

A-909-85

A-909-85

**Smith Kline & French Laboratories Limited, Smith Kline & French Canada Ltd., Graham John Durant, John Colin Emmett and Charon Robin Ganellin (Appellants) (Plaintiffs)**

v.

**Attorney General of Canada (Respondent) (Defendant)**

INDEXED AS: SMITH, KLINE & FRENCH LABORATORIES LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Hugessen JJ.—Ottawa, November 25, 26, 27 and December 9, 1986.

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Patents for medicine — Subject to compulsory licensing pursuant to s. 41(4) Patent Act — Whether s. 41(4) denying patentees equality rights under s. 15 Charter — S. 15 proscribing discrimination only among those similarly situated — Permissible grounds for categorisation — Criteria: text of s. 15, rights otherwise guaranteed by Charter and values inherent to free and democratic society — S. 41(4) categories unrelated to those enumerated in s. 15 — No suggestion within s. 41(4) of discrimination, prejudice or stereotype — Economic interests less subject to scrutiny — S. 41(4) direct and specific expression of parliamentary will requiring Court to exercise deference and restraint — Discrimination allegation unsubstantiated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 7, 8, 9, 11(d), 15, 29 — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 41(4).*

*Patents — Compulsory licensing — Appeal from Trial Division decision rejecting argument s. 41(4) ultra vires and inconsistent with Bill of Rights and Charter ss. 7 and 15 — Appeal dismissed — Decision focussing on content of s. 15 equality rights — Voluntarily assumed rights and obligations, as those involving patents, not giving rise to s. 15 guarantee — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 41(4) — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 1(a),(b) — Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1), s. 92 — Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1, s. 36.*

The individual plaintiffs are the inventors and the corporate plaintiffs are, respectively, the patentee and licensee of a prescription drug known generically as Cimetidine. Since the patents at issue relate to a medicine, they are subject to the compulsory licensing provisions of subsection 41(4) of the *Patent Act*. By their action, the plaintiffs sought a declaration

**Smith Kline & French Laboratories Limited, Smith Kline & French Canada Ltd., Graham John Durant, John Colin Emmett et Charon Robin Ganellin (appelants) (demandeurs)**

c.

**Procureur général du Canada (intimé) (défendeur)**

RÉPERTORIÉ: SMITH, KLINE & FRENCH LABORATORIES LTD. c. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)

Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Hugessen—Ottawa, 25, 26, 27 novembre et 9 décembre 1986.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Brevets pour un médicament — Assujettissement aux licences obligatoires aux termes de l'art. 41(4) de la Loi sur les brevets — L'art. 41(4) nie-t-il aux titulaires de brevet les droits à l'égalité que prévoit l'art. 15 de la Charte? — L'art. 15 n'interdit la discrimination que pour ceux qui sont dans une situation analogue — Fondements admissibles pour établir les catégories — Les critères: texte de l'art. 15, droits autrement garantis par la Charte et valeurs qui sont inhérentes dans une société libre et démocratique — Les catégories de l'art. 41(4) ne se rapportent pas à celles qui sont énumérées à l'art. 15 — L'art. 41(4) ne comporte aucune suggestion de discrimination, de préjudice ou de stéréotype — Les intérêts de nature financière sont moins assujettis à l'examen — L'art. 41(4) est une expression directe et précise de l'intention du législateur exigeant que les tribunaux manifestent du respect et de la retenue — L'allégation de discrimination n'est pas fondée — 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, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 7, 8, 9, 11(d), 15, 29 — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 41(4).*

*Brevets — Licence obligatoire — Appel d'une décision de la Division de première instance qui a rejeté l'argument selon lequel l'art. 41(4) est ultra vires et incompatible avec la Déclaration des droits et les art. 7 et 15 de la Charte — Appel rejeté — Décision portant sur le contenu des droits à l'égalité que prévoit l'art. 15 — La garantie de l'art. 15 ne s'applique pas aux droits et obligations assumés volontairement, comme ceux visant les brevets — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 41(4) — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 1(a),(b) — Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1), art. 92 — Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1, art. 36.*

Les particuliers faisant partie des demandeurs sont les inventeurs et les personnes morales faisant partie des demandeurs sont respectivement le titulaire de brevet et le porteur de licence d'un médicament d'ordonnance dont le nom générique est Cimetidine. Puisque les brevets en cause visent un médicament, ils sont assujettis aux dispositions relatives aux licences obliga-

that the exclusive rights granted to the patentees may be enjoyed free of any compulsory licence under subsection 41(4). Their submission is that subsection 41(4) is *ultra vires* in that it is legislation within exclusive provincial jurisdiction, that it is contrary to paragraphs 1(a) and (b) of the *Canadian Bill of Rights*, that it infringes section 7 of the Charter and finally, that it denies them equality rights guaranteed by subsection 15(1) of the Charter. The Trial Judge dismissed the action. The Court of Appeal was in complete agreement with the Trial Judge's conclusions and reasoning in so far as the arguments based on the distribution of powers, on paragraphs 1(a) and (b) of the Bill of Rights and on section 7 of the Charter were concerned. There remained the question of equality rights under section 15.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The approach to the interpretation of section 15 followed by the Trial Judge—to view any distinction based upon one of the enumerated categories in section 15 as *prima facie* in breach of the section and therefore requiring justification under section 1 to avoid being struck down—had not found favour in the substantial volume of case law subsequent to November, 1985 when the decision under appeal was written.

Charter section 15 does not come into play when the alleged "discrimination" results directly from voluntarily assumed rights and obligations. The law does not require any inventor to patent his invention. A patent is a bargain voluntarily entered into by the patentee in which the latter obtains time-limited but state-supported exclusivity for his invention in return for his disclosure of it to the public.

