Agence Parcs Canada*, ne se limite pas au coût de l’attribution de tel ou tel avantage. Les droits de permis d’exploitation qui sont payables par les appelantes, y compris la portion de ces droits fondée sur le volume de leurs achats de boissons alcoolisées, ont été imposés dans le dessein principal de financer, en partie, un régime de réglementation, soit celui qui régit l’utilisation et le fonctionnement du parc national Jasper. Puisque les droits de permis d’exploitation constituent, de par leur caractère véritable, une redevance réglementaire, et non une taxe, la contestation des appelantes à l’encontre de leur validité n’était pas admissible.

2) L’article 6.3 de l’accord intervenu entre le ministre et la ville de Jasper prévoit que « rien dans le présent accord ne

affects the operation of any regulation made under the *Canada National Parks Act*, until such regulation has been repealed or amended to the extent that it no longer applies to the Municipality of Jasper". The appellant argued that this provision did not apply to business licence fees because they are fixed pursuant to *Parks Canada Agency Act*, section 24, not the *Canada National Parks Act*. Athabasca was challenging the power of the Minister to charge any licence fee for operating a business in the town of Jasper, not just the amount of the fee. The power to require payment of a business licence fee in Jasper National Park is found in subsection 4(2) of the *National Parks of Canada Business Regulations*, which provides that an application for a licence must be accompanied by the applicable fee. As a result of Article 6.3, the Agreement does not affect the operation of that provision, which ties the issue of a licence to the payment of a fee. Nor does it transfer to the Town the Minister's powers to issue business licences and to collect fees for granting them.

portera atteinte à l'application d'un quelconque règlement pris en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, jusqu'à ce que le règlement soit abrogé ou modifié de telle sorte qu'il ne s'applique plus à la municipalité de Jasper ». Les appelantes ont fait valoir que cette disposition ne s'appliquait pas aux droits de permis d'exploitation parce qu'ils sont fixés conformément à l'article 24 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, et non en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*. Athabasca contestait le pouvoir du ministre d'imposer un quelconque droit de permis pour l'exploitation d'un commerce dans la ville de Jasper, et pas seulement le montant du droit. Le pouvoir d'exiger le paiement d'un droit de permis d'exploitation dans le parc national Jasper se trouve au paragraphe 4(2) du *Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada*, qui prévoit qu'une demande de permis doit être accompagnée du prix applicable. En conséquence de l'article 6.3, l'accord ne modifie pas l'application de cette disposition, qui rattache la délivrance d'un permis au paiement d'un droit, et il ne transfère pas à la ville le pouvoir du ministre de délivrer des permis d'exploitation et de percevoir des droits pour de tels permis.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Agreement for the Establishment of Local Government in the Town of Jasper between Her Majesty and the Municipality of Jasper*, signed by the Minister of Canadian Heritage and the Chairperson of the Jasper Town Committee on June 13 and 25, 2001, respectively, Art. 6.3.
- Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32, ss. 4(1), 8(1), 16(1).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)[R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 125.
- Department of Canadian Heritage Act*, S.C. 1995, c. 11, ss. 8, 9.
- Department of Health Act*, S.C. 1996, c. 8, ss. 6, 7.
- Department of Human Resources Development Act*, S.C. 1996, c. 11, ss. 8, 9.
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.
- National Parks General Regulations*, SOR/78-213, s. 39 (as am. by SOR/93-167, s. 5).
- National Parks of Canada Business Regulations*, SOR/98-455 (as am. by SOR/2002-370, s. 1), ss. 3, 4(2) (as am. *idem*, s. 4).
- Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, ss. 47, 48.
- Parks Canada Agency Act*, S.C. 1998, c. 31, ss. 23, 24, 25.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Agreement for the Establishment of Local Government in the Town of Jasper intervenu entre Sa Majesté et la municipalité de Jasper*, signé par le ministre du Patrimoine canadien et le président du comité de la ville de Jasper respectivement le 13 juin et le 25 juin 2001, art. 6.3.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 125.
- Loi sur l'Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, ch. 31, art. 23, 24, 25.
- Loi sur le ministère de la Santé*, L.C. 1996, ch. 8, art. 6, 7.
- Loi sur le ministère du Développement des ressources humaines*, L.C. 1996, ch. 11, art. 8, 9.
- Loi sur le ministère du Patrimoine canadien*, L.C. 1995, ch. 11, art. 8, 9.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.
- Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, art. 47, 48.
- Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32, art. 4(1), 8(1), 16(1).
- Règlement général sur les parcs nationaux*, DORS/78-213, art. 39 (mod. par DORS/93-167, art. 5).
- Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada*, DORS/98-455 (mod. par DORS/2002-370, art. 1), art. 3, 4(2) (mod., *idem*, art. 4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority, [1999] 3 S.C.R. 134; (1999), 176 D.L.R. (4th) 276; [1999] 9 W.W.R. 517; 129 B.C.A.C. 1; 67 B.C.L.R. (3d) 1; [1999] 4 C.N.L.R. 277; 246 N.R. 201.

DISTINGUISHED:

Eurig Estate (Re), [1998] 2 S.C.R. 565; (1998), 40 O.R. (3d) 160; 165 D.L.R. (4th) 1; [2000] 1 C.T.C. 284; 23 E.T.R. (2d) 1; 231 N.R. 55; 114 O.A.C. 55; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Department of Finance)* (2004), 273 N.B.R. (2d) 6; 2004 NBQB 84; vard (2005), 285 N.B.R. (2d) 201; (2005), 254 D.L.R. (4th) 715; 8 B.L.R. (4th) 182; 2005 G.T.C. 1510; 2005 NBCA 56; leave to appeal to S.C.C. granted, [2005] 3 S.C.R. vi.

CONSIDERED:

Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education, [1996] 2 S.C.R. 929; (1996), 137 D.L.R. (4th) 449; 35 M.P.L.R. (2d) 1; 4 R.P.R. (3d) 1; 201 N.R. 81.

REFERRED TO:

Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks), [2004] 3 F.C.R. 600; (2004), 238 D.L.R. (4th) 647; 16 Admin. L.R. (4th) 242; 4 M.P.L.R. (4th) 174; 320 N.R. 331; 2004 FCA 166; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; [1931] 2 D.L.R. 193; *Re: Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; (1982), 37 A.R. 541; 42 N.R. 361; *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2004), 242 D.L.R. (4th) 394; 202 B.C.A.C. 172; 30 B.C.L.R. (4th) 195; 21 Admin. L.R. (4th) 13; 2004 BCCA 410; *Mount Cook National Park Board v. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.).

AUTHORS CITED

2003-2004 *Parks Canada Master List of Fees. Canada Gazette, Part I, Supp.*, Vol. 137, No. 34, August 23, 2003.

APPEAL from a Federal Court decision (620 *Connaught Ltd. (c.o.b. Downstream Bar) v. Canada (Attorney General)* (2005), 274 F.T.R. 311; 2005 FC 886) dismissing an application for judicial review

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority, [1999] 3 R.C.S. 134.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Succession Eurig (Re), [1998] 2 R.C.S. 565; *Kingstreet Investments Ltée c. Nouveau-Brunswick (Ministère des finances)* (2004), 273 R.N.-B. (2^e) 6; 2004 NBBR 84; décision variée (2005), 285 R.N.-B. (2^e) 201; 2005 NBCA 56; autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, [2005] 3 R.C.S. vi.

DÉCISION EXAMINÉE :

Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York, [1996] 2 R.C.S. 929.

DÉCISIONS CITÉES :

Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs), [2004] 3 R.C.F. 600; 2004 CAF 166; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; [1931] 2 D.L.R. 193; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2004), 242 D.L.R. (4th) 394; 202 B.C.A.C. 172; 30 B.C.L.R. (4th) 195; 21 Admin. L.R. (4th) 13; 2004 BCCA 410; *Mount Cook National Park Board v. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

2003-2004 *Liste maîtresse des droits en vigueur à Parcs Canada. Gazette du Canada, Partie I, Suppl.*, vol. 137, n^o 34, 23 août 2003.

APPEL d'une décision (620 *Connaught Ltd. (f.a.s. Downstream Bar) c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 886) par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire, qui concluait à un

requesting a declaration that the licence fee to operate establishments in Jasper National Park was invalid as a tax and *ultra vires* the Minister of Canadian Heritage. Appeal dismissed.

jugement déclarant que le droit de permis requis pour exploiter un commerce dans le parc national Jasper était invalide en tant que taxe et qu'il allait au-delà des pouvoirs du ministre du Patrimoine canadien. Appel rejeté.

APPEARANCES:

Jack N. Agrios, Q.C. and Janice A. Agrios, Q.C. for appellants (applicants).
Bruce F. Hughson for respondents.

ONT COMPARU :

Jack N. Agrios, c.r. et Janice A. Agrios, c.r. pour les appelantes (demandereses).
Bruce F. Hughson pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD:

Jack Agrios, Q.C., Edmonton, for appellants (applicants).
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Jack Agrios, c.r., Edmonton, pour les appelantes (demandereses).
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] The appellants own all or nearly all the hotels, restaurants and bars in Jasper National Park serving alcoholic beverages. To operate these establishments they require a business licence, for which they must pay a fee. The question to be decided in this appeal is whether the portion of the licence fee based on a percentage of their annual purchases of alcohol is a tax. If it is, the parties agree that it is beyond the statutory power of the Minister of Canadian Heritage to fix licence fees, and is invalid.

A. INTRODUCTION

[1] Les appelantes sont propriétaires de la totalité ou de la quasi-totalité des hôtels, restaurants et bars du parc national Jasper où sont servies des boissons alcoolisées. Pour exploiter ces établissements, il leur faut un permis d'exploitation pour lequel elles doivent payer un droit. Le point à décider dans le présent appel est celui de savoir si la portion du droit de permis qui est fondée sur un pourcentage de leurs achats annuels d'alcool constitue une taxe. Si la réponse est affirmative, les parties reconnaissent que le ministre du Patrimoine canadien n'a pas le pouvoir légal de fixer des droits de permis et que le droit de permis est invalide.

[2] A charge (including a fee) which is necessarily incidental to a regulatory scheme is not a tax, but a regulatory charge: *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134. The appellants say that the impugned part of the business licence fee is not a regulatory charge because it does not satisfy the criteria in *Westbank*. In particular, they submit, there is no evidence that the amount of the fee payable by individual licensees is reasonably related

[2] Une redevance (y compris un droit) qui est indissociable d'un régime de réglementation n'est pas une taxe, mais une redevance de nature réglementaire : *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134. Selon les appelantes, la portion contestée du droit de permis d'exploitation n'est pas une redevance de nature réglementaire parce qu'elle ne satisfait pas aux critères établis dans l'arrêt *Westbank*. Plus précisément,

to any financial burden which the operation of their businesses imposes on either the licensing scheme or the general administration of the Park.

[3] This is an appeal from a decision of Justice Snider of the Federal Court dismissing the appellants' application for judicial review, in which they requested a declaration that the licence fee is invalid as a tax, at least to the extent that it is based on a percentage of the amount that licensees spend annually on purchasing alcohol. Her decision is reported as *620 Connaught Ltd. (c.o.b. Downstream Bar) v. Canada (Attorney General)* (2005), 274 F.T.R. 311 (F.C.).

[4] Justice Snider held that the regulatory scheme relevant for the purpose of the *Westbank* test is that regulating the use of Jasper National Park, not the more limited and ancillary licensing scheme for the sale of alcohol in the Park. She found that the appellants' businesses benefited from the general infrastructure of the Park, and that the total amount collected from them in fees was much less than the cost of operating the Park.

[5] Accordingly, she held, there is a sufficient nexus between the licence fee and the scheme regulating the use of Jasper National Park to characterize the fee as a regulatory charge. On this basis, she upheld the impugned portion of the fee and dismissed the application for judicial review.

[6] For the reasons given below, I agree with this result and would dismiss the appeal.

B. FACTUAL BACKGROUND

[7] Uncontradicted affidavit evidence explained that the Parks Canada Agency raises revenue to help defray the costs of its operations. The manager responsible for fees at each national park estimates the amount of revenue that will be raised at that park. Based on these estimates, the Agency calculates each year the amount of its revenue for the upcoming fiscal year, and receives

affirmen-elles, il n'est pas établi que le droit payable par les titulaires de permis d'exploitation est raisonnablement rattaché à une charge financière que l'exploitation de leurs commerces impose soit au régime de permis soit à l'administration générale du parc.

[3] Il s'agit d'un appel interjeté d'une décision de la juge Snider, de la Cour fédérale, qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes, lesquelles concluaient à un jugement déclarant que le droit de permis est invalide en tant que taxe, du moins dans la mesure où il est fondé sur un pourcentage de la somme que les titulaires de permis consacrent chaque année à l'achat d'alcool. La décision de la juge Snider est publiée sous la désignation *620 Connaught Ltd. (f.a.s. Downstream Bar) c. Canada (Procureur général)* 2005 CF 886.

[4] Selon la juge Snider, le régime de réglementation qu'il faut retenir aux fins du critère de l'arrêt *Westbank* est celui qui régit l'utilisation du parc national Jasper, non le régime plus circonscrit, et accessoire, régissant la délivrance de permis de vente d'alcool dans le parc. Elle a estimé que les activités des appelantes bénéficiaient des infrastructures générales du parc et que la somme totale qu'elles payaient sous forme de droits était bien inférieure aux coûts de fonctionnement du parc.

[5] Elle a donc jugé qu'il y avait entre le droit de licence et le régime régissant l'utilisation du parc national Jasper un lien suffisant pour faire du droit de licence une redevance de nature réglementaire. Elle a donc confirmé la validité de la portion contestée du droit et rejeté la demande de contrôle judiciaire.

[6] Pour les motifs exposés ci-après, je souscris à cette conclusion et je rejetterais l'appel.

B. LES FAITS

[7] Selon la preuve par affidavit, qui n'est pas contredite, l'Agence Parcs Canada lève des taxes afin de pouvoir financer ses activités. Le gestionnaire chargé de percevoir les droits pour chacun des parcs nationaux estime les recettes qui seront perçues dans ce parc. Se fondant sur cette estimation, l'Agence calcule chaque année ses recettes pour l'exercice à venir et reçoit un

funding in that amount as an advance pursuant to the *Appropriation Acts*.

[8] Like other agencies of the federal government, the Parks Canada Agency deposits its revenues, including business licence fees, into the Consolidated Revenue Fund, which are then credited against the advance made to the Agency. Discrepancies between its estimated and actual revenue are adjusted towards the end of the fiscal year.

[9] Each year, the Agency collects approximately \$260,000 in licence fees from businesses selling alcohol in national parks, which are attributed to the particular national park where they were collected. Thus, the fees paid by the appellants for business licences are attributed to Jasper National Park, and defray its operating costs.

[10] The total forecasted expenditure for Jasper National Park in 2003-2004 was \$20.4 million. This includes items such as maintenance, security, on-site heritage presentation programs, and town sites and highways supporting visits to the Park. In that year, the total amount collected in licence fees from businesses selling alcohol in Jasper National Park was approximately \$87,625. There is no evidence in the record as to the amount of the total Park expenditure in 2003-2004 attributable to its administration and enforcement of the liquor licensing program.

[11] The annual minimum fee for a business licence for the sale of alcohol in Jasper National Park in 2003-2004 was \$75, and \$50 for clubs selling alcohol only to their members or guests: *2003-2004 Parks Canada Master List of Fees* (Supplement, *Canada Gazette, Part I*, August 23, 2003). In addition, licensees were required to pay, as part of the fee, 2% of the gross value of the beer which they purchased in that year, and 3% of the purchase price of the wines and spirits. These fee levels have been in force since 1993.

financement correspondant à cette somme, à titre d'avance, conformément aux *Lois de crédits*.

[8] Comme les autres organismes du gouvernement fédéral, l'Agence Parcs Canada dépose au Trésor ses recettes, y compris les droits de permis d'exploitation, recettes qui sont alors portées au crédit de l'avance consentie à l'Agence. Les écarts entre ses recettes estimatives et ses recettes effectives sont corrigés vers la fin de l'exercice.

[9] Chaque année, l'Agence perçoit environ 260 000 \$ en droits de permis auprès des commerces qui vendent de l'alcool dans les parcs nationaux, et le parc national concerné se voit attribuer les droits de permis qu'il a perçus. Les droits payés par les appelantes au titre de permis d'exploitation sont donc versés au parc national Jasper, qui s'en sert pour acquitter ses frais de fonctionnement.

[10] Les dépenses totales prévues du parc national Jasper pour l'exercice 2003-2004 se sont chiffrées à 20,4 millions de dollars. Il s'agit de postes tels que l'entretien, la sécurité, les mises en valeur du patrimoine existant, et les aménagements et voies de circulation servant à faciliter les visites dans le parc. Cette année-là, la somme totale des droits de permis perçus des entreprises qui vendaient des boissons alcoolisées dans le parc national Jasper s'est chiffrée à environ 87 625 \$. Le dossier ne précise pas quelles ont été en 2003-2004 les dépenses totales du parc attribuables à l'administration et à l'application du programme du parc en matière de permis de vente d'alcool.

[11] Le droit minimum annuel d'un permis d'exploitation pour la vente d'alcool dans le parc national Jasper en 2003-2004 était de 75 \$, et de 50 \$ pour les clubs qui vendaient de l'alcool uniquement à leurs membres ou à leurs invités : *2003-2004 Liste maîtresse des droits en vigueur à Parcs Canada* (Supplément, *Gazette du Canada, Partie I*, 23 août 2003). Les titulaires de permis devaient aussi payer, comme partie du droit, 2 p. 100 de la valeur brute de la bière qu'ils ont achetée cette année-là, et 3 p. 100 du prix d'achat des vins et spiritueux. Ces niveaux de droits sont en vigueur depuis 1993.

[12] There is also evidence in the record describing the assessment and payment of the business licence fees for the sale of alcohol. Typically, the Agency sends an invoice to business owners in November. Many of the businesses are seasonal, and their season is over by November. The invoice is based on the average value of their alcohol purchases in previous years.

[13] Thus, on receipt of an invoice from the Agency in November 2002, a licensee would calculate the amount owing for the licence fee on the basis of the price of the alcohol purchased in the 2002 season, which might be more or less than the amount shown on the invoice. Payment of the fee would typically be made in the following spring when the 2003 licence was issued.

[14] One of the appellants, Athabasca Motor Hotel (1972) Ltd. (Athabasca), owns and operates the Athabasca Hotel in the town of Jasper. Athabasca relies on an alternative basis for invalidating the business licence fee which it is required to pay. It alleges that Her Majesty the Queen in right of Canada and the Town of Jasper entered into an agreement in 2001 [*Agreement for the Establishment of Local Government in the Town of Jasper between Her Majesty and the Municipality of Jasper*], under which the Minister of Canadian Heritage transferred to the Town many of the local government functions previously performed by the Minister, including the fixing of business licence fees. Accordingly, Athabasca argues, the Minister ceased to have legal authority to impose and collect business licence fees for the operation of its hotel in the town of Jasper.

C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[15] The *Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32, subsection 4(1), declares that Canada's national parks are "dedicated to the people of Canada for their benefit, education and enjoyment", and are to be maintained and used in a way that "leaves them unimpaired for the enjoyment of future generations". Subsection 8(1) of the Act provides that the Minister (at the relevant time, the Minister of Canadian Heritage) is

[12] Le dossier donne aussi une description du calcul et du paiement des droits de permis de vente d'alcool. En général, l'Agence envoie une facture aux propriétaires d'établissements en novembre. Nombre des établissements sont saisonniers, et leur saison est achevée lorsque novembre arrive. La facture est fondée sur la valeur moyenne de leurs achats d'alcool des années antérieures.

[13] Sur réception d'une facture de l'Agence en novembre 2002, un titulaire de permis calculait donc la somme due pour le droit de permis en fonction du prix de l'alcool acheté durant la saison 2002, prix qui pouvait être supérieur ou inférieur à ce qu'indiquait la facture. Le droit allait en principe être payé au printemps suivant, lorsque serait délivré le permis de 2003.

[14] L'une des appelantes, Athabasca Motor Hotel (1972) Ltd. (Athabasca), est la propriétaire et l'exploitante de l'hôtel Athabasca, dans la ville de Jasper. Athabasca invoque un autre argument pour faire invalider le droit de permis d'exploitation qu'elle est tenue de payer. Elle dit que Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la ville de Jasper ont conclu en 2001 un accord [*Agreement for the Establishment of Local Government in the Town of Jasper intervenu entre Sa Majesté et la municipalité de Jasper*] en vertu duquel le ministre du Patrimoine canadien transférait à la ville nombre des fonctions administratives locales auparavant exercées par le ministre, dont le pouvoir de fixer les droits de permis d'exploitation. Par conséquent, soutient Athabasca, le ministre a cessé d'avoir le pouvoir légal d'imposer et de percevoir des droits de permis d'exploitation pour l'exploitation de son hôtel dans la ville de Jasper.

C. LE CADRE LÉGAL

[15] La *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32, en son paragraphe 4(1), dit que les parcs nationaux du Canada « sont créés à l'intention du peuple canadien pour son agrément et l'enrichissement de ses connaissances », et qu'ils doivent être entretenus et utilisés « de façon à rester intacts pour les générations futures ». Le paragraphe 8(1) de la Loi prévoit que les parcs « sont placés sous l'autorité du ministre » (qui était

responsible for the “administration, management and control of parks”.

[16] Subsection 16(1) confers on the Governor in Council powers to make regulations respecting, among other things,

16. (1) . . .

(n) the control of businesses, trades, occupations, . . . and the places where such activities and undertakings may be carried on;

[17] The *National Parks of Canada Business Regulations*, SOR/98-455 [as am. by SOR/2002-370, s. 1], (Business Regulations) require businesses conducted in a national park to be licensed, and provide for the payment of a fee [s. 4(2) (as am. *idem*, s. 4)]:

3. No person shall carry on, in a park, any business unless that person is the holder of a licence or an employee of a holder of a licence.

4. (1) . . .

(2) An application must be accompanied by the applicable fee fixed under section 24 of the *Parks Canada Agency Act*.

[18] The *Parks Canada Agency Act*, S.C. 1998, c. 31, referred to in subsection 4(2) of the Business Regulations provides for the fixing of licence fees as follows:

23. (1) The Minister may, subject to any regulations that the Treasury Board may make for the purposes of this section, fix the fees or the manner of calculating the fees to be paid for a service or the use of a facility provided by the Agency.

(2) Fees for a service or the use of a facility that are fixed under subsection (1) may not exceed the cost to Her Majesty in right of Canada of providing the service or the use of the facility.

24. The Minister may, subject to any regulations that the Treasury Board may make for the purposes of this section, fix the fees or the manner of calculating fees in respect of products, rights or privileges provided by the Agency.

25. (1) Before fixing a fee under section 23 or 24, the Minister must consult with any persons and organizations that the Minister considers to be interested in the matter.

à l'époque le ministre du Patrimoine canadien).

[16] Le paragraphe 16(1) confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements concernant, entre autres choses,

16. (1) [. . .]

n) la réglementation des activités—notamment en matière de métiers, commerces, affaires, [. . .] y compris en ce qui touche le lieu de leur exercice;

[17] Le *Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada*, DORS/98-455 [mod. par DORS/2002-370, art. 1], (le Règlement sur l'exploitation de commerces) prévoit que, pour exploiter un commerce dans un parc national, il faut être titulaire d'un permis, et il prévoit le paiement d'un droit [art. 4(2) (mod., *idem*, art. 4)]:

3. Il est interdit d'exploiter un commerce dans un parc à moins d'être le titulaire d'un permis ou l'employé d'un tel titulaire.

4. (1) [. . .]

(2) La demande doit être accompagnée du prix applicable fixé en vertu de l'article 24 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*.

[18] La *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, ch. 31, mentionnée au paragraphe 4(2) du Règlement sur l'exploitation de commerces, prévoit que le ministre peut fixer le prix à payer pour un permis:

23. (1) Le ministre peut, sous réserve des règlements éventuellement pris par le Conseil du Trésor, fixer le prix —ou le mode de calcul du prix— à payer pour la fourniture de services ou d'installations par l'Agence.

(2) Le prix fixé dans le cadre du paragraphe (1) ne peut excéder les coûts supportés par Sa Majesté du chef du Canada pour la fourniture des services ou des installations.

24. Le ministre peut, sous réserve des règlements éventuellement pris par le Conseil du Trésor, fixer le prix —ou le mode de calcul du prix— à payer pour la fourniture de produits ou l'attribution de droits ou d'avantages par l'Agence.

25. (1) Avant de fixer un prix dans le cadre des articles 23 ou 24, le ministre consulte les personnes ou organismes qu'il estime intéressés en l'occurrence.

(2) The Minister must publish any fee fixed under section 23 or 24 in the *Canada Gazette* within thirty days after fixing it.

(3) A fee fixed under section 23 or 24 stands permanently referred to the Committee referred to in section 19 of the *Statutory Instruments Act* to be reviewed and scrutinized as if it were a statutory instrument.

[19] Finally, the selling of alcohol in a national park is the subject of a discrete provision in the *National Parks General Regulations*, SOR/78-213, (General Regulations) [s. 39 (as am. by SOR/93-167, s. 5)]:

39. No person shall sell any intoxicating beverage in a Park unless he has obtained a licence for such a sale under the *National Parks Businesses Regulations* and the sale

(a) is in accordance with the laws of the province in which the Park is situated; and

(b) has been approved by the director-general.

D. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Is the portion of business licence fees which is based on the value of licensees' annual purchases of alcohol a tax?

(i) Non-contentious issues

[20] The parties agree that the power to fix licence fees conferred by sections 23 and 24 of the *Parks Canada Agency Act* does not include a power to impose a tax. Accordingly, the Parks Canada Master List of Fees is invalid if the portion of the business licence fees based on a percentage of the purchase of alcohol is properly characterized as a tax.

[21] Unlike most cases on the characterization of fees and other charges, this appeal raises no issue of constitutional law, because it is conceded that the legislation cannot be interpreted to confer a power on the Minister to impose a tax. Nonetheless, it is also agreed that the characterization of business licence fees for statutory *vires* purposes is governed by the legal tests for determining the constitutionality of a charge which

(2) Dans les trente jours suivant la date de fixation d'un prix dans le cadre des articles 23 ou 24, le ministre publie celui-ci dans la *Gazette du Canada*.

(3) Le comité visé à l'article 19 de la *Loi sur les textes réglementaires* est saisi d'office des prix fixés dans le cadre des articles 23 ou 24 pour que ceux-ci fassent l'objet de l'étude et du contrôle prévus pour les textes réglementaires.

[19] Finalement, la vente d'alcool dans un parc national est l'objet d'une disposition qui lui est propre, dans le *Règlement général sur les directions parcs nationaux*, DORS/78-213, (le *Règlement général*) [art. 39 (mod. par DORS/93-167, art. 5)] :

39. Il est interdit de vendre des boissons enivrantes sans une autorisation conforme au *Règlement sur la pratique de commerces dans les parcs nationaux* et la vente doit en outre

a) être conforme aux lois de la province concernée et

b) avoir été approuvée par le directeur général.

D. POINTS LITIGIEUX ET ANALYSE

Point n° 1 : La portion des droits de permis d'exploitation qui est fondée sur la valeur des achats annuels d'alcool faits par un titulaire de permis est-elle une taxe?

(i) Les points non litigieux

[20] Les parties admettent que le pouvoir de fixer les droits de permis, qui est conféré par les articles 23 et 24 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, ne comprend pas le pouvoir d'imposer une taxe. Par conséquent, la Liste maîtresse des droits en vigueur à Parcs Canada est invalide si la portion des droits de permis d'exploitation qui est fondée sur le pourcentage des achats d'alcool est valablement qualifiée de taxe.

[21] Contrairement à la plupart des précédents portant sur la qualification de droits ou autres redevances, le présent appel ne soulève aucun point de droit constitutionnel, parce qu'il est admis que la législation ne peut pas être interprétée d'une manière qui confère au ministre le pouvoir d'imposer une taxe. Néanmoins, il est admis aussi que la qualification de droits de permis d'exploitation à des fins proprement légales est régie par

is alleged to be a tax.

[22] It is also common ground between the parties that whether the Minister has statutory authority to base part of the business licence fee on the value of the licensee's annual purchases of alcohol is to be determined on a standard of correctness. I agree: *Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks)*, [2004] 3 F.C.R. 600 (F.C.A.), at paragraph 10.

(ii) Taxes, fees for service and regulatory charges

[23] The Crown seems to have accepted that business licence fees have the four characteristics generally indicative of a tax set out in *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357, at pages 362-363. The fees are (i) enforceable by law, (ii) imposed pursuant to the authority of Parliament, (iii) levied by a public body, and (iv) imposed for a public purpose.

[24] However, a fee which has the above four characteristics will not be characterized as a tax if it is imposed "primarily for regulatory purposes, or as necessarily incidental to a broader regulatory scheme": *Re: Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at page 1070. The question is whether the business licence fees payable by the appellants are properly characterized as regulatory charges in pith and substance, even though they may also have some of the characteristics of a tax: *Westbank*, at paragraph 30.

[25] The *Parks Canada Agency Act* specifies two kinds of fee which the Minister may impose: fees for either a service or the use of a facility provided by the Agency (subsection 23(1)), and fees for products, rights or privileges provided by the Agency (section 24). Fees fixed under subsection 23(1) may not exceed the cost to

les critères juridiques permettant de dire si une redevance qui constitue prétendument une taxe est ou non constitutionnelle.

[22] Il est admis également entre les parties que c'est la norme de la décision correcte qui permettra de dire si le ministre a le pouvoir légal de fonder une portion du droit de permis d'exploitation sur la valeur des achats annuels d'alcool effectués par le titulaire du permis. Je partage leur avis : *Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs)*, [2004] 3 R.C.F. 600 (C.A.F.), au paragraphe 10.

(ii) Taxes, prix à payer pour la fourniture de services et redevances de nature réglementaire

[23] La Couronne semble avoir admis que les droits de permis d'exploitation présentent les quatre caractéristiques qui signalent en général une taxe. Ces quatre caractéristiques sont exposées dans l'arrêt *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357, aux pages 362 et 363. Les droits à payer sont (i) exigibles en droit, (ii) imposés conformément à la volonté du législateur, (iii) perçus par un organisme public, et (iv) imposés dans l'intérêt public.

[24] Toutefois, un droit qui présente les quatre caractéristiques susmentionnées ne sera pas considéré comme une taxe s'il s'agit d'une taxe « [imposée] essentiellement à des fins de réglementation ou [. . .] indissociable d'une réglementation plus générale » : *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, à la page 1070. Il s'agit de savoir si les droits de permis d'exploitation que doivent payer les appelantes sont à juste titre considérés, de par leur caractère véritable, comme des redevances de nature réglementaire, même s'ils peuvent revêtir certaines des caractéristiques d'une taxe : arrêt *Westbank*, au paragraphe 30.

[25] La *Loi sur l'Agence Parcs Canada* prévoit deux types de droits que le ministre peut imposer : le prix à payer pour la fourniture de services ou d'installations par l'Agence (paragraphe 23(1)) et le prix à payer pour la fourniture de produits ou l'attribution de droits ou d'avantages par l'Agence (article 24). Le prix fixé dans

Her Majesty “of providing the service or . . . facility”: subsection 23(2). A similar limitation is not found in section 24.

[26] Other federal statutes also distinguish between fees for services and the use of facilities, on the one hand, and fees for products, rights and privileges, on the other, in a manner similar to sections 23 and 24 of the *Parks Canada Agency Act*. They expressly cap the amount chargeable for services or the use of facilities at the cost of providing them, but not the amount chargeable for providing products, rights and privileges: see for example, *Department of Canadian Heritage Act*, S.C. 1995, c. 11, sections 8 and 9; *Department of Health Act*, S.C. 1996, c. 8, sections 6 and 7; *Department of Human Resources Development Act*, S.C. 1996, c. 11, sections 8 and 9; and *Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, sections 47 and 48.

[27] The business licence fees payable by the appellants are for a “right or privilege” provided by the Agency, that is, the licence authorizing them to sell alcohol in a national park, rather than for a service provided to licensees by the Agency, such as, for example, garbage collection. This is because subsection 4(2) of the Business Regulations provides that an application for a business licence must be accompanied by the applicable fee “fixed under section 24 of the *Parks Canada Agency Act*”.

[28] The fact that the foreword to the *2003-2004 Parks Canada Master List of Fees* states that it contains the fees approved by the Minister for the 2003-2004 season for “services provided at Canada’s national parks” [emphasis added] cannot alter the legal effect of subsection 4(2) of the Business Regulations, which provides that business licence fees are fixed under section 24. Other fees in the master list, such as for heritage presentations, would seem to be appropriately characterized as fees for services provided by the Agency, and thus presumptively fixed under section 23.

le cadre du paragraphe 23(1) ne peut pas excéder les coûts supportés par Sa Majesté « pour la fourniture des services ou des installations » : paragraphe 23(2). On ne trouve pas cette restriction dans l’article 24.

[26] D’autres lois fédérales font également la distinction entre les droits à payer pour la fourniture de services ou d’installations, d’une part, et les droits à payer pour la fourniture de produits ou l’attribution de droits ou d’avantages, de l’autre, comme le font les articles 23 et 24 de la *Loi sur l’Agence Parcs Canada*. Elles prévoient expressément que la somme pouvant être demandée pour la fourniture de services ou d’installations ne peut pas dépasser les coûts supportés pour les fournir, mais elles ne limitent pas la somme qui peut être demandée pour la fourniture de produits ou l’attribution de droits ou d’avantages : voir par exemple la *Loi sur le ministère du Patrimoine canadien*, L.C. 1995, ch. 11, articles 8 et 9; *Loi sur le ministère de la Santé*, L.C. 1996, ch. 8, articles 6 et 7; *Loi sur le ministère du Développement et des ressources humaines*, L.C. 1996, ch. 11, articles 8 et 9; et *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, articles 47 et 48.

[27] Les droits de permis d’exploitation payables par les appelantes s’appliquent à un « droit ou avantage » attribué par l’Agence, en l’occurrence au permis les autorisant à vendre de l’alcool dans un parc national, plutôt qu’à un service fourni aux appelantes par l’Agence, par exemple le service d’enlèvement des ordures. S’il en est ainsi, c’est parce que le paragraphe 4(2) du Règlement sur l’exploitation de commerces prévoit que la demande de permis d’exploitation doit être accompagnée du prix applicable « fixé en vertu de l’article 24 de la *Loi sur l’Agence Parcs Canada* ».

[28] L’avant-propos du document *2003-2004 Liste maîtresse des droits en vigueur à Parcs Canada* pour précise que la liste comprend les droits qui ont été approuvés par le ministre pour 2003-2004 pour « les services offerts dans les parcs nationaux » [non souligné dans l’original], mais cela ne modifie pas l’effet juridique du paragraphe 4(2) du Règlement sur l’exploitation de commerces, qui prévoit que les droits de permis d’exploitation sont fixés en vertu de l’article 24. D’autres droits indiqués dans la Liste maîtresse, tels que ceux des mises en valeur du patrimoine, semble-

[29] In *Westbank* (at paragraph 30), the Court also distinguished among taxes, fees for services, and regulatory charges imposed to finance a regulatory scheme:

Although in today's regulatory environment, many charges will have elements of taxation and elements of regulation, the central task for the court is to determine whether the levy's primary purpose is, in pith and substance: (1) to tax, i.e., to raise revenue for general purposes; (2) to finance or constitute a regulatory scheme, i.e., to be a regulatory charge or to be ancillary or adhesive to a regulatory scheme; or (3) to charge for services directly rendered, i.e., to be a user fee.

Gonthier J. described (at paragraph 22) fees for services, or user fees, as "a subset" of regulatory charges.

(iii) *Eurig Estate (Re)*

[30] The appellants rely heavily on *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, for the proposition that the amount of a business licence fee must be reasonably related to the costs imposed on the Parks Canada Agency by the operation of the business. In *Eurig*, the Supreme Court of Canada characterized Ontario's *ad valorem* probate fee as a tax, on the ground that the value of a deceased's estate is unrelated to the cost of providing probate services. In addition to the four classic criteria of a tax set out in *Lawson*, Major J. said (at paragraph 21):

Another factor that generally distinguishes a fee from a tax is that a nexus must exist between the quantum charged and the cost of the service provided in order for a levy to be constitutionally valid.

[31] The appellants argue that there is no estimate of the cost of the business licensing scheme, and no nexus between the amount that licensees spend annually on the

raient pouvoir être valablement qualifiés de prix à payer pour des services fournis par l'Agence, et ont sans doute donc été fixés en vertu de l'article 23.

[29] Dans l'arrêt *Westbank* (au paragraphe 30), la Cour suprême faisait aussi la distinction entre les taxes, les services facturés et les redevances de nature réglementaire qui sont imposées pour financer un régime de réglementation :

Même si, dans l'environnement réglementaire d'aujourd'hui, plusieurs redevances comportent des éléments de taxation et des éléments de réglementation, la tâche essentielle du tribunal est de déterminer si, de par son caractère véritable, l'objet principal du prélèvement est : (1) de taxer, c.-à-d., percevoir des revenus à des fins générales; (2) de financer ou de créer un régime de réglementation, c.-à-d., être une redevance de nature réglementaire ou être accessoire ou rattaché à un régime de réglementation; ou, (3) de recevoir paiement pour des services directement rendus, c.-à-d., être des frais d'utilisation.

Le juge Gonthier, au paragraphe 22, décrivait les droits à payer pour des services, ou frais d'utilisation, comme un « sous-ensemble » des redevances de nature réglementaire.

(iii) L'arrêt *Succession Eurig (Re)*

[30] Les appelantes ont invoqué à l'envi l'arrêt *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, qui, selon elles, permet d'affirmer qu'un droit de permis d'exploitation doit être raisonnablement rattaché aux coûts que doit supporter l'Agence Parcs Canada pour financer ses activités. Dans l'arrêt *Eurig*, la Cour suprême du Canada avait qualifié de taxe les frais d'homologation *ad valorem* perçus en Ontario, au motif que la valeur d'une succession est sans rapport avec le coût de la fourniture de services d'homologation. Outre les quatre critères classiques d'une taxe exposés dans l'arrêt *Lawson*, le juge Major écrivait, au paragraphe 21 :

Il est un autre facteur qui permet généralement de distinguer des frais d'une taxe : il doit y avoir un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni pour que cette somme soit considérée valide au regard de la Constitution.

[31] Les appelantes font valoir qu'il n'y a aucune estimation du coût du régime de délivrance des permis d'exploitation, et aucun lien entre les sommes que les

purchase of alcohol and the costs that their businesses impose on the Parks Canada Agency's operation of Jasper National Park.

[32] In my opinion, this argument fails to take into account the fact that, unlike the present case, *Eurig* involved a fee for service. The cost of providing a service may be fairly readily calculated. If the fee for a service is not set at a level that is reasonably related to the cost of providing it, the fee is liable to be treated as a tax. The absence of a nexus between the "amount of the levy and the cost of the service for granting letters probate" was the basis of the Court's conclusion that the probate fee was a tax: *Eurig*, at paragraph 23. The Court noted (at paragraph 20) that the purpose of probate fees was not to "offset the costs of granting probate", but to "provide a surplus for general revenue".

[33] Similarly, section 23 of the *Parks Canada Agency Act* and its analogues expressly cap the fixing of fees at the cost of a service or the use of a facility provided by the Agency. This reflects the principle of constitutional law that a fee for a service which exceeds an amount that is reasonably related to the cost of providing the service is liable to be characterized as a tax. Legislation, including section 24, does not limit the fee that may be charged for a right or privilege to the cost of providing it.

[34] Business licence fees are imposed pursuant to section 24 to defray the cost, not of issuing licences and enforcement, but of operating a national park. It will be difficult, if not impossible, to relate in any meaningful manner the fee payable for a licence to some portion of the operating cost of regulating the use of the national park which the fee helps to finance.

[35] By virtue of the broad grant of statutory discretion in section 24, and in the similar provisions of other legislation, fees for rights or privileges may be set

titulaires de permis consacrent chaque année à l'achat d'alcool et les coûts que leurs commerces entraînent pour l'exploitation du parc national Jasper par l'Agence Parcs Canada.

[32] À mon avis, cet argument fait abstraction du fait que, contrairement à la présente espèce, l'arrêt *Eurig* concernait un droit à payer pour un service. Le coût de la fourniture d'un service peut être assez aisément calculé. Si le droit à payer pour un service n'est pas fixé à un niveau qui est raisonnablement rattaché au coût de la fourniture du service, il risque d'être considéré comme une taxe. L'absence d'un rapport entre « la somme exigée et le coût de délivrance des lettres d'homologation » avait conduit la Cour suprême à dire que les frais d'homologation constituaient une taxe : arrêt *Eurig*, au paragraphe 23. La Cour suprême faisait observer, au paragraphe 20, que l'objet des frais d'homologation n'était pas de « couvrir les coûts de délivrance des lettres d'homologation », mais de produire « des recettes générales additionnelles ».

[33] Pareillement, l'article 23 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada* et les dispositions similaires limitent expressément les droits à payer au coût de la fourniture du service ou de l'installation par l'Agence. Cela rend compte du principe de droit constitutionnel selon lequel le droit à payer qui dépasse une somme raisonnablement en rapport avec le coût de fourniture du service est susceptible d'être considéré comme une taxe. La législation, dont l'article 24, ne limite pas le prix qui peut être demandé pour un droit ou un avantage au coût de l'attribution de ce droit ou de cet avantage.

[34] Les droits de permis d'exploitation sont perçus conformément à l'article 24, pour acquitter non pas les coûts de la délivrance des permis et ceux des mesures d'observation, mais les coûts de fonctionnement d'un parc national. Il serait difficile, voire impossible, de rattacher le moindre droit à payer pour un permis à telle ou telle portion des frais qui sont engagés pour réglementer l'utilisation du parc national et que le droit à payer contribue à financer.

[35] En vertu du pouvoir discrétionnaire étendu qui est conféré par l'article 24, et par les dispositions correspondantes d'autres textes législatifs, le prix à

at levels which reflect a broad range of policy considerations. Thus, business licence fees may be fixed with an eye to achieving an equitable distribution of the costs of maintaining a park among, for example, visitors, campers, fishers, the various types of business operating in the park, and the general body of taxpayers. However, since these fees are justified as a means of financing the regulatory scheme to which they are attached, the total amount collected may not exceed the operating cost of that larger scheme (namely, the regulation of the use of the park) to which they are necessarily incidental.

[36] Section 24 also includes fees for products provided by the Agency. Since these are not the subject of this appeal, it is not necessary to decide on what bases fees charged for their supply may lawfully be calculated.

[37] Since the business licence fees in the present case are not fees for service, the *Eurig* requirement of a nexus between the amount of the fees and the cost of providing the service is not determinative of whether the business licence fees paid by the appellants are a tax. The relevant analytical framework is found in the *Westbank* criteria for identifying a regulatory scheme and deciding whether the fee is necessarily incidental to it.

(iv) The *Westbank* criteria

[38] The Court established in *Westbank* (at paragraph 24) that the existence of a regulatory scheme for the purpose of determining whether a levy is a regulatory charge or a tax is identified by reference to the following non-exhaustive list of criteria, not all of which must be met in any given case:

. . . (1) a complete and detailed code of regulation; (2) a specific regulatory purpose which seeks to affect the behaviour of individuals; (3) actual or properly estimated costs of the regulation; and (4) a relationship between the regulation

payer pour l'attribution de droits ou d'avantages peut être fixé à des niveaux qui sont fonction d'un large éventail de considérations générales. Ainsi, pourrait-on fixer les droits de permis d'exploitation en ayant à l'esprit une répartition équitable des frais d'entretien d'un parc entre les visiteurs, les campeurs, les pêcheurs, les divers types de commerce présents dans le parc et l'ensemble des contribuables. Toutefois, puisque ces droits se justifient comme moyen de financer le régime de réglementation auquel ils se rapportent, la somme totale qui est perçue ne peut pas dépasser le coût opérationnel du régime général (à savoir la réglementation de l'utilisation du parc) dont ils sont indissociables.

[36] L'article 24 indique aussi le prix à payer pour des produits fournis par l'Agence. Puisque les droits de ce type ne sont pas l'objet du présent appel, il n'est pas nécessaire de décider sur quelle base le prix à payer pour la fourniture de produits peut légalement être calculé.

[37] Puisque, en l'espèce, les droits de permis d'exploitation ne sont pas des droits à payer pour un service, l'existence d'un lien entre le montant du droit à payer et le coût de la fourniture du service, lien requis dans l'arrêt *Eurig*, ne permet pas de dire si les droits de permis d'exploitation payés par les appelantes constituent une taxe. Le cadre analytique à retenir se trouve dans les critères de l'arrêt *Westbank*, qui permettent de dire si nous avons affaire à un régime de réglementation et si le droit à payer est indissociable de ce régime.

(iv) Les critères de l'arrêt *Westbank*

[38] Dans l'arrêt *Westbank*, au paragraphe 24, la Cour suprême écrivait que l'existence d'un régime de réglementation aux fins de décider si un prélèvement constitue une redevance de nature réglementaire ou bien une taxe se reconnaît par référence à la liste suivante non exhaustive de critères, dont tous n'ont pas à être remplis dans un cas donné :

[. . .] (1) l'existence d'un code de réglementation complet et détaillé; (2) un objectif spécifique destiné à influencer certains comportements individuels; (3) des coûts réels ou dûment estimés de la réglementation; (4) un lien entre la réglemen-

and the person being regulated, where the person being regulated either causes the need for the regulation, or benefits from it.

[39] The Westbank Indian Band had enacted a by-law providing that “land and interests in land are subject to taxation”. The by-law was passed pursuant to a power delegated under the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] and was stated to be “for raising revenue for local purposes”.

[40] The issue before the Supreme Court of Canada was whether the by-law applied to interests in land owned by B.C. Hydro, an agent of the Crown in right of British Columbia. If the by-law imposed a tax, it did not apply, because section 125 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] exempts lands owned by Canada or by any province from taxation. If, however, the by-law imposed a regulatory charge necessarily incidental to a regulatory scheme, the land tax applied to B.C. Hydro’s land.

[41] The Court held that the levies were a tax because they were not attached to a detailed scheme and there was no estimate of costs. The *Indian Act* was held to be “insufficient to meet the requirements of a ‘regulatory scheme’ in the constitutional sense”: *Westbank*, at paragraph 38.

(a) which scheme: Jasper National Park or liquor licensing?

[42] Considered in isolation, the regulation of either Jasper National Park or the sale of alcohol in the Park could potentially qualify as a “regulatory scheme” to which the licence fees may be said to be attached for the purpose of making them “regulatory charges”, rather than taxes.

tation et la personne qui fait l’objet de la réglementation, cette personne bénéficiant de la réglementation ou en ayant créé le besoin.

[39] La bande indienne de Westbank avait voté un règlement administratif qui prévoyait que [TRADUCTION] « les terres et les droits sur celles-ci sont sujets à taxation ». Le règlement administratif avait été adopté conformément à un pouvoir délégué en vertu de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5], [TRADUCTION] « en vue de prélever un revenu à des fins locales ».

[40] La question dont était saisie la Cour suprême du Canada était de savoir si le règlement administratif s’appliquait aux droits fonciers appartenant à B.C. Hydro, un mandataire de la Couronne du chef de la Colombie-Britannique. Si le règlement administratif imposait une taxe, il n’était pas applicable, parce que l’article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] soustrait à la taxation les terres appartenant au Canada ou à une province. Si toutefois le règlement administratif imposait une redevance de nature réglementaire qui était indissociable d’un régime de réglementation, alors la taxe foncière s’appliquait aux droits fonciers de B.C. Hydro.

[41] La Cour suprême a jugé que le prélèvement constituait une taxe parce qu’il n’était pas accessoire à un régime détaillé et qu’il n’existait aucune estimation des coûts. Selon elle, la *Loi sur les Indiens* ne suffisait pas à « établir l’existence d’un “régime de réglementation” au sens constitutionnel » : arrêt *Westbank*, au paragraphe 38.

a) quel régime : celui du parc national Jasper ou celui des permis de vente d’alcool?

[42] Prise isolément, la réglementation du parc national Jasper ou celle de la vente d’alcool dans le parc pourrait probablement être considérée comme un « régime de réglementation » auquel les droits de permis seraient peut-être rattachés aux fins de constituer des « redevances de nature réglementaire » plutôt que des taxes.

[43] The appellants say that the relevant scheme cannot be the administration of the Park because that is too broad. They argue that the Court in *Eurig* identified the probate function of the courts, not the administration of the courts in Ontario, as the relevant scheme for determining whether the probate fees reflected the costs of providing probate services. The impugned probate fees were found (at paragraph 20) to have been imposed to defray the costs, not of the probate function of the court, but of “court administration in general”. Further, the appellants argue, to identify the regulation of the use of the Park as the relevant scheme would be analogous to asserting that the entire operation of a municipality constituted the “regulatory scheme” to which a particular licensing fee was incidental.

[44] I do not agree. The fees in the present case were not attributed to the operations of the Department of Canadian Heritage at large nor even, more specifically, to the administration of the entire system of national parks. The licence fees paid by the appellants were attributed to the operating budget of the very park, Jasper, in which the appellants conducted their businesses. Any aspect of the operation of Jasper National Park which makes it more attractive to visitors, including on-site heritage presentations, visitor services and through highways, increases the appellants’ potential customer base.

[45] In contrast, the appellants obtain only a very indirect benefit at best from the operation of other national parks and from the central administration of the responsible Department and the Parks Canada Agency. In my opinion, the analogies relied on by the appellants would be more persuasive if the Crown were arguing that the relevant regulatory scheme was the operation and administration of the national parks system as a whole.

[46] *Eurig* is distinguishable on the ground that any benefit which the appellants in that case received from the administration of the courts in general was remote.

[43] Les appelantes disent que le régime pertinent ne saurait être celui de l’administration du parc parce que cette perspective est trop large. Elles font valoir que, dans l’arrêt *Eurig*, la Cour suprême avait considéré que c’était la fonction d’homologation exercée par les tribunaux, et non l’administration des tribunaux en Ontario, qui était le régime à retenir pour savoir si les frais d’homologation reflétaient le coût de la fourniture des services d’homologation. Selon la Cour suprême (au paragraphe 20), les frais d’homologation contestés avaient été imposés non pour acquitter les coûts de la fonction d’homologation exercée par les tribunaux, mais pour acquitter les coûts « de l’administration des tribunaux en général ». De plus, font valoir les appelantes, dire que la réglementation de l’utilisation du parc constitue le régime pertinent équivaldrait à dire que le fonctionnement tout entier d’une municipalité constitue le « régime de réglementation » auquel se rapporte tel ou tel droit de permis.

[44] Je ne partage pas ce point de vue. Dans la présente affaire, les droits à payer n’étaient pas affectés aux activités du ministère du Patrimoine canadien globalement, ni même, plus précisément, à l’administration du réseau général des parcs nationaux. Les droits de permis payés par les appelantes étaient affectés au budget de fonctionnement du parc Jasper lui-même, où les appelantes exploitaient leurs commerces. Tout aspect du fonctionnement du parc national Jasper qui rend ce parc plus attrayant pour les visiteurs, y compris les mises en valeur du patrimoine, les services aux visiteurs et les voies de transit, accroît la clientèle possible des appelantes.

[45] En revanche, les appelantes n’obtiennent au mieux qu’un avantage très indirect de l’exploitation d’autres parcs nationaux, ainsi que de l’administration centrale du ministère responsable et de l’Agence Parcs Canada. À mon avis, les analogies invoquées par les appelantes seraient plus convaincantes si la Couronne faisait valoir que le régime pertinent de réglementation était le fonctionnement et l’administration du réseau tout entier des parcs nationaux.

[46] Il faut distinguer l’arrêt *Eurig* au motif que tout avantage que l’appelante avait, dans cette affaire, tiré de l’administration des tribunaux en général était indirect.

In addition, *Eurig* concerned a fee for service or user fee. In order to characterize the fee, the Court did not identify a regulatory scheme to which the fee was necessarily incidental, but asked only if it was reasonably related to the cost of providing the probate services for which it was paid.

[47] The Court stated in *Westbank* (at paragraph 39) that it was not influenced by the fact that the levy in question was imposed by the Band for “local purposes”, rather than for the Consolidated Revenue Fund. The Court also observed that, even though the probate fees in *Eurig* went to “court administration in general” rather than to the general purposes of the Province of Ontario, they were still characterized as a tax. However, if the “local purposes” to be financed by the tax were the purposes of the Band, the charge was more analogous to a levy imposed by a municipality for its general purposes than to the fees in the present case, which are fixed by the Minister and attributed to the particular park in the national parks system in which they were collected. In any event, the Court in *Westbank* found no scheme at all to which the charge could be incidental.

[48] The breadth of the relevant regulatory scheme was expressly considered in *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, where the issue was whether an educational development charge, payable by applicants for a building permit, constituted an indirect tax, and was therefore outside the taxing powers of the provincial legislature. The charge had been imposed to defray some of the capital costs to the Board of providing additional schools to meet the needs of those moving into newly built housing.

[49] The question before the Court was whether the educational development charge was sufficiently connected to a valid provincial regulatory scheme so as not to be a tax. Writing for the majority, Iacobucci J.

L'affaire *Eurig* concernait d'ailleurs des frais applicables à un service, ou frais d'utilisation. Pour qualifier les frais en question, la Cour suprême n'a pas désigné un régime de réglementation dont les frais étaient indissociables, mais s'est demandé uniquement si les frais étaient raisonnablement rattachés au coût de fourniture des services d'homologation pour lesquels ils étaient payés.

[47] Dans l'arrêt *Westbank*, au paragraphe 39, la Cour suprême écrivait qu'elle n'était pas influencée par le fait que les redevances en cause avaient été imposées par la bande « à des fins locales », plutôt que versées au Trésor. La Cour faisait aussi observer que, même si les frais d'homologation, dans l'arrêt *Eurig*, étaient prélevés pour « l'administration des tribunaux en général » plutôt que pour les dépenses générales de la province de l'Ontario, ils avaient quand même la qualité d'une taxe. Toutefois, si les « fins locales » à financer au moyen de la taxe étaient les fins de la bande, alors la redevance était davantage assimilable à un prélèvement imposé par une municipalité pour ses fins générales qu'aux droits dont il est question dans la présente affaire, lesquels sont fixés par le ministre et attribués au parc concerné du réseau de parcs nationaux dans lequel ils ont été perçus. En tout état de cause, dans l'arrêt *Westbank*, la Cour n'a trouvé aucun régime quel qu'il soit auquel la redevance pût être accessoire.

[48] L'étendue du régime pertinent de réglementation a été expressément considérée dans l'arrêt *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, où il s'agissait de savoir si une redevance d'exploitation relative à l'éducation, payable par les candidats à un permis de construire, constituait une taxe indirecte et échappait donc au pouvoir de taxation de l'assemblée législative provinciale. La redevance avait été imposée pour acquitter une partie des coûts en immobilisations engagés par le conseil scolaire pour créer des écoles additionnelles requises pour répondre aux besoins de ceux qui emménageaient dans des logements neufs.

[49] La question soumise à la Cour était de savoir si la redevance d'exploitation relative à l'éducation était suffisamment rattachée à un régime provincial valide de réglementation pour ne pas constituer une taxe.

took a broad view of the relevant “regulatory scheme”, which he identified (at paragraph 86) as the province’s “comprehensive land use planning scheme.” In contrast, La Forest J. (at paragraph 123) defined the regulatory scheme more narrowly as the regulation of the construction of houses and other buildings, on the ground that builders were the persons statutorily required to pay the charge.

[50] In my opinion, the position advanced by the appellants in the present case is similar to that rejected by the majority in *Ontario Home Builders*. It is unduly narrow to identify the relevant regulatory scheme as the licensing requirements for the sale of alcoholic beverages in a national park and payment of the applicable fee. The logic of the appellants’ argument is that, under the single statutory umbrella of the legislation regulating Canada’s national parks, there are as many regulatory schemes as there are licensed activities for which a fee is charged. Such a fragmented approach would unduly restrict the ability of the Parks Canada Agency to recoup, on an equitable basis consistent with the statutory purposes of the legislation establishing and governing national parks, some of the operating costs of a park from those benefiting from conducting their business in a national park.

[51] *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Department of Finance)* (2004), 273 N.B.R. (2d) 6 (Q.B.); varied on appeal on another issue (2005), 285 N.B.R. (2d) 201 (C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada granted [2005] 3 S.C.R. vi, may appear to support the appellants’ contention that the scheme for licensing the sale of alcohol in national parks is the relevant “regulatory scheme”.

[52] The Court at first instance in *Kingstreet Investments* regarded the administration and enforcement of liquor licensing as “the regulatory scheme” to which liquor licence fees were attached.

S’exprimant pour les juges majoritaires, le juge Iacobucci a interprété largement l’expression « régime de réglementation », qui pour lui (au paragraphe 86) était le « régime étendu d’aménagement foncier » de la province. En revanche, le juge La Forest (au paragraphe 123) a défini le régime de réglementation plus étroitement, en y voyant la réglementation de la construction de maisons et autres immeubles, au motif que c’était les constructeurs qui étaient légalement tenus de payer la redevance.

[50] À mon avis, la position avancée par les appelantes dans la présente affaire s’apparente à celle qui fut rejetée par les juges majoritaires de la Cour suprême dans l’arrêt *Ontario Home Builders*. Il est indûment restrictif de dire que les formalités de permis applicables à la vente de boissons alcoolisées dans un parc national et le paiement du droit applicable constituent le régime pertinent de réglementation. La logique de l’argument des appelantes est que, sous l’unique parapluie de la législation régissant les parcs nationaux du Canada, il y a autant de régimes de réglementation qu’il y a d’activités soumises à un permis pour lequel un droit est payable. Une approche aussi fragmentée restreindrait indûment la capacité de l’Agence Parcs Canada de recouvrer, d’une manière équitable et conforme aux objets de la législation établissant et régissant les parcs nationaux, certains des coûts de fonctionnement d’un parc national en s’adressant à ceux qui profitent de ce parc pour exploiter leurs commerces.

[51] La décision *Kingstreet Investments Ltée c. Nouveau-Brunswick (Ministère des finances)* (2004), 273 R.N.-B. (2^e) 6 (B.R.); modifiée en appel sur un autre point (2005), 285 R.N.-B. (2^e) 201 (C.A.); autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada accordée [2005] 3 R.C.S. vi, pourrait sembler appuyer la prétention des appelantes selon laquelle le régime d’attribution des permis de vente d’alcool dans les parcs nationaux constitue le « régime de réglementation » pertinent.

[52] Le tribunal de première instance saisi de l’affaire *Kingstreet Investments* a considéré l’administration et l’application du régime d’attribution des permis de vente d’alcool comme « le régime de réglementation » auquel

However, in that case, liquor licensing was not argued to be a part of some larger scheme. In the present case, of course, the larger “regulatory scheme”, of which licensing the sale of alcohol and the collection of the applicable fees is part, is the regulation of Jasper National Park.

[53] I agree with Justice Snider’s conclusion that, on the basis of the applicable legislation as administered, the regulation of the use and operation of Jasper National Park is the relevant regulatory scheme for present purposes.

(b) the four *Westbank* criteria

[54] I turn now to the question of whether the operation and regulation of the use of Jasper National Park meet the *Westbank* criteria of a “regulatory scheme” to which the business licence fees payable by the appellants are “necessarily incidental”. Although not all of the *Westbank* criteria must be met for a levy to be a regulatory charge, rather than a tax, I shall consider them one by one.

[55] The first criterion is the presence of “a complete and detailed code of regulation”. In my view, the *Canada National Parks Act* and the *Parks Canada Agency Act*, together with the considerable body of regulations made under them, constitute “a complete and detailed code of regulation” applicable to the national parks, including Jasper National Park.

[56] Within this overarching statutory scheme, some provisions apply only to particular national parks, including Jasper. In addition to the employees who work at the national headquarters of the Department of the Environment and the Parks Canada Agency, the bodies now responsible for the statutory mandate respecting Canada’s national parks, each park has its own superintendent and staff, with responsibilities for developing park-specific policies and for the day-to-day

se rattachaient les droits de permis de vente d’alcool. Toutefois, dans cette affaire, on ne prétendait pas que le régime des permis de vente d’alcool s’inscrivait dans un régime plus général. Évidemment, dans la présente affaire, le « régime de réglementation » général, qui comprend la délivrance des permis de vente d’alcool et la perception des droits applicables, est la réglementation du parc national Jasper.

[53] Je partage l’avis de la juge Snider pour qui, vu la législation applicable telle qu’elle est administrée, la réglementation de l’utilisation et de l’exploitation du parc national Jasper constitue, pour les fins qui nous concernent, le régime pertinent de réglementation.

b) les quatre critères de l’arrêt *Westbank*

[54] Je passe maintenant à la question de savoir si l’exploitation du parc national Jasper et la réglementation de son utilisation remplissent, selon l’arrêt *Westbank*, les critères d’un « régime de réglementation » dont les droits de permis d’exploitation payables par les appelantes sont « indissociables ». Il n’est pas nécessaire que les critères de l’arrêt *Westbank* soient tous remplis pour qu’un prélèvement constitue une redevance de nature réglementaire plutôt qu’une taxe, mais je les examinerai quand même tous.

[55] Le premier critère est l’existence d’« un code de réglementation complet et détaillé ». À mon avis, la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* et la *Loi sur l’Agence Parcs Canada*, combinées à l’ensemble considérable de règlements pris sous leur autorité, constituent « un code de réglementation complet et détaillé », applicable aux parcs nationaux, y compris le parc national Jasper.

[56] À l’intérieur de ce régime législatif primordial, certaines dispositions s’appliquent uniquement à certains parcs nationaux, dont Jasper. Outre les employés qui travaillent au bureau national du ministère de l’Environnement et à celui de l’Agence Parcs Canada, instances aujourd’hui investies par la loi du mandat se rapportant aux parcs nationaux du Canada, chaque parc a son propre directeur et son propre personnel, qui sont chargés d’élaborer des politiques propres au parc

operation of the park. Accordingly, the first criterion is satisfied.

[57] The second criterion is whether the levy is imposed for “a specific regulatory purpose which seeks to affect the behaviour of individuals”. The purpose of the scheme regulating the use of Jasper and other national parks is set out in the *Canada National Parks Act* as follows:

4. (1) The national parks of Canada are hereby dedicated to the people of Canada for their benefit, education and enjoyment, subject to this Act and the regulations, and the parks shall be maintained and made use of so as to leave them unimpaired for the enjoyment of future generations.

The more specific scheme for licensing the sale of alcohol is designed to affect the sale and consumption of alcoholic beverages in national parks, and the conduct of the customers; the licence fees are part of this scheme. However, the fees are also imposed to raise revenue to defray the costs of the larger regulatory scheme, namely the operation of the Park itself. It is unclear whether the second *Westbank* criterion is satisfied.

[58] The third criterion is the presence of a proper estimation of the costs of the regulation. The costs of regulating the use of Jasper National Park, the relevant “regulatory scheme” for the purpose of the *Westbank* criteria, are published: they were in excess of \$20 million in 2003-2004. In that year, \$87,625, or less than 0.5% of the total operating costs of the Park, were collected in alcohol licensing fees from businesses operating in the Park. It is irrelevant that there is no evidence in the record of the estimated costs of the sub-scheme for licensing the sale of alcohol. Thus, the third criterion is satisfied.

[59] This leaves the fourth criterion: the existence of “a relationship between the regulation and the person being regulated, where the person being regulated either causes the need for or benefits from it”.

[60] The appellants say that the amount of a licence fee must be related to the costs which their businesses

concerné et de veiller à la gestion quotidienne du parc. Le premier critère est donc rempli.

[57] Le second critère concerne le point de savoir si le prélèvement est imposé pour « un objectif spécifique destiné à influencer certains comportements individuels ». L’objet du régime régissant l’utilisation du parc Jasper et autres parcs nationaux est énoncé ainsi dans la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* :

4. (1) Les parcs sont créés à l’intention du peuple canadien pour son agrément et l’enrichissement de ses connaissances; ils doivent être entretenus et utilisés conformément à la présente loi et aux règlements de façon à rester intacts pour les générations futures.

Le régime plus spécifique de délivrance des permis de vente d’alcool est conçu pour influencer la vente et la consommation de boissons alcoolisées dans les parcs nationaux, ainsi que la conduite des clients; les droits de permis font partie de ce régime. Toutefois, les droits sont également imposés pour lever des fonds qui serviront à payer les coûts du régime général de réglementation, à savoir le fonctionnement du parc lui-même. Il n’est pas sûr que le second critère de l’arrêt *Westbank* soit rempli.

[58] Le troisième critère concerne l’existence d’une estimation des coûts de la réglementation. Les coûts de la réglementation régissant l’utilisation du parc national Jasper, le « régime de réglementation » pertinent pour ce qui concerne les critères de l’arrêt *Westbank*, sont publiés : ils dépassaient 20 millions de dollars en 2003-2004. Cette année-là, une somme de 87 625 \$, soit moins de 0,5 p. 100 des coûts totaux de fonctionnement du parc, a été perçue; cette somme représentait les droits de permis de vente d’alcool payés par les commerces présents dans le parc. Il n’importe pas que le dossier ne dise rien du coût estimatif du sous-régime des permis de vente d’alcool. Le troisième critère est donc rempli.

[59] Reste le quatrième critère : l’existence d’« un lien entre la réglementation et la personne qui fait l’objet de la réglementation, cette personne bénéficiant de la réglementation ou en ayant créé le besoin ».

[60] Selon les appelantes, le montant du droit de permis doit être rattaché aux coûts que leurs commerces

impose on the Park, and that there is no evidence of a rational relationship between the costs imposed on the Park by a business and the value of that business's annual purchases of alcohol. They argue that an establishment catering to clients with a taste for fine wine may spend more on purchasing its supplies than a neighbouring bar spends on purchasing considerably larger quantities of beer and *vin ordinaire*. There is no reason to suppose, the appellants say, that the former business would impose greater costs on the Park, by way of policing, for example, than the latter.

[61] I cannot accept this argument. The amount that a restaurant, hotel or bar in Jasper National Park spends on the purchase of alcohol each year is a reasonable surrogate for the size of its business and the number of customers served. There may, of course, be establishments in the Park whose business comprises largely the sale of high-priced drinks to a relatively small number of customers. However, these are likely to be the exception; a reasonable surrogate need not provide a perfect correlation.

[62] In my view, it was reasonably open to the Minister to have taken the view that there was a relationship between the volume of business done by an establishment serving alcohol, and costs to the Park. Given the tiny percentage of the Park's operating costs that are defrayed by the appellants, it is not necessary for the Park authorities to quantify the costs attributable to the businesses. This would be an onerous and not very meaningful exercise. A certain degree of arbitrariness in the level of fees is inevitable. That the General Regulations provide specifically for the licensing of the sale of alcohol is a legislative recognition that this is a business which may present special dangers or impose additional costs on national parks.

[63] The lack of a relationship between the revenue raised from licence fees and the costs of the regulatory scheme was relied on in *Kingstreet Investments* as a reason for characterizing the fee as a tax. However, in that case, the licensing scheme cost less than \$200,000 to administer, while over \$2 million were collected in fees. Compare *Nanaimo Immigrant Settlement Society*

entraînent pour le parc, et il n'est pas établi qu'il existe un lien rationnel entre les coûts imposés au parc par un commerce et la valeur des achats annuels d'alcool effectués par ce commerce. Elles soutiennent qu'un établissement qui sert des clients amateurs de vins fins consacre sans doute davantage de fonds à l'achat de ses fournitures qu'un bar voisin à l'achat de quantités beaucoup plus importantes de bières et de vins ordinaires. Il n'y a aucune raison de supposer, de dire les appelantes, que le premier commerce entraînera pour le parc des coûts plus élevés, par exemple quant aux services policiers, que le second commerce.

[61] Je ne puis accepter cet argument. La somme que consacre chaque année à l'achat d'alcool un restaurant, un hôtel ou un bar du parc national Jasper est une mesure raisonnable de la taille de son commerce et du nombre de clients servis. Il peut évidemment y avoir dans le parc des établissements dont l'activité consiste pour l'essentiel à servir des cocktails coûteux à un nombre relativement faible de clients. Mais, ce sera probablement l'exception; il n'est pas nécessaire qu'une mesure raisonnable donne une corrélation parfaite.

[62] À mon avis, le ministre pouvait raisonnablement considérer qu'il y avait une relation entre le volume d'activités d'un établissement servant des boissons alcoolisées et les coûts supportés par le parc. Vu le pourcentage très faible des coûts de fonctionnement du parc qui sont supportés par les appelantes, il n'est pas nécessaire pour les autorités du parc de quantifier les coûts attribuables aux commerces. Ce serait là un exercice onéreux et pas très utile. Un certain degré d'arbitraire dans le niveau des droits à payer est inévitable. Le Règlement général prévoit expressément la délivrance de permis de vente d'alcool, et le législateur reconnaît donc qu'il s'agit d'une activité qui peut présenter des dangers particuliers ou entraîner des coûts additionnels pour les parcs nationaux.

[63] L'absence d'une relation entre les recettes tirées des droits de permis et les coûts du régime de réglementation a été invoquée dans la décision *Kingstreet Investments* pour qualifier le droit à payer de taxe. Toutefois, dans cette affaire, le régime de délivrance des permis coûtait moins de 200 000 \$ à administrer, alors que les droits perçus dépassaient 2

v. *British Columbia* (2004), 242 D.L.R. (4th) 394 (B.C.C.A.). This is not the situation in the present case: far from it.

[64] The value of their purchases is also a reasonable proxy for the degree of benefit obtained by businesses selling alcohol in the Park. In this commercial context, it is reasonable to expect that the greater the volume of business, the greater the revenue.

[65] Counsel for the appellants argued that benefit to the licensees from the regulatory scheme is not a factor that may be taken into consideration under section 24. However, the fourth criterion in *Westbank* calls for a relationship between the regulation and the person being regulated, where that person either caused the need for the regulation “or benefits from it.” In the *Ontario Home Builders* case, Iacobucci J. noted (at paragraph 66) that the builders, upon whom the charge was imposed, derived a benefit from the provision of schools. He regarded this as a factor establishing the required relationship between the regulation and the person regulated.

[66] I infer from *Westbank* and *Ontario Home Builders* that the appellants may be charged a fee because they benefit from their location in the Park. This provides a nexus between the business licence fee paid by the appellants and the regulatory scheme. In addition, the exercise of the statutory discretion to fix the amount of the fees may take into account the extent of the benefit obtained from the regulatory scheme, without imposing a fee which is in pith and substance a tax. The extent of the benefit thus also provides a nexus between the amount of the fees and the regulatory scheme. See also *Mount Cook National Park Board v. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.), at page 487.

[67] Further, unlike fees for services, fees for rights and privileges (including business licence fees) fixed under section 24 of *Parks Canada Agency Act* are not limited to the cost of providing a particular privilege.

millions de dollars. Comparer avec l’arrêt *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2004), 242 D.L.R. (4th) 394 (C.A.C.-B.). Ce n’est pas le cas ici, loin s’en faut.

[64] La valeur de leurs achats est également une mesure raisonnable du niveau des avantages recueillis par les commerces qui vendent des boissons alcoolisées dans le parc. Dans ce contexte commercial, il est raisonnable d’imaginer que plus la fréquentation sera importante, plus les recettes seront élevées.

[65] L’avocat des appelantes a fait valoir que l’avantage tiré du régime de réglementation par les titulaires de permis n’est pas un facteur qui puisse être pris en compte selon l’article 24. Toutefois, le quatrième critère de l’arrêt *Westbank* exige une relation entre la réglementation et la personne qui en est l’objet, lorsque cette personne bénéficie de la réglementation « ou en a créé le besoin ». Dans l’arrêt *Ontario Home Builders*, le juge Iacobucci faisait observer, au paragraphe 66, que les constructeurs, à qui la redevance était imposée, tiraient un avantage de la construction d’écoles. Pour lui, c’était là un facteur qui établissait la relation nécessaire entre la réglementation et la personne réglementée.

[66] Je déduis des arrêts *Westbank* et *Ontario Home Builders* que les appelantes peuvent être soumises au paiement d’un droit parce qu’elles tirent avantage de leur présence dans le parc. Il en résulte un lien entre le droit de permis d’exploitation qui est payé par les appelantes et le régime de réglementation. En outre, l’exercice du pouvoir discrétionnaire, conféré par la loi, de fixer les droit à payer peut prendre en compte l’étendue de l’avantage tiré du régime de réglementation, et cela sans imposer un droit qui soit véritablement une taxe. L’étendue de l’avantage constitue donc elle aussi un lien entre le droit à payer et le régime de réglementation. Voir aussi l’arrêt *Mount Cook National Park Board c. Mount Cook Motels Ltd.*, [1972] NZLR 481 (C.A.), à la page 487.

[67] Par ailleurs, contrairement au prix à payer pour la fourniture de services, le prix à payer pour l’attribution de droits ou d’avantages (y compris pour un permis d’exploitation), qui est fixé en vertu de l’article

This is an indication that Parliament authorized the Minister to take into account other factors in fixing fees for rights or privileges, including their value to the grantee, provided that the total amount collected does not exceed the costs of the regulatory scheme which the fees are designed to help to defray.

[68] Counsel for the appellants submitted that this conclusion necessarily means that the only legal limit on the basis and amount of the fee that the Minister may fix for a business licence is the total cost of operating Jasper National Park. I do not agree.

[69] First, I have considered in these reasons only the particular fees at issue in this case. I am not deciding whether a licence fee would be characterized as a regulatory charge if the Minister imposed it on one of the traditional bases of taxation (such as, the profits of licensees or the value of the goods and services that they supplied). Whether it is a criterion of a tax that a levy is calculated by reference to the same basis as a traditional tax, or there is a colourable attempt to disguise this fact, is an issue that may have to be decided in another case. Second, the principles of administrative law curb abuses by Ministers of statutory powers, even if, like section 24, the enabling statute contains no express limitations on their scope.

[70] Applying the *Westbank* criteria to the statutory scheme and its administration, I have concluded that the business licence fees payable by the appellants, including the portion based on the volume of their purchases of alcohol, were imposed for the primary purpose of financing, in part, a regulatory scheme, namely, that governing the use and operation of Jasper National Park. Accordingly, since the business licence fees are in pith and substance a regulatory charge, not a tax, the appellants' challenge to their validity must fail. That the fees may have some incidental characteristics of a tax is immaterial.

24 de *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, ne se limite pas au coût de l'attribution de tel ou tel avantage. C'est là le signe que le législateur autorisait le ministre à tenir compte d'autres facteurs au moment de fixer les prix à payer pour l'attribution de droits ou d'avantages, notamment à tenir compte de leur valeur pour le bénéficiaire, pour autant que la somme totale perçue ne dépasse pas les coûts du régime de réglementation que les droits à payer sont destinés à acquitter.

[68] Selon l'avocat des appelantes, cette conclusion signifie nécessairement que l'unique limite juridique à l'assiette et au montant du droit que le ministre peut fixer pour un permis d'exploitation est le coût total de fonctionnement du parc national Jasper. Je ne partage pas cet avis.

[69] D'abord, je n'ai considéré dans les présents motifs que les droits payables qui sont en cause ici. Je ne décide pas si un droit de permis serait qualifié de redevance de nature réglementaire pour le cas où le ministre l'imposerait selon l'une des assiettes classiques de la fiscalité (par exemple le bénéfice réalisé par le titulaire du permis, ou la valeur des biens et services qu'il a fournis). La question de savoir si, pour être une taxe, un prélèvement doit être calculé par référence à la même assiette qu'une taxe traditionnelle, ou s'il y a tentative apparente de faire croire que tel est le cas, est une question qui pourrait devoir être tranchée dans une autre affaire. Deuxièmement, les principes de droit administratif empêchent les ministres d'abuser des pouvoirs que leur confère la loi, même si, comme l'article 24, la loi d'habilitation ne limite pas expressément l'étendue de ces pouvoirs.

[70] Appliquant les critères de l'arrêt *Westbank* au régime de réglementation et à son application, je suis arrivé à la conclusion que les droits de permis d'exploitation qui sont payables par les appelantes, y compris la portion de ces droits fondée sur le volume de leurs achats de boissons alcoolisées, ont été imposés dans le dessein principal de financer, en partie, un régime de réglementation, soit celui qui régit l'utilisation et le fonctionnement du parc national Jasper. Par conséquent, puisque les droits de permis d'exploitation constituent, de par leur caractère véritable, une redevance réglementaire, et non une taxe, la contestation

Issue 2: Does the Agreement between the Minister and the Town of Jasper deprive the Minister of the statutory power to impose business licence fees on establishments operating in the Town of Jasper?

[71] The argument that the Agreement between the Minister and the Town of Jasper removes the Minister's power to charge fees for business licences concerns only one of the appellants, Athabasca. Justice Snider rejected this argument, largely on the ground that Article 6.3 of the Agreement provides that "[n]othing in this Agreement affects the operation of any regulation made under the *Canada National Parks Act*, until such regulation has been repealed or amended to the extent that it no longer applies to the Municipality of Jasper".

[72] The appellants argue that this provision does not apply to business licence fees because they are fixed pursuant to section 24 of the *Parks Canada Agency Act*, not the *Canada National Parks Act*.

[73] I do not agree. Athabasca challenges the power of the Minister to charge any licence fee for operating a business in the Town of Jasper, not just the amount of the fee. The power to require the payment of a fee for a licence to operate a business in Jasper National Park is contained in subsection 4(2) of the Business Regulations and enacted pursuant to the *Canada National Parks Act*. The subsection provides that an application for a licence must be accompanied by the applicable fee. As a result of Article 6.3, the Agreement does not affect the operation of this provision, which ties the issue of a licence to the payment of a fee. The fact that subsection 4(2) also specifies that the "applicable fee" is fixed by the Minister under section 24 of the *Parks Canada Agency Act* is immaterial.

des appelantes à l'encontre de leur validité n'est pas admissible. Il n'importe pas que les droits à payer puissent présenter certains des attributs accessoires d'une taxe.

Point n° 2 : L'accord conclu entre le ministre et la ville de Jasper prive-t-il le ministre du pouvoir légal de percevoir des droits de permis d'exploitation aux établissements présents dans la ville de Jasper?

[71] L'argument selon lequel l'accord conclu entre le ministre et la ville de Jasper prive le ministre de son pouvoir de percevoir des droits de permis d'exploitation ne concerne que l'une des appelantes, Athabasca. La juge Snider a rejeté cet argument, principalement au motif que l'article 6.3 de l'accord prévoit que [TRADUCTION] « rien dans le présent accord ne portera atteinte à l'application d'un quelconque règlement pris en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, jusqu'à ce que le règlement soit abrogé ou modifié de telle sorte qu'il ne s'applique plus à la municipalité de Jasper. »

[72] Les appelantes font valoir que cette disposition ne s'applique pas aux droits de permis d'exploitation parce qu'ils sont fixés conformément à l'article 24 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, et non en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*.

[73] Je ne partage pas ce point de vue. Athabasca conteste le pouvoir du ministre d'imposer un quelconque droit de permis pour l'exploitation d'un commerce dans la ville de Jasper, et pas seulement le montant du droit. Le pouvoir d'exiger le paiement d'un droit pour l'autorisation d'exploiter un commerce dans le parc national Jasper est conféré par le paragraphe 4(2) du Règlement sur l'exploitation de commerces, pris en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*. Le paragraphe 4(2) prévoit qu'une demande de permis doit être accompagnée du prix applicable. En conséquence de l'article 6.3, l'accord ne modifie pas l'application de cette disposition, qui rattache la délivrance d'un permis au paiement d'un droit. Il n'importe pas que le paragraphe 4(2) précise aussi que le « prix applicable » est fixé par le ministre en vertu de l'article 24 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*.

[74] This conclusion corresponds with the view of the parties to the Agreement, namely that it does not transfer to the Town the Minister's powers to issue business licences and to collect fees for granting them. The evidence in the record is that the parties have been discussing the possible future transfer of this function.

E. CONCLUSIONS

[75] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

LINDEN J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

[74] Cette conclusion s'accorde avec le point de vue des parties à l'accord, pour qui l'accord ne transfère pas à la ville le pouvoir du ministre de délivrer des permis d'exploitation et de percevoir des droits pour tels permis. Il appert du dossier que les parties ont discuté du transfert futur possible de cette fonction.

E. DISPOSITIF

[75] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel, avec dépens.

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

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

A-498-04
2006 FCA 190

A-498-04
2006 CAF 190

Peter G. White Management Ltd. (Appellant)

Peter G. White Management Ltd. (appelante)

v.

c.

Her Majesty the Queen in right of Canada as represented by the Minister of Canadian Heritage for Canada Sheila Copps, and the said Minister of Canadian Heritage for Canada, the Parks Canada Agency as represented by its Chief Executive Officer Tom Lee, and the said Tom Lee, the Field Unit Superintendent of Banff National Park, William Fisher, Charles Zinkan and the Attorney General of Canada (Respondents)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par la ministre du Patrimoine canadien, M^{me} Sheila Copps, et ladite ministre du Patrimoine canadien, l'Agence Parcs Canada, représentée par son directeur général, M. Tom Lee, et ledit M. Tom Lee, le directeur de l'Unité de gestion du parc national Banff, M. William Fisher, M. Charles Zinkan et le procureur général du Canada (intimés)

INDEXED AS: PETER G. WHITE MANAGEMENT LTD. v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : PETER G. WHITE MANAGEMENT LTD. c. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Sexton, Evans and Malone JJ.A.—Calgary, March 20; Ottawa, May 19, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Sexton, Evans et Malone, J.C.A.—Calgary, 20 mars; Ottawa, 19 mai 2006.

Federal Court Jurisdiction — Appeal from Federal Court order dismissing appeal from Prothonotary's order striking individual defendants from action, cross-appeal from order reversing Prothonotary's decision to strike action in entirety — Action for damages in Federal Court for relief against Crown, servants pursuant to Federal Courts Act, ss. 17(1), (5)(b), alleging defendants variously liable for "inter alia" breach of lease, abuse of public office, torts — Appellant leasing Crown land in Banff National Park (Park), operating ski hill through assignment from original lessee — Although appellant aware of agreement made between park authorities, assignor, under which assignor gave up right to operate gondola lift in summer, change not reflected in lease — Moreover, although operation of gondola lift in summer permitted in original lease, appellant twice refused licence by Field Unit Superintendents of Park — Management Plan for Park tabled in House of Commons prohibiting use of gondola during summer — Federal Courts Act, s. 17(5)(b) expressly conferring concurrent jurisdiction on Federal Court for wrongs committed by Crown's servants, officers in performance of official duties — However, statutory conferral of jurisdiction over matter not sufficing as matter of constitutional law to engage federal jurisdiction — National Parks Act, regulations enacted thereunder, Parks Canada Agency Act constituting "general body of federal law" essential to disposition of present dispute, nourishing grant of jurisdiction under s. 17(5)(b) — Case law dealing with nexus required between parties' legal rights, duties and federal law reviewed — Appellant's allegations that individual defendants

Compétence de la Cour fédérale — Appel à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'appel d'une décision d'un protonotaire, qui avait radié tous les défendeurs individuels d'une action et appel incident à l'égard de la partie de l'ordonnance par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision du protonotaire de rejeter l'action dans son intégralité — Action en dommages-intérêts que l'appelante a introduite devant la Cour fédérale pour obtenir réparation contre la Couronne et des fonctionnaires de la Couronne sous le régime des art. 17(1) et (5)b) de la Loi sur les Cours fédérales et dans laquelle elle allègue que les défendeurs sont, de diverses façons, responsables, entre autres, de la violation d'un bail, d'abus de fonctions publiques et d'autres actes délictueux — L'appelante loue à bail des terres de la Couronne dans le parc national Banff (le parc), où elle exploite une station de ski, grâce à une cession du locataire original — Bien que l'appelante était au courant de l'accord conclu entre les autorités du parc et le cédant aux termes duquel ce dernier a renoncé à son droit d'exploiter la télécabine au cours de la saison estivale, ce changement n'était pas reflété dans le bail — Qui plus est, bien que le bail original permette l'exploitation de la télécabine au cours de la saison estivale, les directeurs de l'Unité de gestion du parc ont refusé à deux reprises d'accorder une licence à l'appelante — Le Plan directeur du parc déposé à la Chambre des communes interdit l'utilisation de la télécabine pendant l'été — L'art. 17(5)b) de la Loi sur les Cours fédérales confère expressément à la Cour fédérale une compétence concurrente à l'égard des actes délictueux que

acted in excess of statutory powers in "pith and substance" based on federal law — Federal legislation respecting national parks, particularly involving governing of leases, operation of businesses, comprising "detailed statutory framework" — Appeal allowed, cross-appeal dismissed.

Crown — Torts — Appeal from Federal Court order dismissing appeal from Prothonotary's order striking individual defendants — Fundamental common-law principle that Crown servants, including Ministers, liable for breaches of private law duties on same basis as other individuals — Federal Courts Act, s. 17(5)(b) expressly contemplating that Crown servants may be sued for anything done, omitted in performance of duties — No basis for exempting Ministers from categories of Crown servants or officers — Prothonotary should not have struck Ms. Copps as defendant in present case.

Practice — Parties — Appeal from Federal Court order dismissing appeal from Prothonotary's order striking individual defendants from style of cause — Federal Court wrong to uphold Prothonotary's order, dismiss appeal after finding removal of individual defendants not vital to issue of case — Causes of action pleaded against various defendants separate, distinct — Federal Court should have determined de novo whether individual defendants should be struck — Legal principles governing naming Crown servants, including Ministers, reviewed.

Practice — Res Judicata — Cross-appeal from Federal Court order reversing Prothonotary's order dismissing action in entirety as abuse of process, res judicata — Federal Court warranted in interfering with Prothonotary's order — Unlike prior application for judicial review of Field Unit

commettent les préposés et les fonctionnaires de la Couronne dans l'exercice de leurs fonctions officielles — Cependant, le fait qu'une loi confère compétence sur une affaire ne suffit pas, en droit constitutionnel, à faire intervenir la compétence fédérale — La Loi sur les parcs nationaux, les règlements pris en vertu de cette dernière et la Loi sur l'Agence Parcs Canada constituent « un ensemble de règles de droit fédérales » qui est essentiel à la solution du litige en l'espèce et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence conférée par l'art. 17(5)(b) — Examen de la jurisprudence traitant du lien requis entre les obligations et les droits en common law des parties et le droit fédéral — Les allégations de l'appelante selon lesquelles les défendeurs individuels ont excédé les pouvoirs que la loi leur confère sont « de par leur caractère véritable » fondées sur le droit fédéral — La législation fédérale régissant les parcs nationaux, particulièrement celle qui régit les baux et l'exploitation d'entreprises, constitue un « cadre législatif détaillé » — Appel accueilli, appel incident rejeté.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Appel à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'appel d'une décision d'un protonotaire, qui avait radié tous les défendeurs individuels — Il est un principe de base de la common law que les préposés de la Couronne, y compris les ministres, sont responsables, au même titre que d'autres particuliers, de la violation des obligations de droit privé — L'art. 17(5)(b) de la Loi sur les Cours fédérales envisage expressément que les préposés de la Couronne peuvent être poursuivis pour des faits, actes ou omissions, survenus dans le cadre de leurs fonctions — Il n'y a aucune raison d'exclure un ministre de la catégorie des fonctionnaires ou des préposés de la Couronne — Le protonotaire n'aurait pas dû rayer M^{me} Copps de la liste des défendeurs en l'espèce.

Pratique — Parties — Appel à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'appel d'une décision d'un protonotaire, qui avait radié tous les défendeurs individuels de l'intitulé de la cause — La Cour fédérale avait tort de confirmer la décision du protonotaire et de rejeter l'appel après avoir conclu que l'exclusion des défendeurs individuels n'avait pas une influence déterminante sur l'issue du principal — Les causes d'action plaidées contre les divers défendeurs étaient bien distinctes — La Cour fédérale aurait dû déterminer de novo s'il fallait exclure les défendeurs individuels — Examen des principes juridiques relatifs à la désignation de préposés de la Couronne, y compris des ministres.

Pratique — Res judicata — Appel incident à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision du protonotaire de rejeter l'action dans son intégralité parce qu'il s'agissait d'un abus de procédure en raison du principe de l'autorité de la chose jugée — La Cour

Superintendent's refusal to grant gondola operating licence, present action against defendants depending not on claim of right to gondola operating licence under lease with Crown but on fact Management Plan purported to prevent Superintendent from considering application for licence on merits.

This was an appeal from a Federal Court order dismissing an appeal from a Prothonotary's order striking all the defendants named by the appellant in its action, except for Her Majesty the Queen in right of Canada and the Parks Canada Agency. The Crown cross-appealed from that part of the Federal Court's order reversing the Prothonotary's decision to dismiss the entirety of the appellant's action for abuse of process as being *res judicata*. The appellant's action against the Crown and its servants pursuant to subsection 17(1) and paragraph 17(5)(b) of the *Federal Courts Act* seeks damages and alleges that the defendants are variously liable for *inter alia* breach of lease, abuse of public office and torts.

The appellant leases Crown land in Banff National Park (Park) where it operates a ski hill. When it acquired the lease in 1995 through an assignment from the original lessee, the appellant was aware of a 1988 agreement between park authorities and its assignor, under which the assignor gave up its right to operate the gondola lift in the summer in order to expand its winter business. This change was not reflected in the 1993 lease, but it was embodied in the Long Range Plan (LRP) for the Park. Moreover, although the uses permitted in the original lease included the operation of a gondola lift in the summer, the appellant was never able to operate the lift outside the winter season, having twice been refused a licence by Field Unit Superintendents of the Park under the *National Parks Businesses Regulations*. The appellant's application for judicial review of the first refusal to grant it a gondola operating licence was dismissed in 1997. Before the judicial review hearing, a Management Plan for Banff National Park (MP) was tabled in the House of Commons pursuant to subsection 5(1.1) of the *National Parks Act*. In this MP, the summer use of the gondola was prohibited and considered inconsistent with the park's LRP. Sometime later, instead of applying for judicial review of the second licence refusal, the appellant commenced its action for damages, alleging that the gondola provision in the MP purported to remove the Superintendent's discretion under the regulations to grant a

fédérale était justifiée d'annuler l'ordonnance du protonotaire — Contrairement à la demande de contrôle judiciaire antérieure du refus du directeur de l'Unité de gestion d'accorder une licence en vue d'exploiter une télécabine, l'action que l'appelante a introduite en l'espèce contre les défendeurs n'était pas fondée sur la prétention qu'elle a droit à une licence en vertu du bail en vue d'exploiter une télécabine, mais plutôt que le Plan directeur visait à empêcher le directeur d'examiner le bien-fondé de la demande de licence.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'appel d'une décision d'un protonotaire, qui avait radié tous les défendeurs désignés par l'appelante dans son action, à l'exception de Sa Majesté la Reine du Chef du Canada et de l'Agence Parcs Canada. La Couronne a interjeté un appel incident à l'égard de la partie de l'ordonnance par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision du protonotaire de rejeter l'action de l'appelante dans son intégralité parce qu'il s'agissait d'un abus de procédure en raison du principe de l'autorité de la chose jugée. L'appelante demande, au moyen des actions qu'elle a introduites contre la Couronne et des fonctionnaires de la Couronne sous le régime du paragraphe 17(1) et de l'alinéa 17(5)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, des dommages-intérêts et allègue que les défendeurs sont, de diverses façons, responsables, entre autres, de la violation d'un bail, d'abus de fonctions publiques et d'autres actes délictueux.

L'appelante loue à bail des terres de la Couronne dans le parc national Banff (le parc), où elle exploite une station de ski. Lorsqu'elle a acquis le bail en 1995 à la suite d'une cession du locataire original, l'appelante était au courant d'un accord conclu en 1988 entre les autorités du parc et le cédant aux termes duquel ce dernier a renoncé à son droit d'exploiter une télécabine au cours de la saison estivale pour élargir l'exploitation de son entreprise au cours de la saison hivernale. Le bail de 1993 ne reflétait pas cette modification, mais celle-ci a été intégrée au plan à long terme (PLT) du parc. En outre, bien que les usages autorisés dans le bail comprenaient l'exploitation d'une télécabine en été, l'appelante n'a jamais pu exploiter la télécabine en dehors de la saison hivernale parce que les directeurs de l'Unité de gestion du parc lui ont refusé une licence à deux reprises en vertu du *Règlement sur la pratique de commerces dans les parcs nationaux*. La demande de contrôle judiciaire que l'appelante a présentée à l'égard du premier refus de la licence en vue d'exploiter une télécabine a été rejetée en 1997. Avant la tenue de l'audience de contrôle judiciaire, un Plan directeur du parc national Banff (le PD) a été déposé à la Chambre des communes conformément au paragraphe 5(1.1) de la *Loi sur les parcs nationaux*. Dans ce PD, l'utilisation de la télécabine pendant l'été a été interdite et elle a été considérée non conforme au PLT. Quelque temps plus tard, l'appelante a, au

licence and breached the appellant's right under the lease, thereby effectively expropriating a proprietary right and causing it financial loss. The issues were: on the cross-appeal, whether the action was an abuse of process as being *res judicata*; and on the appeal, whether the appellant's claims against the individual defendants were based on federal law.

Held, the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

The Federal Court was warranted in interfering with the Prothonotary's order and made no reversible error. Unlike the application for judicial review, the appellant's present action against the defendants does not depend on a claim that it has the right to a licence under the lease. Rather, the allegation is that the MP unlawfully prevented, or purported to prevent, the Superintendent from considering the application for a licence on its merits and from ever granting a licence to operate the gondola outside the winter season. As a result, the appellant claims that it has been deprived of its right under the lease to operate the gondola in the summer.

The Federal Court erred in finding that the removal of the individual defendants was not vital to the final issue of the case because even if they were struck, the appellant was still left with its action against the Crown. The causes of action pleaded against the various defendants by the appellant are separate and distinct. Removing defendants thus puts an end to the appellant's causes of action against them in the Federal Court. Also, if the individual defendants acted unlawfully in the manner alleged by the appellant, they might not be found to have been acting in the course of their employment when they promulgated or approved the provision in the MP concerning summer use of the gondola. In these circumstances, the Crown would not be vicariously liable for any harm that they may wrongfully have inflicted on the appellant. The Federal Court therefore ought to have determined *de novo* whether the individual defendants should be struck.

With respect to naming Ministers and other servants of the Crown as defendants, it is a fundamental principle of the common law that servants of the Crown, including Ministers, are liable for breaches of private law duties on the same basis as other individuals. Paragraph 17(5)(b) of the *Federal Courts*

lieu de présenter une demande de contrôle judiciaire pour contester le deuxième rejet de la demande de licence, introduit l'action en dommages-intérêts, alléguant que la disposition du PD relative à la télécabine visait à éliminer le pouvoir discrétionnaire réglementaire du directeur de délivrer une licence et qu'elle violait le droit dont l'appelante jouissait en vertu du bail, la privant ainsi de manière effective d'un droit exclusif et lui causant une perte financière. Les questions à trancher étaient, dans le cadre de l'appel incident, celle de savoir si l'action constituait un abus de procédure en vertu du principe de la chose jugée et, dans le cadre de l'appel, celle de savoir si les demandes de l'appelante contre les défendeurs individuels étaient fondées sur le droit fédéral.

Arrêt : l'appel est accueilli et l'appel incident est rejeté.

La Cour fédérale était justifiée d'annuler l'ordonnance du protonotaire et elle n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle. Contrairement à la demande de contrôle judiciaire, l'action que l'appelante a introduite contre les défendeurs en l'espèce n'était pas fondée sur la prétention qu'elle a droit à une licence en vertu du bail. L'appelante y alléguait plutôt que le PD a empêché, ou visait à empêcher, illégalement le directeur d'examiner le bien-fondé de la demande de licence et d'accorder un jour une licence en vue d'exploiter la télécabine en dehors de la saison hivernale. L'appelante soutenait donc qu'elle a été privée de son droit, prévu dans le bail, d'exploiter la télécabine l'été.

La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'exclusion des défendeurs individuels n'avait pas une influence déterminante sur l'issue du principal car, même s'ils étaient radiés, cela ne mettait pas un terme à l'action de l'appelante contre la Couronne. Les causes d'action plaidées par l'appelante contre les divers défendeurs étaient bien distinctes. L'exclusion des défendeurs mettait donc un terme aux causes d'action de l'appelante contre ces derniers devant la Cour fédérale. De même, si les défendeurs individuels ont agi de manière illicite comme l'alléguait l'appelante, il est possible que l'on ne conclue pas qu'ils agissaient dans le cadre de leurs fonctions lorsqu'ils ont adopté ou approuvé la disposition du PD concernant l'utilisation estivale de la télécabine. Dans ces circonstances, la Couronne ne serait pas responsable du fait d'autrui pour tout préjudice qu'ils auraient pu causer à tort à l'appelante. Par conséquent, la Cour fédérale aurait dû déterminer *de novo* s'il fallait exclure les défendeurs individuels.

Pour ce qui est de la désignation de ministres et d'autres préposés de la Couronne à titre de défendeurs, il est un principe de base de la common law que les préposés de la Couronne, y compris les ministres, sont responsables, au même titre que d'autres particuliers, de la violation des

Act expressly contemplates that Crown servants may be sued for anything done or omitted in the performance of their duties. There is no basis for impliedly exempting Ministers from the categories of servants or officers of the Crown who may be sued for anything done or omitted in the performance of their duties. Accordingly, the Prothonotary ought not to have struck Ms. Copps as a defendant on the ground that she committed the allegedly tortious acts in the course of her performance of her duties as a servant or officer of the Crown.

Paragraph 17(5)(b) of the *Federal Courts Act* expressly confers concurrent jurisdiction on the Federal Court for wrongs committed by servants and officers of the Crown in the performance of their official duties. However, a statutory conferral of jurisdiction on the Federal Court over a matter is not sufficient as a matter of constitutional law to engage federal jurisdiction. There must also be “an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction” and the law on which the case is based must also be “a law of Canada” within the meaning of section 101 of the *Constitution Act 1867*. The *National Parks Act*, the regulations enacted under it and the *Parks Canada Agency Act* constitute “a general body of federal law” essential to the disposition of the dispute in the present case and nourish the grant of jurisdiction conferred by paragraph 17(5)(b) with respect to the appellant’s claims against the non-Crown defendants. Legislation governs the grant of leases in national parks and confers powers to promulgate an MP and to refuse a business licence. The case concerns the intersection of those powers and the terms of the lease. More difficult was whether the appellant’s claims against the individual defendants was sufficiently based on federal law to establish federal jurisdiction given that the causes of action are for common-law torts and that whatever right the appellant has to operate the gondola arises under a clause in a lease which is not itself statutory.

Certain legal propositions were derived from case law dealing with the nexus required between parties’ legal rights and duties and federal law. For instance, in this case, only federal legislation qualifies as “a law of Canada” or as “an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case” since the issue concerns the jurisdiction of the Federal Court over actions in tort against servants of the Crown. Also, the Federal Court has jurisdiction over a case which is “in pith and substance” based on federal law and in such a case may apply provincial law incidentally

obligations de droit privé. L’alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales* envisage expressément que les préposés de la Couronne peuvent être poursuivis pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de leurs fonctions. Il n’y a aucune raison d’exclure implicitement un ministre de la catégorie des fonctionnaires ou des préposés de la Couronne susceptibles d’être poursuivis pour des gestes posés ou non dans le cadre de leurs fonctions. Le protonotaire n’aurait donc pas dû rayer M^{me} Copps de la liste des défendeurs au motif que celle-ci a posé les gestes censément délictueux dans le cadre de ses fonctions à titre de préposée ou de fonctionnaire de la Couronne.