As taught in *R. v. Oakes*, the Court must first determine the content of the right which is invoked to see if there was a breach and then, if asked to do so, look to section 1 to see if the limitation is justifiable. The text of section 15 contains its own limitations. It proscribes discrimination only among members of categories which are themselves similar. The issue in each case will be to know which categories are permissible in determining similarity of situation and which are not. No single test serves to determine that issue. A range of criteria, drawn from three sources, might be suggested: the text of section 15 itself; the other rights, liberties and freedoms enshrined in the Charter; and the underlying values inherent in the free and democratic society which is Canada. With respect to the text of section 15, the question to ask is whether there is discrimination in the pejorative sense and whether the categories are based upon the grounds enumerated or grounds analogous to them. This inquiry concentrates on the personal characteristics of the complainants. It involves questions of prejudice, stereotyping, historical disadvantage. The second question is whether the categories under examination have any impact upon the rights and freedoms otherwise guaranteed by the Charter. This inquiry turns on the interest affected by the alleged inequality and recognizes that in the context of the Charter some rights are more important than others. Since the Charter's primary focus is on personal rights, property and economic rights will be less

toires que prévoit le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets*. Par leur action, les demandeurs cherchent à obtenir un jugement déclaratoire portant que les titulaires de brevet peuvent jouir des droits exclusifs qui leur ont été accordés franc de toute licence obligatoire prévue au paragraphe 41(4). Ils soutiennent que le paragraphe 41(4) est *ultra vires*, car il s'agit d'une disposition législative relevant de la compétence exclusive des provinces, qu'il est contraire aux droits énoncés aux alinéas 1a) et b) de la *Déclaration canadienne des droits*, qu'il viole l'article 7 de la Charte et finalement qu'il leur nie les droits à l'égalité que garantit le paragraphe 15(1) de la Charte. Le juge de première instance a rejeté l'action. La Cour d'appel est entièrement d'accord avec les conclusions du juge de première instance et avec ses motifs en ce qui concerne les arguments fondés sur le partage des pouvoirs, sur les alinéas 1a) et b) de la Déclaration des droits et sur l'article 7 de la Charte. Il reste la question des droits relatifs à l'égalité que garantit l'article 15.

*Arrêt*: l'appel est rejeté.

La position adoptée par le juge de première instance en ce qui concerne l'interprétation de l'article 15—de considérer que toute distinction fondée sur l'une des catégories énumérées à l'article 15 est à première vue en violation de l'article et doit, par conséquent, être justifiée aux termes de l'article premier pour éviter d'être radiée—n'a pas été suivie dans la jurisprudence abondante subséquente à novembre 1985, date à laquelle a été rédigée la décision dont appel a été interjeté.

L'article 15 de la Charte ne s'applique pas lorsque la «discrimination» alléguée résulte directement d'un ensemble de droits et d'obligations assumés volontairement. La loi n'oblige pas un inventeur à demander un brevet pour son invention. Un brevet constitue un marché qui est volontairement conclu par le titulaire de brevet en vertu duquel ce dernier obtient une exclusivité limitée dans le temps mais appuyée par l'État pour son invention, en contrepartie de la communication de celle-ci au public.

Comme il a été énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, la Cour doit d'abord déterminer le contenu du droit qui est invoqué pour voir si on y a porté atteinte et ensuite, si on lui demande de le faire, elle examine l'article premier pour voir si la restriction peut se justifier. Le texte de l'article 15 contient ses propres limites. Il interdit seulement la discrimination parmi les membres de catégories qui sont elles-mêmes analogues. La question dans chaque cas sera de savoir quelles catégories permettent de déterminer la similitude de situation et quelles ne le permettent pas. Il n'y a pas de critère unique qui peut être appliqué pour répondre à cette question. On peut proposer une gamme de critères qui découle de trois sources: le texte de l'article 15 lui-même; les autres droits et libertés enchâssés dans la Charte; et les valeurs sous-jacentes qui sont inhérentes dans la société libre et démocratique qu'est le Canada. Quant au texte de l'article 15, la question que l'on doit se poser est de savoir s'il y a de la discrimination au sens péjoratif du terme et si les catégories sont fondées sur des motifs énumérés ou des motifs analogues à ceux-ci. L'examen porte sur les caractéristiques personnelles des plaignants. Il porte sur les questions de préjudice, de stéréotype, de désavantage historique. La deuxième question est de savoir si les catégories qui font l'objet d'un examen ont un effet quelconque sur les droits et libertés que la Charte garantit ailleurs. L'examen porte sur l'intérêt touché par l'inégalité alléguée et reconnaît que, dans le contexte de la

subject to scrutiny. Finally, the courts must exercise some degree of deference and restraint when dealing with a legislative category subject to a section 15 attack. It must be remembered that any legislative category results from the actions of a freely and popularly elected legislature. The degree will be greatest when the categories are found in the text of the legislation and will diminish as they become further removed from the expression of legislative will, either by delegation or by indirection.