L’alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère expressément à la Cour fédérale une compétence concurrente à l’égard des actes délictueux que commettent les préposés et les fonctionnaires de la Couronne dans l’exercice de leurs fonctions officielles. Cependant, le fait qu’une loi confère à la Cour fédérale compétence sur une affaire ne suffit pas, en droit constitutionnel, à faire intervenir la compétence fédérale. Il doit également y avoir « un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l’attribution légale de compétence », et la loi sur laquelle est fondé le litige doit être une « loi du Canada » au sens de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La *Loi sur les parcs nationaux*, les règlements pris en vertu de cette dernière et la *Loi sur l’Agence Parcs Canada* constituent « un ensemble de règles de droit fédérales » qui est essentiel à la solution du litige en l’espèce et qui constitue le fondement de l’attribution légale de compétence conférée par l’alinéa 17(5)(b) à l’égard des demandes de l’appelante contre les défendeurs autres que la Couronne. La législation régit l’attribution de baux dans les parcs nationaux et confère les pouvoirs d’adopter un PD et de refuser d’accorder une licence d’exploitation commerciale. L’affaire concerne l’intersection de ces pouvoirs et des clauses du bail. Un point plus ardu était celui de savoir si les demandes de l’appelante contre les défendeurs individuels étaient aussi suffisamment fondées sur le droit fédéral pour établir la compétence fédérale, étant donné que les causes d’action avaient trait à des actes délictueux en common law et que le droit, quel qu’il soit, qu’a l’appelante d’exploiter la télécabine découle d’une clause d’un bail qui n’est pas lui-même d’origine législative.

Certains principes juridiques ont été tirés de la jurisprudence traitant du lien requis entre les obligations et les droits en common law des parties et le droit fédéral. Par exemple, en l’espèce, seule la législation fédérale peut être considérée comme une « loi du Canada » ou comme « un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige », car le point en litige avait trait à la compétence de la Cour fédérale sur des actions en responsabilité civile délictuelle intentées contre des préposés de la Couronne. De plus, la Cour fédérale a compétence sur une affaire qui « de

in the course of resolving the litigation. However, this does not mean that every aspect of the rights of the parties to a transaction must be based on federal law in order to bring the matter within federal jurisdiction.

In the present case, the appellant's claims against the individual defendants all involved allegations that they acted in excess of their statutory powers and thereby caused damage to the appellant's business. These were "in pith and substance" based on federal law. Furthermore, the federal legislation respecting national parks, particularly that governing leases and the operation of businesses, comprises a "detailed statutory framework" which provides the necessary nexus between the legal rights and obligations in dispute and federal law.

There were two non-federal law aspects of the present case: the causes of action pleaded by the appellant against the non-Crown defendants, which are common-law torts, and the appellant's right under the lease to operate the gondola in the summer, which derives from a consensual covenant in the lease. However, the appellant's rights under the lease were created in a legal environment that is heavily regulated by federal legislation. Federal legislation provides parameters within which leases in national parks may be granted. More important, the appellant's rights under the lease, including the provision permitting the summer use of the gondola, are expressly subject to applicable federal legislation and to the need to obtain any necessary licence. The pith and substance of the claims against the individual defendants is that their conduct was not authorized by the federal legislation under which they purported to act. The appellant's rights regarding the gondola under the lease is incidental in that its scope is defined by the reach of the statutory regime to which it is subject, including the exercise of the discretionary powers delegated by Parliament. Therefore, federal legislation provides a sufficiently detailed framework to nourish and support the grant of federal jurisdiction in this case.

par son caractère véritable » est fondée sur une loi fédérale et, dans un tel cas, elle peut appliquer accessoirement une loi provinciale dans le cadre de la solution du litige. Cependant, cela ne signifie pas que chaque aspect des droits des parties à une transaction doit être fondé sur une loi fédérale pour que l'affaire tombe sous le coup de la compétence fédérale.

En l'espèce, les demandes de l'appelante contre les défendeurs individuels comportaient toutes des allégations selon lesquelles ces derniers ont excédé les pouvoirs que la loi leur confère et ont, ce faisant, causé un préjudice à l'entreprise de l'appelante. Elles étaient « de par leur caractère véritable » fondées sur le droit fédéral. En outre, la législation fédérale régissant les parcs nationaux, particulièrement celle qui régit les baux et l'exploitation d'entreprises, constitue un « cadre législatif détaillé » qui procure le lien nécessaire entre les droits et les obligations en litige et le droit fédéral.

La présente affaire comportait deux aspects qui ne relevaient pas du droit fédéral : les causes d'action plaidées par l'appelante contre les défendeurs autres que la Couronne sont des délits de common law, et le droit de l'appelante, aux termes du bail, d'exploiter la télécabine pendant la saison estivale est issu d'une clause consensuelle inscrite dans le bail. Cependant, les droits de l'appelante en vertu du bail ont pris naissance dans un contexte fortement réglementé par la législation fédérale. Cette dernière fixe les paramètres dans lesquels un bail peut être accordé dans un parc national. Point plus important, les droits de l'appelante en vertu du bail, y compris la disposition qui autorise l'utilisation estivale de la télécabine, sont expressément subordonnés à la législation fédérale applicable ainsi qu'à la nécessité d'obtenir les licences nécessaires. Le « caractère véritable » des demandes visant les défendeurs individuels est que leur conduite n'était pas autorisée par la législation fédérale en vertu de laquelle ils disaient agir. Les droits de l'appelante relatifs à la télécabine aux termes du bail sont accessoires, en ce sens que leur étendue est définie par le régime législatif auquel elle est assujettie, y compris l'exercice des pouvoirs discrétionnaires délégués par le législateur. Par conséquent, la législation fédérale fournit un cadre suffisamment détaillé pour constituer le fondement de l'attribution de la compétence fédérale en l'espèce.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32, s. 11(1).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17(1) (as am. *idem*, s. 25), (5)(b)

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63.
Loi sur l'Agence Parcs Canada, L.C. 1998, ch. 31, art. 3, 4 (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 4), 5 (mod. par L.C.

(as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63.

National Parks Act, R.S.C., 1985, c. N-14), ss. 5(1.1) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 100), 7(1)(h) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 39, s. 5).

National Parks Businesses Regulations, C.R.C., c. 1115.

National Parks of Canada Businesses Regulations, SOR/98-455 (as am. by SOR/2002-370, s. 1).

National Parks of Canada Lease and Licence of Occupation Regulations, SOR/92-25 (as am. by SOR/2002-237, s. 1), ss. 3(1)(e),(3),(7), 6(1).

Parks Canada Agency Act, S.C. 1998, c. 31, ss. 3, 4 (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 4), 5 (as am. by S.C. 2002, c. 18, s. 35; 2005, c. 2, s. 5), 32(1) (as am. by S.C. 2002, c. 18, s. 40), (2).

2002, ch. 18, art. 35; 2005, ch. 2, art. 5), 32(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 18, art. 40), (2).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17(1) (mod., *idem*, art. 25), (5)b) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25).

Loi sur les parcs nationaux, L.R.C. (1985), ch. N-14, art. 5(1.1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 100), 7(1)h) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 39, art. 5).

Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32, art. 11(1).

Règlement de 1998 sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux, DORS/98-455.

Règlement sur la pratique de commerces dans les parcs nationaux, C.R.C., ch. 1115.

Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada, DORS/98-455 (mod. par DORS/2002-370, art. 1).

Règlement sur les baux et les permis d'occupation dans les parcs nationaux du Canada, DORS/92-25 (mod. par DORS/2002-237, art. 1), art. 3(1)e), (3), (7), 6(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Stoney Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), [2006] 1 F.C.R. 570 (2005), 256 D.L.R. (4th) 627; [2005] 4 C.N.L.R. 297; 337 N.R. 265; 2005 FCA 220; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; (1989), 57 D.L.R. (4th) 197; [1989] 3 W.W.R. 117; 35 B.C.L.R. (2d) 1; [1989] 2 C.N.L.R. 146; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; 3 R.P.R. (2d) 1.

DISTINGUISHED:

Canada v. Crosson (1999), 169 F.T.R. 218 (F.C.T.D.); *affd* (2000), 265 N.R. 112 (F.C.A.); *Kigowa v. Canada*, [1990] 1 F.C. 804; (1990) 67 D.L.R. (4th) 305; 10 Imm. L.R. (2d) 161; 105 N.R. 278 (C.A.); *Stephens v. R.* (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (F.C.A.); *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.).

CONSIDERED:

Peter G. White Management Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage) (1997), 132 F.T.R. 89 (F.C.T.D.); *Grenier v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 287; (2005), 262 D.L.R. (4th) 337; 344 N.R. 102; 2005 FCA 348; *Cairns v. Farm Credit Corp.*, [1992] 2 F.C. 115; (1991), 7 Admin. L.R. (2d) 203; 49 F.T.R. 308 (T.D.); *Decock v. Alberta* (2000), 255 A.R. 234; (2000), 186 D.L.R. (4th) 265; [2000] 7 W.W.R. 219; 79 Alta. L.R. (3d) 11; 2000

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Bande de Stoney c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [2006] 1 R.C.F. 570; 2005 CAF 220; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Canada c. Crosson, [1999] A.C.F. n° 889 (1^{re} inst.) (QL); *conf. par* [2000] A.C.F. n° 1914 (C.A.) (QL); *Kigowa c. Canada*, [1990] 1 C.F. 804 (C.A.); *Stephens c. R.*, [1982] A.C.F. n° 114 (C.A.) (QL); *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Peter G. White Management Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien), [1997] A.C.F. n° 728 (1^{re} inst.) (QL); *Grenier c. Canada*, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005 CAF 348; *Cairns c. Société du crédit agricole*, [1992] 2 C.F. 115 (1^{re} inst.); *Decock v. Alberta* (2000), 255 A.R. 234; (2000), 186 D.L.R. (4th) 265; [2000] 7 W.W.R. 219; 79 Alta. L.R. (3d) 11; 2000 ABCA 122; *George v. Harris* (1999), 95 O.T.C. 13 (Div. gén. Ont.); *conf. par* [1999]

ABCA 122; *George v. Harris* (1999), 95 O.T.C. 13 (Ont. Gen. Div.); affd [1999] O.J. No. 3011 (Div. Ct.) (QL); *M. (A.P.) v. Home Office*, [1994] 1 A.C. 377 (H.L.); *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Rhine v. The Queen*; *Prytula v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.

REFERRED TO:

Peter G. White Management Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage) (2004), 248 F.T.R. 51; 2004 FC 346; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459; (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 12 C.P.C. 248; 30 N.R. 249; *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 71 D.L.R. (3d) 111; 9 N.R. 471.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2000.

APPEAL from a Federal Court decision ((2004), 258 F.T.R. 303; 2004 FC 1246) dismissing an appeal from a Prothonotary's decision striking the individual defendants and a CROSS-APPEAL from the decision reversing the Prothonotary's decision to dismiss the action in its entirety. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

APPEARANCES:

Richard B. Low, Q.C. and *E. Bruce Mellett* for appellant.
Kirk N. Lambrecht, Q.C. for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Bennett Jones LLP, Calgary, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

O.J. n° 3011 (C. div.) (QL); *M. (A.P.) v. Home Office*, [1994] 1 A.C. 377 (H.L.); *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Rhine c. La Reine*; *Prytula c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442.

DÉCISIONS CITÉES :

Peter G. White Management Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien), 2004 CF 346; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459; 2003 CAF 488; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autre*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054.

DOCTRINE CITÉE

Hogg, Peter W. and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Toronto : Carswell, 2000.

APPEL à l'encontre d'une ordonnance (2004 CF 1246) par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'appel d'une décision d'un protonotaire, qui avait radié tous les défendeurs individuels d'une action et APPEL INCIDENT à l'égard de l'ordonnance annulant la décision du protonotaire de rejeter l'action dans son intégralité. Appel accueilli et appel incident rejeté.

ONT COMPARU :

Richard B. Low, c.r. et *E. Bruce Mellett* pour l'appelante.
Kirk N. Lambrecht, c.r. pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Bennett Jones LLP, Calgary, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] Peter G. White Management Ltd. (the appellant) has appealed from an order of a Judge of the Federal Court dismissing an appeal from a Prothonotary's decision that struck all the defendants named by the appellant in its action, except for Her Majesty the Queen in right of Canada and the Parks Canada Agency. The Crown has cross-appealed from that part of the Judge's order reversing the Prothonotary's decision to dismiss the entirety of the appellant's action.

[2] The Prothonotary's decision is reported as *Peter G. White Management Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (2004), 248 F.T.R. 51 (F.C.). The decision of the Federal Court which is the subject of this appeal is reported as *Peter G. White Management Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (2004), 258 F.T.R. 303.

[3] In the first motion before the Prothonotary, the Crown moved to strike the individual defendants—a Minister and three federal public servants—on the ground that a determination of their liability was not within the jurisdiction of the Federal Court. The Crown argued that the appellant's claims against the individual defendants ultimately depend on an alleged breach of a covenant in the appellant's lease from the Crown of land in a national park. Since the right under the lease is not statutory, the Crown submitted that the appellant's action against the individual defendants is not based on a "law of Canada", and is thus outside the constitutionally permitted scope of federal jurisdiction.

[4] In granting this motion, the appellant says, the Prothonotary erred, and the motions Judge should have allowed the appeal, since federal legislation governs the grant of Crown leases in national parks. Moreover, the appellant's claims depend on an allegation that the individual defendants caused loss to the appellant by conduct which was in excess of the powers conferred on them by federal legislation. Accordingly, the connection between the causes of action brought against the

A. INTRODUCTION

[1] Peter G. White Management Ltd. (l'appelante) a interjeté appel à l'encontre d'une ordonnance par laquelle un juge de la Cour fédérale a rejeté l'appel d'une décision d'un protonotaire, qui avait radié tous les défendeurs désignés par l'appelante dans son action, à l'exception de Sa Majesté la Reine du Chef du Canada et de l'Agence Parcs Canada. La Couronne a interjeté un appel incident à l'égard de la partie de l'ordonnance par laquelle le juge a annulé la décision du protonotaire de rejeter l'action de l'appelante dans son intégralité.

[2] La décision du protonotaire est publiée sous l'intitulé *Peter G. White Management Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2004 CF 346. La décision de la Cour fédérale qui est l'objet du présent appel est publiée sous l'intitulé *Peter G. White Management Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2004 CF 1246.

[3] Dans la première requête soumise au protonotaire, la Couronne a demandé que soient radiés les défendeurs individuels—une ministre et trois fonctionnaires fédéraux—au motif qu'il n'était pas du ressort de la Cour fédérale de se prononcer sur leur responsabilité. La Couronne a fait valoir que les demandes de l'appelante à l'encontre des défendeurs individuels dépendent en fin de compte d'un présumé manquement à une clause du bail que l'appelante a obtenu de la Couronne, relativement à des terres situées dans un parc national. Selon la Couronne, le droit prévu par le bail n'étant pas d'origine législative, l'action intentée par l'appelante contre les défendeurs individuels n'est pas fondée sur une « loi du Canada » et se situe donc en dehors du champ constitutionnellement permis de la compétence fédérale.

[4] En faisant droit à cette requête, dit l'appelante, le protonotaire a commis une erreur, et le juge des requêtes aurait dû accueillir l'appel car c'est une loi fédérale qui régit l'octroi des baux de la Couronne dans les parcs nationaux. En outre, les demandes de l'appelante s'appuient sur l'allégation selon laquelle les défendeurs particuliers lui ont causé une perte en se comportant d'une manière qui excédait les pouvoirs que leur confère la législation fédérale. En conséquence, le lien entre les

individual defendants and federal law is sufficient to engage the jurisdiction of the Federal Court.

[5] The question to be decided on the appeal, therefore, is whether the appellant has established that its claim against the individual defendants is based on a law of Canada for the purpose of bringing it within the constitutionally permitted scope of federal jurisdiction.

[6] In its second motion, which the Prothonotary allowed, the Crown moved to dismiss the appellant's action in its entirety as an abuse of process on the ground of *res judicata*. The motions Judge reversed the decision. In its cross-appeal, the Crown says that the Judge erred, since the legal and factual bases of the statement of claim were decided by Campbell J. in 1997 when dismissing an application for judicial review by the appellant to quash a refusal to grant it a licence in 1996 to operate a gondola on the leased lands. Campbell J.'s decision is reported as *Peter G. White Management Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (1997), 132 F.T.R. 89 (F.C.T.D.).

[7] The question to be decided on the cross-appeal is whether the publication of a park management plan, after the 1996 refusal of a licence, raises a material legal issue that was not, and could not have been, decided by Campbell J.

B. BACKGROUND

[8] The appellant leases Crown land at Mt. Norquay in Banff National Park, where it operates a ski hill. It acquired the lease in 1995 as a result of an assignment from the original lessee, Banff Norquay Ski Corporation (Norquay Ski). The uses permitted in the lease include the operation of a gondola lift in the summer. However, the appellant has never been able to operate the lift outside the winter season because it has been refused a licence.

causes d'action invoquées contre les défendeurs individuels et le droit fédéral est suffisant pour faire intervenir la compétence de la Cour fédérale.

[5] La question à trancher dans le cadre de l'appel consiste donc à savoir si l'appelante a établi que sa demande contre les défendeurs individuels est fondée sur une loi du Canada, ce qui la ferait entrer dans le champ constitutionnellement permis de la compétence fédérale.

[6] Dans sa seconde requête—que le protonotaire a accueillie—la Couronne a demandé que l'action de l'appelante soit rejetée dans son intégralité parce qu'il s'agissait d'un abus de procédure en raison du principe de l'autorité de la chose jugée. Le juge des requêtes a annulé la décision. Dans son appel incident, la Couronne dit que le juge a commis une erreur, étant donné que le juge Campbell a statué en 1997 sur les fondements juridique et factuel de la déclaration lorsqu'il a rejeté une demande de contrôle judiciaire de l'appelante qui cherchait à faire annuler un refus de lui accorder une licence, en 1996, pour exploiter une télécabine sur les terres louées. La décision du juge Campbell est publiée sous l'intitulé *Peter G. White Management Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [1997] A.C.F. n° 728 (1^{er} inst.) (QL).

[7] La question à trancher dans le cadre de l'appel incident consiste à savoir si la publication d'un plan de gestion du parc, après le refus d'octroyer une licence en 1996, soulève un point de droit important qui n'a pas été —et n'aurait pu être—tranché par le juge Campbell.

B. CONTEXTE

[8] L'appelante loue à bail des terres de la Couronne au mont Norquay, dans le parc national Banff, où elle exploite une station de ski. Elle a acquis le bail en 1995 à la suite d'une cession du locataire original, Banff Norquay Ski Corporation (Norquay Ski). Les usages autorisés dans le bail comprennent l'exploitation d'une télécabine en été. Cependant, l'appelante n'a jamais pu exploiter la télécabine en dehors de la saison hivernale parce qu'on lui a refusé une licence.

[9] The motions underlying this appeal and cross-appeal arise from actions which the appellant commenced in the Federal Court in February 2001, pursuant to subsection 17(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 25] (relief against the Crown) and paragraph 17(5)(b) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25] (relief against servants of the Crown) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]. The appellant seeks \$17.5 million in damages, alleging that the defendants are variously liable for breach of a covenant in the lease, and for the torts of inducing breach of contract, “regulatory expropriation”, interfering with business relations, and abuse of public office.

[10] This statement of claim is the latest round of a long-standing dispute between the appellant and park authorities over the summer use of the gondola. The starting point is an agreement made between Norquay Ski and the Crown in 1988. At that time, Norquay Ski held a licence permitting it to conduct a business in the Mt. Norquay ski area of the Park, not a lease.

[11] Under the 1988 agreement, the area in which Norquay Ski could conduct its business in the winter was expanded and, in return, it gave up its right to operate the gondola lift in the summer. The agreement was embodied in the Long Range Plan for Mt. Norquay (LRP). The LRP is a non-statutory document, issued in 1989 after public consultation, which sets out the policy of the Canadian Parks Service on future development in Banff National Park. Clause 4.3.1 of the LRP states:

The commercial summer use of the gondola and Cliff House will be discontinued by the operator by December 31, 1990.

[12] However, the lease granted by the Crown to Norquay Ski in 1993 did not reflect this agreement. Thus, article 1(b) of the lease provides:

[9] Les requêtes qui sous-tendent les présents appel et appel incident découlent d’actions que l’appelante a introduites devant la Cour fédérale en février 2001, sous le régime du paragraphe 17(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 25] (réparation contre la Couronne) et de l’alinéa 17(5)b) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25] (réparation contre un fonctionnaire de la Couronne) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]. L’appelante demande 17,5 millions de dollars en dommages-intérêts, alléguant que les défendeurs sont, de diverses façons, responsables de la violation d’une clause du bail, ainsi que de divers autres actes délictuels : incitation à rompre un contrat, « expropriation réglementaire », entrave à des relations commerciales et abus de fonctions publiques.

[10] Cette déclaration est le chapitre le plus récent d’un différend qui oppose depuis longtemps l’appelante et les autorités du parc à propos de l’utilisation estivale de la télécabine. Le point de départ est un accord conclu entre Norquay Ski et la Couronne en 1988. À cette époque, Norquay Ski détenait une licence lui permettant d’exploiter une entreprise dans le secteur skiable du parc (le mont Norquay), et non un bail.

[11] En vertu de l’accord de 1988, le secteur dans lequel Norquay Ski pouvait exploiter son entreprise au cours de la saison hivernale a été élargi et, en contrepartie, cette dernière a renoncé à son droit d’exploiter la télécabine au cours de la saison estivale. L’accord a été intégré au plan à long terme (PLT) concernant le mont Norquay. Le PLT est un document de nature non législative, publié en 1989 après une consultation publique; il y est fait état de la politique du Service canadien des parcs au sujet de la mise en valeur future du parc national Banff. La clause 4.3.1 du PLT indique ce qui suit :

[TRADUCTION] L’exploitant mettra fin à l’exploitation estivale commerciale de la télécabine et de Cliff House avant le 31 décembre 1990.

[12] Cependant, le bail que la Couronne a accordé à Norquay Ski en 1993 ne reflétait pas cette entente. L’alinéa 1b) du bail prévoit donc ce qui suit :

The Lessee acknowledges, agrees and it is a condition upon which this lease is granted that the land will be used only for the purpose of the following activities:

...

(b) Summer: operating a sight-seeing conveyance, retail stores, restaurant and coffee shop;

It is common ground that the appellant's gondola lift is a "sight-seeing conveyance" for the purpose of this provision.

[13] Article 12 provides that the lease is subject to the *National Parks Act* [R.S.C., 1985, c. N-14 (rep. by S.C. 2000, c. 32, s. 46)] and regulations, and related statutes:

The Lessee will:

(a) obtain all licences required by the Regulations made pursuant to the *National Parks Act*; and

(b) comply with the provisions of the *National Parks Act* and of all other statutes that relate hereto, and with the Regulations made pursuant to such statutes, as they may be amended, revised or substituted from time to time;

[14] When the appellant took an assignment of the lease from Norquay Ski in 1995, it was aware of: the agreement between park authorities and its assignor respecting the summer use of the gondola; the provision in the LRP respecting the summer operation of the gondola; and the fact that Norquay Ski had not operated the gondola in the summer after 1990, even though the annual 12-month licences issued to Norquay Ski for the years 1992-1995 did not restrict the operation of the gondola to the winter months.

[15] Nonetheless, the appellant went ahead with the purchase, on the strength of a legal opinion that its rights under the lease were not affected by the agreement. The advice was that the agreement was not binding on the appellant, because it was neither statutory in nature nor a covenant that ran with the lease, but was merely a contract to which the appellant was not a party.

[TRADUCTION] Le locataire reconnaît et convient—et ceci est une condition mise à l'octroi du présent bail—que les terres ne seront utilisées que pour les activités suivantes :

[...]

b) l'été : l'exploitation d'un moyen de transport touristique, de magasins de vente au détail, d'un restaurant et d'un café;

Il est établi que, pour l'application de cette disposition, la télécabine de l'appelante est un « moyen de transport touristique ».

[13] L'article 12 dispose que le bail est assujéti à la *Loi sur les parcs nationaux* [L.R.C. (1985), ch. N-14 (abr. par L.C. 2000, ch. 32, art. 46)] et à ses règlements d'application, de même qu'aux lois connexes :

[TRADUCTION] Le locataire est tenu de :

a) obtenir toutes les licences qu'exigent les règlements pris en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux*;

b) se conformer aux dispositions de la *Loi sur les parcs nationaux* et de toutes les autres lois connexes, de même qu'aux règlements pris en vertu de ces lois, tels qu'ils sont modifiés, révisés ou remplacés de temps à autre;

[14] Lorsque l'appelante a obtenu par cession le bail de Norquay Ski en 1995, elle était au courant des aspects suivants : l'accord conclu entre les autorités du parc et le cédant à propos de l'utilisation estivale de la télécabine, la disposition contenue dans le PLT au sujet de l'exploitation estivale de la télécabine, et le fait que Norquay Ski n'avait pas exploité cette dernière l'été après 1990, même si les licences annuelles de 12 mois délivrées à Norquay Ski pour la période de 1992 à 1995 ne limitaient pas l'exploitation de la télécabine aux mois d'hiver.

[15] L'appelante a quand même décidé d'effectuer l'achat, sur la foi d'un avis juridique selon lequel l'accord n'avait pas d'effet sur les droits que lui conférait le bail. L'avis ne liait pas l'appelante parce qu'il ne s'agissait ni d'un document de nature législative ni d'une clause du bail, mais un simple contrat auquel l'appelante n'était pas partie.

[16] In 1996, the appellant made its first application for a licence to operate its gondola in the summer under the *National Parks Businesses Regulations*, C.R.C., c. 1115, which were replaced by the *National Parks Businesses Regulations, 1998*, SOR/98-455 [now *National Parks of Canada Businesses Regulations* (as am. by SOR/2002-370, s. 1)]. In a letter of decision, dated July 2, 1996, the Field Unit Superintendent of Banff National Park at the time, Charles Zinkan, refused the application. The letter set out the factors that he had taken into account in exercising his discretion, including likely environmental impacts of the gondola use, and the LRP.

[17] In its application for judicial review of this decision in 1996, the appellant argued that it had an unfettered right under the lease to operate a gondola in the summer and that the Superintendent had no legal authority to, in effect, expropriate that right by refusing to grant it a licence under the regulations.

[18] Dismissing the application for judicial review in a decision rendered May 28, 1997, Campbell J. held that the appellant did not have the extensive right under article 1(b) of the lease that it claimed. Like other rights in the lease, the right to operate the gondola was subject to any applicable legislation and to the exercise of the Superintendent's broad statutory discretion under the regulations respecting the issue of any necessary licences. Campbell J. concluded (at paragraph 22) that the lease only gave the appellant "a very restricted contingent right to operate a business on the lands leased", and that the Superintendent had lawfully exercised his discretion to refuse to issue a licence to operate the gondola in the summer by reference to the relevant considerations, including the LRP, to which he had given appropriate weight. The appellant appealed from this decision, but abandoned the appeal on February 6, 2001, before it was heard.

[19] Mr. Zinkan rendered his decision on July 2, 1996, and the application for judicial review was argued

[16] En 1996, l'appelante a présenté sa première demande de licence en vue d'exploiter sa télécabine durant l'été, en vertu du *Règlement sur la pratique de commerces dans les parcs nationaux*, C.R.C., ch. 1115, lequel a été remplacé par le *Règlement de 1998 sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux*, DORS/98-455 [maintenant le *Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada* (mod. par DORS/2002-370, art. 1)]. Dans une lettre de décision datée du 2 juillet 1996, Charles Zinkan, qui, à l'époque, était directeur de l'Unité de gestion du parc national Banff, a refusé la demande. La lettre faisait état des facteurs que ce dernier avait pris en considération au moment d'exercer son pouvoir discrétionnaire, dont les effets vraisemblables de l'utilisation de la télécabine sur l'environnement, et le PLT.

[17] En 1996, dans sa demande de contrôle judiciaire concernant cette décision, l'appelante a fait valoir que le bail lui conférait le droit inconditionnel d'exploiter une télécabine durant l'été et que le directeur n'avait pas le pouvoir légal d'exproprier en fait ce droit en refusant de lui accorder une licence en vertu des dispositions réglementaires applicables.

[18] Rejetant la demande de contrôle judiciaire dans une décision rendue le 28 mai 1997, le juge Campbell a statué que l'appelante ne jouissait pas du large droit que lui accordait, disait-elle, l'alinéa 1b) du bail. À l'instar des autres droits figurant dans le bail, celui d'exploiter la télécabine était assujéti aux lois applicables ainsi qu'au large pouvoir discrétionnaire accordé au directeur en vertu des règlements touchant la délivrance des licences nécessaires. Le juge Campbell a conclu (au paragraphe 22 de sa décision) que le bail n'accordait à l'appelante qu'« un droit éventuel très restreint quant à l'exploitation d'un commerce sur les terrains loués », et que le directeur avait légitimement exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser de délivrer une licence pour l'exploitation estivale de la télécabine en se reportant à des éléments pertinents—dont le PLT—auxquels il avait accordé un poids approprié. L'appelante a interjeté appel de cette décision, mais s'est ensuite désistée le 6 février 2001, avant que l'appel ne soit entendu.

[19] M. Zinkan a rendu sa décision le 2 juillet 1996, et la demande de contrôle judiciaire a été plaidée le 5

on May 5, 1997. Between these dates, the Minister of Canadian Heritage, the Honourable Sheila Copps, tabled in the House of Commons, on April 17, 1997, a Management Plan for Banff National Park (MP), pursuant to subsection 5(1.1) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 100] of the *National Parks Act*, R.S.C., 1985, c. N-14.

5. . . .

(1.1) The Minister shall, within five years after the proclamation of a park under any Act of Parliament, cause to be laid before each House of Parliament a management plan for that park in respect of resource protection, zoning, visitor use and any other matter that the Minister considers appropriate.

[20] This enactment was subsequently repealed and replaced by the *Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32, subsection 11(1), which is to the same effect.

[21] The MP was published in April 1997, with the approval of defendants, Tom Lee, then Assistant Deputy Minister, Parks Canada, with the Department of Canadian Heritage, and subsequently head of Parks Canada Agency, and Mr. Zinkan, then Field Unit Superintendent of Banff National Park, and subsequently Executive Director of Mountain Parks. The only provision of this lengthy document relevant to the present litigation is found in the following few words in chapter 5.8, "Ski Areas", under the heading "Key Actions", "Norquay: Prohibit summer use of the lifts; this use is inconsistent with the long-range plan".

[22] In August 2000, the appellant again applied for a licence to operate the gondola outside the winter season, and was again refused. In a letter dated September 6, 2000, the Field Unit Superintendent of the Park, now William Fisher, wrote:

Thank you for your letter dated August 31, 2000 requesting approval to operate the North American chairlift beginning September 8, 2000. As you know, a similar request was made by Banff Mount Norquay in 1996 and that request was denied because this type of operation was not in compliance with the Long Range Plan for the Mount Norquay Ski Area. Since then

mai 1997. Entre ces deux dates, la ministre du Patrimoine canadien, l'honorable Sheila Copps, a déposé à la Chambre des communes, le 17 avril 1997, un document intitulé Plan directeur du parc national du Canada Banff (le PD), conformément au paragraphe 5(1.1) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 100] de la *Loi sur les parcs nationaux*, L.R.C. (1985), ch. N-14.

5. [. . .]

(1.1) Dans les cinq ans suivant la proclamation portant création d'un parc sous le régime d'une loi fédérale, le ministre fait déposer devant chaque chambre du Parlement un plan de gestion du parc en ce qui touche la protection des ressources, le zonage, les modalités d'utilisation par les visiteurs et toute autre question qu'il juge indiquée.

[20] Cette loi a par la suite été abrogée et remplacée par la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32, paragraphe 11(1), dont l'effet est le même.

[21] Le PD a été publié en avril 1997, avec l'accord des défendeurs Tom Lee, à l'époque sous-ministre adjoint, Parcs Canada, auprès du ministre du Patrimoine canadien, et par la suite directeur général de l'Agence Parcs Canada, et M. Zinkan, à l'époque directeur de l'Unité de gestion du parc national Banff, et par la suite directeur exécutif des Parcs des montagnes. Dans ce long document, la seule disposition qui est liée au présent litige figure dans les quelques mots suivants que l'on relève à la section 5.8, intitulé « Stations de ski », sous la rubrique « Mesures clés », « Norquay : Durant l'été, interdire l'utilisation des remontées, cette utilisation n'étant pas conforme au plan à long terme ».

[22] En août 2000, l'appelante a présenté une nouvelle demande de licence en vue d'exploiter la télécabine en dehors de la saison hivernale, et elle s'est heurtée une fois de plus à un refus. Dans une lettre datée du 6 septembre 2000, le directeur de l'Unité de gestion du parc, qui était maintenant William Fisher, a écrit ceci :

[TRADUCTION] Je vous remercie de votre lettre du 31 août 2000 dans laquelle vous demandez l'autorisation d'exploiter le télésiège « North American » à compter du 8 septembre 2000. Comme vous le savez, une demande du même ordre a été faite par Banff Mount Norquay en 1996, et elle a été refusée parce que ce type d'exploitation n'était pas conforme

the Banff National Park Management Plan, 1997 (page 48) provides clear direction on summer use at Norquay: "Prohibit summer use of the lifts; this use is inconsistent with the long-range plan." Further, in 1997 Justice Campbell ruled against Banff Mount Norquay and its request for operation of the chairlift. I understand this decision has been appealed.

Based on the above, I am not prepared to issue Banff Mount Norquay a licence pursuant to the *National Park Business Regulations* or issue a Restricted Activity Permit under the *National Park General Regulations* to operate the North American chairlift for the five week period commencing September 8, 2000.

[23] The appellant did not make an application for judicial review to challenge this decision. Instead, in February 2001, it commenced the action from which the present motions arise. I note here that the defendants have not relied on the principle in *Grenier v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 287 (F.C.A.), to argue that the action is an abuse of process because the appellant should first have proceeded by way of an application for a judicial review of the Superintendent's decision. Since this issue has not been raised by counsel, I do not take any position on it in these reasons.

[24] In summary, the appellant's pleadings allege that the provision in the MP quoted above removed, or purported to remove, the Superintendent's discretion under the regulations to grant a licence after considering all the relevant factors, and was so regarded by Mr. Fisher. The argument is that the gondola provision in the MP breached the appellant's right under the lease, thereby effectively expropriating a proprietary right and causing it financial loss.

[25] The appellant says that subsection 5(1.1) of the *National Parks Act*, under which the MP was developed and tabled, cannot be interpreted as authorizing this kind of interference with its legal rights without compensation. Consequently, the appellant alleges, the individual defendants were acting without statutory

au Plan à long terme concernant la station de ski du mont Norquay. Depuis lors, le Plan directeur du parc national Banff de 1997 (à la p. 48) comporte des instructions claires sur les activités estivales au mont Norquay : « Durant l'été, interdire l'utilisation des remontées, cette utilisation n'étant pas conforme au plan à long terme ». En outre, en 1997, le juge Campbell s'est prononcé contre Banff Mount Norquay et sa demande d'exploitation du télésiège. D'après ce que j'ai compris, cette décision a été portée en appel.

Compte tenu de ce qui précède, je ne suis pas disposé à délivrer à Banff Mount Norquay une licence en vertu du *Règlement sur la pratique de commerces dans les parcs nationaux* ou un permis pour activité restreinte en vertu du *Règlement général sur les parcs nationaux* en vue d'exploiter le télésiège « North American » pendant la période de cinq semaines débutant le 8 septembre 2000.

[23] L'appelante n'a pas présenté de demande de contrôle judiciaire pour contester cette décision. Au lieu de cela, elle a, en février 2001, introduit l'action qui a donné naissance aux présentes requêtes. Je signale ici que les défendeurs ne se sont pas fondés sur le principe énoncé dans l'arrêt *Grenier c. Canada*, [2006] 2 R.C.F. 287 (C.A.F.), pour faire valoir que l'action constitue un abus de procédure car l'appelante aurait dû d'abord présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision du directeur. Les avocats n'ayant pas soulevé ce point, je ne me prononce d'aucune façon sur ce dernier dans les présents motifs.

[24] En résumé, dans ses actes de procédure, l'appelante allègue que la disposition du PD précitée a éliminé—ou visait à éliminer—le pouvoir discrétionnaire réglementaire du directeur de délivrer une licence après avoir pris en considération la totalité des facteurs pertinents, et c'est ainsi que M. Fisher voyait les choses. L'argument invoqué est que la disposition du PD concernant la télécabine violait le droit dont jouissait l'appelante en vertu du bail, la privant ainsi de manière effective d'un droit exclusif et lui causant une perte financière.

[25] Au dire de l'appelante, le paragraphe 5(1.1) de la *Loi sur les parcs nationaux*, en vertu duquel le PD a été établi et déposé, ne peut être interprété comme autorisant ce genre d'ingérence dans ses droits en common law sans dédommagement. Par conséquent, allègue-t-elle, les défendeurs individuels agissaient sans

authority. Thus, in issuing and approving the disputed provision in the MP, the named defendants—Copps, Lee and Zinkan—are variously liable for “regulatory expropriation”, inducing breach of contract, and abuse of public office. The tortious liability of the defendant Fisher is based on his allegedly unlawful rejection of the appellant’s application for a licence in 2000.

[26] Since the appellant’s appeal will be moot if the Crown’s cross-appeal is successful, I shall deal first with the cross-appeal.

C. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Did the motions Judge err in allowing the appeal and denying the defendants’ motion to dismiss the action for abuse of process as being *res judicata*?

[27] The motions Judge reversed the Prothonotary’s decision to dismiss the appellant’s action as *res judicata*, on the ground that the Prothonotary had misapprehended the facts: *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.), at paragraph 19. In particular, he found that the statement of claim put in issue the lawfulness of a provision in the MP, which was issued after the Superintendent’s refusal of the gondola operating licence in 1996, the subject of the application for judicial review decided by Campbell J. in 1997.

[28] Counsel for the Crown, however, argues that the appellant’s statement of claim is no more than a new view of the facts, and that there is no material difference between the LRP and the MP with respect to the summer use of the gondola. The MP merely says that this use is prohibited as inconsistent with the LRP, which remains in effect.

[29] I disagree. In my view, the promulgation of the MP is material to the appellant’s claim. First, the Mt. Norquay gondola provision in the MP is categorical in its terms: “prohibit the summer use of the lifts”. The

pouvoir légal. En publiant et en approuvant la disposition contestée dans le PD, les défendeurs désignés—Copps, Lee et Zinkan—sont donc, de diverses façons, responsables d’« expropriation par voie de règlement », d’incitation à rompre un contrat et d’abus de fonctions publiques. La responsabilité civile délictuelle du défendeur Fisher résulte du fait que ce dernier a censément rejeté illégalement la demande de licence de l’appelante en 2000.

[26] Comme l’appel de l’appelante n’aura plus de raison d’être si la Couronne a gain de cause dans son appel incident, je traiterai en premier lieu de ce dernier.

C. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Question n° 1 : Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en faisant droit à l’appel et en refusant la requête des défendeurs en vue d’obtenir le rejet de l’action pour abus de procédure en vertu du principe de la chose jugée?

[27] Le juge des requêtes a annulé la décision du protonotaire de rejeter l’action de l’appelante comme étant chose jugée, au motif que ce dernier avait mal apprécié les faits : *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.), au paragraphe 19. En particulier, il a conclu que la déclaration soulevait la question de la légalité d’une disposition du PD, qui a été publié après que le directeur eut refusé d’accorder la licence d’exploitation d’une télécabine en 1996, ce qui était l’objet de la demande de contrôle judiciaire que le juge Campbell a tranchée en 1997.

[28] Cependant, l’avocat de la Couronne fait valoir que la déclaration de l’appelante n’est rien de plus qu’une vision nouvelle des faits et qu’il n’y a pas de différence marquée entre le PLT et le PD à propos de l’utilisation estivale de la télécabine. Le PD indique simplement que cette utilisation est interdite parce qu’elle n’est pas conforme au PLT, lequel est toujours en vigueur.

[29] Je ne suis pas d’accord. À mon sens, l’adoption du PD est importante pour la demande de l’appelante. Premièrement, la disposition que comporte le PD au sujet de la télécabine du mont Norquay est libellée en

LRP, on the other hand, appears less mandatory, stating merely that the summer use of the gondola “will be discontinued by the operator by December 31, 1990”. This difference in wording may explain why Mr. Fisher rejected the appellant’s 2000 licence application without canvassing in his letter the range of factors that he considered in his 1996 decision.

[30] Second, unlike the LRP, the MP was issued pursuant to statutory authority, another reason for the Superintendent to regard it as binding upon him, and as removing any discretion to grant the appellant’s application for an operating licence in 2000. Moreover, the appellant argues, the gondola prohibition in the MP is legally binding on the Superintendent by virtue of the *Parks Canada Agency Act*, S.C. 1998, c. 31, sections 3, 4 [as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 4] and 5 [as am. by S.C. 2002, c. 18, s. 35; 2005, c. 2, s. 5]. Whether or not any of this proves to be correct, it would appear from the Superintendent’s letter of decision that he may well have thought that the MP’s prohibition of the summer use of the gondola was a binding direction or, at least, enabled him to refuse the licence on the basis of the MP and the LRP, without considering other factors.

[31] Unlike the 1997 application for judicial review, the appellant’s present action against the defendants does not depend on a claim that it has the right to a licence under the lease. Rather, the allegation is that the MP unlawfully prevented, or purported to prevent, the Superintendent from considering the application for a licence on its merits, and from ever granting a licence to operate the gondola outside the winter season. As a result, the appellant claims that it has been deprived of its right under the lease to operate the gondola in the summer.

[32] For these reasons, the motions Judge, in my view, was warranted in interfering with the Prothonotary’s order, and made no reversible error in allowing the appeal and dismissing the Crown’s motion

termes catégoriques : « [d]urant l’été, interdire l’utilisation des remontées ». Le PLT semble, quant à lui, moins impératif; il indique simplement que l’utilisation estivale de la télécabine [TRADUCTION] « prendra fin avant le 31 décembre 1990 ». Cette différence de libellé explique peut-être pourquoi M. Fisher a rejeté la demande de licence que l’appelante a présentée en 2000, sans passer en revue dans sa lettre la série de facteurs dont il avait tenu compte pour sa décision de 1996.

[30] Deuxièmement, contrairement au PLT, le PD a été publié en vertu d’une disposition législative, une autre raison pour laquelle le directeur considère que ce document le lie et qu’il élimine tout pouvoir discrétionnaire de faire droit à la demande de permis d’exploitation de l’appelante en 2000. En outre, soutient l’appelante, l’interdiction d’utiliser la télécabine dont il est question dans le PD lie légalement le directeur en vertu des articles 3, 4 [mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 4] et 5 [mod. par L.C. 2002, ch. 18, art. 35; 2005, ch. 2, art. 5] de la *Loi sur l’Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, ch. 31. Que cela s’avère exact ou pas, il semble, d’après la lettre de décision du directeur, que celui-ci a peut-être bien pensé que l’interdiction, indiquée dans le PD, d’utiliser la télécabine l’été était une directive contraignante ou, à tout le moins, qu’elle lui permettait de refuser la licence sur le fondement du PD et du PLT, sans tenir compte d’autres facteurs.

[31] Contrairement à la demande de contrôle judiciaire présentée en 1997, la présente action de l’appelante contre les défendeurs n’est pas fondée sur la prétention que cette dernière a droit à une licence en vertu du bail. L’appelante y allègue plutôt que le PD a empêché—ou visait à empêcher—illégalement le directeur d’examiner le bien-fondé de la demande de licence et d’accorder un jour une licence en vue d’exploiter la télécabine en dehors de la saison hivernale. L’appelante soutient donc qu’elle a été privée de son droit, prévu dans le bail, d’exploiter la télécabine l’été.

[32] Pour ces motifs, le juge des requêtes était, selon moi, justifié d’annuler l’ordonnance du protonotaire, et il n’a pas commis d’erreur susceptible de contrôle en faisant droit à l’appel et en rejetant la requête de la

to strike the appellant's action as *res judicata*.

Issue 2: Did the motions Judge err in upholding the Prothonotary's order to remove the defendants from the action?

(i) Standard of review

[33] The motions Judge was of the view (at paragraph 10) that the removal of the individual defendants was not vital to the final issue of the case because, even if they were struck, the appellant was still left with its action against the Crown. The Crown is being sued for its breach of a covenant in the lease for the same amount of damages as the other defendants are being sued for in tort. In addition, the Crown may be vicariously liable for any torts which the other defendants may be found to have committed. Having concluded that the Prothonotary had not clearly erred, by exercising his discretion on some wrong principle or by misapprehending the facts, the motions Judge upheld the Prothonotary's order and dismissed the appeal.

[34] In my respectful view, the motions Judge was wrong for the following two reasons to find that the Crown's motion to dismiss the non-Crown defendants was not vital to the final issue in the case.

[35] First, even though arising from essentially the same facts, the causes of action pleaded against the various defendants by the appellant are separate and distinct. Removing defendants thus puts an end to the appellant's causes of action against them in the Federal Court. Second, if the individual defendants acted unlawfully in the manner alleged by the appellant, they might not be found to have been acting in the course of their employment when they promulgated or approved the provision in the MP concerning summer use of the gondola. In these circumstances, the Crown would not be vicariously liable for any harm that they may wrongfully have inflicted on the appellant.

Couronne en vue de faire radier l'action de l'appelante pour cause de chose jugée.

Question n° 2 : Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en confirmant l'ordonnance du protonotaire d'exclure des défendeurs de l'action?

(i) Norme de contrôle

[33] Le juge des requêtes a exprimé l'avis (au paragraphe 10 de ses motifs) que l'exclusion des défendeurs individuels n'avait pas une influence déterminante sur l'issue du principal car, même s'ils étaient radiés, cela ne mettait pas un terme à l'action de l'appelante contre la Couronne. Cette dernière est poursuivie pour violation d'une clause du bail pour le même montant de dommages-intérêts que les autres défendeurs poursuivis en responsabilité civile délictuelle. En outre, la Couronne peut être tenue responsable du fait d'autrui pour tout acte délictuel imputable aux autres défendeurs. Ayant conclu que le protonotaire n'avait pas commis d'erreur manifeste en exerçant son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits, le juge des requêtes a confirmé l'ordonnance du protonotaire et rejeté l'appel.

[34] Soit dit en toute déférence, le juge des requêtes a eu tort, pour les deux raisons qui suivent, de conclure que la requête de la Couronne en vue d'exclure les défendeurs autres que la Couronne n'avait pas une influence déterminante sur l'issue du principal.

[35] Premièrement, bien qu'elles découlent essentiellement des mêmes faits, les causes d'action plaidées par l'appelante contre les divers défendeurs sont bien distinctes. L'exclusion des défendeurs met donc un terme aux causes d'action de l'appelante contre ces derniers devant la Cour fédérale. Deuxièmement, si les défendeurs individuels ont agi de manière illicite comme l'allègue l'appelante, il est possible que l'on ne conclue pas qu'ils agissaient dans le cadre de leurs fonctions lorsqu'ils ont adopté ou approuvé la disposition du PD concernant l'utilisation estivale de la télécabine. Dans ces circonstances, la Couronne ne serait pas responsable du fait d'autrui pour tout préjudice qu'ils auraient pu causer à tort à l'appelante.

[36] Consequently, I am of the view that the motions Judge ought to have determined *de novo*, whether the individual defendants should be struck. I consider now whether the Prothonotary was correct in striking the non-Crown defendants from the appellant's action.

(ii) Naming Ministers and other servants of the Crown as defendants

[37] In the reasons for his order, the Prothonotary struck the Attorney General of Canada and the Minister of Canadian Heritage from the list of defendants named by the appellant, on the ground that their inclusion was duplicative and unnecessary. He said (at paragraph 13) that, when Her Majesty the Queen is named as defendant in an action, nothing useful is gained by adding Ministers in their representative capacity.

[38] The Prothonotary also concluded that, while the style of cause suggested that Ms. Copps was being sued in her personal capacity, the acts alleged against her were all performed in connection with her official responsibilities respecting the MP. Consequently, it was not proper to name her as a defendant with respect to things done in her personal capacity.

[39] Thus, the Prothonotary said (at paragraph 10):

The basic proposition is that a Minister of the Crown may not be sued in his or her representative capacity, nor may he or she be sued personally, unless the actions are done in a personal capacity. This is clearly set out in *Cairns v. Farm Credit Corp.* (1991), 49 F.T.R. 308 (F.C.T.D.) at 310:

The plaintiffs have named the Honourable William McKnight as a defendant in this action. A Minister of the Crown cannot be sued in his representative capacity, nor can he be sued in his personal capacity unless the allegations against him relate to acts done in his personal capacity (*Re Air India* (1987), 62 O.R. (2d) 130; 44 D.L.R. (4th) 317 (Ont. H.C.)). As the plaintiffs have made no claims against the Minister relating to actions done in his personal capacity, the Honourable William McKnight must be struck as a party to the action.

[36] Je suis donc d'avis que le juge des requêtes aurait dû déterminer *de novo* s'il fallait exclure les défendeurs individuels. Voyons maintenant si le protonotaire a eu raison de radier les défendeurs autres que la Couronne de l'action de l'appelante.

(ii) Désignation de ministres et d'autres fonctionnaires de la Couronne à titre de défendeurs

[37] Dans les motifs de son ordonnance, le protonotaire a exclu le procureur général du Canada et la ministre du Patrimoine canadien de la liste des défendeurs désignés par l'appelante au motif que leur inclusion était répétitive et inutile. Il a déclaré (au paragraphe 13 de ses motifs) que lorsque Sa Majesté la Reine est désignée comme défenderesse dans une action, on n'obtient rien d'utile en ajoutant des ministres en leur qualité de représentants.

[38] Le protonotaire a conclu aussi que, même si l'intitulé de la cause donnait à penser que M^{me} Copps était poursuivie en sa capacité personnelle, les gestes qui lui sont reprochés ont tous été posés en rapport avec ses responsabilités officielles concernant le PD. Il n'y avait donc pas lieu de la désigner comme défenderesse en rapport avec des gestes posés en sa qualité personnelle.

[39] Le protonotaire a écrit ce qui suit (au paragraphe 10 de ses motifs) :

Le principe général est qu'un ministre de la Couronne ne peut être poursuivi en sa capacité de représentant, ni en sa capacité personnelle, s'il n'a pas posé de gestes à titre personnel. C'est ce qui est clairement énoncé dans *Cairns c. Farm Credit Corp.* (1991), 49 F.T.R. 308 (C.F. 1^{re} inst.) à la page 310 :

Les demandeurs ont désigné l'honorable William McKnight comme défendeur dans cette action. Un ministre de la Couronne ne peut être poursuivi en sa qualité de représentant, pas plus qu'en sa qualité personnelle, à moins que les allégations portées contre lui se rapportent à des gestes qu'il aurait posés en sa qualité personnelle (*Re Air India* (1987), 62 O.R. (2d) 130; 44 D.L.R. (4th) 317 (H.C. Ont.)). Les demandeurs n'ayant rien allégué contre le ministre au sujet de gestes qu'il aurait posés en sa qualité personnelle, l'honorable William McKnight doit être rayé de la liste des parties à l'action.

Despite the dual capacities, representative and personal, set out in the style of cause, suggesting claims against the Minister of Canadian Heritage and that Minister, Sheila Copps, and for that matter against Superintendent Fisher, Field Superintendent Zinkan, and the Parks Canada Agency Chief Executive Officer, Tom Lee, there are no allegations in the statement of claim of any acts done in their personal capacity: rather those officials are said to have induced breach of contract and acted in a tortious manner and abused their public office, not personally but in an official role, in the promulgation of the Banff National Park Management Plan of 1997.

(a) Attorney General and Minister of Canadian Heritage

[40] In its notice of appeal, the appellant appeals against striking from the action all the “individual defendants”, other than Her Majesty in right of Canada and the Parks Canada Agency. However, no submissions, either written or oral, were made on the appellant’s behalf with respect to the removal of either the Minister of Canadian Heritage or the Attorney General of Canada. I infer from this silence that the appellant has abandoned its appeal against that part of the Prothonotary’s order. Consequently, I would strike them from the action and amend the style of cause accordingly.

(b) Messrs. Lee, Zinkan and Fisher

[41] The appellant submits that defendants Lee, Zinkan and Fisher are liable for acts done in their personal capacity. Despite the misgivings apparent in the last paragraph quoted above from his reasons, the Prothonotary accepted (at paragraph 15) that the appellant’s pleadings allege that Lee, Zinkan and Fisher committed wrongs in their personal capacities. Counsel for the defendants did not challenge this conclusion of the Prothonotary. Accordingly, I would not strike them from the action on the ground that they are named unnecessarily.

(c) Ms. Copps

[42] The Prothonotary relied on the passage quoted above from *Cairns* [*Cairns v. Farm Credit Corp.*, [1992] 2 F.C. 115 (T.D.)] as authority for the

Malgré la double capacité, personnelle et à titre de représentant, des défendeurs mentionnés dans l’intitulé, qui semble indiquer que les réclamations visent le ministre du Patrimoine canadien et le ministre, M^{me} Sheila Copps, ainsi que le surintendant Fisher, le surintendant de gestion Zinkan et le directeur général de l’Agence Parcs Canada, Tom Lee, la déclaration ne contient aucune allégation d’actes posés par ces personnes à titre personnel : il y est plutôt affirmé que ces représentants officiels du gouvernement ont incité certaines personnes à rompre un contrat, ont agi de façon délictuelle et abusé de leurs fonctions publiques, non pas personnellement mais dans leur rôle officiel, lorsqu’ils ont adopté le Plan de gestion du Parc national Banff de 1997.

a) Le procureur général et la ministre du Patrimoine canadien

[40] Dans son avis d’appel, l’appelante interjette appel de la radiation de l’action de tous les « défendeurs individuels » autres que Sa Majesté du Chef du Canada et l’Agence Parcs Canada. Cependant, aucun argument, écrit ou verbal, n’a été invoqué pour le compte de l’appelante au sujet du retrait de la ministre du Patrimoine canadien ou du procureur général du Canada. Je déduis de ce silence que l’appelante a renoncé à son appel contre cette partie de l’ordonnance du protonotaire. Par conséquent, je les radierais de l’action et je modifierais l’intitulé en conséquence.

b) MM. Lee, Zinkan et Fisher

[41] L’appelante fait valoir que les défendeurs Lee, Zinkan et Fisher sont responsables de gestes posés en leur qualité personnelle. Malgré les réserves qui ressortent du dernier paragraphe, précité, de ses motifs, le protonotaire a accepté (au paragraphe 15) que les actes de procédure de l’appelante allèguent que Lee, Zinkan et Fisher ont posé des gestes délictuels en leur qualité personnelle. L’avocat des défendeurs n’a pas contesté cette conclusion du protonotaire. En conséquence, je ne les exclurai pas de l’action au motif qu’ils sont désignés inutilement.

c) M^{me} Copps

[42] Le protonotaire s’est fondé sur le passage précité, et extrait de *Cairns* [*Cairns c. Société de crédit agricole*, [1992] 2 C.F. 115 (1^{re} inst.)], pour étayer la thèse que

proposition that Ms. Copps could not be sued in her personal capacity for acts done while acting as Minister, namely, promulgating the MP. Counsel for the appellant submits, however, that, since the pleadings allege that the inclusion of the gondola prohibition in the MP unlawfully violated the appellant's rights under the lease and caused it financial loss, this provision was not inserted in the MP in the discharge of a statutory duty. Accordingly, he says, Ms. Copps is properly named as a defendant to the action in her personal capacity.

[43] I agree with this conclusion. It is a fundamental principle of the common law that servants of the Crown, including Ministers, are liable for breaches of private law duties on the same basis as other individuals: Peter W. Hogg and Patrick J. Monahan, *Liability of the Crown*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 2000) at chapter 1.2. It is not a defence to an action against a Crown servant that the tort was committed while the individual was performing official duties, absent, of course, statutory authorization of the act allegedly giving rise to liability.

[44] Indeed, paragraph 17(5)(b) of the *Federal Courts Act*, under which the appellant brings its action against the individual defendants, expressly contemplates that Crown servants may be sued for anything done or omitted in the performance of their duties. I see no basis for impliedly exempting Ministers from the categories of servants or officers of the Crown who may be sued for things done or not done while performing their duties.

[45] Thus, in *Decock v. Alberta* (2000), 255 A.R. 234 (C.A.), the Court held that the defendants Klein (the Premier of Alberta) and McLellan (Alberta's Minister of Health) should not be struck as defendants from an action on the ground that the claim against them was based on their conduct while performing public duties. Russell J.A. stated (at paragraph 22):

l'on ne pouvait pas poursuivre M^{me} Copps en sa qualité personnelle pour des gestes posés pendant qu'elle agissait comme ministre, à savoir l'adoption du PD. L'avocat de l'appelante fait toutefois valoir qu'étant donné qu'il est allégué dans les actes de procédure que l'inclusion, dans le PD, de l'interdiction d'utiliser la télécabine violait illégalement les droits accordés à l'appelante en vertu du bail et lui a causé une perte financière, cette disposition n'a pas été incluse dans le PD dans le cadre de l'exécution d'une obligation légale. Par conséquent, dit-il, M^{me} Copps est désignée à juste titre comme défenderesse dans l'action en sa qualité personnelle.

[43] Je suis d'accord avec cette conclusion. Il est un principe de base de la common law que les préposés de la Couronne, y compris les ministres, sont responsables, au même titre que d'autres particuliers, de la violation des obligations de droit privé : Peter W. Hogg et Patrick J. Monahan, *Liability of the Crown*, 3^e éd. (Toronto : Carswell, 2000) au chapitre 1.2. Le fonctionnaire de la Couronne ne peut se défendre contre une action intentée contre lui en disant que le geste délictuel a été commis dans le cadre de ses fonctions officielles, à moins, bien sûr, qu'il existe une autorisation législative pour l'acte censément générateur de responsabilité.

[44] En fait, l'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui est la disposition sur laquelle l'appelante fonde son action contre les défendeurs individuels, envisage expressément que les préposés de la Couronne peuvent être poursuivis pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de leurs fonctions. Je ne vois aucune raison d'exclure implicitement un ministre de la catégorie des fonctionnaires ou des préposés de la Couronne susceptibles d'être poursuivis pour des gestes posés ou non dans le cadre de leurs fonctions.

[45] C'est ainsi que, dans l'arrêt *Decock v. Alberta* (2000), 255 A.R. 234 (C.A.), la Cour a décrété que les défendeurs Klein (le premier ministre de l'Alberta) et McLellan (le ministre de la Santé de l'Alberta) ne devaient pas être radiés à titre de défendeurs dans une action au motif que la demande les concernant était fondée sur leur conduite dans le cadre de fonctions

It is a well-established principle of tort law that liability is, firstly, personal.

...

Thus, in determining the liability of a Crown servant or officer, no distinction should be drawn between the individual's "official" versus "unofficial" actions. No matter the role of the tortfeasor, liability will always fall "first and foremost" personally upon that individual.

[46] See also *George v. Harris* (1999), 95 O.T.C. 13 (Ont. Gen. Div.), at paragraphs 33-34; aff'd [1999] O.J. No. 3011 (Div. Ct.) (QL), where the defendants included Harris and Harnick, Ontario's Premier and Attorney General, respectively. Finally, in *M. (A.P.) v. Home Office*, [1994] 1 A.C. 377 (H.L.), at page 415, Lord Woolf said: "the reasoning of Upjohn J. was incorrect, if and in so far as . . . he was seeking to suggest that a Minister when acting in his official capacity could not be sued personally and an injunction granted."

[47] Accordingly, the Prothonotary ought not to have struck Ms. Copps as a defendant on the ground that she committed the allegedly tortious acts in the course of her performance of her duties as a servant or officer of the Crown.

(iii) Are the appellant's claims against the individual defendants based on federal law?

[48] The primary focus of the written and oral submissions concerning the propriety of naming Copps, Lee, Zinkan and Fisher as defendants was whether the Court had jurisdiction over the claims against them. Paragraph 17(5)(b) of the *Federal Courts Act* expressly confers concurrent jurisdiction on the Federal Court for wrongs committed by servants and officers of the Crown in the performance of their official duties:

publiques. Le juge Russell a déclaré ce qui suit (au paragraphe 22) :

[TRADUCTION] Il est un principe bien établi du droit de la responsabilité civile délictuelle que la responsabilité est, en premier lieu, personnelle.

[. . .]

Par conséquent, lorsque l'on détermine la responsabilité d'un agent ou d'un préposé de la Couronne, il ne faudrait pas faire de distinction entre les gestes « officiels » de la personne et ses gestes « non officiels ». Quel que soit le rôle de l'auteur de l'acte délictuel, la responsabilité incombera toujours « d'abord et avant tout » personnellement à cette personne.

[46] Voir aussi *George v. Harris* (1999), 95 O.T.C. 13 (Div. gén. Ont.), aux paragraphes 33 et 34; confirmé par [1999] O.J. n° 3011 (C. Div.) (QL), où la liste des défendeurs comprenait Harris et Harnick, respectivement premier ministre et procureur général de l'Ontario. Enfin, dans *M. (A.P.) v. Home Office*, [1994] 1 A.C. 377 (H.L.), à la page 415, lord Woolf déclare ceci : [TRADUCTION] « le raisonnement du juge Upjohn est inexact, si et dans la mesure où [. . .] il semblait indiquer qu'un ministre, agissant en sa qualité officielle, ne pouvait pas être poursuivi à titre personnel et qu'une injonction ne pouvait pas être accordée ».

[47] Le protonotaire n'aurait donc pas dû rayer M^{me} Copps de la liste des défendeurs au motif que celle-ci a posé les gestes censément délictueux dans le cadre de ses fonctions à titre de préposée ou de fonctionnaire de la Couronne.

(iii) Les demandes de l'appelante contre les défendeurs individuels sont-elles fondées sur le droit fédéral?

[48] L'objet principal des observations écrites et orales concernant le bien-fondé de la désignation de Copps, Lee, Zinkan et Fisher à titre de défendeurs était de savoir si la Cour avait compétence sur les demandes présentées contre eux. L'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère expressément à la Cour fédérale une compétence concurrente à l'égard des actes délictueux que commettent les préposés et les fonctionnaires de la Couronne dans l'exercice de leurs fonctions officielles :

17. . . .

(5) The Federal Court has concurrent original jurisdiction

. . .

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown.

[49] However, a statutory conferral of jurisdiction on the Federal Court over a matter is not sufficient as a matter of constitutional law to engage federal jurisdiction. There must also be “an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction”, and the law on which the case is based must also be “a law of Canada” within the meaning of section 101 of the *Constitution Act 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] : *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766.

[50] In *Stoney Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [2006] 1 F.C.R. 570, this Court adopted (at paragraph 24) Wilson J.’s explanation in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, of the apparent redundancies in the above tests. She said (at pages 330-331):

. . . the second element . . . requires a general body of federal law covering the area of the dispute . . . and the third element requires that the specific law which will be resolute of the dispute be a “law of Canada” within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[51] In my opinion, the *National Parks Act*, the regulations enacted under it, and the *Parks Canada Agency Act*, constitute “a general body of federal law” essential to the disposition of the dispute in the present case and nourish the grant of jurisdiction conferred by paragraph 17(5)(b) with respect to the appellant’s claims

17. [. . .]

(5) Elle a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées :

[. . .]

b) contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions.

[49] Cependant, le fait qu’une loi confère à la Cour fédérale compétence sur une affaire ne suffit pas, en droit constitutionnel, à faire intervenir la compétence fédérale. Il doit également y avoir « un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence », et la loi sur laquelle est fondé le litige doit être « une loi du Canada » au sens de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] : *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766.

[50] Dans l’arrêt *Bande de Stoney c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2006] 1 R.C.F. 570, la présente Cour a fait sienne (au paragraphe 24 de ses motifs) l’explication donnée par la juge Wilson dans l’arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, au sujet des chevauchements apparents entre les critères susmentionnés. Voici ce qu’elle déclare (aux pages 330 et 331) :

[. . .] le deuxième [élément] [. . .] exige qu’il existe un ensemble de règles de droit fédérales applicables à l’objet de la contestation [. . .] le troisième, que la loi spécifique qui servira à trancher le litige soit une « loi du Canada » au sens de l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[51] À mon avis, la *Loi sur les parcs nationaux*, les règlements pris en vertu de cette dernière et la *Loi sur l’Agence Parcs Canada* constituent « un ensemble de règles de droit fédérales » qui est essentiel à la solution du litige en l’espèce et qui constitue le fondement de l’attribution légale de compétence conférée par l’alinéa

against the non-Crown defendants. Legislation governs the grant of leases in national parks and confers powers to promulgate an MP and to refuse a business licence. The case concerns the intersection of those powers and the terms of the lease.

[52] More difficult, however, is whether the appellant's claims against the individual defendants are also sufficiently based on federal law to establish federal jurisdiction, given that the causes of action are for common-law torts, and that whatever right the appellant has to operate the gondola arises under a clause in a lease which is not itself statutory.

[53] In contrast, in *Canada v. Crosson* (1999), 169 F.T.R. 218 (F.C.T.D.); *affd* (2000), 265 N.R. 112 (F.C.A.), the Crown's claim for unpaid rent with respect to lands leased in a national park was based on rents fixed by the Minister pursuant to an express statutory power to determine a fair market rent. In *Crosson*, the defendant-lessees argued that the Minister had erred in the exercise of the statutory power to determine a fair market rent and that, accordingly, the sum claimed by the Crown was not owing.

[54] The case law dealing with the nexus required between parties' legal rights and duties and federal law is not easy to reconcile. Deciding on which side of a blurry line a particular case falls often depends more on an assessment of the particular facts in a given legal context than on general legal principle. Nonetheless, certain legal propositions can be derived from the case law on this aspect of the law of federal jurisdiction.

[55] First, in this case, only federal legislation qualifies as "a law of Canada" or as "an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case", since the issue concerns the jurisdiction of the Federal Court over actions in tort against

17(5)*b*) à l'égard des demandes de l'appelante contre les défendeurs autres que la Couronne. La législation régit l'attribution de baux dans les parcs nationaux et confère les pouvoirs d'adopter un PD et de refuser d'accorder une licence d'exploitation commerciale. L'affaire concerne l'intersection de ces pouvoirs et des clauses du bail.

[52] Un point plus ardu, toutefois, est celui de savoir si les demandes de l'appelante contre les défendeurs individuels sont aussi suffisamment fondées sur le droit fédéral pour établir la compétence fédérale, étant donné que les causes d'action ont trait à des actes délictueux en common law et que le droit, quel qu'il soit, qu'a l'appelante d'exploiter la télécabine découle d'une clause d'un bail qui n'est pas lui-même d'origine législative.

[53] Par contraste, dans *Canada c. Crosson*, [1999] A.C.F. n° 889 (1^{re} inst.) (QL); confirmé par [2000] A.C.F. n° 1914 (C.A.) (QL), la réclamation de la Couronne pour loyer impayé en rapport avec des terres louées dans un parc national était fondée sur des loyers fixés par le ministre en vertu d'un pouvoir expressément prévu par la loi de déterminer un juste loyer économique. Les locataires défendeurs ont fait valoir que le ministre avait commis une erreur dans l'exercice du pouvoir de déterminer un juste loyer économique et que, de ce fait, la somme que réclamait la Couronne n'était pas exigible.

[54] La jurisprudence traitant du lien requis entre les obligations et les droits en common law des parties et le droit fédéral n'est pas facile à concilier. Décider de quel côté d'une ligne floue se range une affaire particulière dépend souvent plus d'une appréciation des faits particuliers dans un contexte juridique donné que d'un principe juridique général. Il est néanmoins possible de dériver un certain nombre de principes de la jurisprudence portant sur cet aspect du droit de la compétence fédérale.

[55] Premièrement, en l'espèce, seule la législation fédérale peut être considérée comme une « loi du Canada » ou comme « un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige », car le point en litige a trait à la compétence de la Cour fédérale sur

servants of the Crown.

[56] Second, a claim not otherwise based on federal law is not brought within the jurisdiction of the Federal Court merely because it arises from essentially the same facts as a related claim which is within federal jurisdiction and is affected by that latter claim: *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Roberts*, at pages 333-334; *Stoney Band*, at paragraphs 51-52.

[57] Thus, in the present case, the appellant's claims against the individual, non-Crown defendants depend to a degree on establishing that the Crown is liable for breaching the clause in the lease respecting the summer use of the gondola. This connection is not in itself sufficient to establish federal jurisdiction over the claims against the Crown servants, even though the liability of the federal Crown is always founded on a law of Canada: *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, at page 1063.

[58] Third, the Federal Court has jurisdiction over a case which is "in pith and substance" based on federal law and, in such a case, may apply provincial law incidentally in the course of resolving the litigation: *ITO—International Terminal Operators*, at pages 781-782. Conversely, if a case is in "pith and substance" based on provincial common law, it is not within federal jurisdiction, even if it incidentally requires the determination of a question of federal law: *Stoney Band*, at paragraph 57.

[59] Fourth, the fact that a plaintiff's cause of action is in tort or contract does not necessarily preclude the matter from federal jurisdiction. Contract and tort, Laskin C.J. said in *Rhine v. The Queen; Prytula v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442, at page 447 "cannot be invariably . . . deemed to be, as common law, solely matters of provincial law."

des actions en responsabilité civile délictuelle intentées contre des préposés de la Couronne.

[56] Deuxièmement, une demande non fondée par ailleurs sur le droit fédéral ne relève pas de la compétence de la Cour fédérale simplement parce qu'elle découle essentiellement des mêmes faits que ceux d'une demande connexe qui, elle, relève de la compétence fédérale, et qu'elle dépend de cette dernière : *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autre*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Roberts*, aux pages 333 et 334; *Bande de Stoney*, aux paragraphes 51 et 52.

[57] C'est donc dire qu'en l'espèce les demandes de l'appelante à l'encontre des défendeurs individuels, autres que la Couronne, dépendent jusqu'à un certain point de l'établissement de la responsabilité de la Couronne pour violation de la clause du bail concernant l'utilisation estivale de la télécabine. Ce lien n'est pas en soi suffisant pour établir la compétence fédérale sur les demandes visant les préposés de la Couronne, même si la responsabilité de la Couronne fédérale est toujours fondée sur une loi du Canada : *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054, à la page 1063.

[58] Troisièmement, la Cour fédérale a compétence sur une affaire qui « de par son caractère véritable » est fondée sur une loi fédérale et, dans un tel cas, elle peut appliquer accessoirement une loi provinciale dans le cadre de la solution du litige : *ITO—International Terminal Operators*, aux pages 781 et 782; à l'inverse, lorsqu'une affaire, « de par son caractère véritable », est fondée sur la common law provinciale, elle ne relève pas de la compétence fédérale, même si elle exige accessoirement que l'on tranche une question relevant du droit fédéral : *Bande de Stoney*, au paragraphe 57.

[59] Quatrièmement, le fait qu'une cause d'action d'une partie demanderesse soit une faute délictuelle ou contractuelle ne soustrait pas forcément l'affaire à la compétence fédérale. Les contrats et les délits civils, a déclaré le juge en chef Laskin dans *Rhine c. La Reine; Prytula c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442, à la page 447, ne peuvent pas être invariablement considérés, à l'instar de la common law, « comme des matières ressortissant exclusivement au droit provincial ».

[60] Fifth, when parties' rights arise under and are extensively governed by "a detailed statutory framework", disputes may be adjudicated in the Federal Court: *Rhine and Prytula*. The difficulty with applying this principle is to know how comprehensive the federal legislation must be in order to constitute a "detailed" framework.

[61] In *Rhine and Prytula*, which involved claims by the federal Crown to recover loans, Laskin C.J. said that the loans in question were made under and were authorized "as part of an overall scheme for the marketing of grain", and that federal legislation had an impact on the contract "at every turn": *Rhine*, at page 447. In *Prytula*, where the contract in question was a student loan, he said (at page 449) that federal regulations "govern every aspect" of the parties' relationships and that "[r]esort must necessarily be had to the statute and regulations to support any legal claim".

[62] The words quoted in the previous paragraph appear to say that, in order to be a "detailed statutory framework" for this purpose, federal legislation must create and define every incident of the parties' legal relationship. However, as Mahoney J.A. perceptively pointed out in *Kigowa v. Canada*, [1990] 1 F.C. 804 (C.A.), at page 816, Laskin C.J. cannot have meant that literally every aspect of the rights of the parties to a transaction must be based on federal law in order to bring the matter within federal jurisdiction.

Perhaps where, as in *Rhine and Prytula*, the third element is supplied by a comprehensive statutory framework, that in itself can be taken as the existing federal law which nourishes the statutory grant to such an extent as to demand little, if anything, in the way of discrete federal law essential to the disposition of the case. In other words, the relationship between the parties being entirely a creature of federal law, the law to be applied in the resolution of disputes arising out of that relationship is also taken to be federal law even though it is neither expressed nor expressly incorporated by federal statute. That would appear to have been the case in *Rhine and Prytula* where it is nowhere suggested that the law by which the debtors' liability to the Crown would actually be

[60] Cinquièmement, lorsque les droits d'une partie prennent naissance en vertu d'un « cadre législatif détaillé » et sont régis en grande partie par ce dernier, les litiges peuvent être tranchés devant la Cour fédérale : *Rhine et Prytula*. La difficulté que pose l'application de ce principe est de savoir à quel point la législation fédérale doit être exhaustive pour pouvoir constituer un cadre « détaillé ».

[61] Dans l'arrêt *Rhine et Prytula*, où il était question de demandes de la Couronne fédérale en vue de recouvrer des prêts, le juge en chef Laskin a déclaré que les prêts en question avaient été faits et autorisés dans le cadre « d'un plan d'ensemble pour la commercialisation du grain » et que la législation fédérale avait « constamment » des répercussions sur le contrat : *Rhine*, à la page 447. Dans l'affaire *Prytula*, où le contrat en question était un prêt-étudiant, le juge en chef Laskin a déclaré (à la page 449) que la loi fédérale et son règlement d'application régissent tous les aspects de la relation entre les parties et que « [p]our fonder une réclamation [...] il faut nécessairement recourir à la Loi et au règlement ».

[62] Les extraits cités au paragraphe précédent semblent indiquer que, pour constituer un « cadre législatif détaillé » à cette fin, la législation fédérale doit créer et définir chaque aspect de la relation juridique entre les parties. Cependant, comme l'a fait remarquer avec justesse le juge Mahoney dans l'arrêt *Kigowa c. Canada*, [1990] 1 C.F. 804 (C.A.), à la page 816, le juge en chef Laskin ne voulait certainement pas dire que littéralement chaque aspect des droits des parties à une transaction doit être fondé sur une loi fédérale pour que l'affaire tombe sous le coup de la compétence fédérale.

Il se peut que lorsque le troisième volet est respecté, comme c'est le cas dans l'arrêt *Rhine et Prytula*, par la présence d'un cadre législatif détaillé, celui-ci peut en soi être considéré comme étant l'ensemble de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence dans une mesure suffisamment grande pour se passer largement, sinon complètement, des règles de droit fédérales essentielles à la solution du litige. En d'autres termes, le rapport entre les parties découlant uniquement du droit fédéral, le droit applicable au règlement des litiges qui procèdent de ce rapport est aussi considéré comme étant des règles de droit fédérales, bien qu'elles ne soient ni exposées ni expressément incorporées dans une loi fédérale. Il semblerait

determined was anything other than that by which liability for an ordinary commercial obligation would routinely be determined. [Emphasis added.]

[63] This question was recently examined by this Court in the *Stoney Band* case, where by a majority, the Court concluded that the legislation did not provide the “detailed statutory framework” required by *Prytula* and, accordingly, the Federal Court had no jurisdiction over the Crown’s third party claims against alleged concurrent tortfeasors. In that case, the majority concluded that federal law was, at best, incidental to claims based essentially on common law.

[64] I turn now to apply these principles to the present case. The first question is whether the appellant’s claims against the individual defendants are “in pith and substance” based on federal law. The second is whether the federal legislation respecting national parks, particularly that governing leases and the operation of businesses, comprises a “detailed statutory framework” which provides the necessary nexus between the legal rights and obligations in dispute, and federal law.

[65] The appellant’s claims against the individual defendants all involve allegations that they acted in excess of their statutory powers and thereby caused damage to the appellant’s business. First, Mr. Fisher’s refusal of the appellant’s licence application is alleged to have been in excess of his legal authority under the *National Parks of Canada Businesses Regulations*, in so far as he relied on, or regarded himself bound by, the prohibition in the MP of the use of the gondola in the summer. Second, because of the covenant in the appellant’s lease respecting the summer use of the gondola, the impugned provision in the MP is itself said to be in excess of the Minister’s legal authority under the *National Parks Act* to issue MPs, and her power to issue directives under the *Parks Canada Act*.

que cela ait été le cas dans l’arrêt *Rhine et Prytula* qui ne laisse nullement entendre que le droit applicable à la responsabilité du débiteur à l’égard de la Couronne est autre chose que celui qui sert aussi communément à établir la responsabilité d’un débiteur [sic] à l’égard d’une dette commerciale ordinaire. [Non souligné dans l’original.]

[63] Cette question a été récemment analysée par notre Cour dans l’arrêt *Bande de Stoney* où cette dernière a conclu, à la majorité, que la loi ne fournissait pas le « cadre législatif détaillé » qu’exigeait l’arrêt *Prytula* et que, de ce fait, la Cour fédérale n’avait pas compétence sur les mises en cause engagées par la Couronne contre les coauteurs présumés du délit. Dans cette affaire, la majorité a conclu que, dans le meilleur des cas, le droit fédéral était accessoire aux demandes essentiellement fondées sur la common law.

[64] Appliquons maintenant ces principes à la présente espèce. La première question est de savoir si les demandes des appelants contre les défendeurs individuels sont, « de par leur caractère véritable », fondées sur le droit fédéral. La seconde consiste à déterminer si la législation fédérale régissant les parcs nationaux, particulièrement celle qui régit les baux et l’exploitation d’entreprises, constitue un « cadre législatif détaillé » qui procure le lien nécessaire entre les droits et les obligations en litige et le droit fédéral.

[65] Les demandes de l’appelante contre les défendeurs individuels comportent toutes des allégations selon lesquelles ces derniers ont excédé les pouvoirs que la loi leur confère et ont, ce faisant, causé un préjudice à l’entreprise de l’appelante. Premièrement, M. Fisher aurait, en refusant la demande de licence de l’appelante, excédé le pouvoir que lui confère le *Règlement sur l’exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada*, dans la mesure où il s’est fondé sur l’interdiction formulée dans le PD d’utiliser la télécabine pendant l’été. Deuxièmement, à cause de la clause figurant dans le bail de l’appelante au sujet de l’utilisation estivale de la télécabine, la disposition contestée du PD excéderait elle-même le pouvoir du ministre, en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux*, de publier des PD, de même que son pouvoir de publier des directives au titre de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*.

[66] There are two non-federal law aspects of the present case. First, the causes of action pleaded by the appellant against the non-Crown defendants are common-law torts. However, this is not determinative of whether the parties' rights and obligations are sufficiently based on federal law.

[67] Second, an element in each cause of action is the right of the appellant under the lease to operate the gondola in the summer. This right is not created by federal law but derives from a consensual covenant in the lease.

[68] However, the appellant's rights under the lease were created in a legal environment that is heavily regulated by federal legislation. Federal legislation provides parameters within which leases in national parks may be granted. Thus, for example, the *National Parks Act*, paragraph 7(1)(h) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 39, s. 5] confers broad powers on the Governor in Council to make regulations respecting the grant of leases for specified purposes. The *National Parks of Canada Lease and Licence of Occupation Regulations*, SOR/92-25 [as am. by SOR/2002-237, s. 1], were made pursuant to this power and deal with aspects of leases in national parks.

[69] For example, subsection 3(1) of these Regulations empowers the Minister to grant leases for no longer than 42 years; paragraph 3(1)(e) specifies the purposes for which land outside the towns of Banff and Jasper may be leased; subsection 3(3) deals with the renewal of leases; subsection 3(7) governs the amendment and surrender of leases; and subsection 6(1) contains provisions for the rental rates of leased land, some of which are made terms of the lease.

[70] More important, the appellant's rights under the lease, including article 1(b) permitting the summer use of the gondola, are expressly made subject to applicable federal legislation and to the need to obtain any necessary licence. The *National Parks Businesses Regulations, 1998*, deal extensively with the licensing of

[66] La présente affaire comporte deux aspects qui ne relèvent pas du droit fédéral. Premièrement, les causes d'actions plaidées par l'appelante contre les défendeurs autres que la Couronne sont des délits de common law. Cependant, cela n'est pas déterminant pour savoir si les droits et les obligations des parties sont suffisamment fondés sur le droit fédéral.

[67] Deuxièmement, on retrouve dans chaque cause d'action un élément commun, soit le droit de l'appelante, aux termes du bail, d'exploiter la télécabine pendant la saison estivale. Ce droit n'est pas issu du droit fédéral, mais d'une clause consensuelle inscrite dans le bail.

[68] Cependant, les droits de l'appelante en vertu du bail ont pris naissance dans un contexte fortement réglementé par la législation fédérale. Cette dernière fixe les paramètres dans lesquels un bail peut être accordé dans un parc national. Par exemple, l'alinéa 7(1)h) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 39, art. 5] de la *Loi sur les parcs nationaux* accorde au gouverneur en conseil de larges pouvoirs pour établir des règlements concernant l'octroi de baux à des fins précisées. C'est dans le cadre de ce pouvoir qu'a été établi le *Règlement sur les baux et les permis d'occupation dans les parcs nationaux du Canada*, DORS/92-25 [mod. par DORS/2002-237, art. 1], lequel porte sur divers aspects des baux dans les parcs nationaux.

[69] Par exemple, le paragraphe 3(1) du Règlement susmentionné habilite le ministre à octroyer des baux d'une durée d'au plus 42 ans; l'alinéa 3(1)e) spécifie les fins pour lesquelles les terres situées à l'extérieur des villes de Banff et de Jasper peuvent être louées; le paragraphe 3(3) porte sur le renouvellement des baux; le paragraphe 3(7) régit la modification et la cession de baux; le paragraphe 6(1) comporte des dispositions concernant les taux de location des terres louées, dont certaines sont inscrites dans le bail.

[70] Point plus important, les droits de l'appelante en vertu du bail, y compris l'alinéa 1b) qui autorise l'utilisation estivale de la télécabine, sont expressément subordonnés à la législation fédérale applicable ainsi qu'à la nécessité d'obtenir les licences nécessaires. Le *Règlement de 1998 sur l'exploitation de commerces*

business operations in national parks. Hence, the appellant's contractual right to operate the gondola in the summer is contingent upon the discretionary grant of a licence by the Superintendent, Mr. Fisher. In addition, the exercise of the Superintendent's discretion may be affected by provisions in the MP, issued pursuant to the *National Parks Act*, subsection 5(1.1), and reviewable by the Minister every five years by virtue of the *Parks Canada Agency Act*, subsections 32(1) [as am. by S.C. 2002, c. 18, s. 40] and (2). In addition, the Superintendent may be bound by any relevant general or specific directives given by the Minister: *Parks Canada Agency Act*, sections 3, 4 and 5.

[71] In my opinion, the pith and substance of the claims against the individual defendants is that their conduct was not authorized by the federal legislation under which they purported to act. The appellant's right under article 1(b) of the lease is incidental, in the sense that its scope is defined by the reach of the statutory regime to which it is subject, including the exercise of the discretionary powers delegated by Parliament.

[72] In these circumstances, I would also conclude, if it were necessary, that federal legislation provides a sufficiently detailed framework to nourish and support the grant of federal jurisdiction in this case. Federal legislation will typically play a much larger role than the common law in establishing and defining the legal relationship between the Crown and lessees of land in national parks. If the legislation can be characterized as a "detailed" framework, then it matters not that, in a given case, the aspects of the parties' rights that are in contention may be determined by common law.

[73] Counsel for the defendants argued that the decision of this Court in *Stephens v. R.* (1982), 26 C.P.C. 1 (F.C.A.), precludes a finding that the appellant's claims against the Crown servants are within federal jurisdiction. In *Stephens*, the plaintiff brought an action for damages against the Crown for the seizure of his property in satisfaction of a tax debt. The plaintiff alleged that the tax assessment against him was invalid

dans les parcs nationaux traite abondamment de l'octroi de licences d'exploitation d'une entreprise dans les parcs nationaux. C'est donc dire que le droit contractuel de l'appelante d'exploiter la télécabine durant l'été est subordonné à l'octroi discrétionnaire d'une licence par le directeur, M. Fisher. En outre, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du directeur peut être influencé par des dispositions figurant dans le PD, lequel est publié en vertu du paragraphe 5(1.1) de la *Loi sur les parcs nationaux* et peut être révisé par le ministre aux cinq ans en vertu des paragraphes 32(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 18, art. 40] et (2) de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*. De plus, le directeur peut être lié par n'importe quelle directive générale ou spécifique pertinente du ministre : articles 3, 4 et 5 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*.

[71] À mon avis, le « caractère véritable » des demandes visant les défendeurs individuels est que leur conduite n'était pas autorisée par la législation fédérale en vertu de laquelle ils disaient agir. Le droit que confère à l'appelante l'alinéa 1b) du bail est accessoire, en ce sens que son étendue est définie par le régime législatif auquel elle est assujettie, y compris l'exercice des pouvoirs discrétionnaires délégués par le législateur.

[72] Dans ces circonstances, je concluais aussi, s'il le fallait, que la législation fédérale fournit un cadre suffisamment détaillé pour constituer le fondement de l'attribution de la compétence fédérale en l'espèce. La législation fédérale joue habituellement un rôle nettement plus important que la common law pour ce qui est d'établir et de définir la relation juridique entre la Couronne et les locataires de terres situées dans les parcs nationaux. S'il est possible de qualifier la législation de cadre « détaillé », alors il n'importe pas que dans une affaire donnée les aspects des droits des parties qui sont en litige peuvent être réglés par la common law.

[73] L'avocat des défendeurs a fait valoir que la décision de notre Cour dans l'affaire *Stephens c. R.*, [1982] A.C.F. n° 114 (C.A.) (QL) empêche de tirer la conclusion que les demandes de l'appelante contre les préposés de la Couronne relèvent de la compétence fédérale. Dans cette affaire, le demandeur avait intenté une action en dommages-intérêts contre la Couronne à la suite de la saisie de ses biens en règlement d'une

and that he did not owe any tax. Accordingly, the seizure of his property in satisfaction was unlawful, and he sought to join as co-defendants with Her Majesty the Queen, the Crown servants who had accompanied the constable when the goods were seized.

[74] Although the liability of the individual defendants in *Stephens* depended on a determination of whether their conduct was authorized by the relevant provisions of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63], Le Dain J. held that they could not be joined in the Federal Court as co-defendants in the plaintiff's action against the Crown. After reviewing the reasons in *Rhine and Prytula*, he said (at page 10) that, on the facts before him, the plaintiff's rights were a creation of provincial law and were not sufficiently "provided for and governed by the applicable federal statutes" to bring the claim within federal jurisdiction.

[75] In my view, the case before us is distinguishable on its facts from *Stephens*. While the appellant's right to use the gondola is not the creation of federal law, it came into existence in a legal environment, namely the lease of land in national parks, which is regulated by federal legislation, to which the lease expressly made it subject. In contrast, the right of the plaintiff in *Stephens* to the quiet possession of his property is a purely non-statutory, common law right; like all other rights, of course, it is subject to such specific limitations as legislation may expressly impose.

[76] *Stephens* is often contrasted with *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511 (C.A.) and *Kigowa v. Canada*, [1990] 1 F.C. 804, where this Court found that federal jurisdiction extended to the plaintiffs' actions against officials for wrongful imprisonment. In *Oag*, an inmate in a federal penitentiary alleged that the Chair of the National Parole Board had unlawfully revoked his parole, with the result that he was re-confined. In *Kigowa*, the basis of the plaintiff's action was that he was unlawfully arrested and detained by an immigration officer after jumping ship at Nanaimo, British Columbia.

créance fiscale. Il soutenait que la cotisation d'impôt établie à son endroit n'était pas valide et qu'il ne devait aucun impôt. La saisie de ses biens était de ce fait illicite, et il a tenté d'adjoindre à Sa Majesté la Reine, à titre de codéfendeurs, les préposés de la Couronne qui avaient accompagné l'agent de police lors de la saisie.

[74] Bien que, dans cette affaire, la responsabilité des défendeurs individuels dépendît du fait de savoir si les dispositions applicables de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] autorisaient leur conduite, le juge Le Dain a conclu qu'on ne pouvait pas les joindre devant la Cour fédérale comme codéfendeurs dans l'action du demandeur contre la Couronne. Après avoir examiné les motifs formulés dans l'arrêt *Rhine et Prytula*, le juge Le Dain a déclaré (au paragraphe 15) qu'au vu des faits soumis, les droits des demandeurs étaient une création du droit provincial et n'étaient pas suffisamment « prévus et régis [. . .] par les lois fédérales applicables » pour que la demande relève de la compétence fédérale.

[75] À mon avis, la présente affaire peut être distinguée, de par ses faits, de l'affaire *Stephens*. Bien que le droit de l'appelante d'utiliser la télécabine ne soit pas une création du droit fédéral, ce droit a pris naissance dans un contexte juridique, soit la location de terres dans les parcs nationaux, domaine réglementé par la législation fédérale, à laquelle le bail l'assujettissait expressément. Par contraste, dans l'affaire *Stephens*, le droit du demandeur à la possession paisible de ses biens est un droit de pure common law, de nature non législative. Comme tous les autres droits, bien sûr, il est subordonné aux limites précises que la législation peut expressément imposer.

[76] L'arrêt *Stephens* est souvent mis en contraste avec les arrêts *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511 (C.A.), et *Kigowa c. Canada*, [1990] 1 C.F. 804, où notre Cour a conclu que la compétence fédérale s'étendait aux actions des demandeurs contre des fonctionnaires pour emprisonnement injustifié. Dans *Oag*, un détenu dans un établissement pénitentiaire fédéral alléguait que le président de la Commission nationale des libérations conditionnelles avait illégalement révoqué sa libération conditionnelle, avec le résultat qu'il avait été réincarcéré. Dans *Kigowa*, le

In both cases, the Court emphasized that the right of the plaintiffs to be at liberty was the creation of federal legislation.

[77] The present case is different from *Oag* and *Kigowa*, because the appellant's right under the lease to operate the gondola was not the creation of federal law. Nonetheless, as already noted, leases in national parks are granted pursuant and subject to federal legislation, and the lessee's rights thereby created are defined in the lease by reference to the requirements of the applicable federal legislation and to the exercise of discretion under federal regulations.

[78] I would only add this. In too many cases it remains unnecessarily difficult to determine whether there is a sufficiently close connection between federal law and the rights and obligations of the parties to litigation so as to bring a matter within federal jurisdiction. The 1993 amendments to the *Federal Courts Act* making the Federal Court's jurisdiction over actions against the federal Crown concurrent have not solved the problems caused by *Thomas Fuller* if a plaintiff wishes for good and sufficient reason to proceed in the Federal Court against the Crown, and to join servants or officers of the as co-defendants, or if the Crown wishes to claim against third parties.

[79] The fragmentation of litigation involving separate claims against multiple parties arising from a common factual matrix is apt to be wasteful of public and private resources and to work injustice. Moreover, to force a litigant to pursue claims such as those against the individual defendants in this case in a provincial court may also undermine the Federal Court's exclusive jurisdiction in federal administrative law: compare *Grenier*, at paragraphs 22-26.

demandeur fondait son action sur la prétention qu'il avait été illégalement arrêté et détenu par un agent d'immigration après avoir déserté son navire à Nanaimo (Colombie-Britannique). Dans ces deux affaires, la Cour a souligné que le droit des demandeurs d'être en liberté était la création d'une loi fédérale.

[77] L'affaire qui nous occupe ici est différente des affaires *Oag* et *Kigowa* parce que le droit que le bail confère à l'appelante d'exploiter la télécabine n'est pas la création d'une loi fédérale. Néanmoins, comme il a déjà été souligné, dans les parcs nationaux les baux sont octroyés en vertu d'une loi fédérale et ils y sont assujettis, et les droits du locataire ainsi créés sont définis dans le bail par rapport aux exigences de la législation fédérale applicable, ainsi qu'à l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère la réglementation fédérale applicable.

[78] Je n'ajouterais que ceci. Dans bien trop d'affaires, il demeure inutilement difficile de déterminer s'il existe un lien suffisamment étroit entre le droit fédéral et les droits et les obligations des parties au litige, de façon à faire relever une affaire de la compétence fédérale. Les modifications apportées en 1993 à la *Loi sur les Cours fédérales* et rendant concurrente la compétence de la Cour fédérale à l'égard des actions intentées contre la Couronne fédérale n'ont pas réglé les problèmes causés par l'arrêt *Thomas Fuller*, lorsqu'un demandeur souhaite, pour un motif valable et suffisant, intenter une action devant la Cour fédérale contre la Couronne et y joindre à titre de codéfendeurs des préposés ou des agents de la Couronne, ou lorsque cette dernière souhaite présenter une demande contre des tiers.

[79] La fragmentation des litiges comportant des demandes distinctes contre de multiples parties à cause d'un contexte factuel commun est susceptible de constituer un gaspillage de ressources publiques et privées, et d'être cause d'injustice. En outre, le fait de forcer une partie à poursuivre devant un tribunal provincial des demandes comme celles qui visent les défendeurs individuels en l'espèce peut également miner la compétence exclusive de la Cour fédérale en matière de droit administratif fédéral : comparer avec *Grenier*, aux paragraphes 22 à 26.

[80] Wilson J. acknowledged in *Roberts* (at pages 333-334) that ancillary and pendent jurisdiction is an attractive idea, which has proved useful for resolving analogous problems of federal jurisdiction in the United States. As Richard C.J. hinted in *Stoney Band* (at paragraph 53), it may be time for the Supreme Court to revisit this problematic area of the law.

D. CONCLUSIONS

[81] For these reasons, I would:

(i) allow the appellant's appeal from the motions Judge's decision that the Federal Court has no jurisdiction over the appellant's claims against individual defendants Copps, Lee, Zinkan, and Fisher, and reverse his order striking them as defendants;

(ii) dismiss the Crown's cross-appeal from the motions Judge's decision to reverse the Prothonotary's decision dismissing the appellant's action as an abuse of process;

(iii) amend the style of cause by striking the Minister of Canadian Heritage and the Attorney General of Canada as respondents; and

(iv) award costs in the cause throughout to the appellant.

SEXTON J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

[80] Dans l'arrêt *Roberts* (aux pages 333 et 334), la juge Wilson a reconnu qu'une compétence globale et accessoire est une idée intéressante, qui s'est avérée utile pour régler des problèmes analogues de compétence fédérale aux États-Unis. Comme l'a sous-entendu le juge en chef Richard dans l'arrêt *Bande de Stoney* (au paragraphe 53), il est peut-être temps que la Cour suprême revoie ce secteur du droit qui est problématique.

D. CONCLUSIONS

[81] Pour ces motifs, je suis d'avis de :

i) faire droit à l'appel de l'appelante contre la décision du juge des requêtes portant que la Cour fédérale n'a pas compétence sur les demandes de l'appelante contre les défendeurs individuels Copps, Lee, Zinkan et Fisher, et annuler l'ordonnance par laquelle le juge les a exclus à titre de défendeurs;

ii) rejeter l'appel incident de la Couronne contre la décision du juge des requêtes d'annuler la décision du protonotaire de rejeter l'action de l'appelante pour abus de procédure;

iii) modifier l'intitulé de la cause en excluant de la liste des défendeurs la ministre du Patrimoine canadien et le procureur général du Canada;

iv) adjuger à l'appelante les dépens de la cause dans toutes les cours.

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

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

T-2071-04
2006 FC 198

T-2071-04
2006 CF 198

Elzbieta Paszkowski (Plaintiff)

Elzbieta Paszkowski (demanderesse)

v.

c.

The Attorney General of Canada, The Minister of Citizenship and Immigration, Hugh Lovekin, Randy Gurlock, and Robert Ferguson (Defendants)

Le procureur général du Canada, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, Hugh Lovekin, Randy Gurlock, et Robert Ferguson (défendeurs)

INDEXED AS: PASZKOWSKI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : PASZKOWSKI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Mosley J.—Calgary, November 15, 2005; Ottawa, February 15, 2006.

Cour fédérale, juge Mosley—Calgary, 15 novembre 2005; Ottawa, 15 février 2006.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Plaintiff applying for permanent residence in 1991 — Told Immigration Act, s. 46.04(3) preventing application from being processed as long as husband, criminally inadmissible, still in Canada — Bar to plaintiff's application removed shortly thereafter, but parties only becoming aware of this much later — Fact husband entitled to enter, remain in Canada since 1984 coming to light in 1997 — Plaintiff granted permanent residence in 2001, bringing action against Crown in 2004 for delay in processing of application — Defendants successfully moving for summary judgment dismissing action.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — La demanderesse a demandé la résidence permanente en 1991 — La demanderesse a appris que sa demande ne pouvait pas être traitée en raison de l'art. 46.04(3) de la Loi sur l'immigration tant que son mari, qui n'était pas admissible au Canada pour des raisons de criminalité, se trouvait au Canada — L'obstacle à la demande de la demanderesse a été éliminé peu de temps après, mais les parties n'ont eu connaissance de ce fait que beaucoup plus tard — Le fait que son mari avait le droit d'entrer au Canada et d'y séjourner à compter de 1984 a été découvert en 1997 — La demanderesse est devenue résidente permanente en 2001 et a intenté une action contre la Couronne en 2004 en raison du retard à traiter sa demande — Les défendeurs ont obtenu gain de cause lorsqu'ils ont demandé à la Cour de rejeter sommairement l'action.

Practice — Summary Judgment — Motion for summary judgment dismissing action against Crown for damages caused by delay in processing permanent residence application — Not only was action statute-barred, but plaintiff should have proceeded by way of judicial review — Also, evidence with respect to allegations of bad faith, misfeasance, Charter breaches, insufficient to conclude triable issues existed — No genuine issue for trial — Alternatively, case so doubtful not warranting further consideration — Motion granted.

Pratique — Jugement sommaire — Requête en jugement sommaire rejetant l'action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne en raison du retard à traiter une demande de résidence permanente — L'action était non seulement prescrite, mais la demanderesse aurait dû présenter une demande de contrôle judiciaire — De même, la preuve relative aux allégations de mauvaise foi, de faute et de manquements à la Charte ne permettait pas de conclure qu'il y avait des questions à trancher — Il n'y avait pas de véritable question litigieuse — Subsidièrement, l'affaire était tellement douteuse qu'elle ne méritait pas d'être examinée davantage — Requête accueillie.

Crown — Torts — Action against Crown on basis named individual defendants breached duty to process application for permanent residence in good faith and in accordance with law, and committed torts of public misfeasance, malfeasance by delaying processing of that application — Motion for dismissal of action by way of summary judgment allowed —

Couronne — Responsabilité délictuelle — Action intentée contre la Couronne au motif que les particuliers agissant comme défendeurs ont manqué à l'obligation de traiter la demande de résidence permanente de bonne foi et en conformité avec le droit et ont commis une faute et un méfait en retardant le traitement de cette demande — La requête

Plaintiff not owed duty of care by defendant immigration officials — No facts put forward enabling Court to determine whether allegations of bad faith, misfeasance raising triable issue.

Practice — Limitation of Actions — Action against Crown for delay in processing of permanent residence application commenced in 2004 — Applicable provincial limitations statutes providing for general limitation period of two years — Material facts known to plaintiff in 1989 — Action statute-barred — In any event, appropriate remedy judicial review, not action.

Constitutional Law — Charter of Rights — Action against Crown for delay in processing of permanent residence application — Plaintiff arguing delay violated rights under Charter, ss. 7, 15 — Facts submitted insufficient to support these claims.

This was a motion for summary judgment to dismiss the plaintiff's action against the Crown. The plaintiff argued that Citizenship and Immigration officials had delayed the processing of her permanent residence application, thus committing torts of public misfeasance and malfeasance, and that her rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sections 7 and 15 had been violated.

In 1991, the plaintiff was informed that because her husband was criminally inadmissible to Canada, her application for permanent residence could not be processed as long as he remained in Canada by reason of the operation of subsection 46.04(3) of the former *Immigration Act*. The plaintiff did not seek judicial review of that decision or of any subsequent actions taken by immigration officials. Amendments to subsection 46.04(3) in 1992 removed this bar as long as the plaintiff's husband was not listed as a dependant on her application. However, none of the parties involved realized the significance of this change until much later. The plaintiff was granted permanent residence in 2001, and Canadian citizenship in 2004.