The plaintiffs failed to meet the above-mentioned criteria. The categories created in subsection 41(4) bear no remote relation to those enumerated in section 15 and carry within them no suggestion of discrimination, prejudice or stereotype. All patentees of a process for the preparation of medicine are subject to subsection 41(4). The interests allegedly suffered by the plaintiffs are purely economic and commercial in nature. Finally, the text of subsection 41(4) is a direct and specific expression of parliamentary will. It is the result of extensive consultation and is a deliberate expression of the views of a free and democratic society.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

##### REFERRED TO:

*MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Re McDonald and The Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745 (C.A.); *Reference re an Act to amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Blainey v. Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728 (Ont. C.A.); *Regina v. Hamilton, Regina v. Asselin, Regina v. McCullagh* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257; 54 C.R. (3d) 193; 170 A.C. 241 (C.A.); *Shewchuk v. Ricard* (1986), 4 W.W.R. 289 (B.C.C.A.); *Rebic v. Collver* (1986), 4 W.W.R. 401 (B.C.C.A.); *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1986), 4 W.W.R. 242 (B.C.C.A.); *Cromer v. British Columbia Teachers' Federation* (1986), 5 W.W.R. 638 (B.C.C.A.); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

##### COUNSEL:

*Gordon F. Henderson, Q.C., Robert M. Nelson and Emma C. Hill* for appellants (plaintiffs).  
*Derek Aylen, Q.C. and Bruce S. Russell* for respondent (defendant).

##### SOLICITORS:

*Gowling & Henderson*, Ottawa, for appellants (plaintiffs).

Charte, certains droits sont plus importants que d'autres. Comme la Charte vise principalement les droits personnels, les droits relatifs à la propriété et à la situation économique seront moins assujettis à l'examen. Finalement, les tribunaux doivent manifester un certain degré de respect et de retenue lorsqu'ils traitent d'une catégorie législative qui est susceptible de contestation fondée sur l'article 15. Il faut se souvenir que toute catégorie législative résulte des actes d'un législateur librement élu par le peuple. Le degré sera plus grand lorsque les catégories se trouvent dans le texte même de la loi et diminuera lorsqu'elles s'éloigneront de l'expression de la volonté législative soit par délégation soit par absence de précision.

Les demandeurs n'ont pas satisfait aux critères mentionnés précédemment. Les catégories créées dans le paragraphe 41(4) ne se rapportent même pas de loin à celles qui sont énumérées à l'article 15 et ne comportent aucune suggestion de discrimination, de préjudice ou de stéréotype. Tous les titulaires de brevet à l'égard d'un procédé pour la préparation de médicaments sont assujettis au paragraphe 41(4). Les intérêts dans lesquels les demandeurs prétendent avoir subi un préjudice sont purement de nature financière et commerciale. Finalement, le texte du paragraphe 41(4) constitue une expression directe et précise de l'intention du législateur. Il résulte d'une consultation importante et constitue une expression délibérée de l'opinion d'une société libre et démocratique.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Re McDonald and the Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745 (C.A.); *Reference re an Act to amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Blainey v. Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728 (C.A. Ont.); *Regina v. Hamilton, Regina v. Asselin, Regina v. McCullagh* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257; 54 C.R. (3d) 193; 170 A.C. 241 (C.A.); *Shewchuk v. Ricard* (1986), 4 W.W.R. 289 (C.A.C.-B.); *Rebic v. Collver* (1986), 4 W.W.R. 401 (C.A.C.-B.); *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1986), 4 W.W.R. 242 (C.A.C.-B.); *Cromer v. British Columbia Teachers' Federation* (1986), 5 W.W.R. 638 (C.A.C.-B.); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

##### AVOCATS:

*Gordon F. Henderson, c.r., Robert M. Nelson et Emma C. Hill* pour les appellants (demandeurs).  
*Derek Aylen, c.r. et Bruce S. Russell* pour l'intimé (défendeur).

##### PROCUREURS:

*Gowling & Henderson*, Ottawa, pour les appellants (demandeurs).

*Deputy Attorney General of Canada for respondent (defendant).*

*Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé (défendeur).*

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

*Ce qui suit est la version française des motifs<sup>a</sup> du jugement rendu par*

HUGESSEN J.: This is an appeal from a judgment of Strayer J. in the Trial Division,<sup>1</sup> dismissing plaintiffs' action for declaratory relief.

LE JUGE HUGESSEN: Appel est interjeté d'une décision du juge Strayer de la Division de première instance<sup>1</sup>, qui a rejeté l'action des demandeurs en vue d'obtenir un redressement déclaratoire.

The individual plaintiffs are the inventors and the corporate plaintiffs are respectively the patentee and licensee of inventions described in Canadian patents nos. 1,045,142 and 949,967. Those patents are in respect of a prescription drug known generically as Cimetidine, which is widely used in the treatment of stomach ulcers. Since the patents relate to a medicine and the processes used in its preparation or production, they are subject to the compulsory licensing provisions of subsection 41(4) of the *Patent Act* (R.S.C. 1970, c. P-4):

Les particuliers faisant partie des demandeurs en l'espèce sont les inventeurs et les personnes morales faisant partie des demandeurs sont respectivement le titulaire de brevet et le porteur de licence des inventions décrites dans les brevets canadiens portant les numéros 1,045,142 et 949,967. Ces brevets visent un médicament d'ordonnance dont le nom générique est Cimetidine qui est largement utilisé dans le traitement des ulcères gastriques. Puisque les brevets visent un médicament et les procédés utilisés dans sa préparation ou dans sa production, ils sont assujettis aux dispositions relatives aux licences obligatoires que prévoit le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* (S.R.C. 1970, chap. P-4):

41. ...

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

41. ...