As a result of the plaintiff's husband's 2002 action against the Crown the Court issued a consent order declaring that the husband had been a permanent resident of Canada since 1984 and had the right to enter and remain in Canada pursuant to subsection 27(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The plaintiff argued that throughout the material times the defendants knew that her husband was a permanent resident of

présentée pour faire rejeter sommairement l'action a été accueillie — Les agents d'immigration agissant comme défendeurs n'avaient pas d'obligation de diligence à l'égard de la demanderesse — La demanderesse n'a pas présenté de faits sur lesquels la Cour aurait pu s'appuyer pour conclure que les allégations de mauvaise foi et de faute donnaient lieu à une question à trancher.

Pratique — Prescription — L'action contre la Couronne pour le retard à traiter la demande de résidence permanente a été intentée en 2004 — Les règles de droit provinciales applicables prévoient un délai de prescription général de deux ans — La demanderesse avait connaissance des faits substantiels en 1989 — L'action est prescrite — Quoi qu'il en soit, le recours pertinent était le contrôle judiciaire, pas l'action.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Action intentée contre la Couronne pour retard à traiter une demande de résidence permanente — La demanderesse a soutenu que le retard a violé les droits qui lui sont garantis par les art. 7 et 15 de la Charte — Les faits présentés n'étaient pas ces prétentions.

Il s'agissait d'une requête en jugement sommaire pour faire rejeter l'action que la demanderesse a intentée contre la Couronne. La demanderesse a soutenu que des fonctionnaires de Citoyenneté et Immigration avaient retardé le traitement de sa demande de résidence permanente, commettant ainsi une faute et un méfait dans l'exercice d'une charge publique, et que les droits qui lui sont garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* avaient été violés.

En 1991, la demanderesse a appris que sa demande de résidence permanente ne pouvait pas être traitée tant que son mari se trouvait au Canada en raison du paragraphe 46.04(3) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* parce que son mari n'était pas admissible au Canada pour des raisons de criminalité. La demanderesse n'a pas demandé le contrôle judiciaire de cette décision ni des mesures ultérieures des agents d'immigration. Des modifications apportées au paragraphe 46.04(3) en 1992 ont éliminé cet obstacle tant que le mari de la demanderesse n'était pas désigné comme une personne à sa charge sur sa demande. Cependant, les parties n'ont compris l'effet de cette modification que longtemps après que celle-ci a été apportée. La demanderesse est devenue résidente permanente en 2001 et citoyenne canadienne en 2004.

Par suite de l'action que le mari de la demanderesse a intentée contre la Couronne en 2002, la Cour a délivré une ordonnance sur consentement portant que le mari avait été un résident permanent du Canada à compter de 1984 et qu'il avait le droit d'entrer au Canada et d'y séjourner conformément au paragraphe 27(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La demanderesse a prétendu que les défendeurs

Canada, and had that information not been concealed, her 1990 application for landing would not have been rejected.

Held, the motion for summary judgment should be granted and the plaintiff's action dismissed.

The cause of action claimed by the plaintiff related to alleged torts which occurred in Alberta and Ontario. Therefore, the limitations statutes of Ontario and Alberta applied, both of which provided for a general limitation period of two years. The running of this period was not suspended by reason of fraudulent concealment as there was no fiduciary relationship between the parties. The defendants could therefore not be in breach for withholding information. The material facts underlying the plaintiff's cause of action were known in 1989. Her action should therefore have been brought within two years of the decision to reject her application, i.e. June 4, 1993. The fact that the defendants failed to notify her of the change in the law was irrelevant as parties are presumed to know the state of the law and govern themselves accordingly.

Notwithstanding the statutory limitation bar, the plaintiff could not proceed by way of action. To succeed, she had to establish that the decisions in issue (the denial of her application for landing and the continuing decision not to land her) were wrong. Having failed to ask a court to invalidate those decisions by way of judicial review within the time limits fixed by statute, it would have been inappropriate to allow the plaintiff to circumvent those requirements by bringing an action for damages.

The plaintiff did not establish, *prima facie*, that she was owed a duty of care by the immigration officials who dealt with her application for permanent residence. It was not reasonably foreseeable that the plaintiff would be harmed in the ways she alleged by the denial of her claim. The relationship between the plaintiff and the defendants arose from the implementation of the immigration policy imposed by the statute and not as a result of any misfeasance committed by the defendants. Neither the statute nor the common law imposed any duty on the defendants to inform the plaintiff when the law was changed such as to allow her first application to be processed or to file a fresh application. The plaintiff did not put forward any facts with respect to the allegations of bad faith and misfeasance upon which the Court could reasonably conclude that there was a triable issue to determine those allegations. The plaintiff's arguments and evidence with respect to the alleged Charter breaches were also insufficient.

savaient, à toutes les périodes pertinentes, que son mari était un résident permanent du Canada et que s'ils n'avaient pas caché ce renseignement sa demande d'établissement présentée en 1990 n'aurait pas été rejetée.

Jugement : la requête en jugement sommaire doit être accueillie et l'action de la demanderesse rejetée.

Le fait générateur invoqué par la demanderesse avait trait à de prétendus délits commis en Alberta et en Ontario. Par conséquent, les règles de droit en matière de prescription de l'Ontario et de l'Alberta s'appliquaient; les règles de droit de ces deux provinces prévoient un délai de prescription général de deux ans. Comme il n'y avait pas de rapport fiduciaire entre les parties, le délai de prescription n'a pas cessé de courir du fait d'une dissimulation frauduleuse. On ne pouvait donc pas reprocher aux défendeurs d'avoir dissimulé des renseignements. Les faits substantiels qui sous-tendent la cause d'action de la demanderesse étaient connus en 1989. Son action aurait donc dû être intentée dans les deux ans suivant la décision de rejeter sa demande, soit le 4 juin 1993. Le fait que les défendeurs ne l'ont pas informée de la modification apportée à la loi n'était pas pertinent puisque les parties sont présumées connaître le droit et se conduire en conséquence.

Malgré l'expiration du délai de prescription, la demanderesse ne pouvait pas intenter une action. Pour avoir gain de cause, elle devait établir que les décisions en cause (le rejet de sa demande d'établissement et la décision de continuer à lui refuser le droit d'établissement) étaient erronées. Comme elle n'a pas demandé à une cour de justice d'invalider ces décisions en déposant des demandes de contrôle judiciaire dans les délais fixés par la loi, il n'aurait pas convenu de lui permettre de se soustraire à ces exigences en l'autorisant à procéder par action en dommages-intérêts.

La demanderesse n'a pas établi, *prima facie*, que les agents d'immigration chargés de sa demande de résidence permanente avaient une obligation de diligence à son égard. Il n'était pas raisonnablement prévisible que le rejet de sa demande causerait à la demanderesse le préjudice qu'elle a allégué. La relation entre la demanderesse et les défendeurs découlait de l'application de la politique en matière d'immigration imposée par la loi et non d'une faute commise par les défendeurs. Ni la loi ni la common law n'imposait aux défendeurs l'obligation d'informer la demanderesse lorsque la loi a été modifiée de façon à permettre le traitement de sa première demande ou le dépôt d'une nouvelle demande. La demanderesse n'a pas présenté de faits relatifs aux allégations de mauvaise foi et de faute sur lesquels la Cour aurait pu raisonnablement s'appuyer pour conclure qu'il y avait une question à trancher à cet égard. De plus, les arguments et la preuve de la demanderesse relatifs aux prétendus manquements à la Charte n'étaient pas suffisants.

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, 7, 15, 24(1).

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. F-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 32 (as am. *idem*, s. 31).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18(3) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 39 (as am. *idem*, s. 10; 2002, c. 8, s. 38), 48 (as am. *idem*, s. 45), Sch. (as am. *idem*, s. 58).

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 76, 77, 213(2), 215, 216(1),(3).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3), 20, 27 (as am. *idem*, s. 4), 46.04 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 82.1 (as enacted *idem*, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 27(1).

Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, ss. 1 “remedial order”, 3(1), 4(1).

Limitations Act, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, s. 4.

Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P-38, s. 7.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd., [1996] 2 F.C. 853; (1996), 111 F.T.R. 189; 7 W.D.C.P. (3d) 217 (T.D.); *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; (1992), 96 D.L.R. (4th) 289; 14 C.C.L.T. (2d) 1; 142 N.R. 321; 57 O.A.C. 321; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287; (2005), 262 D.L.R. (4th) 337; 344 N.R. 102; 2005 FCA 348; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537; (2001), 206 D.L.R. (4th) 193; [2002] 1 W.W.R. 221; 160 B.C.A.C. 268; 96 B.C.L.R. (3d) 36; 8 C.C.L.T. (3d) 26; 277 N.R. 113; 2001 SCC 79.

CONSIDERED:

Paszkowski v. Canada (2001), 11 Imm. L.R. (3d) 286 (F.C.T.D.); *I. (F.P.) (Re)*, [1990] C.R.D.D. No. 237 (QL); *Paszkowski v. Canada* (22 November, 2002), T-1622-02

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15, 24(1).

Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 1 « remedial order », 3(1), 4(1).

Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002, ch. 24, ann. B, art. 4.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 32 (mod., *idem*, art. 31).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 39 (mod., *idem*, art. 10; 2002, ch. 8, art. 38), 48 (mod., *idem*, art. 45), ann. (mod., *idem*, art. 58).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3), 20, 27 (mod., *idem*, art. 4), 46.04 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14), 82.1 (édicte, *idem*, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 27(1).

Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P-38, art. 7.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 76, 77, 213(2), 215, 216(1),(3).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd., [1996] 2 C.F. 853 (1^{re} inst.); *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005 CAF 348; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537; 2001 CSC 79.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Paszkowski c. Canada, [2001] A.C.F. n° 129 (1^{re} inst.) (QL); *I. (F.P.) (Re)*, [1990] D.S.S.R. n° 237 (QL); *Paszkowski c. Canada* (22 novembre 2002), T-1622-02

(F.C.T.D.); *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.); *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165; (2004), 244 D.L.R. (4th) 422; 327 N.R. 160; 2004 FCA 172; leave to appeal to S.C.C. refused, [2004] 3 S.C.R. xiii; *Szebenyi v. Canada* (1999), 247 N.R. 290 (F.C.A.); *Premakumaran v. Canada* (2005), 33 C.C.L.T. (3d) 307; 2005 FC 1131; *Benaissa v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 1220; *Farzam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1659.

REFERRED TO:

MacNeil Estate v. Canada (Department of Indian and Northern Affairs), [2004] 3 F.C.R. 3; (2004), 316 N.R. 349; 2004 FCA 50; *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174; 199 F.T.R. 319; 2001 FCA 11; *Cairns v. Farm Credit Corp.*, [1992] 2 F.C. 115; (1991), 7 Admin. L.R. (2d) 203; 49 F.T.R. 308 (T.D.); *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier et al.*, [1969] S.C.R. 60; (1968), 2 D.L.R. (3d) 81; *Dix v. Canada* (2001), 290 A.R. 281; 20 C.P.C. (5th) 141; 2001 ABQB 256; *Farzam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 140; *Marshall v. Canada*, 2005 FC 257; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; (1997), 151 D.L.R. (4th) 429; 46 C.C.L.I. (2d) 147; 12 C.P.C. (4th) 255; 30 M.V.R. (3d) 41; 217 N.R. 371; 103 O.A.C. 161; *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3; (1985), 17 D.L.R. (4th) 591; [1985] 3 C.N.L.R. 15; 32 L.C.R. 65; 58 N.R. 241 (C.A.); *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; (1995), 125 D.L.R. (4th) 385; 99 C.C.C. (3d) 97; 17 C.E.L.R. (N.S.) 129; 183 N.R. 325; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; [1991] 2 W.W.R. 385; (1990), 65 Man. R. (2d) 161; 62 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (4th) 1; 1 C.R.R. (2d) 1; 119 N.R. 161; *Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro*, [1982] 1 S.C.R. 347; (1982), 132 D.L.R. (3d) 193; 16 B.L.R. 215; 41 N.R. 1; *Thompson and Alix Ltd. v. Smith*, [1933] S.C.R. 172; [1933] 2 D.L.R. 214; *McFarlane v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 1559 (T.D.) (QL); *Baron v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 263 (T.D.) (QL); *Ding v. Canada*, 2005 FC 442; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 60 C.R.R. (2d) 1; 236 N.R. 1; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 641; 34 B.C.A.C. 1; 82 B.C.L.R. (2d) 273; 85 C.C.C. (3d) 15; 24 C.R. (4th) 281; 158 N.R. 1; 56 W.A.C. 1; *Veleta v. Canada (Minister of Citizenship and*

C.F. 1^{re} inst.); *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.); *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165; 2004 CAF 172; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2004] 3 R.C.S. xiii; *Szebenyi c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1453 (C.A.) (QL); *Premakumaran c. Canada*, 2005 CF 1131; *Benaissa c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1220; *Farzam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1659.

DÉCISIONS CITÉES :

Succession MacNeil c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [2004] 3 R.C.F. 3; 2004 CAF 50; *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.*, 2001 CAF 11; *Cairns c. Société du crédit agricole*, [1992] 2 C.F. 115 (1^{re} inst.); *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier et al.*, [1969] R.C.S. 60; (1968), 2 D.L.R. (3d) 81; *Dix v. Canada* (2001), 290 A.R. 281; 20 C.P.C. (5th) 141; 2001 ABQB 256; *Farzam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 140; *Marshall c. Canada*, 2005 CF 257; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.); *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Hydro Electric Commission of Nepean c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347; *Thompson and Alix Ltd. v. Smith*, [1933] R.C.S. 172; [1933] 2 D.L.R. 214; *McFarlane c. Canada*, [1997] A.C.F. n° 1559 (1^{re} inst.) (QL); *Baron c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 263 (1^{re} inst.) (QL); *Ding c. Canada*, 2005 CF 442; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Veleta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 572; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 189; 2003 CFPI 211; *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 2 C.F. 315 (1^{re} inst.); *Chrispen v. Prince Albert (City) Police Department* (1997), 148 D.L.R. (4th) 720; [1997] 8 W.W.R. 190; 156 Sask. R. 58; 117 C.C.C. (3d) 176; 35 C.C.L.T. (2d) 214 (B.R. Sask.); *Alford c. Canada (Attorney General)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 228 (C.S.).

Immigration) (2005), 254 D.L.R. (4th) 484; 273 F.T.R. 108; 46 Imm. L.R. (3d) 303; 273 F.T.R. 108; 2005 FC 572; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 189; (2003), 224 D.L.R. (4th) 739; 227 F.T.R. 272; 27 Imm. L.R. (3d) 157; 2003 FCT 211; *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] 2 F.C. 315 (T.D.); *Chrispen v. Prince Albert (City) Police Department* (1997), 148 D.L.R. (4th) 720; [1997] 8 W.W.R. 190; 156 Sask. R. 58; 117 C.C.C. (3d) 176; 35 C.C.L.T. (2d) 214 (Q.B.); *Alford v. Canada (Attorney General)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 228 (S.C.).

MOTION for summary judgment to dismiss the plaintiff's action seeking damages against the Crown on the basis of torts allegedly committed by Citizenship and Immigration officials in processing her application for permanent residence. Motion granted; action dismissed.

APPEARANCES:

Graham E. Price, Q.C. for plaintiff.
William B. Hardstaff for defendants.

SOLICITORS OF RECORD:

Graham E. Price, Q.C., Calgary, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

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

[1] MOSLEY J.: The defendants have moved for summary judgment to dismiss the plaintiff's action. The plaintiff claims that Citizenship and Immigration Canada (CIC) officials, the named individual defendants, committed torts of public misfeasance and malfeasance by delaying the processing of her June 5, 1990 permanent residence application and that her rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) were violated. As a

REQUÊTE en jugement sommaire pour faire rejeter l'action en dommages-intérêts que la demanderesse a intentée contre la Couronne en raison de délits qui auraient prétendument été commis par des fonctionnaires de Citoyenneté et Immigration dans le cadre du traitement de sa demande de résidence permanente. Requête accueillie; action rejetée.

ONT COMPARU :

Graham E. Price, c.r. pour la demanderesse.
William B. Hardstaff pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Graham E. Price, c.r., Calgary, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE MOSLEY : Les défendeurs ont demandé à la Cour de rejeter sommairement l'action de la demanderesse. Celle-ci prétend que des fonctionnaires de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), les trois particuliers agissant comme défendeurs, ont commis une faute et un méfait dans l'exercice d'une charge publique en retardant le traitement de sa demande de résidence permanente du 5 juin 1990 et que les droits qui lui sont garantis par 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.

result, the plaintiff claims she was deprived of opportunities to become a Canadian citizen, to travel abroad, to continue her education, to earn a living and to have more children.

BACKGROUND

[2] There is a lengthy history behind the plaintiff's action stemming from the claims of her husband, Ryszard Paszkowski, that he worked for Canadian security and intelligence agencies and was denied admission to Canada when that relationship went sour. As stated by Justice James Hugessen in proceedings brought by the husband, *Paszkowski v. Canada* (2001), 11 Imm. L.R. (3d) 286, (F.C.T.D.), at paragraph 1, the elements of that story "make at least as good reading as a great many of the spy novels which one encounters nowadays." On this motion, the parties have filed a considerable amount of material relating to Mr. Paszkowski's immigration proceedings and litigation before the courts.

[3] In those proceedings, Ryszard Paszkowski said he had been a member of the intelligence service in cold war Poland, his native country, and that he quit the service when martial law was imposed in that country. In August 1982, Paszkowski hijacked an airplane from Hungary to Munich, West Germany. He requested and was granted asylum in West Germany. On February 14, 1983, he was convicted of the offence of "air traffic attack" and sentenced to a term of imprisonment of four and one half years by a West German court. He was pardoned for this offence in 1997. While in prison, Paszkowski renounced his Polish citizenship and became a stateless person.

[4] Mr. Paszkowski escaped from a German prison in July 1984 and, after a brief sojourn in France, managed to get himself to a refugee camp in Italy. In affidavits filed in his litigation which form part of the record on this motion, he claims to have approached the Canadian

11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) ont été violés. Elle soutient en conséquence qu'elle a été privée de la possibilité de devenir une citoyenne canadienne, de voyager à l'étranger, de poursuivre ses études, de gagner sa vie et d'avoir d'autres enfants.

CONTEXTE

[2] La longue histoire qui a mené à l'action de la demanderesse commence par les prétentions de son mari, Ryszard Paszkowski, selon lesquelles il a travaillé pour des organismes de sécurité et du renseignement canadiens et qu'il s'est vu refuser l'entrée au Canada lorsque ses rapports avec ces organismes se sont détériorés. Comme le juge James Hugessen l'a dit dans l'action intentée par M. Paszkowski, *Paszkowski c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 129 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 1, les éléments de l'histoire « [sont] au moins aussi intéressant[s] que [ceux] de nombreux romans d'espionnage que l'on trouve de nos jours ». Les parties ont déposé, dans le cadre de la présente requête, une quantité considérable de documents concernant les procédures en matière d'immigration de M. Paszkowski.

[3] Dans son action, Ryszard Paszkowski a dit qu'il avait été un membre du service du renseignement en Pologne, son pays d'origine, pendant la guerre froide et qu'il avait quitté le service lorsque la loi martiale avait été imposée dans ce pays. En août 1982, il a détourné un avion se dirigeant vers la Hongrie en direction de Munich, en Allemagne de l'Ouest. Il a demandé et obtenu l'asile en Allemagne de l'Ouest. Le 14 février 1983, un tribunal de ce pays l'a reconnu coupable d'[TRADUCTION] « attaque contre un aéronef » et l'a condamné à un emprisonnement de quatre ans et demi. Un pardon lui a été accordé pour cette infraction en 1997. Pendant qu'il était en prison, M. Paszkowski a renoncé à sa citoyenneté polonaise et est devenu apatride.

[4] En juillet 1984, M. Paszkowski s'est évadé de la prison allemande où il était détenu et, après un bref séjour en France, il s'est débrouillé pour entrer dans un camp de réfugiés en Italie. Dans les affidavits qui ont été déposés dans le cadre de son action et qui font partie du

Embassy in Rome and offered to supply intelligence to the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), in return for which he was to be resettled in Canada. That claim has not been admitted by the defendants and has been denied by Crown witnesses in the litigation involving Mr. Paszkowski.

[5] What is undisputed, however, is that while in the camp Paszkowski applied to become a permanent resident of Canada under the name “Robert Fisher” and was issued a visa as a government sponsored refugee. Paszkowski arrived in Canada on December 11, 1984 and was given a record of landing under the name of Fisher. As Fisher, he took up residence in Edmonton. In 1985, he approached the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and offered to obtain and provide information with respect to the activities of the Polish intelligence service in Canada.

[6] The RCMP had taken Fisher’s fingerprints in Italy in November 1984 for the purpose of his visa application. It is not clear from the record whether they determined his actual identity at that time. However, a telex dated August 18, 1986 indicates that immigration officials had by then become aware of Fisher’s dual identity and were considering an inquiry into his admissibility. But Paszkowski/Fisher, the month previously, had returned to Europe. Paszkowski was arrested in Rome on August 19 by the Italian police and extradited to Germany to serve the remainder of his prison sentence.

[7] Paszkowski was released on parole in November 1987 and remained in Germany for two years. During that period he was joined by the plaintiff, then Elzbieta Perlinska, the daughter of friends in Poland with whom he had corresponded. Ms. Perlinska testified in 1989 that she was encouraged by the Polish Security Service to visit Paszkowski to collect information about his activities. Upon arrival in Germany she claimed refugee status.

dossier en l’espèce, il prétend avoir proposé à l’ambassade du Canada à Rome de fournir des renseignements à la Gendarmerie royale du Canada (la GRC), en échange de son rétablissement au Canada. Ce fait n’a pas été admis par les défendeurs et a été nié par les témoins de la Couronne dans l’action de M. Paszkowski.

[5] Il n’est pas contesté cependant que, pendant qu’il vivait dans le camp, M. Paszkowski a présenté une demande de résidence permanente au Canada sous le nom de Robert Fisher et a obtenu un visa en qualité de réfugié parrainé par le gouvernement. M. Paszkowski est arrivé au Canada le 11 décembre 1984 et a obtenu une fiche d’établissement au nom de Fisher. C’est aussi sous ce nom qu’il s’est installé à Edmonton. En 1985, il a offert au Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) d’obtenir et de fournir des renseignements concernant les activités du service du renseignement polonais au Canada.

[6] La GRC avait prélevé les empreintes de M. Fisher en Italie en novembre 1984 pour les besoins de sa demande de visa. Il n’est pas clair, à la lecture du dossier, si la GRC a découvert la véritable identité de M. Fisher à l’époque. Toutefois, un télex daté du 18 août 1986 indique que des agents d’immigration étaient alors au courant de la double identité de M. Fisher et envisageaient de mener une enquête sur son admissibilité. Or, M. Paszkowski/Fisher était retourné en Europe le mois précédent. M. Paszkowski a été arrêté par la police italienne à Rome le 19 août et extradé en Allemagne pour finir de purger sa peine d’emprisonnement.

[7] Après avoir obtenu une libération conditionnelle en novembre 1987, M. Paszkowski est demeuré en Allemagne durant deux ans. Pendant cette période, la demanderesse, qui s’appelait alors Elzbieta Perlinska et qui était la fille d’amis vivant en Pologne avec lesquels il avait correspondu, l’a rejoint en Allemagne. M^{me} Perlinska a indiqué dans son témoignage en 1989 que le service de sécurité polonais l’avait encouragée à rendre visite à M. Paszkowski afin de recueillir des renseignements sur ses activités. Elle a demandé le statut de réfugié à son arrivée en Allemagne.

[8] During the two years he remained in Germany, Paszkowski applied for and was refused a returning resident permit by Canada.

[9] On October 4, 1989, Mr. Paszkowski and Ms. Perlinska travelled to Canada using false travel documents. Both claimed refugee status upon arrival at Edmonton International Airport.

[10] Mr. Paszkowski was refused entry, detained and reported for a hearing under section 20 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act) as to his admissibility. The immigration officer relied on three grounds: (1) that he did not have proper travel documents; (2) that he had not obtained a visa and was thereby inadmissible under paragraph 19(2)(d) of the former Act; and (3) that his conviction in Germany made him a member of a class of persons inadmissible to Canada by reason of paragraph 19(1)(c) of the former Act.

[11] On October 12, 1989 an immigration adjudicator issued Mr. Paszkowski conditional deportation and exclusion orders but found a credible basis for his refugee claim and referred the claim to the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Division for determination. During the admissibility hearing, an immigration officer testified as to Paszkowski's dual identity, 1984 visa and entry into Canada. Ms. Perlinska testified on his behalf.

[12] Paszkowski's application for permanent residence and record of landing in 1984 under the name of Robert Fisher was entered into evidence at the refugee hearing. Conflicting testimony, was heard about Mr. Paszkowski's claim to have been a Polish agent and with respect to the nature and extent of his involvement with CSIS. Paszkowski was found not to be a credible witness and on June 6, 1990 [*I. (F.P.) (Re)*, [1990] C.R.D.D. No. 237 (QL)], his refugee claim was denied. The conditional deportation orders then became executable.

[8] Pendant les deux ans qu'il a passés en Allemagne, M. Paszkowski a demandé en vain un permis de retour pour résident permanent au Canada.

[9] Le 4 octobre 1989, M. Paszkowski et M^{me} Perlinska sont venus au Canada en utilisant de faux documents de voyage. Ils ont demandé le statut de réfugié à leur arrivée à l'aéroport international d'Edmonton.

[10] M. Paszkowski s'est vu refuser l'entrée, a été détenu et a fait l'objet d'un rapport en vue d'une audience sur son admissibilité en vertu de l'article 20 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi). L'agent d'immigration s'est appuyé sur trois motifs : 1) M. Paszkowski ne possédait pas les documents de voyage requis; 2) Comme il n'avait pas obtenu un visa, il n'était pas admissible suivant l'alinéa 19(2)d) de l'ancienne Loi; 3) À cause de sa déclaration de culpabilité en Allemagne, il appartenait à la catégorie non admissible décrite à l'alinéa 19(1)c) de l'ancienne Loi.

[11] Le 12 octobre 1989, un arbitre a pris des mesures d'expulsion et d'exclusion conditionnelles à l'endroit de M. Paszkowski. Il a toutefois conclu que sa revendication du statut de réfugié avait un minimum de fondement et l'a renvoyée à la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour que celle-ci rende une décision à son égard. Un agent d'immigration a témoigné à l'audience sur l'admissibilité au sujet de la double identité de M. Paszkowski, de son entrée au Canada et du visa de 1984. M^{me} Perlinska a témoigné pour le compte de M. Paszkowski.

[12] La demande de résidence permanente déposée par M. Paszkowski et la fiche d'établissement établie au nom de Robert Fisher en 1984 ont été produites en preuve lors de l'audition de sa revendication du statut de réfugié. Des témoignages contradictoires ont été entendus au sujet de la prétention de M. Paszkowski selon laquelle il avait été un agent polonais, et relativement à la nature et à l'étendue de ses liens avec le SCRS. On a jugé que M. Paszkowski n'était pas un témoin crédible et sa revendication a été rejetée le 6 juin 1990 [*I. (F.P.) (Re)*, [1990] D.S.S.R. n° 237 (QL)]. Les

[13] CIC's subsequent efforts to deport Mr. Paszkowski were unsuccessful as Germany refused to receive him and he could not be returned to Poland. Between 1990 and November 1996, Paszkowski brought a series of ultimately unsuccessful applications and appeals in the Federal Court and the Alberta Court of Queen's Bench in an effort to overturn the refugee determination and remain in this country. Despite Paszkowski's lack of legitimate travel documents, he periodically left Canada and re-entered, seemingly at will. In 1992, for example, he appears to have travelled to the Netherlands from which he sent CIC officials a postcard.

[14] In January 1997, when his challenges against the deportation orders had finally been exhausted, Mr. Paszkowski sought refugee status in the United States, was refused and was deported to Poland. A few months later Paszkowski returned to Canada, again using false documents. He sought and received sanctuary in an Ottawa church and filed an action against the Queen, the Minister of Citizenship and Immigration and the Attorney General of Canada in the Federal Court, Trial Division, as this Court then was, seeking injunctive and declaratory relief.

[15] In their statement of defence to the 1997 action, the defendants acknowledged that Mr. Paszkowski was given assignments in Canada by the CSIS during 1985 and 1986 but asserted that he had at all material times represented himself to be Robert Fisher. The defendants denied that he was entitled to enter into or remain in Canada.

[16] The 1997 action, in Court file IMM-5510-97, was discontinued by consent of the parties on September 24, 2002. The following day Mr. Paszkowski filed a further action against the Crown which resulted in a consent order issued on November 22, 2002. (See *Paszkowski v. Canada*, unreported, docket T-1622-02.)

mesures d'expulsion conditionnelles sont alors devenues exécutoires.

[13] CIC n'a pas réussi à expulser M. Paszkowski par la suite parce que l'Allemagne refusait de le recevoir et parce qu'il ne pouvait pas être renvoyé en Pologne. Entre 1990 et novembre 1996, M. Paszkowski a présenté une série de demandes et d'appels, qui ont tous été rejetés par la Cour fédérale et par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, dans le but de faire infirmer la décision relative à sa revendication du statut de réfugié et de pouvoir demeurer au Canada. Même s'il ne possédait pas de documents de voyage légitimes, M. Paszkowski a quitté le Canada et y est revenu périodiquement, à sa guise apparemment. En 1992 par exemple, il semble qu'il soit allé aux Pays-Bas, d'où il a envoyé une carte postale aux agents de CIC.

[14] Lorsqu'il a finalement épuisé ses recours contre les mesures d'expulsion en janvier 1997, M. Paszkowski a demandé le statut de réfugié aux États-Unis. Sa demande a été rejetée et il a été renvoyé en Pologne. Quelques mois plus tard, il est revenu au Canada en utilisant de nouveau de faux documents. Il a trouvé refuge dans une église d'Ottawa qui a accepté de l'accueillir et a intenté une action devant la Section de première instance de la Cour fédérale—l'ancien nom de la Cour—contre la Reine, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le procureur général du Canada dans le but d'obtenir une injonction et un jugement déclaratoire.

[15] Dans leur défense à l'action intentée en 1997, les défendeurs reconnaissaient que M. Paszkowski s'était vu confier des missions au Canada par le SCRS en 1985 et en 1986. Ils affirmaient cependant que M. Paszkowski s'était toujours présenté comme étant Robert Fisher. Les défendeurs ont nié que M. Paszkowski avait le droit d'entrer au Canada ou d'y séjourner.

[16] Il a été mis fin à l'action de 1997 (numéro du dossier de la Cour : IMM-5510-97) sur consentement des parties le 24 septembre 2002. Le lendemain, M. Paszkowski a intenté une autre action contre la Couronne, à l'issue de laquelle une ordonnance sur consentement a été délivrée le 22 novembre 2002. (Voir

Paszkowski c. Canada, décision inédite, numéro de dossier : T-1622-02.)

[17] It was conceded by the Crown in an agreed statement of facts dated October 1, 2002 that the immigration officer had erred in October 1989 by reporting Ryszard Paszkowski under section 20 of the former Act as that provision applied only to persons who were not citizens or permanent residents. The parties agreed that he could have been reported under subsection 27(1) of the former Act for deemed abandonment of his status of permanent resident or on the ground that obtaining a visa in 1984 under an assumed name vitiated his landing at that time, however, that was not done.

[18] In the result, the parties agreed that the adjudicator did not have jurisdiction to conduct the section 20 hearing and that the exclusion and deportation orders were invalid. The officer's error, the agreed statement says, stemmed largely from the fact that Mr. Paszkowski did not claim to be a returning resident and rather chose to claim refugee status with his fiancée.

[19] On the strength of the agreed statement, a joint memorandum of fact and law and a draft order submitted by the parties, the Court declared that Ryszard Paszkowski had been a permanent resident of Canada from and after the 11th day of December 1984 and had the right to enter and remain in Canada pursuant to subsection 27(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

[20] Further, the Court declared that the exclusion and deportation orders dated October 12, 1989 were void, of no effect and unenforceable in law. No costs were awarded to the successful party. I was advised during the hearing of this motion that Mr. Paszkowski had released the Crown from any liability for damages or costs in return for its consent to the order. That waiver does not apply to any claim that his wife might have against the Crown as she was not a party to her husband's action.

[17] La Couronne a reconnu, dans un exposé conjoint des faits daté du 1^{er} octobre 2002, que l'agent d'immigration avait commis une erreur en octobre 1989 en établissant un rapport à l'égard de Ryszard Paszkowski en application de l'article 20 de l'ancienne Loi, car cette disposition s'appliquait seulement aux personnes qui n'étaient pas des citoyens ou des résidents permanents. Les parties ont convenu que M. Paszkowski aurait pu faire l'objet du rapport visé au paragraphe 27(1) de l'ancienne Loi parce qu'il était réputé avoir renoncé à son statut de résident permanent ou parce que le fait d'obtenir un visa en utilisant une fausse identité en 1984 avait entaché son droit d'établissement à l'époque. Cela n'a cependant pas été fait.

[18] En conséquence, les parties ont convenu que l'arbitre n'avait pas compétence pour tenir l'audience visée à l'article 20 et que les mesures d'exclusion et d'expulsion étaient invalides. Selon l'exposé conjoint, l'erreur de l'agent découlait en grande partie du fait que M. Paszkowski n'avait pas prétendu être un résident de retour, mais avait plutôt choisi de revendiquer le statut de réfugié avec sa fiancée.

[19] Se fondant sur l'exposé conjoint, sur le mémoire conjoint des faits et du droit et sur le projet d'ordonnance soumis par les parties, la Cour a déclaré que Ryszard Paszkowski avait été un résident permanent du Canada à compter du 11 décembre 1984 et qu'il avait le droit d'entrer au Canada et d'y séjourner conformément au paragraphe 27(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

[20] La Cour a déclaré en outre que les mesures d'exclusion et d'expulsion datées du 12 octobre 1989 étaient nulles, n'avaient aucun effet et n'étaient pas exécutoires en droit. Aucuns dépens n'ont été adjugés à la partie ayant eu gain de cause. J'ai appris pendant l'audition de la présente requête que M. Paszkowski avait dégagé la Couronne de toute responsabilité pour les dommages-intérêts ou pour les dépens, en échange de son consentement à l'ordonnance. Ce dégagement de responsabilité ne s'applique pas aux recours que

l'épouse de M. Paszkowski pourrait avoir contre la Couronne puisqu'elle n'était pas partie à l'action de son mari.

The plaintiff's claim to refugee status and permanent residence in Canada

[21] The plaintiff's claim to refugee status was dealt with on a separate track from that of Mr. Paszkowski following their arrival at Edmonton on October 4, 1989. On January 15, 1990 the plaintiff was determined to be a Convention refugee. On January 19, 1990 she married Mr. Paszkowski. The couple have two sons born in Canada, on March 2, 1990 and August 27, 1992.

[22] On June 5, 1990 the plaintiff applied for permanent residence in Canada under section 46.04 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] of the *Immigration Act* as it read at that time. She sought landing only for herself, though her application identified Mr. Paszkowski as her husband and closest relative in Canada, as she was required to do by the statute.

[23] By a letter dated June 4, 1991, signed by the defendant Robert Ferguson, the plaintiff was notified that her permanent residence application could not be processed by reason of the operation of subsection 46.04(3) of the *Immigration Act*, as her husband was criminally inadmissible, and that no further action would be taken on her application until her husband left Canada.

[24] As subsection 46.04(3) read in 1991, an immigration officer considering an application for permanent residence had no discretion to grant landing if he or she was satisfied that any member of the applicant's family, present in Canada, was inadmissible for criminality whether or not that family member was listed as a dependant by the applicant.

[25] The plaintiff did not seek judicial review of Mr. Ferguson's decision or of any subsequent actions taken

La revendication du statut de réfugié et la demande de résidence permanente de la demanderesse

[21] La revendication du statut de réfugié de la demanderesse a été traitée séparément de celle de M. Paszkowski après leur arrivée à Edmonton le 4 octobre 1989. Le statut de réfugié au sens de la Convention lui a été reconnu le 15 janvier 1990. Elle a épousé M. Paszkowski le 19 janvier suivant. Le couple a eu deux fils au Canada, l'un le 2 mars 1990 et l'autre le 27 août 1992.

[22] Le 5 juin 1990, la demanderesse a présenté une demande de résidence permanente au Canada en application de l'article 46.04 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14] de la *Loi sur l'immigration* qui était en vigueur à l'époque. Elle a demandé l'établissement pour elle seule, mais, comme la loi l'exigeait, elle a indiqué dans sa demande que M. Paszkowski était son mari et son plus proche parent au Canada.

[23] Dans une lettre datée du 4 juin 1991, le défendeur Robert Ferguson a informé la demanderesse que sa demande de résidence permanente ne pouvait pas être traitée en raison du paragraphe 46.04(3) de la *Loi sur l'immigration*, car son mari n'était pas admissible au Canada pour des raisons de criminalité, et qu'aucune autre mesure ne serait prise relativement à sa demande tant que son mari se trouverait au Canada.

[24] Selon le libellé du paragraphe 46.04(3) en vigueur en 1991, l'agent d'immigration saisi d'une demande de résidence permanente n'avait pas le pouvoir discrétionnaire d'accorder le droit d'établissement s'il était convaincu qu'un membre de la famille du demandeur se trouvant au Canada n'était pas admissible pour des raisons de criminalité, que cette personne ait été désignée comme étant à la charge du demandeur ou non.

[25] La demanderesse n'a pas demandé le contrôle judiciaire de la décision de M. Ferguson ni des mesures

by immigration officials. Her explanation, on cross-examination of her affidavit, as to why she did not seek a judicial remedy, in light of her husband's litigious history, was that she had never thought of taking such action and, in any event, her refugee status guaranteed that she would remain in Canada.

[26] Education and employment permits were issued so Mrs. Paszkowski was able to work and study although there is some evidence that these were not always issued in a timely manner. Without permanent resident status, the plaintiff was not eligible for student loans although the record indicates that a CIC official wrote to Alberta Student Finance in an effort to assist her in that regard.

[27] By an enactment, S.C. 1992, c. 49 subsection 38(3), which came into force early in 1993, subsection 46.04(3) was repealed and re-enacted without the reference to an inadmissible non-dependent family member present in Canada. It is common ground between the parties that the practical effect of the amendment for the plaintiff was that so long as her husband was not listed as a dependant, his inadmissible status (by reason of the criminal record in Germany) would not serve as a bar to her application for landing whether or not he was present in Canada.

[28] The evidence indicates that the significance of this change did not become apparent to the plaintiff, her husband or to the immigration officers familiar with her case, until long after the amendment was made as they continued to operate on the assumption that so long as Mr. Paszkowski remained in Canada, his wife would be ineligible for landing.

[29] As noted above, Mr. Paszkowski left Canada in January 1997 for the United States, ostensibly to facilitate his wife's landing. On February 22, 1997 the plaintiff, with encouragement from Randy Gurlock, then Assistant Manager of CIC Edmonton, re-applied for

prises ensuite par les agents d'immigration. Lorsqu'elle a été contre-interrogée sur son affidavit au sujet des raisons pour lesquelles elle n'avait pas demandé le contrôle judiciaire, compte tenu des démêlés que son mari avait eus dans le passé avec la justice, elle a répondu qu'elle n'avait jamais pensé intenter un tel recours et que, de toute façon, elle était certaine de pouvoir demeurer au Canada puisque le statut de réfugié lui avait été reconnu dans ce pays.

[26] Un permis d'études et un permis de travail lui ayant été délivrés, M^{me} Paszkowski a été en mesure de travailler et d'étudier; certains éléments de preuve indiquent toutefois que ces permis n'ont pas toujours été délivrés en temps opportun. Comme elle n'était pas une résidente permanente, la demanderesse n'avait pas droit à un prêt étudiant; le dossier indique qu'un agent de CIC a essayé de l'aider à cet égard en écrivant à l'Alberta Student Finance.

[27] Le paragraphe 38(3) des L.C. 1992, ch. 49, qui est entré en vigueur au début de 1993, a abrogé le paragraphe 46.04(3) et l'a remplacé par une disposition ne faisant pas référence à un membre de la famille n'étant pas à la charge du demandeur qui se trouve au Canada et qui n'est pas admissible. Les parties ont convenu qu'en pratique la modification faisait en sorte que, tant que son mari n'était pas désigné comme une personne à sa charge, le fait qu'il n'était pas admissible (à cause de son casier judiciaire en Allemagne) n'empêchait pas le traitement de la demande d'établissement de la demanderesse, peu importe qu'il se trouve au Canada ou non.

[28] La preuve indique que la demanderesse, son mari et les agents d'immigration qui connaissaient bien son cas n'ont compris l'effet de cette modification que longtemps après que celle-ci eut été apportée puisqu'ils ont continué à présumer que la demanderesse ne pouvait pas obtenir le droit d'établissement au Canada tant que son mari s'y trouvait.

[29] Comme il a été mentionné précédemment, M. Paszkowski a quitté le Canada pour les États-Unis en janvier 1997, apparemment pour aider son épouse à obtenir le droit d'établissement. Le 22 février 1997, après que Randy Gurlock, qui était alors directeur

permanent residence for herself and listed only her two sons, both Canadian citizens, as dependants. This application was provisionally accepted on May 8, 1997.

[30] Following Mr. Paszkowski's return to Canada later that year, there was some discussion within CIC as to whether they could continue to process the plaintiff's application. On January 7, 1998, Gurlock wrote to Hugh Lovekin a case management analyst at CIC headquarters in Ottawa, seeking advice and referencing the current wording of subsection 46.04(3). The next day, Lovekin instructed Gurlock to continue to process the plaintiff's application notwithstanding Paszkowski's presence in the country.

[31] The record indicates that among CIC officials there continued to be doubts as to the proper interpretation of subsection 46.04(3) and whether the plaintiff's application could proceed in light of her husband's uncertain status. I am satisfied, however, from a close review of the affidavits and documentary evidence filed that they continued to process the application and that the primary reason for subsequent delay was the backlog for security clearances that had accumulated in the late 1990s. The plaintiff was granted permanent residence on April 10, 2001. On April 29, 2004 Mrs. Paszkowski obtained her Canadian citizenship.

THE CLAIMS

[32] The plaintiff alleges that throughout the material times the defendants knew that Robert Fisher and Ryszard Paszkowski were one and the same person and that Robert Fisher was a permanent resident of Canada.

[33] The plaintiff claims that each defendant owed her a duty to process her application for permanent residence in good faith and in a manner consistent with the legislation and applicable law. The plaintiff alleges

adjoint du bureau de CIC à Edmonton, l'eut encouragée à le faire, la demanderesse a présenté une nouvelle demande de résidence permanente pour elle-même en y inscrivant seulement ses deux fils, qui étaient des citoyens canadiens, comme personnes à charge. Cette demande a été acceptée à titre provisoire le 8 mai 1997.

[30] Après que M. Paszkowski fut revenu au Canada un peu plus tard au cours de la même année, il y a eu des discussions au sein de CIC sur la question de savoir si le traitement de la demande de la demanderesse pouvait se poursuivre. Le 7 janvier 1998, M. Gurlock a écrit à Hugh Lovekin, un analyste en gestion des cas de l'administration centrale de CIC à Ottawa, pour lui demander son avis et attirer son attention sur le libellé du paragraphe 46.04(3). Le lendemain, M. Lovekin a dit à M. Gurlock de poursuivre le traitement de la demande de la demanderesse malgré le fait que M. Paszkowski se trouvait au Canada.

[31] Le dossier révèle que certains agents de CIC continuaient à avoir des doutes au sujet de l'interprétation du paragraphe 46.04(3) et de la question de savoir si le traitement de la demande de la demanderesse pouvait se poursuivre malgré le statut incertain de son mari. Je suis convaincu cependant, après avoir examiné attentivement les affidavits et les documents produits en preuve, que le traitement de la demande de la demanderesse s'est poursuivi et que le retard subséquent est principalement attribuable aux demandes de vérification de sécurité qui s'étaient accumulées à la fin des années 1990. M^{me} Paszkowski est devenue résidente permanente le 10 avril 2001 et citoyenne canadienne le 29 avril 2004.

PRÉTENTIONS

[32] La demanderesse prétend que les défendeurs savaient, à toutes les époques pertinentes, que Robert Fisher et Ryszard Paszkowski étaient une seule et même personne et que Robert Fisher était un résident permanent du Canada.

[33] La demanderesse prétend que chaque défendeur avait l'obligation de traiter sa demande de résidence permanente de bonne foi et en conformité avec le droit et les dispositions législatives applicables. Elle soutient

that each defendant breached that duty and caused her damages. Further, or in the alternative, the plaintiff alleges that each defendant in exercising their statutory or prerogative power abused their public office, committed the tort of misfeasance in public office and caused her damages.

[34] The plaintiff further alleges that her rights under sections 1, 7 and 15 of the Charter were violated. In particular, the plaintiff claims that each defendant denied her section 7 rights to liberty and security of the person based on a deprivation of psychological security during the 11 years when she was “in limbo”. She seeks damages pursuant to subsection 24(1) of the Charter. She claims against each defendant, jointly or severally, damages in the amount of \$2.5 million, \$1 million in punitive damages, interest and costs.

SUMMARY JUDGMENT PRINCIPLES

[35] Before defining the issues, it is helpful to review the principles applicable to summary judgment. Subsection 213(2) of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] allows a defendant to bring such a motion. The subsection states:

213. . . .

(2) A defendant may, after serving and filing a defence and at any time before the time and place for trial are fixed, bring a motion for summary judgment dismissing all or part of the claim set out in the statement of claim.

[36] The general principles applicable to the disposition of summary judgment motions in the Federal Court were set out by Madam Justice Danièle Tremblay-Lamer in *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.) (*Granville Shipping*):

que chaque défendeur a manqué à cette obligation et lui a causé des dommages. Elle allègue également ou subsidiairement que chaque défendeur, dans l'exercice de sa prérogative ou des pouvoirs qui lui étaient conférés par la loi, a abusé de sa charge publique, a commis une faute dans l'exercice d'une charge publique et lui a causé des dommages.

[34] La demanderesse prétend également que les droits qui lui sont garantis à l'article premier et aux articles 7 et 15 de la Charte ont été violés. Elle prétend plus particulièrement que chaque défendeur a porté atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne qui lui est garanti à l'article 7 parce qu'elle a vécu dans l'insécurité sur le plan psychologique durant les 11 ans pendant lesquelles sa situation a été incertaine. Elle réclame des dommages-intérêts en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Elle demande plus particulièrement à la Cour de condamner les défendeurs, conjointement et individuellement, à lui verser des dommages-intérêts de 2,5 millions de dollars, des dommages-intérêts punitifs de 1 million de dollars, ainsi que les intérêts et les dépens.

PRINCIPES RÉGISSANT LES JUGEMENTS SOMMAIRES

[35] Avant d'énoncer les questions en litige, il est utile de revoir les principes applicables aux jugements sommaires. Le paragraphe 213(2) des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] permet à un défendeur de présenter une requête pour obtenir un jugement sommaire :

213. [. . .]

(2) Le défendeur peut, après avoir signifié et déposé sa défense et avant que l'heure, la date et le lieu de l'instruction soient fixés, présenter une requête pour obtenir un jugement sommaire rejetant tout ou partie de la réclamation contenue dans la déclaration.

[36] Les principes généraux qui régissent le traitement des requêtes en jugement sommaire par la Cour fédérale ont été exposés par la juge Danièle Tremblay-Lamer dans *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1^{re} inst.), (*Granville Shipping*) :

- | | |
|--|---|
| (a) the rules are intended to summarily dispense of cases that present no genuine issue for trial; | a) les règles ont pour but d'autoriser la Cour à se prononcer par voie sommaire sur les affaires qui ne soulèvent aucune question sérieuse à instruire; |
| (b) the test is whether the case is so doubtful it deserves no further consideration; | b) le critère consiste à déterminer si le succès de la demande est tellement douteux que celle-ci ne mérite pas d'être examinée davantage; |
| (c) each case must be interpreted in its own context; | c) chaque affaire devrait être interprétée dans le contexte qui est le sien; |
| (d) provincial practice can aid in the interpretation of the <i>Federal Courts Rules</i> ; | d) les règles de pratique provinciales peuvent faciliter l'interprétation des <i>Règles des Cours fédérales</i> ; |
| (e) questions of fact and law may be determined on the motion; | e) les questions de fait et de droit peuvent être tranchées dans le cadre de la requête; |
| (f) summary judgment cannot be granted if necessary facts cannot be found; and | f) un jugement sommaire ne peut être rendu si les faits nécessaires ne peuvent être établis; |
| (g) where there are serious issues of credibility the matter should go to trial. | g) lorsqu'une question sérieuse est soulevée au sujet de la crédibilité, le tribunal devrait instruire l'affaire. |

[37] Under rule 215 the obligations on the responding party are as follows:

215. A response to a motion for summary judgment shall not rest merely on allegations or denials of the pleadings of the moving party, but must set out specific facts showing that there is a genuine issue for trial.

[38] Parties responding to a summary judgment motion do not have to prove all the facts of their case, rather the evidentiary burden is to put forward evidence that shows there is a genuine issue for trial. The burden rests with the party putting forward the motion but all parties must put their best foot forward: *MacNeil Estate v. Canada (Department of Indian and Northern Affairs)*, [2004] 3 F.C.R. 3 (C.A.).

[39] Summary judgment is not restricted to the clearest of cases. The correct standard, enunciated in *Granville Shipping* is whether the case is so doubtful it deserves no further consideration: *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174 (F.C.A.). Even where a case is doubtful, if it turns on the

[37] Les obligations de la partie intimée sont décrites à la règle 215 :

215. La réponse à une requête en jugement sommaire ne peut être fondée uniquement sur les allégations ou les dénégations contenues dans les actes de procédure déposés par le requérant. Elle doit plutôt énoncer les faits précis démontrant l'existence d'une véritable question litigieuse.

[38] Les parties qui sont visées par une requête en jugement sommaire ne sont pas tenues de prouver tous les faits de leur cause. Elles doivent plutôt démontrer qu'il existe une véritable question litigieuse. Le fardeau de la preuve incombe à la partie qui dépose la requête, mais toutes les parties doivent présenter leur cause sous son meilleur jour : *Succession MacNeil c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2004] 3 R.C.F. 3 (C.A.).