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

(a) where the invention is a process, to use the invention for the preparation or production of medicine, import any medicine in the preparation or production of which the invention has been used or sell any medicine in the preparation or production of which the invention has been used, or

a) lorsque l'invention consiste en un procédé, utiliser l'invention pour la préparation ou la production de médicaments, importer tout médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée ou vendre tout médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée, ou

(b) where the invention is other than a process, to import, make, use or sell the invention for medicine or for the preparation or production of medicine,

b) lorsque l'invention consiste en autre chose qu'un procédé, importer, fabriquer, utiliser ou vendre l'invention pour des médicaments ou pour la préparation ou la production de médicaments,

the Commissioner shall grant to the applicant a licence to do the things specified in the application except such, if any, of those things in respect of which he sees good reason not to grant such a licence; and, in settling the terms of the licence and fixing the amount of royalty or other consideration payable, the Commissioner shall have regard to the desirability of making the medicine available to the public at the lowest possible price consistent with giving to the patentee due reward for the research leading to the invention and for such other factors as may be prescribed.

le commissaire doit accorder au demandeur une licence pour faire les choses spécifiées dans la demande à l'exception de celles, s'il en est, pour lesquelles il a de bonnes raisons de ne pas accorder une telle licence; et, en arrêtant les conditions de la licence et en fixant le montant de la redevance ou autre considération à payer, le commissaire doit tenir compte de l'opportunité de rendre les médicaments accessibles au public au plus bas prix possible tout en accordant au breveté une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention et pour les autres facteurs qui peuvent être prescrits.

<sup>1</sup> Now reported: [1986] 1 F.C. 274.

<sup>1</sup> Maintenant publiée: [1986] 1 C.F. 274.

By their action, plaintiffs seek a declaration that the exclusive rights granted to the patentees in question may be enjoyed free of any compulsory licence under subsection 41(4). They found their claim that subsection 41(4) is *ultra vires*, in-operative or invalid, upon five separate grounds, namely:

1. That it is legislation in relation to a matter of exclusive provincial competence within section 92 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1*)];

2. That it is contrary to the rights declared in paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III]:

1. ...

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

3. That it is contrary to the rights declared in paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*:

1. ...

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

4. That it denies to plaintiffs the rights guaranteed to them by section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.)]:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

5. That it denies the plaintiffs the equality which is guaranteed to them by subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

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.

Par leur action, les demandeurs cherchent à obtenir un jugement déclaratoire portant que les titulaires de brevets en question peuvent jouir des droits exclusifs qui leur ont été accordés franc de toute licence obligatoire prévue au paragraphe 41(4). Ils soutiennent que le paragraphe 41(4) est *ultra vires*, inopérant ou non valide en se fondant sur cinq moyens distincts, savoir:

1. Qu'il s'agit d'une disposition législative relative à une question relevant de la compétence exclusive des provinces aux termes de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*)];

2. Qu'il est contraire aux droits énoncés à l'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III]:

1. ...

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

3. Qu'il est contraire aux droits énoncés à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*:

1. ...

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

4. Qu'il nie aux demandeurs les droits que leur garantit l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.)]:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

5. Qu'il nie aux demandeurs l'égalité que leur garantit le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

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.

In a carefully and clearly written decision, Strayer J. examines and rejects each of plaintiffs' claims on their merits.<sup>2</sup>

In so far as concerns the arguments based upon the distribution of powers under the *Constitution Act, 1867*, the alleged breach of paragraphs 1(a) and 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* and the alleged denial of the rights to life, liberty and security of the person under section 7 of the Charter, I am in complete agreement with the Trial Judge's conclusions and with the reasoning by which he arrives at them. If anything, he has given those arguments a fuller treatment than they deserve; any additional comments on my part would be superfluous.

There remains the question of equality rights under section 15. At the time that the Trial Judge wrote, in November 1985, that section had only been in force a few months and he did not have available to him the substantial volume of appellate jurisprudence which has since developed.<sup>3</sup> The approach which he adopted to the interpretation of section 15 has not found favour in subsequent decisions. That approach, stated in the briefest possible terms, was to view any distinction based upon one of the enumerated categories in section 15 as being *prima facie* in breach of the section and therefore requiring justification under section

<sup>2</sup> Any possible problems resulting from the attempt by corporate plaintiffs to assert rights which can only be enjoyed by individuals are resolved by the Trial Judge's finding, not put in issue on appeal, that the individual plaintiffs possessed the necessary standing to assert the claims in their own behalf.

<sup>3</sup> See, in particular: *Re McDonald and The Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745 (C.A.); *Reference re an Act to amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Blainey v. Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728 (Ont. C.A.); *Regina v. Hamilton, Regina v. Asselin, Regina v. McCullagh* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257; 54 C.R. (3d) 193; 170 A.C. 241 (C.A.); *Shewchuk v. Ricard* (1986), 4 W.W.R. 289 (B.C.C.A.); *Rebic v. Collver* (1986), 4 W.W.R. 401 (B.C.C.A.); *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1986), 4 W.W.R. 242 (B.C.C.A.); *Cromer v. British Columbia Teachers' Federation* (1986), 5 W.W.R. 638 (B.C.C.A.).

Le juge Strayer, dans une décision soigneusement et clairement rédigée, examine et rejette chaque réclamation des demandeurs comme mal fondée.<sup>2</sup>

En ce qui concerne les arguments fondés sur le partage des pouvoirs en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'allégation de violation des alinéas 1a) et 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* et l'allégation d'atteinte au droit à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne que garantit l'article 7 de la Charte, je suis entièrement d'accord avec les conclusions du juge de première instance et avec ses motifs. Si l'on peut ajouter quelque chose, on doit dire qu'il a donné à ces arguments un traitement plus complet qu'ils ne le méritaient; toute autre observation de ma part serait superflue.

Reste la question des droits relatifs à l'égalité que garantit l'article 15. Au moment où le juge de première instance a rédigé ses motifs en novembre 1985, cet article n'était en vigueur que depuis quelques mois et il ne disposait pas de la jurisprudence abondante au niveau des cours d'appel qui en a découlé depuis<sup>3</sup>. La position qu'il a adoptée quant à l'interprétation de l'article 15 n'a pas été suivie dans les décisions subséquentes. Cette position, énoncée de la manière la plus résumée possible, était de considérer que toute distinction fondée sur l'une des catégories énumérées à l'article 15 était à première vue en violation de l'article et

<sup>2</sup> Tous les problèmes possibles résultant de la tentative par les demandeurs qui sont des personnes morales de faire valoir des droits dont seuls les particuliers peuvent jouir sont tranchés par la conclusion du juge de première instance, qui n'est pas contestée en appel, selon laquelle les particuliers faisant partie des demandeurs possèdent l'intérêt nécessaire pour faire valoir la réclamation pour leur propre compte.

<sup>3</sup> Voir en particulier: *Re McDonald and The Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745 (C.A.); *Reference re an Act to amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Blainey v. Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728 (C.A. Ont.); *Regina v. Hamilton, Regina v. Asselin, Regina v. McCullagh* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257; 54 C.R. (3d) 193; 170 A.C. 241 (C.A.); *Shewchuk v. Ricard* (1986), 4 W.W.R. 289 (C.A.C.-B.); *Rebic v. Collver* (1986), 4 W.W.R. 401 (C.A.C.-B.); *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1986), 4 W.W.R. 242 (C.A.C.-B.); *Cromer v. British Columbia Teachers' Federation* (1986), 5 W.W.R. 638 (C.A.C.-B.).

l to avoid being struck down; any distinction based on any other categories would only be in breach of the section if it failed to meet the tests of legitimacy, rationality and proportionality, enunciated by McIntyre J. in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370.

Since my approach to section 15 differs substantially from that taken by the Trial Judge, I think it appropriate that I should set it out in some detail, even though the result is ultimately the same. In the first place, and in the particular context of this action, it must be said that a short answer to the plaintiffs' section 15 attack is that, when the alleged "discrimination" results directly from a voluntarily assumed package of rights and obligations, section 15 simply does not come into play. A number of simple examples serve to illustrate the point. Certain offices, professions or callings have, as a condition of their exercise, a prohibition to carry out certain other activities open to the citizenry at large. Section 36 of the *Judges Act* [R.S.C. 1970, c. J-1] is a case in point. Section 15 surely cannot be invoked here for no one is ever obliged to subject himself to the restraint imposed.

An example from a wholly different field would be a licence to fish for trout or shoot partridge. An argument that the holder was, by operation of section 15, entitled to claim a right to fish for salmon or shoot big game would properly be laughed out of Court.

A third example of what I would describe as "phony" discrimination is the purchase of a lot zoned for the construction of residential bungalows only. Section 15 cannot be engaged to support an argument for the construction of a commercial highrise on the site.

It is elementary, in my view, that no inventor is ever obliged by law to patent his invention. He may keep it to himself and exploit it virtually

devait, par conséquent, être justifiée aux termes de l'article premier pour éviter d'être radiée; toute distinction fondée sur toute autre catégorie ne violerait l'article que si elle ne satisfaisait pas aux critères de légitimité, de rationalité et de proportionnalité énoncés par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370.

Étant donné que ma position à l'égard de l'article 15 est substantiellement différente de celle adoptée par le juge de première instance, j'estime important de l'exposer de manière détaillée même si le résultat est en fin de compte le même. Il faut tout d'abord dire dans le contexte particulier de la présente action, qu'une brève réponse à la contestation des demandeurs basée sur l'article 15 porte que lorsque la «discrimination» alléguée résulte directement d'un ensemble de droits et d'obligations assumés volontairement, l'article 15 ne s'applique tout simplement pas. Un certain nombre d'exemples simples servent à illustrer ce point. Dans le cas de certains postes, métiers ou professions il est, comme condition de leur exercice, interdit d'exercer certaines autres activités qui sont permises d'une manière générale au citoyen. L'article 36 de la *Loi sur les juges* [S.R.C. 1970, chap. J-1] en est un exemple. L'article 15 ne peut certainement pas être invoqué en l'espèce car nul n'est jamais obligé de se soumettre lui-même à la restriction qui est imposée.

Un exemple d'un domaine entièrement différent serait le permis pour pêcher la truite ou pour chasser la perdrix. Un argument voulant que le titulaire ait droit, en application de l'article 15, de réclamer le droit de pêcher le saumon ou de chasser le gros gibier serait, avec raison, tourné en ridicule.

Un troisième exemple de ce que je décrirais comme une «fausse» discrimination est l'achat d'un terrain zoné pour la construction de maisons résidentielles seulement. L'article 15 ne peut être invoqué à l'appui d'un argument en faveur de la construction d'un édifice commercial à plusieurs étages à cet endroit.

À mon avis, il est élémentaire que la loi n'oblige jamais un inventeur à demander un brevet pour son invention. Il peut la garder pour lui-même et

forever, provided he is able to keep the secret from others and provided no other inventor manages to hit upon it on his own. In the case of a process patent, the only kind envisioned by subsection 41(4), this is not a merely theoretical possibility and it is common knowledge that successful recipes for food and drink (alcoholic and otherwise) are virtually never patented. A patent is, accordingly, a bargain which, even though its terms and conditions are set by statute, is voluntarily entered into by the patentee. He obtains time-limited but state-supported exclusivity for his invention in return for his disclosure of it to the public.