[39] Ce n'est pas uniquement dans les cas les plus clairs qu'un jugement sommaire peut être rendu. La norme qui s'applique et qui a été énoncée dans *Granville Shipping* consiste à déterminer si le succès de la demande est tellement douteux que celle-ci ne mérite pas d'être examinée davantage : *ITV Technologies Inc.*

credibility of witnesses that can only be tested through direct and cross-examination, it should go to trial.

[40] In my view, there are no serious issues of credibility in this matter that can only be tested at trial. The central witnesses have provided affidavits and have been cross-examined upon their affidavits. In addition, there is considerable material on the record from the proceedings involving Mr. Paszkowski.

ISSUES

[41] The questions to be addressed in these proceedings are whether the facts raise a genuine issue for trial, or, in the alternative, whether the Court should find, on the whole of the evidence, the facts necessary to decide the questions of fact and law and grant summary judgment under subsection 216(3) of the Rules. On the submissions of the parties, there are three sub-issues to be addressed in these reasons:

1. Is the action statute-barred?
2. Is the plaintiff precluded from bringing an action for failing to pursue judicial remedies that were available and required by the governing legislation?
3. Did the defendants owe any duty of care to the plaintiff and did they breach that duty?

[42] As a preliminary matter, the plaintiff has sued the Attorney General and the Minister of Citizenship and Immigration solely in their representative capacities. The law is clear that Ministers of the Crown may not be sued as such: *Cairns v. Farm Credit Corp.*, [1992] 2 F.C. 115 (T.D.); *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier et al.*, [1969] S.C.R. 60; *Dix v. Canada* (2001), 290 A.R. 281 (Q.B.).

[43] When suing in Federal Court, the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8,

c. WIC Television Ltd., 2001 CAF 11. Lorsque l'affaire porte sur la crédibilité des témoins et que celle-ci peut être vérifiée seulement au moyen d'un interrogatoire principal et d'un contre-interrogatoire, le tribunal devrait instruire l'affaire même si le succès de la demande est douteux.

[40] À mon avis, la présente affaire ne soulève pas de question sérieuse au sujet de la crédibilité qui ne puisse être examinée que dans le cadre d'une instruction. Les principaux témoins ont fourni des affidavits et ont été contre-interrogés à leur sujet. De plus, le dossier renferme une quantité considérable d'éléments concernant les procédures relatives à M. Paszkowski.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[41] La Cour doit décider en l'espèce si les faits soulèvent une véritable question litigieuse justifiant l'instruction de l'affaire ou, subsidiairement, si elle devrait parvenir à partir de l'ensemble de la preuve à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit et rendre un jugement sommaire, conformément au paragraphe 216(3) des Règles. À la lumière des prétentions des parties, il y a trois sous-questions à trancher en l'espèce :

1. L'action est-elle prescrite?
2. La demanderesse peut-elle tenter une action même si elle n'a pas utilisé les recours judiciaires qui lui étaient offerts et qui étaient exigés par la loi applicable?
3. Les défendeurs avaient-ils une obligation de diligence à l'égard de la demanderesse et ont-ils manqué à cette obligation?

[42] La demanderesse a d'abord poursuivi le procureur général et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration uniquement en leur qualité de représentants. Or, le droit est clair : un ministre fédéral ne peut être poursuivi en cette qualité : *Cairns c. Société du crédit agricole*, [1992] 2 C.F. 115 (1^{re} inst.); *Conseil des ports nationaux c. Langelier et al.*, [1969] R.C.S. 60; *Dix v. Canada* (2001), 290 A.R. 281 (B.R.).

[43] L'article 48 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 45] et l'annexe [mod., *idem*, art. 58] de la *Loi sur les Cours*

s. 14], section 48 [as am. *idem*, s. 45] and the schedule [as am. *idem*, s. 58] specify that the claim is to name Her Majesty the Queen as the defendant to engage the vicarious liability of the Crown for the alleged actions of Crown servants. Only the Crown is vicariously liable for torts committed by a Crown servant. No Crown servant, including a Minister or the Attorney General in their roles as department heads, is vicariously liable for torts committed by another Crown servant.

[44] The plaintiff seeks leave of the Court under rules 76 and 77 to amend the style of cause in the action and substitute Her Majesty the Queen for the Attorney General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration as defendants. I am satisfied that there is no prejudice and the Crown is not misled. Accordingly, the plaintiff's request in this respect will be granted.

ARGUMENT & ANALYSIS

1. Is the action statute-barred?

[45] Section 32 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31] of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [s. 1 (as am. *idem*, s. 21)] provides that provincial limitation laws apply to actions involving the Crown where the cause of action arises in a province. Under section 39 [as am. *idem*, s. 10; 2002, c. 8, s. 38] of the *Federal Courts Act*, provincial limitation laws apply to actions in Federal Court where the cause of action arises in a province. In essence, the cause of action claimed by the plaintiff relates to alleged public office misfeasance and malfeasance occurring between 1989 and 2001 in Alberta and Ontario.

[46] The applicable limitations statutes in both provinces provide for a general limitation period for remedies for injuries resulting from acts, omissions or a breach of duty of two years: see subsection 3(1) of the *Alberta Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12 and

fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. *idem*, art. 14)], indiquent que Sa Majesté la Reine doit être la défenderesse nommée dans la déclaration dans toute poursuite devant la Cour fédérale pour que la responsabilité de la Couronne pour les prétendus actes commis par ses fonctionnaires soit engagée. Seule la Couronne est responsable des délits commis par ses fonctionnaires. Aucun fonctionnaire, y compris un ministre ou le procureur général en tant que dirigeant d'un ministère, n'est responsable des délits commis par un autre fonctionnaire.

[44] La demanderesse demande à la Cour l'autorisation de modifier l'intitulé de l'action conformément aux règles 76 et 77 et de remplacer, comme défendeurs, le procureur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration par Sa Majesté la Reine. Je suis convaincu que cette modification n'entraîne pas un préjudice et que la Couronne n'est pas induite en erreur. Cette demande de la demanderesse sera donc accueillie.

ARGUMENTATION ET ANALYSE

1. L'action est-elle prescrite?

[45] L'article 32 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [art. 1 (mod. *idem*, art. 21)], prévoit que les règles de droit provinciales en matière de prescription s'appliquent lors des poursuites auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province. Selon l'article 39 [mod., *idem*, art. 10; 2002, ch. 8, art. 38] de la *Loi sur les Cours fédérales*, les règles de droit en matière de prescription en vigueur dans une province s'appliquent aux instances devant la Cour fédérale dont le fait générateur est survenu dans cette province. Le fait générateur invoqué par la demanderesse a trait essentiellement à une faute et à un méfait commis dans l'exercice d'une charge publique entre 1989 et 2001 en Alberta et en Ontario.

[46] Les règles de droit applicables en matière de prescription dans les deux provinces prévoient un délai de prescription général de deux ans pour les actions en dommages-intérêts résultant d'un acte, d'une omission ou d'un manquement à une obligation : voir le para-

section 4 of the Ontario *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B. The defendants also rely upon section 7 [now rep. by S.O. 2002, c. 24, Sch. B, s. 25] of the Ontario *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1990, c. P.38 which has a six-month limitation period, and is applicable to proceedings in this Court by the operation of section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act*: see *Farzam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2003 FCT 140; *Marshall v. Canada*, 2005 FC 257.

[47] The bases of the plaintiff's claims that the defendants are liable in damages for misfeasance, malice and abuse of trust are not entirely clear from her pleadings as she has made sweeping allegations without specifying the material facts upon which they are founded. A motion for particulars on behalf of the defendants was met with a list of documents and not by reference to specific facts that would support the plaintiff's claims.

[48] However, to the extent that it can be discerned from the pleadings and the submissions of counsel at the hearing of this motion, the plaintiff's claims appear to be based on two theories of liability. The first is that the defendants knew that the plaintiff's husband had been landed in Canada under the name of Robert Fisher in 1984 and deliberately concealed that knowledge from the adjudicator who found him to be inadmissible in 1990. Had that information not been concealed, the plaintiff contends that her husband would not have been declared inadmissible and that her June 5, 1990 application for landing would not have been rejected. The result of the concealment, the plaintiff argues, is that her status in Canada was not resolved for over a decade and she suffered the claimed damages.

[49] Alternatively, the plaintiff alleges that the defendants were under a duty to inform her of the

graphe 3(1) de la *Limitations Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. L-12, et l'article 4 de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* de l'Ontario, L.O. 2002, ch. 24, annexe B. Les défendeurs s'appuient également sur l'article 7 [maintenant abrogé par L.O. 2002, ch. 24, ann. B, art. 25] de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.38, qui prévoit un délai de prescription de six mois et qui s'applique aux actions intentées devant la Cour par le jeu de l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* : voir *Farzam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 140; *Marshall c. Canada*, 2005 CF 257.

[47] Le fondement sur lequel la demanderesse s'appuie pour prétendre que les défendeurs sont passibles de dommages-intérêts pour cause de faute, de malice et d'abus de confiance n'est pas exposé clairement dans ses actes de procédure car elle fait des allégations générales sans préciser les faits substantiels sur lesquels celles-ci reposent. Après qu'une requête eut été présentée pour le compte des défendeurs afin d'obtenir des précisions, la demanderesse a produit une liste de documents sans toutefois faire référence à des faits particuliers qui étaieraient ses prétentions.

[48] Cependant, à la lumière des actes de procédure et des prétentions formulées par son avocat lors de l'audition de la présente requête, les prétentions de la demanderesse semblent être fondées sur deux théories de la responsabilité. Selon la première, les défendeurs savaient que le mari de la demanderesse avait obtenu le droit d'établissement au Canada sous le nom de Robert Fisher en 1984 et ont délibérément caché ce fait à l'arbitre qui l'a jugé non admissible en 1990. La demanderesse prétend que, si les défendeurs n'avaient rien caché, son mari n'aurait pas été déclaré non admissible et sa propre demande d'établissement du 5 juin 1990 n'aurait pas été rejetée. Elle ajoute que, à cause du silence des défendeurs, son statut au Canada n'a pas été réglé pendant plus de 10 ans et elle a subi des dommages pour lesquels elle demande maintenant réparation.

[49] Subsidiairement, la demanderesse prétend que les défendeurs avaient l'obligation de l'informer de la

change in the *Immigration Act* which took effect February 1, 1993 and to promptly process her application for permanent residence after that date without considering her husband's status as an inadmissible convicted criminal.

[50] Any discussion of the time limitations on actions must begin with consideration of the principle that the applicable prescription periods begin to run when the material facts underlying a cause of action became reasonably known to the plaintiff: *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549.

[51] The defendants submit that the plaintiff knew or should have known the material facts underlying the alleged cause of action on June 4, 1991 when she received written notice that her application for permanent residence could not be processed and that no further action would be taken on her application until her husband left Canada. The plaintiff did nothing about the matter at that time and cannot now rely upon her failure to act and wilful blindness of the facts to establish a later discoverability date: *Marshall*, at paragraph 29.

[52] In these proceedings, the plaintiff has relied upon the affidavit of Lovett Winchester, a retired member of the Department of Citizenship and Immigration, sworn on October 17, 1996 for the purposes of an application for judicial review then pending before the Federal Court. Mr. Winchester attests, among other things, that he was aware of Mr. Paszkowski's status as a landed immigrant at the time of the 1989 hearing but that he was instructed to pursue the matter under section 19 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3] and not under section 27 [as am. *idem*, s. 4] of the former Act.

[53] One might conclude from Mr. Winchester's affidavit that the fact that Mr. Paszkowski and Mr. Fisher were one and the same was concealed from the adjudicator in 1989 and, indeed, that was the inference I was invited to draw by counsel during oral argument in these proceedings. Mr. Winchester states for example in

modification apportée à la *Loi sur l'immigration* qui est entrée en vigueur le 1^{er} février 1993 et de traiter rapidement sa demande de résidence permanente après cette date sans tenir compte du fait que son mari n'était pas admissible à cause de sa déclaration de culpabilité au criminel.

[50] Toute analyse des délais de prescription applicables à des actions doit commencer par la prise en considération du principe selon lequel les délais de prescription commencent à courir lorsque les faits substantiels qui sous-tendent la cause d'action sont raisonnablement connus du demandeur : *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549.

[51] Les défendeurs font valoir que la demanderesse connaissait ou aurait dû connaître les faits substantiels sous-tendant la prétendue cause d'action le 4 juin 1991, lorsqu'elle a été avisée par écrit que sa demande de résidence permanente ne pouvait pas être traitée et qu'aucune autre mesure ne serait prise relativement à cette demande tant que son mari se trouverait au Canada. La demanderesse a décidé de ne rien faire à ce moment-là et elle ne peut exciper aujourd'hui de son défaut d'agir et de son incurie délibérée pour faire reconnaître une date ultérieure de découverte des faits : *Marshall*, au paragraphe 29.

[52] En l'espèce, la demanderesse s'est appuyée sur l'affidavit signé le 17 octobre 1996 par Lovett Winchester, un ancien employé du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration maintenant à la retraite, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire alors en instance devant la Cour fédérale. M. Winchester atteste notamment qu'il savait que M. Paszkowski avait obtenu le droit d'établissement au moment de l'audience de 1989, mais qu'il avait reçu instruction d'appliquer à l'affaire l'article 19 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3] et non l'article 27 [mod., *idem*, art. 4] de l'ancienne Loi.

[53] On pourrait conclure de l'affidavit de M. Winchester que le fait que M. Paszkowski et M. Fisher étaient une seule et même personne n'a pas été révélé à l'arbitre en 1989. C'est d'ailleurs cette déduction que l'avocat m'a invité à faire lors de sa plaidoirie en l'espèce. M. Winchester déclare, par exemple, au

paragraph 4 that “it appears that the immigration authorities have likely known all along that ‘Fisher’ and ‘Paszkowski’ were one and the same person and that he had been convicted of a criminal offence in Germany.”

[54] The transcript of the hearing conducted at Edmonton on October 6, 1989, filed as part of the defendants’ record, makes it clear that Winchester, the case presenting officer at the hearing, informed the adjudicator of the salient facts respecting the Fisher alias, Paszkowski’s claimed association with Polish security, the aircraft hijacking, prosecution in Germany, subsequent visa application and arrival in Canada in 1984 in his opening statement. The adjudicator appears to have been provided with sufficient information to conclude, if he had directed his mind to it, that the section 20 hearing was not properly constituted. Paszkowski’s counsel did not take issue with the adjudicator’s jurisdiction either then or on October 12, 1989 when the hearing resumed.

[55] On October 12, Paszkowski was sworn in and advised by the adjudicator that he had the burden of showing that he had a right to enter Canada or was otherwise admissible. When asked directly, he denied being a permanent resident of Canada and denied being in possession of a visa. The remainder of the hearing focused on whether Paszkowski was inadmissible to Canada as a danger to the public by reason of his criminal history. That was the conclusion ultimately reached, subject to the determination of his refugee claim which, as noted above, was decided against him in June 1990.

[56] With respect to the plaintiff’s first theory of liability, the defendants vigorously dispute the plaintiff’s claim to have been ignorant of the facts concerning her husband’s history until March 2003. Indeed it is hard to understand how the plaintiff could not have been aware of those facts prior to that date given the extensive coverage they had received in the media and the details

paragraphe 4 que [TRADUCTION] « les autorités de l’immigration savaient vraisemblablement depuis le début que “M. Fisher” et “M. Paszkowski” étaient une seule et même personne et que cette personne avait été déclarée coupable d’une infraction criminelle en Allemagne ».

[54] La transcription de l’audience tenue à Edmonton le 6 octobre 1989, qui figure dans le dossier des défendeurs, montre clairement que M. Winchester, qui était chargé de présenter le cas à l’audience, a informé l’arbitre au début de l’audience des faits saillants concernant le nom d’emprunt Fisher, les prétendus liens de M. Paszkowski avec le service de sécurité polonais, le détournement d’avion, la poursuite en Allemagne, la demande de visa subséquente et l’arrivée au Canada en 1984. L’arbitre semblait disposer de suffisamment de renseignements pour conclure, s’il les avait pris en considération, qu’une audience tenue en vertu de l’article 20 n’était pas appropriée. L’avocat de M. Paszkowski n’a pas contesté la compétence de l’arbitre à cette occasion ni à la reprise de l’audience le 12 octobre 1989.

[55] Le 12 octobre, M. Paszkowski a été assermenté et a été informé par l’arbitre qu’il avait le fardeau de démontrer qu’il avait le droit d’entrer au Canada ou qu’il était admissible pour une autre raison. Lorsqu’on lui a posé directement la question, il a nié être un résident permanent du Canada et être titulaire d’un visa. Le reste de l’audience a porté sur la question de savoir si M. Paszkowski était non admissible au Canada parce qu’il représentait un danger pour le public à cause de ses antécédents criminels. On a finalement conclu qu’il n’était pas admissible, sous réserve de la décision qui serait rendue relativement à sa revendication du statut de réfugié—comme je l’ai dit précédemment, cette revendication a été rejetée en juin 1990.

[56] En ce qui concerne la première théorie de la responsabilité invoquée par la demanderesse, les défendeurs contestent vivement la prétention de celle-ci selon laquelle elle n’a appris les antécédents de son mari qu’en mars 2003. En fait, il est difficile de comprendre comment la demanderesse a pu ignorer ces faits jusque-là étant donné le grand nombre de reportages

disclosed in his litigation.

[57] In argument, the plaintiff has submitted that she could not have had any reason to believe that an action for her claimed injuries was warranted until November 22, 2002, the date of the Court order resolving her husband's action against the Crown. Her action was filed on November 19, 2004 within two years from the date of that Court order. She alleges further that not until March 2003 when her husband obtained a copy of her Edmonton immigration file on her behalf, did she know what the Crown is alleged to have known throughout, namely that Ryszard Paszkowski, her husband, was also Robert Fisher, and had been landed in 1984.

[58] The defendants submit that even if these assertions are to be taken at face value, which they contest, the agreed statement of facts upon which the November 22, 2002 order was based was filed on October 1, 2002 and was thereafter publicly available. The plaintiff did not file this suit until November 19, 2004, over a month and a half after the expiry of the two-year prescription period. The plaintiff submits that there is no evidence in the record as to when she learned of that agreed statement of facts and she should not, therefore, be held to the earlier date.

[59] The plaintiff relies upon subsection 4(1) of the Alberta *Limitations Act*, which provides that the running of time is suspended during any period in which the defendant fraudulently conceals the fact that "the injury for which a remedial order is sought has occurred." The burden of establishing fraudulent concealment is on the claimant and there is, the defendants submit, no evidence on the record that any of them concealed "the injury". Moreover, the defendants contend, the Alberta statute expressly excludes judicial review of administrative action from the definition of "remedial order" [section 1], precisely what the plaintiff is seeking to achieve through this action.

dont ils ont fait l'objet dans les médias et les détails qui ont été révélés lors de l'audience de son mari.

[57] La demanderesse a fait valoir qu'elle ne pouvait avoir aucune raison de croire qu'elle était justifiée d'intenter une action pour le préjudice qui lui avait été causé jusqu'à ce que la Cour statue sur l'action intentée par son mari contre la Couronne le 22 novembre 2002. Elle a déposé son action le 19 novembre 2004, soit dans les deux ans suivant la date de l'ordonnance de la Cour. Elle prétend en outre que ce n'est qu'en mars 2003, lorsque son mari a obtenu pour son compte une copie de son dossier d'immigration au bureau d'Edmonton, qu'elle a découvert ce que la Couronne devait savoir depuis le début, soit que son mari, Ryszard Paszkowski, était également Robert Fisher et qu'il avait obtenu le droit d'établissement en 1984.

[58] Les défendeurs soutiennent que, même si ces affirmations doivent être prises au pied de la lettre—ce qu'ils contestent—, l'exposé conjoint des faits sur lequel l'ordonnance du 22 novembre 2002 était fondée est devenu accessible au public lorsqu'il a été déposé le 1^{er} octobre 2002. La demanderesse n'a intenté la présente action que le 19 novembre 2004, soit plus d'un mois et demi après l'expiration du délai de prescription de deux ans. La demanderesse soutient qu'il n'y a au dossier aucun élément de preuve indiquant à quel moment elle a été informée de cet exposé conjoint des faits. La Cour ne devrait donc pas, selon elle, tenir compte de cette date.

[59] La demanderesse se fonde sur le paragraphe 4(1) de la *Limitations Act* de l'Alberta, qui prévoit que le délai cesse de courir pendant toute période au cours de laquelle le défendeur dissimule frauduleusement le fait que [TRADUCTION] « le préjudice pour lequel une ordonnance réparatoire est demandée est survenu ». C'est à la demanderesse qu'il incombe d'établir que ce fait a été caché frauduleusement et les défendeurs font valoir que le dossier ne renferme aucune preuve établissant que l'un d'eux a dissimulé [TRADUCTION] « le préjudice ». Ils font valoir en outre que le contrôle judiciaire d'une mesure administrative est expressément exclu de la définition d'[TRADUCTION] « ordonnance réparatoire » contenue dans la loi de l'Alberta [article

[60] The leading modern authority on the meaning of fraudulent concealment is *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), where Lord Evershed, M.R. stated, at page 249, that the phrase covers conduct which, having regard to the special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do to the other. The Supreme Court of Canada adopted this formulation in the context of the fiduciary relationship between the Crown and First Nations in *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335 and parent-child abuse cases in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6.

[61] In this case, the plaintiff asserts that the duty arises from a “special relationship” between immigration officers and those applying for permanent residence in Canada. The defendants deny that any such special relationship exists and contend that it would be incompatible with the duties of an immigration officer to act in the public interest.

[62] In my view, the plaintiff’s claim of fraudulent concealment does not rest on a solid foundation. Where a “special relationship” exists, such as in the case of the fiduciary relationship between the Crown and First Nations, the withholding of information may constitute fraudulent concealment: *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3 (C.A.). But as I conclude below, there was no fiduciary relationship between the parties in this case, there was no duty owed to the plaintiff and the defendants could not, therefore, be in breach for withholding information. Thus, I do not find that the running of the prescription period is suspended by reason of fraudulent concealment.

[63] From the record before me, the significance of the 1989-1990 proceedings did not become apparent until the matter was thoroughly reviewed by the counsel who negotiated the 2002 settlement. They concluded that the immigration officer at the port of entry had erred in reporting Ryszard Paszkowski for an admissibility

1]. Or, c’est exactement ce type d’ordonnance que la demanderesse cherche à obtenir en l’espèce.

[60] L’arrêt de principe moderne sur le sens de la dissimulation frauduleuse est *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), où le maître des rôles, lord Evershed, a dit à la page 249 que l’expression vise une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les deux parties concernées, est fort peu scrupuleuse de la part de l’une envers l’autre. La Cour suprême du Canada a adopté cette formulation dans le contexte du rapport fiduciaire existant entre la Couronne et les Premières nations dans *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, et dans un cas de violence faite à une enfant dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6.

[61] En l’espèce, la demanderesse soutient que l’obligation découle d’une [TRADUCTION] « relation spéciale » qui existerait entre les agents d’immigration et les personnes qui demandent la résidence permanente au Canada. Les défendeurs nient qu’une telle relation existe et soutiennent que celle-ci serait incompatible avec l’obligation des agents d’immigration d’agir dans l’intérêt public.

[62] À mon avis, la prétention de la demanderesse concernant la dissimulation frauduleuse ne repose sur rien de solide. Lorsqu’une [TRADUCTION] « relation spéciale » existe, comme dans le cas du rapport fiduciaire entre la Couronne et les Premières nations, la dissimulation de renseignements peut être frauduleuse : *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.). Mais comme je le conclus plus loin, il n’y avait pas de rapport fiduciaire entre les parties en l’espèce, aucune obligation n’existait en faveur de la demanderesse et, en conséquence, on ne pouvait reprocher aux défendeurs d’avoir dissimulé des renseignements. Aussi, je ne considère pas que le délai de prescription a cessé de courir parce qu’il y a eu dissimulation frauduleuse.

[63] Il ressort du dossier dont je dispose que les avocats ne se sont rendu compte de l’importance des procédures ayant eu lieu en 1989 et en 1990 que lorsqu’ils ont examiné l’affaire en profondeur dans le cadre de la négociation du règlement de 2002. Ils ont conclu que l’agent d’immigration au point d’entrée avait

hearing rather than for a determination of whether he had lost his resident status. That error was compounded by the adjudicator and by Paszkowski's false testimony. But the error was one of law. The material facts were known and were presented to the adjudicator by Lovett Winchester in 1989. The plaintiff cannot now claim that they were discovered only in 2002.

[64] I am unable to accept the plaintiff's assertion that she was not aware of her husband's history prior to the release of her immigration file in March 2003. Her husband had litigated the matter extensively and his story had been published and broadcast widely. Indeed, a book had been written about it by a Member of Parliament. Moreover, she had attended and given evidence at the 1989 hearing at which the facts were disclosed to the immigration adjudicator.

[65] If the plaintiff had a cause of action for the defendants' failure to treat her 1990 application for landing as that of the spouse of a returned permanent resident, the action should have been brought within two years of the decision to reject the application, that is by June 4, 1993.

[66] To the extent that the plaintiff's claims are dependent upon the failure of the defendants to notify her of the change in the law and to then process her prior application, they are, in my view, also statute-barred. The plaintiff contends that she did not learn that the law had changed in 1993 until March 2003 when she gained access to her immigration file. Thus, she submits, the discoverability date for prescription purposes should be the date of the release of that information to her.

[67] There are two difficulties with this contention. The first is that parties are presumed to know the state of the law and to govern themselves accordingly: *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at page 96. This view of the law has been held to apply in a number

commis une erreur en signalant le cas de Ryszard Paszkowski en vue de la tenue d'une audience sur l'admissibilité, et non afin qu'il soit déterminé s'il avait perdu son statut de résident. Cette erreur a été aggravée par l'arbitre et par le faux témoignage de M. Paszkowski. Il s'agit cependant d'une erreur de droit. Les faits substantiels étaient connus et ont été présentés à l'arbitre par Lovett Winchester en 1989. La demanderesse ne peut pas maintenant prétendre qu'ils ont été découverts seulement en 2002.

[64] Je ne peux accepter la prétention de la demanderesse selon laquelle ce n'est que lors de la divulgation de son dossier d'immigration en mars 2003 qu'elle a appris les antécédents de son mari. Ce dernier avait intenté de nombreux recours judiciaires et les médias écrits et électroniques avaient abondamment parlé de son histoire. Un député avait même écrit un livre sur le sujet. En outre, la demanderesse avait assisté et témoigné à l'audience de 1989 au cours de laquelle les faits avaient été révélés à l'arbitre.

[65] Si la demanderesse avait une cause d'action en raison de l'omission des défendeurs de traiter la demande d'établissement qu'elle a déposée en 1990 comme s'il s'agissait d'une demande présentée par la conjointe d'un résident permanent de retour, l'action aurait dû être intentée dans les deux ans suivant la décision de rejeter la demande, soit au plus tard le 4 juin 1993.

[66] Il y a aussi prescription à mon avis si la demanderesse s'appuie sur le fait que les défendeurs ne l'ont pas informée de la modification apportée à la loi et n'ont pas traité ensuite sa demande antérieure. La demanderesse soutient que ce n'est qu'en mars 2003, lorsqu'elle a eu accès à son dossier d'immigration, qu'elle a appris que la loi avait été modifiée en 1993. Aussi, selon elle, la date à compter de laquelle le délai de prescription commence à courir devrait être la date à laquelle elle a pris connaissance de cette information.

[67] Je vois deux problèmes à cette prétention. Premièrement, les parties sont présumées connaître le droit et se conduire en conséquence : *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la page 96. Les tribunaux ont statué que cette présomption s'applique dans

of contexts including the prosecution of regulatory offences (*Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at paragraph 54), criminal law (*R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at paragraph 236) and contracts (*Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro*, [1982] 1 S.C.R. 347; *Thompson and Alix Ltd. v. Smith*, [1933] S.C.R. 172).

[68] The general rule is that a plaintiff is expected to bring a cause of action as soon as reasonably possible. As stated by the Supreme Court in *M. (K.) v. M. (H.)*, at page 30 “plaintiffs are expected to act diligently and not ‘sleep on their rights’”; statutes of limitation are an incentive for plaintiffs to bring suit in a timely fashion.”

[69] The discoverability principle was articulated by the Supreme Court in *Central Trust Company v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147. The Court stated at page 224:

... a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence.

This statement has been adopted by this Court in a number of decisions: *McFarlane v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 1559 (T.D.) (QL), at paragraph 5; *Baron v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 263 (T.D.) (QL), at paragraph 15. Parties can, with minimal diligence, ascertain what the statute law is at any particular point in time. In this case the plaintiff is presumed to have known the state of the law and therefore should have acted more diligently in bringing forward her cause of action within the prescribed period.

[70] The second difficulty is that the plaintiff’s contention is predicated upon the existence of duties on the part of the defendants to inform her of the change in the law in 1993 and to then actively process her 1991 application. As I will discuss further below, I have concluded that the defendants owed no duty to the plaintiff to inform her of the amendment or to reprocess

plusieurs contextes, notamment dans le cadre de poursuites relatives à des infractions réglementaires (*Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, au paragraphe 54), en matière criminelle (*R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, au paragraphe 236) et dans le domaine des contrats (*Hydro Electric Commission of Nepean c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347; *Thompson and Alix Ltd. v. Smith*, [1933] R.C.S. 172).

[68] Selon la règle générale, un demandeur doit intenter une action le plus tôt possible. Comme la Cour suprême l’a dit dans *M. (K.) c. M. (H.)*, à la page 30, « on s’attend à ce que les demandeurs agissent avec diligence et ne “tardent pas à faire valoir leurs droits”; la prescription incite les demandeurs à intenter leurs poursuites en temps opportun ».

[69] La règle relative à la découverte des faits a été formulée par la Cour suprême dans *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147. La Cour suprême a dit à la page 224 :

[. . .] une cause d’action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d’action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l’être s’il avait fait preuve de diligence raisonnable.

La Cour a appliqué cette règle dans plusieurs décisions : *McFarlane c. Canada*, [1997] A.C.F. n° 1559 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 5; *Baron c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 263 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 15. Les parties peuvent, avec un minimum de diligence, vérifier ce que la loi prévoit à un moment donné. En l’espèce, la demanderesse est présumée avoir été au courant de l’état du droit et, par conséquent, elle aurait dû faire preuve d’une plus grande diligence et intenter son action dans le délai prévu par la loi.

[70] Le deuxième problème vient du fait que la prétention de la demanderesse est fondée sur l’existence d’une obligation des défendeurs de l’informer de la modification apportée à la loi en 1993 et de traiter ensuite rapidement sa demande de 1991. Comme je l’expliquerai plus loin, j’ai conclu que les défendeurs n’avaient pas l’obligation d’informer la demanderesse

her application after February 1, 1993.

[71] The plaintiff's remedies, following February 1, 1993, were to either bring an application for judicial review and an order of *mandamus* to compel the defendants to deal with her application or, alternatively, as she ultimately did, to file a fresh landing application. To the extent that her action is based on this theory of liability, it cannot proceed as the clock has long run out.

2. Failure to pursue judicial review remedies

[72] The defendants submit that the plaintiff could have sought leave for judicial review of Mr. Ferguson's June 4, 1991 decision but she did not. Instead, almost 14 years later, over 7 years after her second permanent residence application was provisionally accepted, and over 3.5 years after she was actually landed, she has sued for damages.

[73] Even without the statutory limitation bar, the defendants submit, the plaintiff cannot proceed by way of action because subsection 18(3) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Courts Act* provides exclusively for relief by way of judicial review when impugning a decision by a federal board, commission or other tribunal: *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165 (C.A.) (leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied with costs on December 16, 2004, [2004] 3 S.C.R. xiii).

[74] The invalidity of the June 4, 1991 decision is at the heart of the plaintiff's claim and the relief she seeks depends on the alleged invalidity of that decision, the defendants submit. She can only claim damages if the decision is declared invalid and set aside. The plaintiff cannot circumvent the judicial review process by way of a disguised action.

de la modification ou de traiter à nouveau sa demande après le 1^{er} février 1993.

[71] Les recours qui s'offraient à la demanderesse après le 1^{er} février 1993 étaient les suivants : déposer une demande de contrôle judiciaire et de *mandamus* afin qu'il leur soit enjoint de traiter sa demande ou bien, comme elle a finalement décidé de le faire, déposer une nouvelle demande d'établissement. Son action ne peut se poursuivre si elle est fondée sur cette théorie de la responsabilité car le délai de prescription est expiré depuis longtemps.

2. Le défaut de déposer des demandes de contrôle judiciaire

[72] Les défendeurs soutiennent que la demanderesse aurait pu demander l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par M. Ferguson le 4 juin 1991 et qu'elle ne l'a pas fait. Au lieu de cela, elle a intenté une action en dommages-intérêts près de 14 ans plus tard, plus de sept ans après que sa deuxième demande de résidence permanente eut été provisoirement accueillie et plus de trois ans et demi après avoir obtenu le droit d'établissement.

[73] Les défendeurs prétendent que, même sans l'expiration du délai de prescription, la demanderesse ne peut pas intenter une action parce que le paragraphe 18(3) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit qu'une décision d'un office fédéral ne peut être contestée qu'au moyen d'une demande de contrôle judiciaire : *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée avec dépens le 16 décembre 2004, [2004] 3 R.C.S. xiii).

[74] Selon les défendeurs, l'invalidité de la décision du 4 juin 1991 est au cœur de la thèse de la demanderesse et la réparation qu'elle demande est fondée sur cette prétendue invalidité. La demanderesse ne peut réclamer des dommages-intérêts que si la décision est déclarée invalide et est annulée. Elle ne peut se dérober à la procédure de contrôle judiciaire en intentant une action.

[75] There is no reasonable explanation for the plaintiff's delay in requesting her immigration file or for her failure to seek judicial review and no evidence supporting her plea that she could not discern the facts supporting her cause of action because of her psychological state and claimed "vulnerable position", the defendants argue.

[76] Further, the defendants submit, there is no merit to the plaintiff's assertion that limitations do not apply to Charter claims. There is no Charter-based entitlement to Canadian citizenship and the Charter does not operate retroactively: *Ding v. Canada*, 2005 FC 442, at paragraph 25; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Veleta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 572, at paragraph 72.

[77] The plaintiff submits that she is not required to seek judicial review before making a claim for damages: *Szebenyi v. Canada* (1999), 247 N.R. 290 (F.C.A.). She is not seeking to impugn the validity of the 1991 decision. Rather, her claim is based in damages for the mishandling of her application for landing. She alleges Crown servants wrongly tied her husband's situation to her application.

[78] In *Szebenyi*, the plaintiffs pleaded that the officer had been negligent in handling the application for landing. The Federal Court of Appeal allowed the case to proceed by way of an action. However, the fact that the plaintiffs were seeking damages for mishandling of their file was only one of the considerations. More important, the Court noted, was that no decision had actually been made that could be the subject of judicial review.

[79] The Federal Court of Appeal has recently had occasion to revisit the conclusions it expressed in *Tremblay*, above, in *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R.

[75] Les défendeurs font valoir qu'aucune explication raisonnable du retard de la demanderesse à demander son dossier d'immigration ou de son omission de présenter une demande de contrôle judiciaire n'est donnée, et qu'elle n'a pas démontré qu'elle ne pouvait pas découvrir les faits étayant sa cause en raison de son état psychologique et de sa [TRADUCTION] « vulnérabilité ».

[76] Les défendeurs soutiennent en outre que l'affirmation de la demanderesse selon laquelle les délais de prescription ne s'appliquent pas aux demandes fondées sur la Charte n'a aucun fondement. La Charte ne garantit pas le droit à la citoyenneté canadienne et ne s'applique pas de manière rétroactive : *Ding c. Canada*, 2005 CF 442, au paragraphe 25; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Veleta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 572, au paragraphe 72.

[77] La demanderesse maintient qu'elle n'est pas tenue de présenter une demande de contrôle judiciaire avant d'intenter une action en dommages-intérêts : *Szebenyi c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1453 (C.A.) (QL). Elle ne cherche pas à contester la validité de la décision de 1991. Son action en dommages-intérêts est plutôt fondée sur la manière inadéquate dont sa demande d'établissement a été traitée. Elle prétend que les fonctionnaires ont, à tort, établi un lien entre sa demande et la situation de son mari.

[78] Dans *Szebenyi*, les demandeurs prétendaient que l'agent avait été négligent dans le traitement de leur demande d'établissement. La Cour d'appel fédérale a accepté que l'on procède par action dans cette affaire. Cependant, le fait que les demandeurs réclamaient des dommages-intérêts pour la manière inadéquate dont leur dossier avait été traité était seulement l'un des points à considérer. Fait plus important selon la Cour d'appel, aucune décision pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire n'avait été rendue.

[79] La Cour d'appel fédérale a récemment eu l'occasion de revoir les conclusions qu'elle avait tirées dans *Tremblay*, précité, dans *Canada c. Grenier*, [2006]

287 (F.C.A.). In *Tremblay*, the Court had indicated that, in cases in which the decision giving rise to the harm is still operative at the time the remedy is sought, the aggrieved party cannot make use of an action but must proceed by way of judicial review. Conversely, where the decision which gave rise to the alleged harm is no longer effective at the time, it is possible for the applicant to bring an action claiming damages. Under that theory, the plaintiff could bring an action for damages in this case as the June 5, 1991 decision is no longer operative.

[80] In *Grenier*, above, the Court of Appeal concluded that this distinction was not what had been contemplated by Parliament in giving exclusive jurisdiction to the Federal Court to review the decisions of any federal board, commission or tribunal. Accordingly, a litigant who seeks to impugn a federal agency's decision is not free to choose between a judicial review proceeding and an action in damages; he must proceed by judicial review in order to have the decision invalidated.

[81] In my view, this action for damages is in the nature of a collateral attack on the decision of Mr. Ferguson on June 4, 1991 to deny the plaintiff's application for landing. To succeed in her action, she must establish that this decision was incorrectly made or that the continuing decision not to land her was wrong. Between 1991 and 2001 the plaintiff never sought to challenge the validity of the earlier decisions. Having failed to ask a court to invalidate those decisions by way of applications for judicial review within the time limits fixed by the statute, it would be inappropriate now to allow her to circumvent those requirements by bringing an action for damages.

3. Did the defendants owe the plaintiff a duty of care and did they breach that duty?

[82] The defendants submit that the plaintiff's allegations of public misfeasance and malfeasance are neither proven nor capable of being proved. The

2 R.C.F. 287 (C.A.F.). Dans *Tremblay*, la Cour d'appel avait indiqué que, lorsque la décision causant le préjudice est toujours opérante au moment où la réparation est demandée, la partie lésée doit procéder par contrôle judiciaire et non par action. À l'inverse, lorsque la décision qui a entraîné le préjudice allégué n'est plus opérante au moment où la réparation est demandée, il est possible pour le demandeur d'intenter une action en dommages-intérêts. Ainsi, selon cette théorie, la demanderesse pouvait intenter une action en dommages-intérêts en l'espèce puisque la décision du 5 juin 1991 n'était plus opérante.

[80] Dans *Grenier*, précité, la Cour d'appel a conclu que le législateur n'avait pas envisagé cette distinction lorsqu'il a conféré à la Cour fédérale une compétence exclusive en matière de contrôle des décisions des offices fédéraux. Par conséquent, une partie qui veut contester la décision d'un office fédéral n'est pas libre de choisir entre un contrôle judiciaire et une action en dommages-intérêts; elle doit procéder par contrôle judiciaire pour faire invalider la décision.

[81] À mon avis, la présente action en dommages-intérêts a pour but accessoire de contester la décision de rejeter la demande d'établissement de la demanderesse rendue par M. Ferguson le 4 juin 1991. Pour avoir gain de cause, la demanderesse doit établir que cette décision ou celle de continuer à lui refuser le droit d'établissement était erronée. Entre 1991 et 2001, la demanderesse n'a jamais contesté la validité des décisions prises à son endroit. Comme elle n'a pas demandé à une cour de justice d'invalider ces décisions en déposant des demandes de contrôle judiciaire dans les délais fixés par la loi, il ne conviendrait pas maintenant de lui permettre de se soustraire à ces exigences en l'autorisant à procéder par action en dommages-intérêts.

3. Les défendeurs avaient-ils une obligation de diligence à l'égard de la demanderesse et ont-ils manqué à cette obligation?

[82] Les défendeurs soutiennent que les allégations de faute et de méfait dans l'exercice d'une charge publique de la demanderesse ne sont pas prouvées et ne peuvent

defendant Robert Ferguson had no statutory alternative but to refuse to process the plaintiff's June 5, 1990 application in light of the adjudicator's determination that the husband was criminally inadmissible and the indisputable fact that he was at the material time "present in Canada". The statutory precondition to the plaintiff's admissibility in subsection 46.04(3) of the former *Immigration Act* was not met. At the time of his return to Canada in 1989, Ryszard Paszkowski remained a convicted criminal who was inadmissible under the terms of the statute. He did not then advance a claim to be entitled to return as a landed immigrant known as Robert Fisher.

[83] Mr. Paszkowski was at all relevant times the plaintiff's spouse and Mr. Ferguson correctly concluded from her application that he was a member of her family in Canada within the meaning of subsections 46.04(3) and 46.04(8) of the Act. He was similarly satisfied that Mr. Paszkowski was inadmissible for reasons of criminality.

[84] The defendants further submit that the November 22, 2002 Court order is not relevant to this action because the plaintiff was not a party to that proceeding. The plaintiff is attempting to use the Order to impose a private law duty of care upon the defendants where their duties were public and statutory.

[85] As articulated by the Supreme Court in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, the test for establishing a duty of care involves two stages. At the first stage, the question is whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. The question at the second stage is whether there exist residual policy considerations which justify denying liability.

pas l'être. Compte tenu de la loi, le défendeur Robert Ferguson n'avait pas d'autre option que de refuser de traiter la demande de la demanderesse datée du 5 juin 1990 à cause de la décision rendue par l'arbitre selon laquelle le mari n'était pas admissible au Canada pour des raisons de criminalité et du fait indiscutable qu'il « se trouv[ait] au Canada » à l'époque pertinente. La condition préalable à l'admissibilité de la demanderesse prévue au paragraphe 46.04(3) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* n'était pas remplie. Au moment de son retour au Canada en 1989, Ryszard Paszkowski était toujours un criminel qui avait été déclaré coupable et qui n'était pas admissible suivant la loi. Il n'avait pas alors présenté une demande pour être autorisé à revenir comme résident permanent connu sous le nom de Robert Fisher.

[83] M. Paszkowski était le conjoint de la demanderesse à toutes les époques pertinentes et M. Ferguson a conclu à juste titre de la demande de cette dernière que M. Paszkowski était un membre de sa famille se trouvant au Canada au sens des paragraphes 46.04(3) et 46.04(8) de la Loi. Il était également convaincu que M. Paszkowski n'était pas admissible pour des raisons de criminalité.

[84] Les défendeurs soutiennent également que l'ordonnance rendue par la Cour le 22 novembre 2002 n'est pas pertinente en l'espèce parce que la demanderesse n'était pas partie à la procédure y ayant donné lieu. La demanderesse essaie de se servir de cette ordonnance pour imposer aux défendeurs une obligation de diligence de droit privé, alors qu'ils occupent une charge publique et régie par la loi.

[85] Comme la Cour suprême l'a dit dans *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, la méthode qui sert à déterminer s'il existe une obligation de diligence comporte deux étapes. À la première étape, il faut déterminer si les circonstances révèlent l'existence d'un préjudice raisonnablement prévisible et d'une proximité suffisante pour établir une obligation de diligence *prima facie*. La question à la deuxième étape est de savoir s'il existe des considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation de la responsabilité.

[86] Even if foreseeability has been adequately pleaded by the plaintiff, there must be something additional to establish the requisite proximity of relationship: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2. An examination of the policy of the statute under which officers of the Crown are appointed is to be conducted to determine whether there is the required proximity of relationship to create a statutory duty of care.

[87] In *Premakumaran v. Canada*, 2005 FC 1131 Justice Konrad W. von Finckenstein granted summary judgment in favour of the Crown in part because proximity had not been established in the immigration context. Justice von Finckenstein said at paragraph 25:

In light of the foregoing facts and jurisprudence, I find that nothing would be gained by allowing this issue to proceed to trial. The defendant owes a duty of care to the public as a whole and not to the individual plaintiffs. The plaintiffs cannot be considered a “neighbour” for these purposes and no such relationship should be created between the defendant and individual members of the public. The concept of proximity cannot be interpreted as meaning that everyone who picks up a brochure or reads a poster at the High Commission is a “neighbour”.

[88] In this case, the defendants submit, proximity cannot mean that Crown servants are in a special relationship with Convention refugees applying for landing akin to the concept of “neighbour” referred to by Justice von Finckenstein. The duty of an immigration officer under subsection 46.04(3) of the former *Immigration Act* was to grant landing if the officer was satisfied that neither the applicant nor any of her family in Canada was inadmissible. Based on the evidence before him, Mr. Ferguson’s public statutory duty was to refuse the plaintiff’s June 1990 application.

[89] In *Benaissa v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 1220, Prothonotary Roger R. Lafrenière dealt with the question of a delay in processing an application for permanent residence in the context of an application to

[86] Même si la demanderesse a établi la prévisibilité, cela ne suffit pas pour démontrer la proximité requise : *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2. Il faut examiner le principe de la loi en vertu de laquelle les fonctionnaires sont nommés pour savoir si cette proximité existe et crée une obligation de diligence dans la loi.

[87] Dans *Premakumaran c. Canada*, 2005 CF 1131, le juge Konrad W. von Finckenstein a rendu un jugement sommaire en faveur de la Couronne en partie parce que la proximité n’avait pas été établie dans le contexte de l’immigration. Il a dit au paragraphe 25 :

Au vu des faits et de la jurisprudence précités, j’estime que l’instruction de cette question n’est d’aucune utilité. La défenderesse a une obligation de diligence à l’égard du public en général, mais non pas à l’égard de demandeurs particuliers. Les demandeurs ne peuvent être considérés comme des « voisins » à ces fins et aucune relation de ce genre ne peut être créée entre la défenderesse et les membres du public. Le concept de proximité ne peut être interprété comme signifiant que quiconque prend une brochure ou lit une affiche au haut-commissariat est un « voisin ».

[88] Les défendeurs prétendent en l’espèce que la proximité ne peut pas signifier que les fonctionnaires ont, avec les réfugiés au sens de la Convention qui demandent le droit de s’établir au Canada, une relation spéciale qui ressemblerait à la notion de « voisin » à laquelle le juge von Finckenstein fait référence. L’agent d’immigration avait, en vertu du paragraphe 46.04(3) de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, l’obligation d’accorder l’établissement s’il était convaincu que ni la demanderesse ni un membre de sa famille se trouvant au Canada n’était non admissible. L’obligation que la loi imposait à M. Ferguson en tant que titulaire d’une charge publique était, compte tenu de la preuve dont il disposait, de rejeter la demande présentée par la demanderesse en juin 1990.

[89] Dans *Benaissa c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1220, le protonotaire Roger R. Lafrenière s’est penché sur la question du retard à traiter une demande de résidence permanente dans le contexte d’une

strike the statement of claim. He concluded that, absent evidence of bad faith, gross negligence or undue delay, it would not be just, fair and reasonable for the law to impose a duty of care on those responsible for the administrative implementation of immigration decisions. Imposing a duty of care would hamper the effective performance of the system of immigration control.

[90] This question has recently been thoroughly canvassed by my colleague Justice Luc Martineau in *Farzam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1659, with respect to a claimed duty of care owed by the Crown to an applicant who applied to sponsor his wife to come to Canada from Iran. Due to a series of problems, including errors made by immigration officers abroad, the processing of the application was unduly delayed. The wife ultimately decided to divorce the plaintiff and married another man. Mr. Farzam sued for damages arising from the delay and the alienation of his wife's affections. Justice Martineau found no duty of care existed between the plaintiff and defendant applying the two-step approach articulated by the Supreme Court in *Cooper*, above.

[91] Justice Martineau began from the assumption that at the first stage of the test, the starting point is to determine whether there are any analogous categories of cases in which proximity has previously been recognized: see *Cooper*, above, at paragraph 36. In that matter, as in this, counsel were unable to provide the Court with any case in which the Crown had been held liable in negligence on facts comparable to the plaintiff's claim. In *Farzam*, the plaintiff's claim rested largely on the foreseeability of nervous shock allegedly caused by the negligence of the Crown's servants. At paragraph 93 Justice Martineau said:

While proximity has been recognized in cases where the nervous shock was the foreseeable consequence of an accident caused by the negligence of a defendant, in the present case, it was not reasonably foreseeable that the plaintiff would be harmed in the way he alleges. . . . The damages allegedly

demande de radiation d'une déclaration. Il a conclu que, à défaut de mauvaise foi, de négligence grossière ou de retard injustifié, il ne serait pas juste, équitable ou raisonnable que la loi impose une obligation de diligence à ceux qui sont chargés de la mise en œuvre administrative des décisions en matière d'immigration. Imposer une obligation de diligence entraverait l'efficacité du système de contrôle en matière d'immigration.

[90] Cette question a été récemment examinée de façon approfondie par mon collègue le juge Luc Martineau dans *Farzam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1659, relativement à une prétendue obligation de diligence de la Couronne envers un demandeur qui cherchait à parrainer son épouse afin qu'elle puisse quitter l'Iran pour venir au Canada. De nombreux problèmes avaient retardé indûment le traitement de la demande, notamment des erreurs commises par les agents d'immigration à l'étranger. L'épouse avait finalement décidé de divorcer et d'épouser un autre homme. M. Farzam a intenté une action en dommages-intérêts à cause des retards et du détournement d'affection de son épouse. Appliquant la méthode à deux étapes élaborée par la Cour suprême dans *Cooper*, précité, le juge Martineau a conclu qu'il n'existait pas d'obligation de diligence entre le demandeur et la défenderesse.