There is, however, a suggestion in the present case that, as a matter of fact though not of law, the inventor of a pharmaceutical product is obliged to patent his process. Without accepting that suggestion as being either true or relevant to the issues herein but assuming, for the sake of argument, that it is correct, it is my view that it still does not serve to bring section 15 into play.

At the most basic level, the equality rights guaranteed by section 15 can only be the right of those similarly situated to receive similar treatment.<sup>4</sup> The issue will be to know, in each case, which categories are permissible in determining similarity of situation and which are not. Here, all patentees take subject to the *Patent Act*. More narrowly, all patentees of a process for the preparation or production of medicine are subject to the compulsory licensing provisions of subsection 41(4). As long ago as Aristotle's time, it was accepted that equality consisted of treating equals equally and unequals unequally. Herein, in my opinion, lies the answer to the conundrum, more apparent than real, of the relationship between sections 15 and 1, which has already given rise to so much discus-

<sup>4</sup> I do not overlook the possibility that section 15 may also include the right of those unequally situated to receive unequal treatment so as to achieve an equal result, but it is not relevant to the present case; whatever else they may be, the plaintiffs are not amongst the handicapped.

l'exploiter pratiquement pour toujours, pourvu qu'il soit en mesure d'en garder le secret et pourvu qu'aucun autre inventeur ne découvre lui-même cette invention. Dans le cas d'un brevet portant sur un procédé, le seul genre visé au paragraphe 41(4), il ne s'agit pas simplement d'une possibilité théorique et il est bien connu que des recettes qui ont du succès pour de la nourriture et des boissons (alcooliques ou autres) ne sont virtuellement jamais brevetées. Par conséquent, un brevet constitue un marché qui, même si ses modalités sont établies par la loi, est volontairement conclu par le titulaire de brevet. Il obtient une exclusivité limitée dans le temps mais appuyée par l'État pour son invention, en contrepartie de la communication de celle-ci au public.

Toutefois, on dit en l'espèce que, dans les faits sinon en droit, l'inventeur d'un produit pharmaceutique est tenu de breveter son procédé. Sans accepter cette suggestion comme étant exacte ou pertinente à l'égard des questions soulevées en l'espèce, mais présumant pour les fins de l'argumentation qu'elle est bien fondée, je suis d'avis que, encore là, elle ne réussit pas à faire entrer l'article 15 en jeu.

Au niveau le plus fondamental, le droit à l'égalité que garantit l'article 15 ne peut être que le droit de ceux qui sont dans une situation analogue de recevoir un traitement analogue<sup>4</sup>. La question sera de savoir, dans chaque cas, quelles catégories sont admissibles pour déterminer si la situation est analogue et quelles ne le sont pas. En l'espèce, tous les titulaires de brevet sont assujettis à la *Loi sur les brevets*. Plus précisément, tous les titulaires de brevet à l'égard d'un procédé pour la préparation ou la production de médicaments sont assujettis aux dispositions en matière de licence obligatoire que prévoit le paragraphe 41(4). Depuis l'époque d'Aristote, il est admis que l'égalité consiste dans le traitement égal des égaux et inégal des inégaux. À mon avis, c'est là que se trouve la réponse à

<sup>4</sup> Je ne néglige pas la possibilité que l'article 15 puisse également comprendre le droit de ceux qui sont dans une situation différente de recevoir un traitement différent de manière à atteindre un même résultat mais cela n'est pas pertinent en l'espèce; de quelque catégorie qu'ils soient, les demandeurs ne sont pas parmi les handicapés.

sions in the literature<sup>5</sup> and which has been given further impetus by the decision of the Supreme Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. *Oakes*, which dealt with legal rights and more particularly those contained in section 7 and paragraph 11(d) of the Charter, teaches us that the tests of section 1 are not to be used as a gauge to determine the extent of Charter-guaranteed rights. In any given case, the court must first determine the content of the right which is invoked to see if there was a breach. Only then, if asked to do so, does the Court look to the criteria of section 1 to see if the limitation of the right is justifiable. The difficulty comes about because many of the rights contained in the Charter are themselves expressed in value-laden language similar to that employed in section 1. Obvious examples are sections 8 and 9, with their guarantees against unreasonable and arbitrary state action. Clearly there is nothing contrary to the *Oakes* teaching in a section 9 case for the Court's first inquiry to be whether there has, in fact, been "arbitrary" detention or imprisonment and it is not inconceivable that a court having so found might yet go on to determine that such imprisonment could be justified under section 1 (as, for example, under conditions of war).

Thus too with section 15. The rights which it guarantees are not based on any concept of strict, numerical equality amongst all human beings. If they were, virtually all legislation, whose function it is, after all, to define, distinguish and make categories, would be in *prima facie* breach of

<sup>5</sup> See: Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd edition, Toronto: Carswell, 1985, pp. 799-801; Gold, "A Principled Approach to Equality Rights: A preliminary inquiry", (1982) 4 *S.C.L.R.* 131; Tremblay, "Égalité et clauses anti-discriminatoires", (1984) 18 *R.J.T.* 329; Tarnopolsky, "Equality Rights in The Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1983) 61 *Can. Bar Rev.* 242; Brudner, "What Are Reasonable Limits to Equality Rights?", (1986) 64 *Can. Bar Rev.* 469; Bayefsky and Eberts, *Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto: Carswell, 1985, pp. 69-79; Gibson, *The Law of The Charter*, Toronto: Carswell, 1986, pp. 135-142.

l'énigme, plus apparente que réelle, posée par le rapport entre les articles 15 et 1 qui a déjà suscité beaucoup de discussions dans la doctrine<sup>5</sup> et qui a reçu un élan supplémentaire par l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. L'arrêt *Oakes*, qui traite des garanties juridiques et plus particulièrement de celles qui sont contenues à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la Charte, nous dit que les critères de l'article premier ne doivent pas être utilisés comme une mesure pour déterminer l'étendue des droits garantis par la Charte. Dans tous les cas, la Cour doit d'abord déterminer le contenu du droit qui est invoqué pour voir si on y a porté atteinte. C'est seulement à ce moment-là, si on demande à la Cour de le faire, qu'elle examine le critère de l'article premier pour voir si la restriction du droit peut se justifier. Il en résulte un problème parce qu'un grand nombre des droits contenus dans la Charte sont eux-mêmes énoncés dans des termes exprimant des jugements de valeur et qui sont semblables à ceux employés à l'article premier. Les articles 8 et 9 sont des exemples évidents avec leur garantie contre l'action abusive et arbitraire de l'État. De toute évidence, il n'y a rien de contraire à l'enseignement de l'arrêt *Oakes* à ce que, dans une affaire fondée sur l'article 9, la Cour se demande d'abord s'il y a eu, en fait, détention ou emprisonnement «arbitraire» et il n'est pas inconcevable qu'un tribunal étant arrivé à une conclusion affirmative puisse par la suite décider que cet emprisonnement pourrait être justifié aux termes de l'article premier (par exemple, dans des conditions de guerre).

g Une telle situation s'applique également à l'article 15. Les droits qu'il garantit ne sont pas fondés sur le concept d'égalité numérique stricte entre tous les êtres humains. Si c'était le cas, pratiquement tous les textes législatifs, dont la fonction est, après tout, de définir, de distinguer et d'établir des

<sup>5</sup> Voir: Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>e</sup> édition, Toronto, Carswell, 1985, pp. 799 à 801; Gold, «A Principled Approach to Equality Rights: A preliminary inquiry», (1982) 4 *S.C.L.R.* 131; Tremblay, «Égalité et clauses anti-discriminatoires», (1984) 18 *R.J.T.* 329; Tarnopolsky, «Equality Rights in The Canadian Charter of Rights and Freedoms», (1983) 61 *R. du B. Can.* 242; Brudner, «What Are Reasonable Limits to Equality Rights?», (1986) 64 *R. du B. Can.* 469; Bayefsky and Eberts, *Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, pp. 69 à 79; Gibson, *The Law of The Charter*, Toronto, Carswell, 1986, pp. 135 à 142.

section 15 and would require justification under section 1. This would be to turn the exception into the rule. Since courts would be obliged to look for and find section 1 justification for most legislation, the alternative being anarchy, there is a real risk of paradox: the broader the reach given to section 15 the more likely it is that it will be deprived of any real content.

The answer, in my view, is that the text of the section itself contains its own limitations. It only proscribes discrimination amongst the members of categories which are themselves similar. Thus the issue, for each case, will be to know which categories are permissible in determining similarity of situation and which are not. It is only in those cases where the categories themselves are not permissible, where equals are not treated equally, that there will be a breach of equality rights.

But how to know who is equal and who is not? And what are the permissible grounds for categorisation? In my view, there is no single test that will serve. Not even a category based upon one of the enumerated prohibited grounds of discrimination will necessarily fail: the refusal of a driver's licence to a child of three does not need to seek its justification under section 1. We are as yet in the early stages of the development of our understanding of section 15. I do not think it is prudent, or even possible, to lay down any hard and fast rules. The most we can do is suggest a range or spectrum of criteria to determine on which side of the line any given categorisation must fall. These criteria, which are, in effect, no more than indicators, may, as it seems to me, be drawn from three sources. First, the text of section 15 itself; second, the other rights, liberties and freedoms enshrined in the Charter; and, third, the underlying values inherent in the free and democratic society which is Canada.

As far as the text of section 15 itself is concerned, one may look to whether or not there is "discrimination", in the pejorative sense of that word, and as to whether the categories are based

catégories, à première vue porteraient atteinte à l'article 15 et devraient être justifiés aux termes de l'article premier. L'exception deviendrait la règle. Étant donné que les tribunaux seraient obligés de chercher et de trouver une justification fondée sur l'article premier pour la plupart des textes législatifs, l'autre choix étant l'anarchie, il existe un risque réel de paradoxe: plus grande sera la portée de l'article 15 plus il sera susceptible d'être privé de tout contenu réel.

À mon avis, la réponse est que le texte de l'article lui-même contient ses propres limites. Il interdit seulement la discrimination parmi les membres de catégories qui sont elles-mêmes analogues. Par conséquent, la question dans chaque cas sera de savoir quelles catégories permettent de déterminer la similitude de situation et quelles ne le permettent pas. C'est seulement dans ces cas où les catégories elles-mêmes ne le permettent pas, où les égaux ne sont pas traités également, qu'il y aura une atteinte aux droits à l'égalité.

Mais comment savoir qui est égal et qui ne l'est pas? Et quels sont les fondements admissibles pour établir les catégories? À mon avis, il n'y a pas de critère unique qui puisse être appliqué. Même une catégorie fondée sur l'un des motifs de discrimination interdits qui sont énumérés ne sera pas nécessairement écartée: il n'est pas nécessaire de justifier aux termes de l'article premier le refus d'accorder un permis de conduire à un enfant de trois ans. Nous sommes dans le premier stade de l'élaboration de notre interprétation de l'article 15. Je ne crois pas qu'il soit prudent ou même possible d'énoncer des règles absolues. Le plus que nous pouvons faire c'est de proposer une gamme ou une variété de critères pour déterminer de quel côté de la ligne de démarcation se trouve une catégorie donnée. Ces critères, qui ne sont, en effet rien de plus que des indicateurs, peuvent, à mon avis, découler de trois sources. Premièrement, le texte de l'article 15 lui-même; deuxièmement les autres droits et libertés enchassés dans la Charte; et, troisièmement, les valeurs sous-jacentes qui sont inhérentes dans la société libre et démocratique qu'est le Canada.