[91] Le juge Martineau a commencé par présumer que le point de départ de la première étape de la méthode consiste à déterminer si le lien de proximité a déjà été reconnu dans des cas analogues : voir *Cooper*, précité, au paragraphe 36. Dans cette affaire comme en l'espèce, les avocats ont été incapables d'indiquer à la Cour des décisions dans lesquelles la Couronne avait été reconnue coupable de négligence relativement à des faits comparables à ceux dont il était question dans la demande. Dans *Farzam*, la demande du demandeur reposait largement sur la prévisibilité du choc nerveux qui aurait été causé par la négligence des fonctionnaires. Le juge Martineau a dit au paragraphe 93 :

Bien que le lien de proximité ait été reconnu dans des cas où le choc nerveux subi était la conséquence prévisible d'un accident attribuable à la négligence d'un défendeur, on ne pouvait pas raisonnablement prévoir en l'espèce que le demandeur subirait le genre de préjudice qu'il allègue. [. .]

suffered by the plaintiff from the processing of his wife's file are simply too remote to give rise to the existence of any reasonably foreseeable harm.

[92] Justice Martineau went on to say that even if foreseeability could be established, “[s]ome further ingredient is invariably needed to establish the requisite proximity of relationship between the plaintiff and the defendant” (at paragraph 93). Any relationship between the plaintiff and defendant arose from the implementation of the Canadian immigration policy recognized by statute. He concluded that the *Immigration Act* did not create a strict liability to perform the functions and duties authorized by the statute. A consideration of the statutory framework makes it clear that the requisite proximity in the relationship between the plaintiff and the Crown had not been established so as to give rise to a private law duty of care.

[93] Even if a *prima facie* duty of care had been established by the plaintiff, Justice Martineau found that at the second stage of the analysis, compelling residual policy considerations justify the denial of liability. In Justice Martineau's view, it would not be just, fair and reasonable for the law to impose a duty of care on those responsible for the administrative implementation of immigration policies, absent evidence of bad faith, misfeasance or abuse of process (paragraph 102).

[94] Moreover, Justice Martineau determined that if the decision whether to grant a permanent resident visa to the plaintiff's wife was improperly delayed, the remedy was to make an application for judicial review seeking the issuance of a writ of *mandamus* with leave of a judge of the Federal Court under section 82.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*: see *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 189 (T.D.); *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] 2 F.C. 315 (T.D.).

Les dommages que le demandeur aurait subis à cause du traitement du dossier de sa femme sont simplement trop éloignés pour qu'il existe un préjudice raisonnablement prévisible.

[92] Le juge Martineau a affirmé ensuite que, même si la prévisibilité pouvait être établie, « [i]l faut invariablement un autre élément pour établir le degré d'étroitesse du lien entre le demandeur et le défendeur » (au paragraphe 93). Tout lien entre le demandeur et la défenderesse découlait de la mise en application de la politique canadienne d'immigration qui est reconnue par une loi. Le juge Martineau a conclu que la *Loi sur l'immigration* ne créait pas une obligation stricte d'exécuter les fonctions et les obligations qu'elle autorisait. Il ressort clairement de l'examen du cadre législatif que le lien de proximité requis entre le demandeur et la Couronne n'avait pas été établi de manière à créer une obligation de diligence de droit privé.

[93] Le juge Martineau a indiqué que, même si le demandeur avait établi l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, des considérations de politique résiduelles convaincantes justifient que la Cour écarte toute responsabilité à la deuxième étape de l'analyse. Selon lui, il ne serait pas juste, équitable et raisonnable que la loi impose une obligation de diligence aux personnes chargées de la mise en application administrative des politiques d'immigration, à moins d'une preuve de mauvaise foi, de faute ou d'abus de procédure (au paragraphe 102).

[94] En outre, le juge Martineau a souligné que, si la décision d'accorder un visa de résidente permanente à l'épouse du demandeur avait été retardée indûment, le recours consistait à présenter une demande de contrôle judiciaire sollicitant la délivrance d'un bref de *mandamus* avec l'autorisation d'un juge de la Cour fédérale, en application de l'article 82.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration* : voir *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 189 (1^{re} inst.); *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 2 C.F. 315 (1^{re} inst.).

[95] In this case, I am satisfied that the plaintiff has not established, *prima facie*, that she was owed a duty of care by the immigration officials who dealt with her application for permanent residence. First, it was not reasonably foreseeable that the plaintiff would be harmed in the ways she alleges by the denial of her claim. At the material times, her husband was subject to an enforceable deportation order. Had he been deported, the obstacle to the plaintiff's application would have been removed. The defendants cannot be presumed to have known in 1991 how long it would take to resolve his status. In any event, the plaintiff was free to conduct her affairs as she wished as a Convention refugee under the protection of Canada and was able to continue her education, seek employment and expand her family. The only restriction she faced was the freedom to travel abroad with Canadian travel documents.

[96] The necessary proximity required by the *Anns* test and *Cooper* was not established. At its essence, the relationship between the plaintiff and the defendants arose from the implementation of the immigration policy imposed by the statute and not as a result of any misfeasance committed by the defendants. At the time the decision was made to deny her application, the statute precluded the admissibility of the plaintiff by reason of her husband's criminal conviction. Neither the statute nor common law imposed any duty on the defendants to inform the plaintiff when the law was changed such as to allow her first application to be processed or to file a fresh application.

[97] While the plaintiff has alleged bad faith and misfeasance on the part of the immigration officers, she has not put forward facts upon which the Court could reasonably conclude that there is a triable issue to determine those allegations. It is unquestionable that an error was committed in 1989 when the plaintiff's husband was reported for a hearing under the incorrect provision of the former Act but that error stemmed largely from the choice Ryszard Paszkowski made to stake his claim as a refugee rather than a returning permanent resident. The officers who subsequently dealt

[95] En l'espèce, je suis convaincu que la demanderesse n'a pas établi, *prima facie*, que les agents d'immigration chargés de sa demande de résidence permanente avaient une obligation de diligence à son égard. En premier lieu, il n'était pas raisonnablement prévisible que le rejet de sa demande causerait à la demanderesse le préjudice qu'elle allègue. Son mari était visé par une mesure d'expulsion exécutoire aux époques pertinentes. S'il avait été expulsé, il n'y aurait plus eu d'obstacle à la demande de la demanderesse. On ne peut présumer que les défendeurs savaient en 1991 combien de temps serait nécessaire pour régler la question du statut du mari de la demanderesse. Quoi qu'il en soit, la demanderesse était libre de mener ses affaires comme elle l'entendait en tant que réfugiée au sens de la Convention jouissant de la protection du Canada, et elle était en mesure de poursuivre ses études, de trouver du travail et d'avoir d'autres enfants. La seule restriction avec laquelle elle devait composer était l'impossibilité de voyager à l'extérieur du Canada avec des documents de voyage canadiens.

[96] Le lien de proximité exigé par *Anns* et par *Cooper* n'a pas été établi. La relation entre la demanderesse et les défendeurs découlait essentiellement de l'application de la politique en matière d'immigration imposée par la loi et non d'une faute commise par les défendeurs. À l'époque où sa demande a été rejetée, la loi empêchait l'admissibilité de la demanderesse en raison de la déclaration de culpabilité au criminel de son mari. Ni la loi ni la common law n'imposaient aux défendeurs l'obligation d'informer la demanderesse lorsque la loi a été modifiée de façon à permettre le traitement de sa première demande ou le dépôt d'une nouvelle demande.

[97] Bien qu'elle ait prétendu que les agents d'immigration avaient agi de mauvaise foi et avaient commis une faute, la demanderesse n'a pas présenté de faits sur lesquels la Cour aurait pu raisonnablement s'appuyer pour conclure qu'il y a une question à trancher à cet égard. Il est incontestable qu'une erreur a été commise en 1989 lorsque le cas de son mari a été signalé en vue de la tenue d'une audience en application d'une mauvaise disposition de l'ancienne Loi, mais cette erreur découlait largement de la décision de Ryszard Paszkowski de présenter sa demande en tant que réfugié

with the plaintiff's application for landing did so, in my view, in good faith based on their understanding that Ryszard Paszkowski was an inadmissible convicted criminal.

[98] With regard to the plaintiff's allegations of infringement of her rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the plaintiff's material filed on this motion and the statement of claim do not plead sufficient facts regarding the alleged Charter infringements. With respect to section 15 of the Charter, there are no facts pleaded to support a claim of discrimination based on marital status or gender. All the plaintiff asserts is that she was denied the right to equal benefit of the law because the defendants would not process her application separate from and without considering, the circumstances of her husband. The plaintiff has failed to show how subsection 15(1) of the Charter has been infringed by the application of the statutory provision governing permanent residence applications.

[99] Similarly, the plaintiff has not pleaded facts to establish that any of her section 7 rights were infringed in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice. There is insufficient evidence before me from which to conclude that the Charter rights of the plaintiff have been engaged and are triable issues. The plaintiff has not established a sufficient factual foundation to demonstrate that she could recover damages under section 24: *Chrispen v. Prince Albert (City) Police Department* (1997), 148 D.L.R. (4th) 720 (Sask. Q.B.); *Alford v. Canada (Attorney General)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 228 (S.C.).

CONCLUSION

[100] I am satisfied that there is no genuine issue for trial of the plaintiff's claims within the meaning of subsection 216(1) of the Rules.

[101] Alternatively, applying the test set out in *Granville Shipping*, above, that the plaintiff's case is so doubtful that it deserves no further consideration, I find

plutôt qu'en tant que résident permanent de retour. Les agents qui ont ensuite examiné la demande d'établissement de la demanderesse l'ont fait, à mon avis, de bonne foi et en tenant compte du fait que, à leur connaissance, Ryszard Paszkowski était non admissible en raison de sa déclaration de culpabilité au criminel.

[98] En ce qui concerne les allégations d'atteinte aux droits garantis par la Charte faites par la demanderesse, les faits exposés dans les documents qu'elle a déposés en l'espèce et dans la déclaration ne sont pas suffisants pour étayer ces allégations. Pour ce qui est de l'article 15 de la Charte, aucun fait ne démontre qu'il y a eu discrimination fondée sur la situation de famille ou le sexe. Tout ce que la demanderesse affirme, c'est que son droit au même bénéfice de la loi a été violé parce que les défendeurs n'ont pas traité sa demande sans tenir compte de la situation de son mari. La demanderesse n'a pas démontré cependant comment l'application de la disposition de la loi régissant les demandes de résidence permanente enfreignait le paragraphe 15(1) de la Charte.

[99] La demanderesse n'a pas invoqué non plus de faits établissant que les droits qui lui sont garantis par l'article 7 ont été violés d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Je ne dispose pas d'une preuve suffisante pour conclure que les droits garantis à la demanderesse par la Charte étaient en jeu et qu'il y a une question à trancher à cet égard. La demanderesse n'a pas établi un fondement factuel suffisant pour démontrer qu'elle a droit à des dommages-intérêts en vertu de l'article 24 : *Chrispen v. Prince Albert (City) Police Department* (1997), 148 D.L.R. (4th) 720 (B.R. Sask.); *Alford v. Canada (Attorney General)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 228 (C.S.).

CONCLUSION

[100] Je suis convaincu que les prétentions de la demanderesse ne soulèvent pas de véritable question litigieuse au sens du paragraphe 216(1) des Règles.

[101] Subsidièrement, appliquant le critère établi dans la décision *Granville Shipping*, précitée, selon lequel le succès de la demande de la demanderesse est

that on the whole of the evidence submitted the defendants have established that summary judgment should be granted under subsection 216(3) of the Rules. I am satisfied that the claimed damages were not reasonably foreseeable and that the required proximity of relationship necessary for a duty of care was not established. The defendants were under no obligation to process the plaintiff's application for permanent residence more expeditiously or separate from consideration of her husband's status. The refusal of the plaintiff's application prior to February 1, 1993 was required by operation of law. The plaintiff's remedy after that date was to either file a fresh application for landing or to seek judicial review and *mandamus*. There are no serious issues of credibility that require that this matter go to trial.

[102] In light of the history of this matter and the delays in the processing of the plaintiff's application, I will exercise my discretion to make no order as to costs in favour of the successful parties. Each party shall bear their own costs.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The style of cause is amended to substitute Her Majesty the Queen for the Attorney General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration as defendants.
2. The plaintiff's action is dismissed.
3. Each party shall bear their own costs.

tellement douteux que la demande ne mérite pas d'être examinée davantage, je suis d'avis de conclure, sur la foi de l'ensemble de la preuve, que les défendeurs ont démontré qu'un jugement sommaire devrait être rendu conformément au paragraphe 216(3) des Règles. Je suis convaincu que les dommages-intérêts réclamés n'étaient pas raisonnablement prévisibles et que le lien de proximité sans lequel il n'existe pas une obligation de diligence n'a pas été établi. Les défendeurs n'avaient pas l'obligation de traiter la demande de résidence permanente de la demanderesse plus rapidement ou sans tenir compte du statut de son mari. Avant le 1^{er} février 1993, la loi exigeait que la demande de la demanderesse soit rejetée. Les recours qui s'offraient à la demanderesse après cette date étaient les suivants : déposer une nouvelle demande d'établissement ou présenter une demande de contrôle judiciaire et de *mandamus*. Il n'y a pas en l'espèce de question sérieuse au sujet de la crédibilité qui ne peut être examinée que dans le cadre d'une instruction.

[102] Compte tenu de l'historique de la présente affaire et des retards dans le traitement de la demande de la demanderesse, j'exercerai mon pouvoir discrétionnaire et ne prononcerai aucune ordonnance concernant les dépens en faveur des parties ayant gain de cause. Chaque partie assumera ses propres dépens.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. L'intitulé est modifié de manière à remplacer le procureur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration par Sa Majesté la Reine en qualité de défenderesse.
2. L'action de la demanderesse est rejetée.
3. Chaque partie assumera ses propres dépens.

T-1382-04
2006 FC 976

T-1382-04
2006 CF 976

The Procter & Gamble Company and Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada Inc. (*Applicants*)

The Procter & Gamble Company et La Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada Inc. (*demandereses*)

v.

c.

The Commissioner of Patents (*Respondent*)

Le commissaire aux brevets (*défendeur*)

INDEXED AS: PROCTER & GAMBLE CO. v. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : PROCTER & GAMBLE CO. c. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (C.F.)

Federal Court, Barnes J.—Toronto, June 12; Ottawa, August 15, 2006.

Cour fédérale, juge Barnes—Toronto, 12 juin; Ottawa, 15 août 2006.

Patents — Judicial review of Commissioner of Patent's decision not to change date of reissue of applicants' patent in Patent Office records — Intended date of issuance of patent June 11, 1996 — That date appearing on patent certificate, but patent only actually delivered on June 18, 1996 — Commissioner wrong to conclude delivery of patent certificate to patentee, public not prerequisites to lawful issuance — Patent Act, s. 43 requirements for issuance not met in case at bar — Commissioner ordered to change reissue date of applicants' patent to June 18, 1996 — S. 8 discretionary authority to correct clerical errors discussed — Application allowed.

Brevets — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a refusé de changer la date de redélivrance du brevet des demandereses dans les archives du Bureau des brevets — La date de délivrance prévue du brevet était le 11 juin 1996 — Cette date figure sur le certificat de brevet, mais le brevet a, en fait, seulement été délivré le 18 juin 1996 — Le commissaire a conclu à tort que la délivrance légale du brevet n'était pas subordonnée à la communication au breveté ou au public d'un certificat de brevet — Les conditions énoncées à l'art. 43 de la Loi sur les brevets auxquelles est subordonnée la délivrance n'ont pas été remplies en l'espèce — Le commissaire a reçu l'ordre de changer la date de redélivrance du brevet des demandereses au 18 juin 1996 — Examen du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 8 pour corriger des erreurs d'écriture — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of the Commissioner of Patents' decision refusing to grant the relief sought by the applicants pursuant to section 8 of the *Patent Act* (correction of clerical errors). The applicants were asking the Commissioner to correct the Patent Office records by changing the date of reissue of their patent (Didrocal) from June 11, 1996 to June 18, 1996.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a refusé de prendre la mesure que sollicitaient les demandereses en vertu de l'article 8 de la *Loi sur les brevets* (correction d'erreurs d'écriture). Les demandereses demandaient au commissaire de corriger les archives du Bureau des brevets en changeant la date de redélivrance de leur brevet (Didrocal) du 11 juin 1996 au 18 juin 1996.

The practice of the Patent Office is to issue patent certificates on Tuesdays. Patent certificates are prepared in advance and are postdated to the intended date of release. In the case at bar, the usual practices were not followed. The intended date of issue of the Didrocal patent was June 11, 1996. However, because a new Commissioner had taken office and no certificates were available that day for his signature, it was only actually delivered on the following Tuesday, June 18, 1996.

Le Bureau des brevets remet toujours les certificats de brevet le mardi. Les certificats de brevet sont établis à l'avance et datés par la date où l'on prévoit de les remettre aux brevetés. En l'espèce, la pratique habituelle n'a pas été suivie. On avait l'intention de délivrer le brevet Didrocal le 11 juin 1996. Comme un nouveau commissaire venait d'entrer en fonction et qu'on ne disposait pas pour cette date de formules de certificat portant sa signature, le brevet a seulement été délivré le mardi suivant, soit le 18 juin 1996.

Genpharm Inc., which sought to invalidate the applicants' patent, relied on the reissue date of June 11 to argue that the prohibition proceedings brought by the applicants should be dismissed because the patent had not been submitted to the Minister of Health for registration within 30 days of its reissuance. Genpharm's motion was dismissed and this dismissal was upheld on appeal. Based on Rothstein J.A.'s comments that if the patent was issued on a date other than June 11, 1996, then the date shown on the face of the patent was in error, the applicants applied to the Commissioner to correct the recorded date of issuance.

In his decision, the Commissioner held that his section 8 discretionary authority was not engaged because no error had occurred in "the mechanical process of writing or transcribing" the issue date on the patent certificate. He also found that because the patent certificate bore the intended date of issuance and was listed in the Patent Office records as issuing on that date, no clerical error could have occurred. The Commissioner concluded that the issuance in law of the Didrocal patent did not require it to be delivered or placed in the mail to the applicants or to the public. The Commissioner's decision apparently adopted June 11, 1996, by default, as the date of issuance.

Held, the application should be allowed.

The Commissioner's responsibilities, established by subsection 4(2) of the *Patent Act*, implicitly require that the Patent Office records be maintained accurately, including the accurate recording of the dates of issuance of patents. Although June 11 was the intended date of issuance of the applicants' patent, the required certificate and its proper execution were not in place on that day. The requirements for issuance provided for by section 43 of the Act as it then read were therefore not met at that time. The Commissioner erred in law when he concluded that delivery of a patent certificate to the patentee or to the public were not prerequisites to its lawful issuance. The issuance of a document requires that it be distributed, published or promulgated. This point was implicitly acknowledged by the Patent Office's practice of postdating its patent certificates to the date that they are publicly distributed. The Didrocal patent was published or delivered on June 18, 1996, as it was on that date that all of the formalities were completed and that it could be delivered. As the Commissioner had a legal duty under section 43 of the *Patent Act* to correct the reissue date of the Didrocal patent to June 18, 1996, it was unnecessary for him to consider the matter under his section 8 authority.

Genpharm Inc., qui voulait faire déclarer invalide le brevet des demandereses, a invoqué le 11 juin comme la date de redélivrance pour soutenir que la procédure de prohibition intentée par les demandereses devait être rejetée parce que le brevet n'avait pas été présenté au ministre de la Santé pour inscription au registre dans les 30 jours suivant sa redélivrance. La requête de Genpharm a été rejetée et ce rejet a été confirmé en appel. Se fondant sur l'observation du juge Rothstein, J.C.A., selon laquelle la date paraissant sur le brevet était erronée si le brevet avait été délivré à une date autre que le 11 juin 1996, les demandereses ont demandé au commissaire de corriger la date de délivrance inscrite sur le brevet.

Dans sa décision, le commissaire a statué que l'exercice du pouvoir discrétionnaire lui étant conféré par l'article 8 ne se justifiait pas parce qu'il n'y avait pas eu d'erreur « dans le processus mécanique de rédaction ou de transcription » pour ce qui concerne la date figurant sur le certificat de brevet. Il a aussi conclu qu'il ne pouvait y avoir d'erreur d'écriture puisque le certificat de brevet portait la date de délivrance prévue, qui concordait avec celle enregistrée dans les archives du Bureau des brevets. Le commissaire a conclu que la loi n'exigeait pas que le brevet Didrocal eût été remis ou envoyé par la poste aux demandereses ou mis à la disposition du public. Le commissaire semblait dans sa décision adopter par défaut le 11 juin 1996 comme date de délivrance du brevet.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Les obligations du commissaire énoncées au paragraphe 4(2) de la *Loi sur les brevets* exigent implicitement que les dossiers du Bureau des brevets soient tenus avec exactitude, notamment que les dates de délivrance des brevets soient correctement inscrites et enregistrées. Bien que le 11 juin fût la date prévue pour la délivrance du brevet des demandereses, on ne disposait pas à cette date de la formule de certificat nécessaire dûment signée. Les conditions auxquelles l'article 43 de la *Loi sur les brevets*, tel qu'il était alors libellé, subordonnait la délivrance n'étaient donc pas remplies. Le commissaire a commis une erreur de droit lorsqu'il a statué que la délivrance légale du brevet n'était pas subordonnée à la communication au breveté ou au public d'un certificat de brevet. La délivrance d'un document exige qu'il soit communiqué, rendu accessible ou publié. Le Bureau des brevets reconnaît ce fait implicitement en datant les certificats de brevet par la date où ils seront communiqués ou publiés. Le brevet Didrocal a été publié ou délivré le 18 juin 1996 puisque toutes les formalités ont été accomplies à cette date et il pouvait alors être délivré. Comme le commissaire était tenu en vertu de l'article 43 de la *Loi sur les brevets* de corriger la date de redélivrance du brevet Didrocal en la remplaçant par le 18

juin 1996, il n'était pas nécessaire qu'il examine cette affaire dans le cadre du pouvoir que lui confère l'article 8.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 8.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 4(2), 8 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 27), 25, 43 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health) (2001), 15 C.P.R. (4th) 496; 213 F.T.R. 101; 2001 FCT 1151; affd [2003] 1 F.C. 402; (2002), 216 D.L.R. (4th) 376; 20 C.P.R. (4th) 1; 231 F.T.R. 320; 291 N.R. 339; 2002 FCA 290; *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 4 F.C. 445; (2003), 26 C.P.R. (4th) 180; 233 F.T.R. 189; 2003 FCT 583; affd [2004] 2 F.C.R. 85; (2003), 33 C.P.R. (4th) 193; 313 N.R. 380; 2003 FCA 467; *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 1 F.C. 325; (2001), 14 C.P.R. (4th) 499; 209 F.T.R. 260; 2001 FCT 879; affd in part [2003] 4 F.C. 67; (2003), 24 C.P.R. (4th) 157; 301 N.R. 152; 2003 FCA 121; *Bayer Aktiengesellschaft v. Commissioner of Patents*, [1981] 1 F.C. 656; (1980), 53 C.P.R. (2d) 70 (T.D.).

REFERRED TO:

Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; 2002 SCC 3; *Monsanto Inc. v. Commissioner of Patents*, [1976] 2 F.C. 476; (1976), 28 C.P.R. (2d) 118; 13 N.R. 56 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of a decision of the Commissioner of Patents denying the applicants' request that the date of issuance of its patent be corrected. Application allowed.

APPEARANCES:

Sheila R. Block and *Angela M. Furlanetto* for applicants.
Ian R. Dick for respondent.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 4(2), 8 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 27), 25, 43 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16).
Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, ch. P-4, art. 8.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), 2001 CFPI 1151; conf. par [2003] 1 C.F. 402; 2002 CAF 290; *Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 4 C.F. 445; 2003 CFPI 583; conf. par [2004] 2 R.C.F. 85; 2003 CAF 467; *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 1 C.F. 325; 2001 CFPI 879; conf. en partie par [2003] 4 C.F. 67; 2003 CAF 121; *Bayer Aktiengesellschaft c. Commissaire aux brevets*, [1981] 1 C.F. 656 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES :

Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 84; 2002 CSC 3; *Monsanto Inc. c. Commissaire des brevets*, [1976] 2 C.F. 476 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a rejeté la demande des demandereses en vue de faire corriger la date de délivrance de leur brevet. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Sheila R. Block et *Angela M. Furlanetto* pour les demandereses.
Ian R. Dick pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Torys LLP, Toronto, for applicants and *Dimock Stratton LLP*, Toronto, counsel to applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] BARNES J.: The Procter & Gamble Company and Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada Inc. (referred to collectively as P & G), are the owners of a patent covering a medicinal product sold under the trade names "Didrocal" and "Didronel" (referred to collectively as Didrocal).

[2] Didrocal is prescribed in the treatment of osteoporosis and it works by inhibiting the natural reabsorption of bone. A component of P & G's Didrocal patent is a treatment protocol which enhances its efficacy.

[3] Didrocal is an important product to P & G in Canada. Its particular formulation is the only one of its kind approved for use in Canada in the treatment of osteoporosis and it produces annual revenues here of \$37,000,000.

[4] This application for judicial review is related to a litigation history stretching back to 1999. Much of that earlier litigation involved attempts by a generic pharmaceutical competitor to P & G, Genpharm Inc. (Genpharm), to enter the market with a similar medicinal product for ostensible use in the treatment of illnesses other than osteoporosis. That litigation brought to light a potential problem concerning the date on which the Commissioner of Patents (Commissioner) reissued the Didrocal patent in favour of P & G. P & G contends that its patent was legally reissued on June 18, 1996, but the Commissioner says that the issue date was June 11, 1996. P & G brought this application to compel the Commissioner to correct the Patent Office records to conform with a date of issuance for the Didrocal patent of June 18, 1996.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Torys LLP, Toronto, pour les demandresses et *Dimock Stratton LLP*, Toronto, conseil des demandresses.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BARNES : The Procter & Gamble Company et la Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada Inc. (ci-après désignées collectivement P & G) sont les propriétaires du brevet d'un produit médicinal vendu sous les noms commerciaux de « Didrocal » et « Didronel » (le Didrocal).

[2] Le Didrocal, prescrit dans le traitement de l'ostéoporose, a pour effet de réduire la résorption osseuse naturelle. Le brevet Didrocal comporte un protocole thérapeutique qui augmente l'efficacité de ce médicament.

[3] Le Didrocal est un produit important pour les activités canadiennes de P & G. Sa formulation est la seule de sa catégorie dont l'utilisation dans le traitement de l'ostéoporose soit approuvée au Canada, où ce produit rapporte annuellement à la compagnie quelque 37 millions de dollars.

[4] La présente demande de contrôle judiciaire s'inscrit dans le cadre d'un contentieux remontant à 1999, qui consiste en grande partie dans les efforts déployés par un fabricant de génériques pharmaceutiques concurrent de P & G, Genpharm Inc. (Genpharm), pour entrer sur le marché avec un produit médicinal semblable au Didrocal, mais censément destiné au traitement d'autres maladies que l'ostéoporose. Cette contestation a révélé un problème potentiel concernant la date à laquelle le commissaire aux brevets (le commissaire) a redélivré le brevet Didrocal à P & G. Cette dernière soutient que son brevet lui a été légalement redélivré le 18 juin 1996, tandis que le commissaire affirme que la date de délivrance est le 11 juin 1996. P & G a formé la présente demande afin d'obliger le commissaire à changer du 11 au 18 juin

1996 la date officielle de délivrance du brevet Didrocal dans les archives du Bureau des brevets.

Litigation History

[5] By a decision rendered on October 23, 2001, Justice William McKeown granted an order of prohibition preventing the Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to Genpharm which would have allowed it to market its competing medicine: see *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 496 (F.C.T.D.). That decision was upheld by the Federal Court of Appeal in a decision rendered on July 8, 2002. Justice Marshall Rothstein held that the “evidence is overwhelming” that the proposed Genpharm product would be used in a manner that would infringe P & G’s patent for Didrocal: see *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. 402 (C.A.), at paragraph 50.

[6] Genpharm then brought a fresh legal proceeding in this Court seeking to invalidate P & G’s Didrocal patent. That proceeding was countered by P & G which brought an application for an order of prohibition seeking again to prohibit the Minister of Health from issuing an NOC to Genpharm for its competing product. Genpharm, in turn, brought a preliminary motion for dismissal of P & G’s application, arguing that P & G’s patent had not been submitted to the Minister of Health for registration within 30 days of its reissuance by the Commissioner as required by the NOC Regulations [*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133]. Genpharm’s argument was based upon the recorded issue date for the Didrocal patent of June 11, 1996. P & G contended that the Department of Health registration was timely based upon an actual patent issue date of June 18, 1996.

[7] Genpharm’s motion to dismiss was heard by Justice Johanne Gauthier who held that, on the evidence before her, it was not “plain and obvious” that the P & G patent was not registered on a timely basis with the Minister of Health: see *Procter & Gamble*

Histoire du différend

[5] Par une décision en date du 23 octobre 2001, le juge William McKeown a rendu une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer à Genpharm un avis de conformité (AC) qui lui aurait permis de commercialiser son médicament concurrent : voir *Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2001 CFPI 1151. La Cour d’appel fédérale a confirmé cette décision par un arrêt en date du 8 juillet 2002, où le juge Marshall Rothstein a conclu que la preuve établissait « de façon écrasante » que le produit proposé par Genpharm serait utilisé de manière à contrefaire le brevet de P & G sur le Didrocal; voir *Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. 402 (C.A.), au paragraphe 50.

[6] Genpharm a alors introduit devant notre Cour une nouvelle instance en vue de faire déclarer invalide le brevet de P & G sur le Didrocal. P & G a contesté cette procédure et a formé une demande tendant encore une fois à obtenir une ordonnance qui interdirait au ministre de la Santé de délivrer à Genpharm un AC pour son produit concurrent. Genpharm a riposté en présentant une requête préliminaire en rejet de la demande de P & G, faisant valoir que le brevet de celle-ci n’avait pas été présenté au ministre de la Santé pour inscription au registre dans les 30 jours suivant sa redélivrance par le commissaire, comme le prescrit le Règlement AC [*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133]. Genpharm fondait ce moyen sur la date de délivrance du brevet Didrocal consignée aux archives, soit le 11 juin 1996. P & G soutenait quant à elle avoir présenté son brevet pour inscription au registre dans le délai prescrit, la date effective de sa délivrance étant le 18 juin 1996.

[7] La requête en rejet de Genpharm a été entendue par la juge Johanne Gauthier, qui a conclu que, vu la preuve dont elle disposait, il n’apparaissait pas « de manière claire et manifeste » que le brevet de P & G n’eût pas été inscrit auprès du ministre de la Santé dans

Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health), [2003] 4 F.C. 445 (T.D.), at paragraph 51. Justice Gauthier went on to observe that it was clear that the P & G patent was not issued by the Patent Commissioner on the date ascribed on the face of the patent certificate (June 11, 1996). That date, she said, was recorded through an admitted clerical error by someone at the Patent Office (paragraph 48). In the result, she dismissed Genpharm's motion to dismiss P & G's NOC prohibition application.

[8] Genpharm appealed Justice Gauthier's decision. Although the majority of the Federal Court of Appeal maintained the dismissal of Genpharm's motion, they did so for a different reason than the one given by Justice Gauthier. In writing for the majority (Justice John Evans dissenting), Justice Rothstein held that Genpharm's argument was precluded by the operation of the doctrine of issue estoppel. He ruled that Genpharm should have raised the alleged NOC registration irregularity in its previous litigation with P & G and, by failing to do so, it was precluded from litigating the issue in a subsequent proceeding. Notwithstanding this holding, Justice Rothstein went on to address the question of when the Patent Commissioner had issued the P & G patent. He held in *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2004] 2 F.C.R. 85 (F.C.A.), as follows at paragraphs 11 to 15:

The learned Motions Judge was troubled by a concern that it was not clear when the patent certificates bearing the name of the new Patent Commissioner were delivered to the Patent Office or when the signature of the Commissioner and the seal of the Patent Office were affixed to the '376 patent. This concern arose out of a letter written by the Patent Office on June 27, 1996. The letter states:

Re: June 11 1996 Patent Issue

Mr. Anthony McDonough has recently been appointed Commissioner of Patents. Therefore new patent grant

le délai prescrit : voir *Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 4 C.F. 445 (1^{re} inst.), au paragraphe 51. La juge Gauthier poursuivait en faisant observer qu'il était clair que le commissaire aux brevets n'avait pas délivré le brevet de P & G à la date figurant sur le certificat de brevet (soit le 11 juin 1996). Cette date, constate-t-elle au paragraphe 48, a été inscrite par suite d'une erreur d'écriture que le Bureau des brevets admettait avoir commise. En conséquence, elle a rejeté la requête de Genpharm en rejet de la demande en interdiction de délivrer un AC présentée par P & G.

[8] Genpharm a appelé de la décision de la juge Gauthier. La majorité de la Cour d'appel fédérale (le juge John Evans étant dissident) a confirmé le rejet de la requête de Genpharm, mais en se fondant sur un motif différent de celui de la juge Gauthier. Le juge Rothstein, s'exprimant au nom de la majorité, a constaté que Genpharm se trouvait empêchée d'invoquer ce moyen en vertu de la règle de la préclusion pour même question en litige. Il a conclu que Genpharm aurait dû invoquer l'irrégularité supposée de la présentation pour inscription au registre sous le régime du Règlement AC dans l'instance précédente qui l'avait opposée à P & G, et que, ne l'ayant pas fait, elle se trouvait précluse de remettre cette question en litige dans une instance ultérieure. Malgré cette conclusion, le juge Rothstein a néanmoins examiné la question de savoir quand le commissaire aux brevets avait délivré le brevet de P & G. Il a formulé à ce sujet les conclusions suivantes aux paragraphes 11 à 15 de *Compagnie Pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2004] 2 R.C.F. 85 (C.A.F.) :

La juge des requêtes s'inquiétait du fait qu'on ne savait pas trop à quel moment avaient été délivrés au Bureau des brevets les certificats portant le nom du nouveau commissaire aux brevets, et à quelle date remontaient en [*sic*] la signature du commissaire de même que le sceau du Bureau des brevets apposés tous deux sur le brevet '376. Son inquiétude a été suscitée par une lettre écrite par le Bureau des brevets le 27 juin 1996, laquelle est rédigée comme suit :

[TRADUCTION] Objet : La question du brevet portant la date du 11 juin 1996

M. Anthony McDonough a récemment été désigné commissaire aux brevets. En conséquence, de nouveaux

certificates had to be printed. Due to printing delays, June 11 1996 patents were mailed on June 18 1996. We are sorry for any inconvenience this delay may have caused.

It appears that the Motions Judge was of the view that because of printing delays, the signature of the Patent Commissioner and the seal of the Patent Office may not have been affixed to the '376 patent until June 18, 1996. On that basis, Genpharm failed to satisfy her that the '376 patent was not submitted to the Minister for inclusion on the Patent Register within 30 days of its issue.

As I have stated, as a matter of law, the date on which the '376 patent was issued was the date shown on the face of the patent. It was not open to the Motions Judge to go behind what is stated on the face of the patent.

If, in fact, the patent was issued on a date other than June 11, 1996, then the date shown on the face of the patent was in error. However, if so, the proper remedy was for P&G to request the Patent Office to correct the error.

Any other interpretation would create uncertainty with respect to the issue date, something section 43 was intended to avoid. Under the regime applicable to patents applied for before October 1, 1989, the issue date was of great significance because the duration of such patents was 17 years from the date of issue. That is no longer the case for patents applied for on or after October 1, 1989, in which case the duration of the patent is 20 years from the date of filing of the application. However, patents applied for before October 1, 1989 are still extant and, therefore, the issue date remains significant for those patents. As well, there are undoubtedly other reasons, including the provisions of subsection 4(5) (now 4(4)) of the Regulations, that the issue date of a patent remains significant.

The point is that Parliament intended section 43 to create certainty regarding the issue date by providing that, as a matter of law, the issue date is the date shown on the face of the patent. In this case, that date was June 11, 1996. [Emphasis added.]

[9] In furtherance to Justice Rothstein's observation, P & G applied to the Commissioner to correct the recorded date of issuance of its Didrocal patent from June 11, 1996 to June 18, 1996. P & G sought this relief pursuant to section 8 [as am. by S.C. 1993 c. 15, s. 27] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended which states:

certificats de délivrance ont dû être imprimés. En raison des délais d'impression, les brevets portant la date du 11 juin 1996 ont été postés le 18 juin 1996. Nous regrettons tout inconvénient entraîné par ce retard.

À cause des délais d'impression, il semble que la juge des requêtes était d'opinion que la signature du commissaire aux brevets ainsi que le sceau du Bureau des brevets n'avaient peut-être pas été apposés sur le brevet '376 avant le 18 juin 1996. Pour cette raison, Genpharm n'a pas réussi à la convaincre que le brevet '376 n'a pas été présenté au ministre pour inscription au registre des brevets dans les 30 jours de sa délivrance.

En droit, comme je l'ai énoncé précédemment, la date à laquelle le brevet '376 a été délivré est la date mentionnée au brevet. Il n'appartenait pas à la juge des requêtes d'aller au-delà de ce qui était mentionné sur le brevet.

Si, en fait, le brevet a été délivré à une autre date que le 11 juin 1996, alors la date mentionnée sur le brevet était une erreur. Toutefois, si tel était le cas, la réparation appropriée pour P & G aurait été de demander au Bureau des brevets de corriger l'erreur.

Toute autre interprétation créerait de l'incertitude en ce qui a trait à la date de délivrance, alors que l'article 43 était justement destiné à éviter cet état de choses. Sous le régime applicable aux brevets présentés avant le 1^{er} octobre 1989, la date de délivrance est lourde de conséquences puisque la durée de tels brevets est de 17 ans à partir de cette date. Ce n'est plus le cas pour les brevets présentés le ou après le 1^{er} octobre 1989; en effet, pour ces brevets, la durée est de 20 ans à partir de [la] date de présentation de la demande. Toutefois, il existe encore des brevets qui ont été présentés avant le 1^{er} octobre 1989 et donc la date de délivrance demeure importante pour ceux-ci. De la même façon, il y a sans doute d'autres raisons pour lesquelles la date de délivrance demeure importante, notamment les dispositions du paragraphe 4(5) (maintenant 4(4)) du Règlement.

En fait, avec l'article 43, le législateur entendait fixer avec certitude la date de délivrance en prévoyant que, en droit, la date de délivrance est la date mentionnée sur le brevet. En l'espèce, la date était le 11 juin 1996. [Non souligné dans l'original.]

[9] Se fondant sur l'observation du juge Rothstein, P & G a demandé au commissaire de corriger la date de délivrance inscrite sur le brevet Didrocal, soit le 11 juin 1996, en la remplaçant par le 18 juin 1996. Elle a exercé ce recours sous le régime de l'article 8 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 27] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, modifiée, qui est libellé comme suit :

8. Clerical errors in any instrument of record in the Patent Office do not invalidate the instrument, but they may be corrected under the authority of the Commissioner.

By letter dated June 23, 2004, the Commissioner advised P & G that its request for a correction to the date of issuance of the Didrocal patent was denied. Because the Commissioner's decision is the subject of this application for judicial review, I have reproduced it below in full:

June 23, 2004
Ms. Kimberley Lachaine
Kirby Eades Gale Baker
Box 3432 Stn D
Ottawa ON K1P 6N9

Dear Ms. Lachaine:

Thank you for your letter of February 13, 2004 regarding Canadian patent no. 1,338,376 ("the '376 patent"). You have requested that the reissue date on both the certificate of reissue and the cover page of this patent be changed from June 11, 1996 to June 18, 1996 and that this be done pursuant to section 8 of the Patent Act ("the Act").

Section 8 of the Act provides that "clerical errors in any instrument of record in the Patent Office . . . may be corrected under the authority of the Commissioner." A clerical error was accepted by Mr. Justice Mahoney in *Bayer Aktiengesellschaft v. Commissioner of Patents* [(1980), 53 C.P.R. (2d) 70] as an error which results from a "mechanical process of writing or transcribing."

You state in your letter that the reissue certificate of the '376 patent is dated June 11, 1996 and that it should be dated June 18, 1996. If the date of June 11 is the result of a section 8 clerical error, then the error must have been made in the "mechanical process of writing or transcribing". However, there is no evidence that this was the case. Rather, the evidence would indicate that the date of June 11, 1996 was the date that was intended for the '376 patent's reissue certificate. Indeed, the June 11, 1996 issue of the Canadian Patent Office Record lists the '376 patent as issuing on that date.

Your letter states, in reference to the *Bayer* decision, that "the significance of the error in terms of consequences if corrected (or not corrected) was an irrelevant consideration." While the consequences of correcting or not correcting an error are irrelevant in determining whether an error is a clerical error

8. Un document en dépôt au Bureau des brevets n'est pas invalide en raison d'erreurs d'écriture; elles peuvent être corrigées sous l'autorité du commissaire.

Par lettre en date du 23 juin 2004, le commissaire a avisé P & G du rejet de sa demande de correction de la date de délivrance du brevet Didrocal. Comme la décision que porte cette lettre est l'objet même de la présente demande de contrôle judiciaire, j'en reproduis ci-dessous le texte intégral :

[TRADUCTION]

Le 23 juin 2004
Madame Kimberley Lachaine
Kirby Eades Gale Baker
C.P. 3432, succ. D
Ottawa (Ontario) K1P 6N9

Madame,

J'ai bien reçu votre lettre du 13 février 2004 concernant le brevet canadien n° 1338376 (ci-après désigné « brevet '376 »). Vous y demandiez que la date de redélivrance figurant sur le certificat de redélivrance et sur la page couverture de ce brevet, soit le 11 juin 1996, soit remplacée par le 18 juin 1996, sous le régime de l'article 8 de la *Loi sur les brevets* (ci-après désignée « la Loi »).

L'article 8 de la Loi dispose que des « erreurs d'écriture » entachant « [u]n document en dépôt au Bureau des brevets [...] peuvent être corrigées sous l'autorité du commissaire ». L'erreur d'écriture a été définie par le juge Mahoney dans *Bayer Aktiengesellschaft c. Commissaire des brevets* [(1980), 53 C.P.R. (2d) 70] comme une erreur commise « dans le processus mécanique de rédaction ou de transcription ».

Vous déclarez dans votre lettre que le certificat de redélivrance du brevet '376 devrait être daté du 18 juin 1996 au lieu du 11 juin 1996. Pour que l'inscription de la date du 11 juin constitue une erreur d'écriture au sens de l'article 8, cette erreur doit avoir été commise « dans le processus mécanique de rédaction ou de transcription ». Or rien ne donne à penser que tel ait été le cas. Les faits indiquent plutôt que la date du 11 juin 1996 était bel et bien la date qu'on avait l'intention d'inscrire sur le certificat de redélivrance susdit. C'est ainsi que le numéro du 11 juin 1996 de la *Gazette du Bureau des brevets* porte bien que le brevet 376 a été délivré à cette date.

Vous écrivez dans votre lettre, à propos de la décision *Bayer*, que « l'importance de l'erreur du point de vue des conséquences de sa correction (ou de sa non-correction) n'était pas un facteur pertinent ». S'il est vrai que les conséquences de la correction ou de la non-correction ne sont

within the meaning of section 8, the consequences do have a bearing in the context of the Commissioner's "discretion". As Mr. Justice Mahoney stated in *Bayer*,

Section 8 provides that clerical errors . . . may be corrected by certificate under the authority of the Commissioner. 'May' is permissive; it is not directory nor mandatory. There is nothing in the circumstances contemplated by s. 8 that would lead me to conclude that the respondent is obliged to issue a certificate of correction once he determines that what is sought to be corrected is a clerical error. It is his discretion to do so. [Emphases in original.]

In *Bristol-Myers Squibb Co. v. Commissioner of Patents* [(1997) 77 C.P.R. (3d) 300], Mr. Justice Pinard affirmed the Commissioner's discretion in making a correction under section 8. In this case, the Commissioner decided not to make a section 8 correction even though it was accepted that there was an error which was clerical in nature in an instrument of record in the Patent Office. The Commissioner reasoned that correcting the error might have prejudiced third parties.

You have stated that "correcting" the reissue date of the '376 patent "will have no impact on the term of the patent" and "there will be no extension of patent rights". However, if the reissue date is changed, there may still be potential for third parties to be prejudiced for example as a result of a change in the time limit that would apply under subsection 4(4) of the Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulation. Had I been convinced that your request constituted a section 8 correction, I would have needed to consider whether this is an appropriate case for me to exercise my discretion to make a correction under section 8 taking into account the potential for prejudice to third parties.

You have referred to a Patent Office letter dated June 27, 1996 which states that "[d]ue to printing delays, June 11, 1996 patents were mailed on June 18, 1996." The letter does not say when the issue certificates were signed and sealed but only when they were mailed. You have also cited a Commissioner's Decision dated October 14, 1996 which includes a number of steps which the Commissioner takes in respect of the issuance of a patent. The decision states that these include the signing and sealing of a patent and its delivery to a patentee. Section 43 of the Patent Act as it read on June 11, 1996 states that "every patent granted under this Act shall be issued under the signature of the Commissioner and the seal of the Patent Office . . .". The Act does not state that a patent is not issued until it has been delivered to a patentee, or placed in the mail

pas pertinentes s'agissant d'établir si l'erreur est une erreur d'écriture au sens de l'article 8, ces conséquences sont néanmoins à prendre en considération dans le contexte du pouvoir discrétionnaire du commissaire (qui est « libre » de la corriger ou non). Pour reprendre les termes du juge Mahoney dans *Bayer* :

L'article 8 prévoit que « les erreurs d'écriture . . . peuvent être corrigées au moyen d'un certificat sous l'autorité du commissaire ». Le terme « peuvent » signifie que cela est facultatif, et non pas impératif ou obligatoire. Rien dans l'article 8 ne me permet de conclure que l'intimé est tenu de délivrer un certificat de correction lorsqu'il constate que la correction demandée concerne une erreur d'écriture. Il est libre de le faire ou de ne pas le faire. [Soulignement dans l'original.]

Dans *Bristol-Myers Squibb Co. c. Commissaire aux brevets* [(1997) 77 C.P.R. (3d) 300], le juge Pinard a confirmé le pouvoir discrétionnaire que possède le commissaire d'effectuer ou non une correction sous le régime de l'article 8. Dans cette affaire, le commissaire avait décidé de ne pas apporter de correction sous ce régime même s'il reconnaissait l'existence d'une erreur d'écriture dans un document en dépôt au Bureau des brevets, parce qu'il pensait que la correction de cette erreur pourrait porter préjudice à des tiers.

Vous écrivez que « la correction » de la date de redélivrance du brevet '376 « n'aura pas d'effet sur la durée du brevet » et « ne prolongera pas les droits de brevet ». Il reste cependant que le changement de la date de redélivrance pourrait porter préjudice à des tiers, par exemple du fait que commencerait à courir à une autre date le délai prévu au paragraphe 4(4) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Si vous m'aviez convaincu que votre demande avait pour objet une correction relevant de l'article 8, il m'aurait néanmoins fallu examiner le point de savoir s'il convenait que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire de correction sous le régime de l'article 8, compte tenu de la possibilité de préjudice à des tiers.

Vous citez une lettre du Bureau des brevets en date du 27 juin 1996 portant que « [e]n raison de retards dus à l'impression, les brevets du 11 juin 1996 ont été postés le 18 juin 1996 ». Cette lettre ne dit pas quand les certificats de délivrance ont été signés et scellés, mais seulement quand ils ont été mis à la poste. Vous citez également une décision du commissaire en date du 14 octobre 1996 où sont énumérées un certain nombre de mesures que le commissaire prend relativement à la délivrance d'un brevet, dont sa signature, l'apposition du sceau et sa remise au breveté. L'article 43 de la *Loi sur les brevets*, dans la version qui était en vigueur au 11 juin 1996, disposait que « le brevet accordé sous le régime de la présente loi est délivré sous la signature du commissaire et le sceau du Bureau des brevets ». La Loi ne porte pas que le brevet n'est

for delivery. While making a patent available to a patentee may be an administrative step which the Commissioner performs, the actual issuance of a patent does not depend on this step.

If the '376 patent's reissue certificate was not signed and sealed on June 11, 1996, it is impossible to say at this time, eight years after the fact, on what day between June 12 and June 18, 1996, it was signed and sealed. However, I am of the opinion that the point is moot since I have decided that the change you have requested cannot be made under section 8 of the Act and I have no other authority under the Act to make such a change.

Therefore, I cannot grant your request to change the date on the reissue certificate or cover page of the '376 patent.

Yours sincerely,

David Tobin

Commissioner of Patents, Registrar of Trade-marks, and Chief Executive Officer

It is from the above decision that P & G seeks judicial relief in the form of an order quashing the Commissioner's decision and directing him to correct the issue date for the Didrocal patent to June 18, 1996. In the alternative, P & G asks that the matter be referred back to the Commissioner for a redetermination in accordance with the requirements of section 8 of the *Patent Act*.

Background Facts

[10] The material facts which bear on the question of when the Didrocal patent was issued are not in dispute, albeit that some of inconsequential detail have been lost through the passage of time.

[11] The record discloses that P & G's request for a reissuance of its Didrocal patent was handled in accordance with the usual practices of the Patent Office up to the point where the patent certificate was to be completed. With very few exceptions (e.g. Christmas) patents are always delivered on Tuesdays. A patent may be ready for issuance or reissuance (in the sense that all of the required execution formalities have been completed), but the Patent Office considers the date of

pas délivré tant qu'il n'a pas été remis au breveté ou ne lui a pas été expédié par la poste. S'il est vrai que le fait de mettre le brevet à la disposition du breveté est une mesure administrative que prend le commissaire, la délivrance proprement dite du brevet ne dépend pas de cette mesure.

Si le certificat de redélivrance du brevet '376 n'a pas été signé et scellé le 11 juin 1996, il est impossible de savoir aujourd'hui, huit ans après le fait, à quelle date il l'a été entre les 12 et 18 juin 1996. Cependant, cette question est à mon sens dénuée d'objet, puisque j'ai décidé que le changement que vous avez demandé ne peut être fait sous le régime de l'article 8 et qu'aucune autre disposition de la Loi ne m'habilite à le faire

Par conséquent, je ne puis accueillir votre demande de changement de la date figurant sur le certificat de redélivrance et la page couverture du brevet '376.

Veillez agréer, Madame, mes sincères salutations.

David Tobin

Commissaire aux brevets, Registraire des marques de commerce et président de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada

C'est à l'égard de la décision formulée dans cette lettre que P & G demande une réparation judiciaire sous forme d'une ordonnance l'annulant et enjoignant au commissaire de remplacer le 11 juin 1996 par le 18 juin 1996 comme date de délivrance du brevet Didrocal. Subsidiairement, P & G demande que l'affaire soit renvoyée au commissaire pour un nouvel examen conforme à l'article 8 de la *Loi sur les brevets*.

Le contexte factuel

[10] Les faits substantiels relatifs à la question de savoir quand le brevet Didrocal a été délivré ne sont pas contestés, encore que certains détails sans conséquence ne puissent être établis à cause du temps écoulé.

[11] Le dossier montre que le Bureau des brevets a administré la demande de redélivrance du brevet Didrocal conformément à ses pratiques habituelles jusqu'au moment où devait être établi le certificat de brevet. À quelques très rares exceptions près (Noël par exemple), les brevets sont toujours remis à leurs titulaires le mardi. Même si le brevet est prêt avant pour la délivrance ou la redélivrance (au sens où toutes les formalités nécessaires ont été remplies), le Bureau des

issuance to be the Tuesday on which the patent is made available to the patentee and publicly distributed. Thus, in the ordinary course, patent certificates are prepared in advance and are post-dated to the intended date of release.

[12] The process for issuing patents which the Patent Office follows is usually very efficient and regular. In 1996, the legal formalities described in section 43 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16] of the *Patent Act* required that a patent certificate be prepared and executed by the Commissioner under the seal of the Patent Office. In the case of the Didrocal patent, however, the usual practices were not followed. It is undisputed that this patent was intended to be issued on June 11, 1996, but because a new Commissioner had taken office no certificates were available that day bearing his signature. In the result, new patent certificates were obtained, executed and sealed on or around Monday, June 17, 1996. One of these was the Didrocal patent certificate. All of the patent certificates that were intended to be issued on Tuesday, June 11, 1996 were then actually ready for pickup or mailed out on Tuesday, June 18, 1996. Those certificates bore the date of the original intended day of issuance of June 11, 1996 and not the date of actual dissemination to the patentees, including P & G.

Issue

[13] The issue before me is whether the Commissioner erred in refusing to amend the recorded date of issuance of the Didrocal patent from June 11, 1996 to June 18, 1996. To decide that question, it is first necessary to understand the basis for the Commissioner's decision and then to apply the functional and pragmatic test to identify the appropriate standard of review.

Analysis

[14] Although the Commissioner's letter of June 27, 2004 describes at some length the legal principles which he believed were applicable to the exercise of his discretion to correct clerical errors in accordance with section 8 of the *Patent Act*, it is clear that he did not

brevets considère comme la date de délivrance celle du mardi où il est mis à la disposition de son titulaire et du public. Donc, normalement, les certificats de brevet sont établis à l'avance et datés par la date où l'on prévoit de les remettre aux brevetés.

[12] La procédure de délivrance des brevets que suit le Bureau des brevets est en général très efficace et très régulière. En 1996, l'article 43 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16] de la *Loi sur les brevets* exigeait, entre autres formalités, que le certificat de brevet soit établi et signé par le commissaire et porte le sceau du Bureau des brevets. Dans le cas du brevet Didrocal, cependant, on n'a pas suivi la pratique habituelle. Il n'est pas contesté qu'on avait l'intention de délivrer ce brevet le 11 juin 1996, mais comme un nouveau commissaire venait d'entrer en fonction, on ne disposait pas pour cette date de formules de certificat portant sa signature. En fin de compte, on a pu se procurer de nouvelles formules de certificat, qui ont été signées et scellées le ou vers le lundi 17 juin 1996. Le certificat du brevet Didrocal était un de ces documents. Tous les certificats de brevet qu'on avait prévu de délivrer le mardi 11 juin 1996 ont ainsi en fait été mis à la disposition des brevetés ou leur ont été expédiés par la poste le mardi 18 juin 1996. Or ces certificats portaient la date où l'on avait prévu de les délivrer, soit le 11 juin 1996, et non celle de leur remise ou de leur envoi effectifs aux brevetés, dont P & G.

La question en litige

[13] La question dont je suis saisi est celle de savoir si le commissaire a commis une erreur en refusant d'inscrire le 18 juin 1996, en remplacement du 11 juin 1996, comme date de délivrance du brevet Didrocal. Pour trancher cette question, il faut d'abord comprendre les motifs de la décision du commissaire, puis appliquer le critère fonctionnel et pragmatique afin d'établir la norme de contrôle applicable.

Analyse

[14] Bien que sa lettre du 27 juin 2004 expose de manière passablement détaillée les principes juridiques qu'il estimait applicables à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de corriger les erreurs d'écriture sous le régime de l'article 8 de la *Loi sur les brevets*, il est

attempt to exercise that discretion. Instead, he decided that his section 8 authority was not engaged because no error had occurred in “the mechanical process of writing or transcribing” the issue date on the patent certificate. His letter indicated, as well, that because the patent certificate bore the intended date of issuance and was listed in the Patent Office records as issuing on that date, no clerical error could have occurred. Although the letter acknowledged that the Didrocal patent was not delivered on June 11, 1996, the Commissioner concluded that its issuance in law did not require it being delivered or placed in the mail to P & G or to the public.

[15] The Commissioner’s decision appears to adopt June 11, 1996, by default, as the date of issuance of the Didrocal patent because he was not able to ascertain when the certificate was actually signed and sealed. It is obvious from the record, however, that he knew that the formalities for completing the patent certificate were not in place on June 11, 1996. In the end, he simply declined to apply section 8 and concluded that no other authority existed under the *Patent Act* to permit corrections of this type.

[16] The Commissioner’s decision turned on a point of legal interpretation going to the root of his statutory authority. He did not exercise his statutory discretion or apply the facts to the law but determined, instead, that he had no authority to grant the relief requested of him.

[17] The pragmatic and functional approach requires that I consider four contextual factors:

1. the purposes of the legislation and the provision under consideration;
2. the expertise of the tribunal relative to that of the Court on the issuing question;

évident que le commissaire n’a pas essayé d’exercer ce pouvoir. Il a plutôt décidé que ne se justifiait pas l’exercice du pouvoir lui étant conféré par l’article 8, au motif qu’il n’y avait pas eu d’erreur « dans le processus mécanique de rédaction ou de transcription » pour ce qui concerne la date figurant sur le certificat de brevet. Il ajoutait dans sa lettre qu’il ne pouvait y avoir eu erreur d’écriture puisque le certificat de brevet portait la date de délivrance prévue, qui concordait par ailleurs avec celle enregistrée dans les archives du Bureau des brevets. Tout en reconnaissant dans sa lettre que le brevet Didrocal n’avait pas été mis à la disposition du breveté le 11 juin 1996, le commissaire concluait que la loi n’exigeait pas, pour qu’il fût considéré comme délivré, qu’il eût été remis ou envoyé par la poste à P & G ou mis à la disposition du public.

[15] Le commissaire semble dans sa décision adopter par défaut le 11 juin 1996 comme date de délivrance du brevet Didrocal, du fait qu’il ne peut établir avec certitude quand le certificat a été effectivement signé et scellé. Il ressort cependant à l’évidence du dossier qu’il savait que les conditions administratives de l’établissement du certificat de brevet n’étaient pas réunies le 11 juin 1996. En fin de compte, il a tout simplement refusé d’appliquer l’article 8 et a conclu que la *Loi sur les brevets* ne lui conférait pas d’autre pouvoir en vertu duquel il aurait pu apporter des corrections de cette nature.

[16] La décision du commissaire repose sur un point d’interprétation du droit qui influe fondamentalement sur la définition du pouvoir que lui confère la *Loi sur les brevets*. Il n’a pas exercé la faculté que lui donne cette dernière ni n’en a appliqué les dispositions aux faits, mais il a plutôt conclu qu’il n’était pas revêtu du pouvoir de prendre la mesure qu’on lui demandait.

[17] L’approche pragmatique et fonctionnelle exige que je prenne en considération quatre facteurs contextuels :

1. les objets du régime législatif et de la disposition considérés;
2. l’expertise de l’instance administrative par rapport à celle de la Cour touchant la question de la délivrance;

3. the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; and

4. the nature of the question (law, fact or mixed fact and law).

[18] The Commissioner's decision declining to amend the issuance date for the Didrocal patent concerned an administrative function of the sort considered in *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 1 F.C. 325 (T.D.). In that decision, Justice Eleanor Dawson carried out a pragmatic and functional analysis of a decision made by the Commissioner and held that the standard of review was one of correctness. That aspect of her decision was later upheld on appeal: see *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2003] 4 F.C. 67 (C.A.).

[19] I would add that in this case the question decided by the Commissioner involved a legal interpretation which was determinative of his authority under section 8 of the Act. It was also not a question at the core of any special expertise or which raised a number of competing policy considerations. In such cases, correctness is inevitably the appropriate standard of review: see *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 24.

[20] I would add that both parties accept that correctness is the appropriate standard of review for the issues raised on this application.

[21] Having regard to the authorities cited above, I will apply a standard of review of correctness.

[22] In 1996, the legislation which was applicable to the processing of the Didrocal patent was the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4. Section 43 did not define when a patent would legally issue, but it did establish the

3. la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel d'origine législative;

4. la nature de la question (de droit, de fait ou mixte).

[18] La décision du commissaire de refuser de changer la date de délivrance du brevet Didrocal relève d'une fonction administrative de la nature de celle examinée dans *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 1 C.F. 325 (1^{re} inst.). Dans cette affaire, la juge Eleanor Dawson a effectué une analyse pragmatique et fonctionnelle d'une décision rendue par le commissaire et a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte. Cet aspect de sa décision a été confirmé en appel; voir *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2003] 4 C.F. 67 (C.A.).

[19] J'ajouterai que, dans la présente espèce, la question décidée par le commissaire mettait en jeu une interprétation du droit à effet déterminant sur la définition du pouvoir que lui confère l'article 8 de la Loi. En outre, cette question n'exigeait pas la mise en œuvre d'une expertise spéciale, pas plus qu'elle ne commandait la prise en considération d'une multiplicité de facteurs concurrents du point de vue de l'action publique. Dans de telles affaires, la norme de la décision correcte est nécessairement la norme de contrôle applicable : voir *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 24.

[20] Il est en outre à noter que les deux parties conviennent que la norme de la décision correcte est la norme de contrôle applicable aux questions que soulève la présente demande.

[21] Conformément à la jurisprudence citée ci-dessus, j'appliquerai à la présente espèce la norme de la décision correcte.

[22] En 1996, la loi applicable à l'administration du brevet Didrocal était la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4. L'article 43 de cette Loi ne spécifiait pas le moment de la délivrance légale du brevet, mais il

formalities of the issuing process. That provision stated:

43. Subject to section 46, every patent granted under this Act shall be issued under the signature of the Commissioner and the seal of the Patent Office, shall bear on its face the date of the filing of the application for the patent, the date on which the application became open to the inspection of the public under section 10 and the date on which the patent is granted and issued and it shall thereafter, in the absence of any evidence to the contrary, be valid and avail the grantee and the legal representatives of the grantee for the term mentioned in section 44 or 45, whichever is applicable.

[23] When P & G asked the Commissioner to correct the issue date of the Didrocal patent, it did so under his corrective authority created by section 8 of the Act. Although that provision is still advanced by P & G as a basis for relief, its primary argument before me was based upon the Commissioner's general duty to conduct the business of the Patent Office in conformity with the *Patent Act*. That overarching duty is established by subsection 4(2) which states:

4. . . .

(2) The Commissioner shall receive all applications, fees, papers, documents and models for patents, shall perform and do all acts and things requisite for the granting and issuing of patents of invention, shall have the charge and custody of the books, records, papers, models, machines and other things belonging to the Patent Office and shall have, for the purposes of this Act, all the powers that are or may be given by the *Inquiries Act* to a commissioner appointed under Part II of that Act.

[24] P & G asserts that if the recorded issue date for the Didrocal patent is demonstrably wrong, the Commissioner has a legal duty to correct that error and, if he declines to do so, he is subject to *mandamus*. On the basis of this argument, resort to relief under section 8 of the *Patent Act* is unnecessary.

[25] On this point, P & G is correct. The Commissioner is subject to the obligations established by subsection 4(2) of the *Patent Act*, which include undertaking all "things requisite for the granting and

précisait néanmoins les formalités de la procédure de délivrance. Cet article était libellé comme suit :

43. Sous réserve de l'article 46, le brevet accordé sous le régime de la présente loi est délivré sous la signature du commissaire et le sceau du Bureau des brevets. Il mentionne la date de la demande, celle à laquelle elle est devenue accessible sous le régime de l'article 10, ainsi que celle à laquelle il a été accordé et délivré. Il est par la suite, sauf preuve contraire, valide et acquis au breveté ou à ses représentants légaux pour la période mentionnée aux articles 44 ou 45.

[23] Lorsque P & G a demandé au commissaire de corriger la date de délivrance du brevet Didrocal, elle l'a fait en invoquant le pouvoir de correction que lui confère l'article 8 de la Loi. Bien que P & G invoque encore cette disposition à l'appui de la réparation demandée, le moyen principal qu'elle a fait valoir devant moi reposait sur l'obligation générale du commissaire de diriger l'activité du Bureau des brevets en conformité avec la *Loi sur les brevets*. Cette obligation d'ensemble est établie par le paragraphe 4(2), ainsi libellé :

4. [. . .]

(2) Le commissaire reçoit les demandes, taxes, pièces écrites, documents et modèles pour brevets, fait et exécute tous les actes et choses nécessaires pour la concession et la délivrance des brevets; il assure la direction et la garde des livres, archives, pièces écrites, modèles, machines et autres choses appartenant au Bureau des brevets, et, pour l'application de la présente loi, est revêtu de tous les pouvoirs conférés ou qui peuvent être conférés par la *Loi sur les enquêtes* à un commissaire nommé en vertu de la partie II de cette loi.

[24] P & G soutient que si la date de délivrance inscrite du brevet Didrocal est manifestement erronée, le commissaire est tenu par la loi de corriger cette erreur et que, en cas de refus, il peut faire l'objet d'un *mandamus*. Cet argument rend inutile le recours à l'article 8 de la *Loi sur les brevets*.

[25] Sur ce point, P & G a raison. Le commissaire est soumis aux obligations que prévoit le paragraphe 4(2) de la *Loi sur les brevets*, y compris celle de faire et d'exécuter « tous les actes et choses nécessaires pour la

issuing of patents”. That provision also places the Commissioner in “charge” of the books and records of the Patent Office. Both of these responsibilities, by implication at least, require that the Patent Office records be maintained accurately. This would include the accurate recording of the dates of issuance of patents. I also accept that a failure by the Commissioner to fulfill these obligations renders him subject to *mandamus*: see *Monsanto Inc. v. Commissioner of Patents*, [1976] 2 F.C. 476 (C.A.), at page 477.

[26] The evidence clearly establishes that the Didrocal patent was not issued on June 11, 1996, and respondent’s counsel conceded that point in argument before me. Although June 11 was the intended date of issuance of that patent, the required certificate and its proper execution were not in place on that day and the section 43 requirements for issuance were, therefore, not met.

[27] The Commissioner’s decision on this point is not entirely clear. His letter seems to indicate that the intention to issue the Didrocal patent on June 11 was a relevant consideration, notwithstanding a later implicit acknowledgement that signing and sealing (but not delivery) of the Didrocal patent certificate were prerequisites to its issuance.

[28] The Commissioner’s decision does make it clear that, in his view, delivery of a patent certificate to the patentee or to the public were not prerequisites to its lawful issuance. On this point, the Commissioner erred in law. To issue a document or a decision requires a distribution, publication or promulgation. That is the common understanding of the term “issue”, and it is an essential element in bringing notice of the patent grant to the patentee and to other interested parties. This point is at least implicitly acknowledged by the Patent Office practice of postdating its patent certificates to the date that they are publicly distributed, that being every Tuesday. Obviously a patent is not “issued” only because a certificate has been prepared, executed and postdated. It is also not issued on a particular day simply because someone in the Patent Office entered an intended date of issuance into a computer. The final and required step to issue a patent is its publication or

concession et la délivrance de brevets ». Ce paragraphe confie aussi au commissaire la « direction » des livres et archives du Bureau des brevets. Ces deux responsabilités exigent, au moins implicitement, que les dossiers du Bureau des brevets soient tenus avec exactitude, et par voie de conséquence, que les dates de délivrance des brevets soient correctement inscrites et enregistrées. Je souscris aussi à la thèse que tout manquement du commissaire à ces obligations justifie qu’il fasse l’objet d’un *mandamus* : voir *Monsanto Inc. c. Commissaire des brevets*, [1976] 2 C.F. 476 (C.A.), à la page 477.

[26] La preuve établit à l’évidence que le brevet Didrocal n’a pas été délivré le 11 juin 1996, et l’avocat du défendeur l’a admis devant moi dans sa plaidoirie. Bien que le 11 juin fût la date prévue pour la délivrance de ce brevet, on ne disposait pas à cette date de la formule de certificat nécessaire dûment signée, de sorte que n’étaient pas remplies les conditions auxquelles l’article 43 subordonne la délivrance.

[27] La décision du commissaire n’est pas entièrement claire sur ce point. Sa lettre semble poser que l’intention de délivrer le brevet Didrocal le 11 juin était un facteur pertinent, alors qu’il reconnaît implicitement plus loin que la signature et l’apparition du sceau (mais non la remise) du certificat de ce brevet constituaient des conditions préalables à sa délivrance.

[28] La décision du commissaire dit cependant sans ambiguïté que, à son avis, la délivrance légale du brevet n’était pas subordonnée à la communication au breveté ou au public d’un certificat de brevet. En cela, le commissaire a commis une erreur de droit. La délivrance d’un document ou d’un acte exige qu’il soit communiqué, rendu accessible ou publié. C’est là le sens communément admis du terme « délivrance », et une mesure essentielle à prendre pour aviser de l’octroi du brevet le titulaire et les autres intéressés. Le Bureau des brevets reconnaît ce fait au moins implicitement en datant les certificats de brevet par la date où ils seront communiqués ou publiés, soit celle du mardi suivant. Il est évident qu’un brevet n’est pas « délivré » seulement parce qu’un certificat a été établi, signé et postdaté. En outre, il n’est pas délivré un jour donné simplement parce qu’un membre du Bureau des brevets a introduit une date de délivrance prévue dans un ordinateur.

distribution to the public.

[29] This case is an obvious anomaly because ordinarily the intended date of issuance of a patent and the date of its delivery coincide and no problem arises. But the fact of a long and consistent practice of dating and delivering patent certificates every Tuesday also supports P & G's contention that delivery is an essential condition for issuing a patent. If the intention was otherwise, patent certificates would simply be dated for the date on which they were prepared and executed. By recording an issue date on the expected Tuesday of public delivery, the Patent Office is implicitly acknowledging the significance of delivery as an essential element of issuing a patent.

[30] In this case, it is indisputable that the Didrocal patent certificate was published or delivered on Tuesday, June 18, 1996. It is also clear that all of the section 43 formalities for issuing the Didrocal patent were not completed until June 18, 1996. This point is acknowledged in the Commissioner's written submissions to the Court where it was stated that "[t]he process of adding patent numbers and the issue/reissue date to these certificates and then sealing the certificates and attaching them to the patent grants was not completed until early on June 18, 1996." The Commissioner's inability, therefore, to precisely determine the date of execution of the Didrocal patent certificate is irrelevant. The Didrocal patent certificate should have borne an issue date of June 18, 1996, that being its date of completion and delivery. The refusal of the Commissioner to correct that entry in the records of the Patent Office constitutes an error of law. In the result, I would order the Commissioner to amend the records of the Patent Office pertaining to the Didrocal patent to reflect a date of issuance of June 18, 1996.

[31] Having regard to my conclusion that the Didrocal patent was issued on June 18, 1996, it would be

L'étape finale—et une étape nécessaire—de la délivrance d'un brevet est sa publication ou sa communication au public.

[29] Le cas qui nous occupe est une anomalie évidente puisque, d'ordinaire, la date prévue pour la délivrance du brevet et la date de sa communication coïncident, de sorte qu'il ne se pose pas de problème. Mais l'existence d'une pratique ancienne et systématique consistant à dater les certificats de brevet de chaque mardi et à les communiquer ce même jour étaye aussi la thèse de P & G selon laquelle la communication est une condition essentielle de la délivrance d'un brevet. Si l'on avait voulu qu'il en fût autrement, on daterait simplement les certificats de brevet du jour où ils sont établis et signés. En inscrivant comme date de délivrance du brevet celle du mardi où il prévoit de le communiquer au public, le Bureau des brevets reconnaît implicitement l'importance de la communication en tant qu'élément essentiel de la délivrance.

[30] Dans la présente espèce, il est indiscutable que le certificat du brevet Didrocal a été publié ou communiqué le mardi 18 juin 1996. Il apparaît clairement aussi que l'ensemble des formalités auxquelles l'article 43 subordonne la délivrance du brevet Didrocal n'a pas été rempli avant le 18 juin 1996. Le commissaire reconnaît ce dernier point dans les conclusions écrites qu'il a présentées à la Cour, où l'on peut lire que [TRADUCTION] « [c]e n'est que dans la matinée du 18 juin 1996 qu'on a fini d'inscrire les numéros de brevet et les dates de délivrance ou de redélivrance sur ces certificats, de les sceller et de les joindre aux brevets délivrés ». Par conséquent, l'incapacité du commissaire à établir avec précision la date de la signature du certificat du brevet Didrocal n'entre pas en ligne de compte. Le certificat du brevet Didrocal aurait dû porter comme date de délivrance le 18 juin 1996, soit la date où on a achevé de l'établir et où on l'a communiqué. Le refus du commissaire de corriger cette inscription dans les archives du Bureau des brevets constitue une erreur de droit. En conséquence, je suis d'avis d'ordonner au commissaire de modifier les dossiers du Bureau des brevets touchant le brevet Didrocal en y inscrivant comme date de délivrance de celui-ci le 18 juin 1996.

[31] Étant donné ma conclusion que le brevet Didrocal a été délivré le 18 juin 1996, il ne serait pas

somewhat incongruous if the Commissioner did not have the discretionary authority under section 8 of the Act to amend the Patent Office records accordingly.

[32] In an age of computer technology, the suggestion that the entry of incorrect data is not a “clerical error” because it does not arise from the “mechanical process of writing or transcribing” is anachronistic and no longer sufficient. What occurred here was no less a clerical error than the slip of a pen or the mis-stroke of a typewriter key. Here the printing of the Didrocal patent certificate with an incorrect date of issuance was clearly a clerical error.

[33] The Commissioner must be particularly cautious in handling requests under section 8 for correction of documents filed by patentees and other outside parties. That was the situation reviewed by this Court in *Bayer Aktiengesellschaft v. Commissioner of Patents*, [1981] 1 F.C. 656 where a critical omission had been made by a patentee in its Canadian patent application, and which was found not to be a clerical error of the type that could be remedied under section 8 of the *Patent Act* [R.S.C. 1970, c. P-4]. Although in that decision Justice Patrick Mahoney referred to this type of clerical error as one involving a transcription, copying or writing mistake made by a clerk or typist, there is no reason to think that the language of section 8 ought not to be read in light of current business and technological realities.

[34] The correction of obvious recording errors made within the Patent Office would not normally engage the kinds of concerns reflected in the *Bayer* decision, above, and, in such situations, section 8 relief should ordinarily be available to the Commissioner. That relief is, however, discretionary and the Commissioner cannot be required to do any more than to apply his section 8 authority to the facts before him.

[35] Having regard to my decision that the Commissioner has a legal duty under section 43 of the *Patent Act* to correct the reissue date of the Didrocal

très logique que l'article 8 de la Loi ne confère pas au commissaire le pouvoir discrétionnaire de modifier en conséquence les archives du Bureau des brevets.

[32] À l'ère informatique, la proposition selon laquelle l'inscription de renseignements erronés n'est pas une « erreur d'écriture » parce qu'elle ne s'est pas produite « dans le processus mécanique de rédaction ou de transcription » se révèle anachronique et insuffisante. Ce qui s'est produit ici n'était pas moins une erreur d'écriture que ne l'est un *lapsus calami* ou une faute de frappe. En l'occurrence, l'impression du certificat du brevet Didrocal avec une date de délivrance erronée était manifestement une erreur d'écriture.

[33] Le commissaire doit se montrer particulièrement prudent dans l'examen des demandes de correction de documents que lui présentent les brevetés ou des tiers sous le régime de l'article 8. C'est un cas de cette nature qu'a examiné notre Cour dans *Bayer Aktiengesellschaft c. Commissaire des brevets*, [1981] 1 C.F. 656, où le breveté avait commis dans sa demande de brevet canadien une erreur importante qui a été déclarée ne pas constituer une erreur d'écriture susceptible de redressement sous le régime de l'article 8 de la *Loi sur les brevets* [S.R.C. 1970, ch. P-4]. Bien que dans cette décision le juge Patrick Mahoney ait défini ce type d'erreur d'écriture comme une erreur de rédaction, de transcription ou de copie faite par un commis ou un dactylographe, il n'y a aucune raison de penser que l'article 8 ne devrait pas être interprété en fonction des réalités commerciales et technologiques contemporaines.

[34] La correction d'erreurs d'enregistrement évidentes commises au Bureau des brevets ne devrait pas normalement susciter le genre de préoccupations dont témoigne la décision *Bayer*, précitée, et, dans de tels cas, le redressement prévu à l'article 8 devrait être d'ordinaire permis au commissaire. Ce redressement est cependant facultatif, et le commissaire ne peut être tenu de faire plus que d'appliquer le pouvoir que lui confère l'article 8 aux faits qui lui sont présentés.

[35] Étant donné ma décision selon laquelle le commissaire est tenu en vertu de l'article 43 de la *Loi sur les brevets* de corriger la date de redélivrance du

patent to June 18, 1996, it is obviously unnecessary for him to consider the matter under his section 8 authority.

[36] Having regard to section 25 of the *Patent Act*, no award of costs will be made.

JUDGMENT

THIS COURT ADJUDGES that the respondent shall correct the records of the Patent Office pertaining to the Didrocal patent to reflect a date of reissuance of June 18, 1996.

brevet Didrocal en la remplaçant par le 18 juin 1996, il n'est évidemment pas nécessaire qu'il examine cette affaire dans le cadre du pouvoir que lui confère l'article 8.

[36] Compte tenu de l'article 25 de la *Loi sur les brevets*, il ne sera pas adjugé de dépens.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que le défendeur corrigera les dossiers du Bureau des brevets relatifs au brevet Didrocal en y inscrivant le 18 juin 1996 comme date de redélivrance.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

ABORIGINAL PEOPLES

Duty to consult—Appeal from decision (2005 FC 939) dismissing application to set aside, remit for redetermination stay issued by Attorney General of criminal proceedings initiated on behalf of appellants—Issue whether Crown’s duty to consult Aboriginal community before making decision which may adversely affect lands subject to Aboriginal claim applying when Attorney General staying private prosecution—Appeal dismissed—Tenuous nature of connection between issue of stay and damage to Aboriginal rights insufficient to support duty to consult—Furthermore, constitutional principle that Attorney General acts independently when making decisions to prosecute, or stay prosecution—Save in exceptional circumstances, Attorney General accountable to Parliament, not courts, in these matters.

LABRADOR MÉTIS NATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-452-05, 2006 FCA 393, Evans J.A., judgment dated 1/12/06, 15 pp.)

BANKRUPTCY

Appeal from Federal Court decision (2004 FC 1584) dismissing appellants’ claims attacking validity of conservatory measures involving assets managed by them, in accordance with *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 14.03—No breach of procedural fairness—Appellants not having right to oral hearing before issue of directions for conservatory measures—Rational link between the conservatory measure taken in accordance with Act, s. 14.03(d) and facts forming basis of decision to take conservatory measures—Temporary conservatory measures necessary to ensure proper administration of ordinary administration of estate that appellants’ negligence and refusal to cooperate had compromised—Appeal dismissed.

MARCHAND SYNDICS INC. V. LAPERRIÈRE (A-658-04, 2006 FCA 368, Létourneau J.A., judgment dated 10/11/06, 33 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Security Certificate

Security certificate issued against Jaballah found to be reasonable pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 80(1)—Whether possible to remove Jaballah to place where facing torture—*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 discussed—General principle in *Suresh* that deportation to torture infringing individual’s rights, infringement of these rights possible only in exceptional cases and only if justified under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 1—Facts in present case not creating exceptional circumstance warranting Jaballah’s deportation

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

to place where facing torture—Such limitation consistent with *Suresh*, Canada's international obligations, Canadian case law re: extradition to jurisdiction where death penalty still imposed, Canadian values reflected in *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and Charter.

JABALLAH (RE) (DES-04-01, 2006 FC 1230, MacKay D.J., order dated 16/10/06, 57 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board member that reasonable grounds to believe organization engaged in terrorism, while in previous case, on very same evidence, another member finding same organization had not engaged in terrorism—Applicant entitled, as matter of fairness, to explanation of basis for different conclusion—Failure to explain such basis undermining integrity of Board decisions, giving them aura of arbitrariness—Decision patently unreasonable, breached principles of fairness—Application allowed.

SIDDIQUI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2736-06, 2007 FC 6, Phelan J., judgment dated 3/1/07, 6 pp.)

Judicial review of decision by Immigration Appeal Division (IAD) granting Minister's application to cancel stay of deportation—Applicant, aggressive paranoid schizophrenic, convicted of numerous crimes—IAD finding applicant would be released from medium security mental health centre into community, likely to re-offend—Holding lacked jurisdiction to order applicant to report to IAD for reassessment upon discharge—IAD misapprehending jurisdiction bestowed upon it by *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27—S. 68(2)(a) allowing tribunal to impose any condition it considers necessary when granting stay of removal order—Application allowed.

WILLIAMS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-7519-05, 2006 FC 1402, Rouleau J., judgment dated 20/11/06, 10 pp.)

STATUS IN CANADA*Citizens*

Appeal from Citizenship Court's January 10, 2006 decision refusing application for Canadian citizenship on basis *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c) residency requirement not met—That decision second decision on this matter by Citizenship Court, first decision having been set aside by Rouleau J. of Federal Court (2005 FC 1511)—Because of Rouleau J.'s direction to apply *Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.) to application, not open to Citizenship Court to adopt one or both of other residency tests—Appeal allowed.

COLLIER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-442-06, 2006 FC 1450, Barnes J., judgment dated 30/11/06, 8 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Appeal from Federal Court decision (2005 FC 1354) dismissing appeal from decision of Canadian International Trade Tribunal dismissing appeal from decision of Minister of National Revenue denying claim for refund of federal sales tax paid on bathroom tissue pursuant to *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 68 on ground claim not made within two years of payment—Appeal dismissed—Clear from evidence appellant, in filing claim for refund, not claiming or intending to claim, refund of tax paid in error on its sales of bathroom tissue—Also, on true construction of Act, s. 68, claim for refund of tax paid in error not meeting requirements of that section that nature of error be specified.

SCOTT PAPER LTD. V. CANADA (A-513-05, 2006 FCA 372, Nadon J.A., judgment dated 17/11/06, 20 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Appeal from T.C.C. decision (2005 TCC 806) M.N.R. improperly included \$29,000 in respondent's income—T.C.C. concluded respondent not acquiring non-qualified investment as victim of sham—T.C.C. erred in grounding ultimate

INCOME TAX—Concluded

decision on doctrine of sham—Also breached natural justice as doctrine of sham not previously raised—Appeal allowed.

CANADA V. NUNN (A-34-06, 2006 FCA 403, Malone J.A., judgment dated 8/12/06, 10 pp.)

LABOUR RELATIONS

Defendants (employer, manager) claiming Court not having jurisdiction to hear plaintiff's claims for relief against them—Allegations stemming from series of disputes plaintiff had at work after taking disability leave—Plaintiff, as unionized employee, subject to provisions of collective agreement—Whether plaintiff's claims falling within exclusive jurisdiction of labour arbitrator—*Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929 applied—Claims for copy of disability contract, alleging harassment covered by collective agreement—As to claim regarding breach of *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, formal complaint must first be made to Commissioner of Official Languages—Court thus not having jurisdiction to hear these claims—Requirements of test for jurisdiction set out in *ITO-International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752 also not met—Motion to strike granted.

LAVIGNE V. CANADA POST CORP. (T-831-06, 2006 FC 1345, de Montigny J., judgment dated 8/11/06, 32 pp.)

PAROLE

Judicial review of National Parole Board Appeal Division's dismissal of applicant's appeal from Board's decision denying him any form of release—Applicant arguing, *inter alia*, Board Chairperson's conduct, fact he was retired Montreal Police Service officer (applicant convicted of killing mother of two Montréal Police Service, RCMP officers) giving rise to reasonable apprehension of bias—No indication key elements of *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369 test taken into consideration by Appeal Division—Application allowed.

BOUCHER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1923-05, 2006 FC 1342, Noël J., judgment dated 8/11/06, 17 pp.)

PENSIONS

Judicial review of Pension Appeals Board decision (Decision No. CP22481, dated 5/8/05) upholding Review Tribunal's designation of Camille Tait as survivor of separated legal husband despite undisputed evidence husband in common-law relationship with another woman for many years prior to his death—*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 42(1) contemplating only one survivor in respect of contributor, i.e. person in spousal relationship with contributor at time of death or, if no such relationship, person legally married to contributor— Although husband tried to direct by his will that legal wife would receive survivor's pension, not possible to assign or designate such benefits under Plan—Application allowed.

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) V. TAIT (A-391-05, 2006 FCA 380, Linden J.A., judgment dated 22/11/06, 13 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Sexual harassment complaint filed against the plaintiff dismissed by first adjudicator at Public Service Labour Relations Board, related disciplinary measures cancelled—Second adjudicator dismissing plaintiff's claim for damages, concluding employer had not committed error giving rise to compensation—Decision subject to judicial review—Examination of legal principles applicable in award of general, punitive damages—In case at issue, arbitrator should have considered whether behaviour of employer towards employee honest, reasonable, fair—Plaintiff entitled to compensation—Application allowed.

BÉDIRIAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-282-06, 2006 FC 1239, Tremblay-Lamer J., judgment dated 17/10/06, 19 pp.)

TELECOMMUNICATIONS

Appeal from decision by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission dated August 25, 2005 (Telecom Decision CRTC 2005-46) denying application by MTS Allstream Inc. to set aside Municipal Access Agreement (MAA) entered

TELECOMMUNICATIONS—Concluded

into by corporate predecessor with City of Toronto, and to impose terms, conditions more favourable to Allstream pursuant to *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 43(4)—Appeal dismissed—CRTC correct to take narrow view of scope of inquiry under s. 43(4) once MAA in place—CRTC could only reopen MAA if terms inconsistent with Act or if negotiated in circumstances rendering it invalid, which was not the case.

MTS ALLSTREAM INC. V. TORONTO (CITY) (A-653-05, 2006 FCA 385, Evans J.A., judgment dated 27/11/06, 9 pp.)

TRANSPORTATION

Minister of Transport issuing notices of assessment of monetary penalty against Whitehorse International Airport when notices should have been issued to Yukon Government as operator of airport—Yukon Government challenging notices on that basis—Transportation Tribunal of Canada allowing Minister's motion to amend notices to add Yukon Government as party, confirming contraventions—Yukon Government's appeal of that decision allowed on basis Tribunal exceeding jurisdiction by allowing amendment to notices, breaching natural justice by requiring Yukon Government go through proceeding without knowing whether it was a party—That decision subject of appeal in present instance—Tribunal had authority to amend notices—Appeal Panel erred by applying criminal law principles to administrative law issue—With respect to natural justice, nothing unfair about approach taken by Tribunal—No evidence of actual prejudice to Yukon Government—Appeal allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. YUKON (T-1708-05, 2006 FC 1326, Barnes J., judgment dated 2/11/06, 16 pp.)

VETERANS

Judicial review of Veterans Review and Appeal Board decision (Interpretation decision No. I-1, dated 1/2/05) interpreting *Veterans Review and Appeal Board Act*, S.C. 1995, c. 18, ss. 32(1), 111 and concluding new evidence submitted to Board on application for reconsideration of appeal decision generally subject to requirements of due diligence—Application dismissed—In deciding whether to exercise discretion to reconsider appeal decision, Board may consider principle of due diligence, as long as discretion exercised in manner consistent with promotion of statutory purpose, and due diligence not given disproportionate weight.

CHIEF PENSIONS ADVOCATE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-370-05, 2006 FC 1317, Heneghan J., order dated 31/10/06, 19 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

ANCIENS COMBATTANTS

Contrôle judiciaire de la décision (Décision d'interprétation n° I-1 en date du 1-2-05) par laquelle le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) a interprété les art. 32(1) et 111 de la *Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)*, L.C. 1995, ch. 18 et a conclu que les nouveaux éléments de preuve présentés au Tribunal dans le cadre d'une demande de réexamen d'une décision définitive sont, règle générale, assujettis au principe de diligence raisonnable—Demande rejetée—Lorsqu'il établit s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour réexaminer une décision définitive, le Tribunal peut prendre en considération le principe de diligence raisonnable, tant que le pouvoir discrétionnaire est exercé de façon à favoriser l'intention du législateur et qu'une importance démesurée n'est pas accordée à la diligence raisonnable.

AVOCAT-CONSEIL EN CHEF C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-370-05, 2006 CF 1317, juge Heneghan, ordonnance en date du 31-10-06, 19 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Certificat de sécurité

Le certificat de sécurité délivré à l'égard de M. Jaballah a été jugé raisonnable en vertu de l'art. 80(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Il s'agissait de déterminer s'il est possible de renvoyer M. Jaballah vers un pays où il risque la torture—Examen de l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3—Selon le principe général posé dans *Suresh*, le renvoi d'un réfugié vers un pays où il risque la torture porte atteinte à ses droits, et cette atteinte n'est permise que dans des circonstances exceptionnelles et que si elle est justifiée au regard de l'article premier 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 circonstances de l'espèce ne constituent pas des circonstances exceptionnelles justifiant le renvoi de M. Jaballah vers un pays où il risque la torture—Cette restriction est conforme à l'affaire *Suresh*, aux obligations internationales du Canada, à la jurisprudence des tribunaux canadiens en matière d'extradition vers un pays où la peine capitale est encore infligée ainsi qu'aux valeurs canadiennes qui sont reflétées dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 et dans la Charte.

JABALLAH (RE) (DES-04-01, 2006 CF 1230, juge suppléant MacKay, ordonnance en date du 16-10-06, 57 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un commissaire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a déclaré qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'une organisation se livrait à des activités terroristes alors qu'un autre commissaire a déclaré, dans une affaire antérieure qui comportait la même preuve, que la même organisation ne se livrait pas

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

à de telles activités—Le demandeur avait droit, pour des raisons d'équité, à une explication justifiant le fondement des conclusions divergentes—Le fait de ne pas expliquer ce fondement porte atteinte à l'intégrité des décisions de la Commission, leur conférant un caractère arbitraire—La décision était manifestement déraisonnable et contrevenait aux principes d'équité—Demande accueillie.

SIDDIQUI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2736-06, 2007 CF 6, juge Phelan, jugement en date du 3-1-07, 6 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) a accueilli la demande d'annulation du sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion présentée par le ministre—Le demandeur, un schizophrène paranoïde agressif, a été reconnu coupable de nombreux actes criminels—La SAI a conclu que le demandeur obtiendrait son congé d'un centre de santé mentale à sécurité moyenne et qu'il récidiverait vraisemblablement—Elle a statué qu'elle n'était pas habilitée à ordonner au demandeur de se présenter devant elle pour une réévaluation à l'obtention de son congé—La SAI a mal interprété la compétence que lui confère la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—L'art. 68(2) autorise le tribunal à imposer les conditions qu'il estime indiquées lorsqu'il sursoit à l'exécution d'une mesure de renvoi—Demande accueillie.

WILLIAMS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-7519-05, 2006 CF 1402, juge Rouleau, jugement en date du 20-11-06, 10 p.)

STATUT AU CANADA*Citoyens*

Appel de la décision que le Bureau de la citoyenneté a rendue le 10 janvier 2006 pour rejeter une demande de citoyenneté canadienne au motif que les exigences en matière de résidence prévues à l'art. 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, n'avaient pas été satisfaites—Il s'agissait de la deuxième décision rendue par le Bureau de la citoyenneté dans cette affaire, la première décision ayant été infirmée par le juge Rouleau de la Cour fédérale (2005 CF 1511)—Comme le juge Rouleau a statué que l'affaire *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1^{re} inst.) devait s'appliquer à la demande, il n'était pas loisible au Bureau de la citoyenneté d'adopter les autres critères de la résidence—Appel accueilli.

COLLIER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-442-06, 2006 CF 1450, juge Barnes, jugement en date du 30-11-06, 8 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'une décision (2005 CF 1354) par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'appel interjeté à l'encontre d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur rejetant l'appel déposé à l'encontre d'une décision du ministre du Revenu national refusant la demande de remboursement de la taxe de vente fédérale payée sur les ventes de papier hygiénique conformément à l'art. 68 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 au motif que la demande n'a pas été présentée dans les deux ans suivant le paiement—Appel rejeté—Il appert clairement de la preuve de l'appelante que lorsqu'elle a soumis sa demande de remboursement, elle n'a pas réclamé, et elle n'avait pas l'intention de réclamer, le remboursement de la taxe payée par erreur sur ses ventes de papier hygiénique—En outre, il appert de la véritable interprétation de l'art. 68 de la Loi que la demande de remboursement de la taxe payée par erreur ne remplit pas les conditions qui y sont énoncées selon lesquelles la nature de l'erreur doit être précisée.

PAPIERS SCOTT LTÉE C. CANADA (A-513-05, 2006 CAF 372, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 17-11-06, 20 p.)

FAILLITE

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2004 CF 1584) rejetant les prétentions des appelants attaquant la validité des mesures conservatoires des actifs gérés par eux prises en vertu de l'art. 14.03 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3—Il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale—Les appelants n'avaient pas droit à une audition orale avant

FAILLITE—Fin

l'émission d'instructions de mesures conservatoires—Il existait un lien rationnel entre la mesure conservatoire prise en vertu de l'art. 14.03*d*) de la Loi et les faits à l'origine de la décision de recourir à des mesures conservatoires—Les mesures conservatoires temporaires prises étaient nécessaires pour assurer une saine administration des actifs d'administration ordinaire que la négligence et le refus de collaborer des appelants avaient compromise—Appel rejeté.

MARCHAND SYNDICS INC. C. LAPERRIÈRE (A-658-04, 2006 CAF 368, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 10-11-06, 33 p.)

FONCTION PUBLIQUE

RELATIONS DU TRAVAIL

Une plainte de harcèlement sexuel formulée contre le demandeur a été rejetée par une première arbitre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique et les mesures disciplinaires y afférentes ont été annulées—Une seconde arbitre a ensuite rejeté la réclamation en dommages-intérêts du demandeur et a conclu que l'employeur n'avait pas commis de faute donnant lieu à un dédommagement—Il s'agissait du contrôle judiciaire de cette décision—Examen des principes de droit applicables en matière d'octroi de dommages-intérêts généraux et punitifs—En l'espèce, l'arbitre aurait dû s'interroger pour savoir si le comportement de l'employeur était franc, raisonnable et équitable pour l'employé—Le demandeur avait droit à un dédommagement—Demande accueillie.

BÉDIRIAN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-282-06, 2006 CF 1239, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 17-10-06, 19 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Appel d'une décision de la C.C.I. (2005 TCC 806) portant que le M.R.N. n'aurait pas dû inclure une somme de 29 000 \$ dans le revenu du défendeur—La C.C.I. a conclu que le défendeur n'avait pas acquis un placement non admissible car il avait été victime d'un leurre—La C.C.I. a commis une erreur lorsqu'elle a fondé sa décision finale sur la doctrine du leurre—De même, il y a eu manquement à la justice naturelle puisque la doctrine du leurre n'avait pas été soulevée auparavant—Appel accueilli.

CANADA C. NUNN (A-34-06, 2006 CAF 403, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 8-12-06, 10 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles a rejeté l'appel que le demandeur a interjeté à l'encontre de la décision de la Commission refusant de le libérer—Le demandeur affirmait, entre autres, que la conduite du président de la Commission et le fait qu'il s'agissait d'un policier à la retraite du Service de police de la Ville de Montréal (le demandeur a été reconnu coupable d'avoir tué la mère de deux membres du Service de police de la Ville de Montréal et de la GRC) donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité—Rien n'indique que la Section d'appel a tenu compte des principaux éléments du critère formulé dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369—Demande accueillie.

BOUCHER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1923-05, 2006 CF 1342, juge Noël, jugement en date du 8-11-06, 17 p.)

PENSIONS

Contrôle judiciaire d'une décision (décision n° CP22481 en date du 5-8-05) par laquelle la Commission d'appel des pensions a confirmé la décision d'un tribunal de révision portant que Camille Tait était la survivante de son époux légitime duquel elle était séparée malgré une preuve non contestée que son mari avait été engagé dans une union de fait avec une autre femme pendant de nombreuses années avant son décès—L'art. 42(1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 précise qu'un cotisant n'a qu'un survivant, c.-à-d. le conjoint de fait du cotisant au décès de celui-ci ou, à défaut d'une telle personne, son

PENSIONS—Fin

époux—Bien que le mari ait tenté d'indiquer dans son testament que son épouse légitime devait toucher la pension de survivant, ces prestations ne peuvent être ainsi cédées ou désignées en vertu du Régime—Demande accueillie.

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) C. TAIT (A-391-05, 2006 CAF 380, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 22-11-06, 13 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Obligation de consulter—Appel d'une décision (2005 CF 939) rejetant une demande en vue de faire annuler la suspension imposée par le procureur général quant à une procédure pénale intentée pour le compte des appelants et de faire renvoyer l'affaire pour une nouvelle décision—Il s'agissait de savoir si l'obligation de la Couronne de consulter la communauté autochtone avant de prendre une décision qui peut avoir des effets défavorables sur les terres assujetties à une revendication des peuples autochtones s'applique lorsque le procureur général suspend une poursuite privée—Appel rejeté—La précarité du lien entre la question de la suspension et l'atteinte aux droits ancestraux ne justifiait pas l'obligation de consulter—Qui plus est, un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment lorsqu'il décide d'intenter ou de suspendre une poursuite—Sauf dans des circonstances exceptionnelles, le procureur général est responsable devant le Parlement, pas les tribunaux, à l'égard de telles questions.

NATION DES MÉTIS DU LABRADOR C. CANADA (PROCEURER GÉNÉRAL) (A-452-05, 2006 CAF 393, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 1-12-06, 15 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Les défendeurs (l'employeur et le cadre) soutenaient que la Cour n'était pas habilitée à entendre les demandes de réparation que le demandeur avait introduites à leur encontre—Les allégations résultaient d'une série de différends que le demandeur a eus au travail après s'être prévalu d'un congé d'invalidité—Le demandeur, un employé syndiqué, était assujéti à une convention collective—Il s'agissait de savoir si les demandes du demandeur relevaient de la compétence exclusive d'un arbitre en matière de travail—Application de l'affaire *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929—Les demandes soumises pour obtenir une copie du contrat visant l'invalidité et portant sur le harcèlement étaient visées par la convention collective—Pour ce qui est de la demande relative au manquement à la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, une plainte officielle devait d'abord être déposée auprès du commissaire aux langues officielles—La Cour n'était donc pas habilitée à entendre ces demandes—De même, les conditions du critère de la compétence énoncées dans l'affaire *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752 n'ont pas été remplies—Demande en radiation accueillie.

LAVIGNE C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (T-831-06, 2006 CF 1345, juge de Montigny, jugement en date du 8-11-06, 32 p.)

TÉLÉCOMMUNICATIONS

Appel d'une décision (Décision de télécom CRTC 2005-46) datée du 25 août 2005 par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a rejeté la demande de MTS Allstream Inc. en vue de faire annuler l'accord d'accès municipal (l'accord) que son prédécesseur avait conclu avec la ville de Toronto et d'obtenir des modalités et des conditions qui lui sont plus avantageuses conformément à l'art. 43(4) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38—Appel rejeté—Le CRTC avait raison d'adopter une interprétation étroite de la portée de l'enquête en vertu de l'art. 43(4) une fois que l'accord était en place—Le CRTC n'était habilité à réexaminer l'accord que si les conditions étaient incompatibles avec la Loi ou si elles avaient été négociées dans des circonstances le rendant invalide, ce qui n'était pas le cas.

MTS ALLSTREAM INC. C. TORONTO (VILLE) (A-653-05, 2006 CAF 385, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 27-11-06, 9 p.)

TRANSPORTS

Le ministre des Transports a délivré des avis de cotisation pour contravention à l'Aéroport international de Whitehorse alors que ces avis auraient dû être remis au gouvernement du Yukon, en tant qu'exploitant de l'aérogare—Le gouvernement du Yukon a invoqué ce motif pour contester les avis—Le Tribunal des transports du Canada a accueilli la requête présentée par le ministre

TRANSPORTS—Fin

pour modifier les avis afin d'y inclure le gouvernement du Yukon comme partie, et a confirmé les contraventions—L'appel que le gouvernement du Yukon a interjeté à l'encontre de cette décision a été accueilli au motif que le Tribunal avait outrepassé sa compétence en permettant que les avis soient modifiés, manquant ainsi à la justice naturelle en obligeant le gouvernement du Yukon à participer à la procédure sans que celui-ci sache s'il y était partie ou non—Cette décision fait l'objet du présent appel—Le Tribunal était habilité à modifier les avis—Le tribunal d'appel a commis une erreur en appliquant des principes de droit criminel à une question de droit administratif—Pour ce qui est de la question de la justice naturelle, l'approche adoptée par le Tribunal n'est pas injuste—Aucun élément de preuve ne fait état de préjudices subis par le gouvernement du Yukon—Appel accueilli.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. YUKON (T-1708-05, 2006 CF 1326, juge Barnes, jugement en date du 2-11-06, 16 p.)

If undelivered, return to:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>