Dans la mesure où le texte de l'article 15 lui-même est visé, on peut voir s'il y a ou non de la «discrimination», au sens péjoratif de ce terme et si les catégories sont fondées ou non sur des motifs

upon the grounds enumerated or grounds analogous to them. The inquiry, in effect, concentrates upon the personal characteristics of those who claim to have been unequally treated. Questions of stereotyping, of historical disadvantage, in a word, of prejudice, are the focus and there may even be a recognition that for some people equality has a different meaning than for others.

In the second area of inquiry, I think we should look to whether the categories under examination have any impact upon the rights and freedoms which the Charter otherwise guarantees. An obvious example, because it is specifically mentioned in section 2 as well as in section 15, is religious belief; a category based on this characteristic which was not otherwise under the saving provision of section 29 would be highly suspect. It is not difficult to conceive of other legislative categories impacting indirectly on other fundamental rights and freedoms.<sup>6</sup> The inquiry here is into the interest affected by the alleged inequality and recognises that, in the context of the Charter, some rights are more important than others. While the generalisation will no doubt require refinement, it would seem to me that, since the Charter's primary focus is upon personal rights, liberties and freedoms, categories whose main impact is elsewhere, such as on property and economic rights, will be less subject to scrutiny.

The final complex of criteria should, I suggest, flow from the fact that Canada is a democratic country and that any legislative category which is subject to attack under section 15 will have resulted from the actions of a freely and popularly elected legislature. Where such a legislature has clearly and consciously made a deliberate choice, some degree of judicial deference and restraint is indicated. That degree will be greatest where the categories are found in the very text of the legisla-

<sup>6</sup> See, for example, the very recent decision of the Ontario Court of Appeal in *Regina v. Hamilton, supra*—failure to proclaim sections of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] in a province, resulting in residents of that province facing obligatory prison terms instead of undergoing treatment for alcoholism, was held to violate section 15. Clearly a liberty interest was at stake.

énumérés ou des motifs analogues à ceux-ci. L'examen porte en fait sur les caractéristiques personnelles de ceux qui prétendent avoir été traités de manière inégale. L'examen porte principalement sur les questions de stéréotype, de désavantage historique, en un mot, de préjudice et l'on peut même reconnaître que pour certaines personnes le terme égalité a un sens différent de ce qu'il a pour d'autres personnes.

*a* Dans le deuxième domaine d'enquête, je crois que nous devrions voir si les catégories qui font l'objet d'un examen ont un effet quelconque sur les droits et libertés que la Charte garantit ailleurs. Les croyances religieuses constituent un exemple évident parce qu'elles sont précisément mentionnées dans l'article 2 et dans l'article 15; une catégorie fondée sur cette caractéristique qui n'est pas autrement visée par la restriction de l'article 29 serait très suspecte. Il n'est pas difficile de concevoir que d'autres catégories législatives aient un effet indirect sur d'autres libertés et droits fondamentaux<sup>6</sup>. En l'espèce l'examen porte sur l'intérêt touché par l'inégalité alléguée et reconnaît que, dans le contexte de la Charte, certains droits sont plus importants que d'autres. Bien que la généralisation exigera sans doute des précisions, il me semble que, comme la Charte vise principalement les libertés et les droits personnels, les catégories dont l'effet principal touche d'autres domaines, comme les droits relatifs à la propriété et à la situation économique, seront moins assujetties à l'examen.

*b* L'ensemble final de critères devrait, selon moi, découler du fait que le Canada est un pays démocratique et que toute catégorie législative qui est susceptible de contestation fondée sur l'article 15 aura résulté des actes d'un législateur librement élu par le peuple. Lorsqu'un tel législateur a clairement et consciemment fait un choix délibéré, il est de mise que les tribunaux manifestent un certain degré de respect et de retenue. Ce degré sera plus grand lorsque les catégories se trouvent dans le

<sup>6</sup> Voir, par exemple, l'arrêt très récent de la Cour d'appel de l'Ontario *Regina v. Hamilton, précité*—il résulte du défaut de proclamer des articles du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34] dans une province, que des résidents de cette province soient tenus de purger des peines d'emprisonnement obligatoires plutôt que de subir des traitements pour l'alcoolisme; on a conclu qu'un tel défaut contrevient à l'article 15. De toute évidence, un intérêt en matière de liberté était en jeu.

tion and will diminish as they, and the alleged inequalities flowing from them, become further removed from the expression of legislative will, either by delegation or by indirection. Even where the legislative will is clear and direct, room will, of course, remain for judicial intervention to prevent the tyranny of the majority,<sup>7</sup> but the likelihood will surely be greater where the perceived injustice is the result of inadvertance, inattention or abuse by subordinates.

It will be seen from the foregoing that the approach which I propose for determining the content of the equality rights in section 15 differs somewhat from that which has been developed and elaborated in some detail by different panels of the British Columbia Court of Appeal in the cases of *Shewchuk*, *Rebic*, *Andrews*, and *Cromer*, *supra*. It is with some regret that I do so for I find most of the reasoning attractive and persuasive. The difficulty I have with those decisions, as I understand them, is that they conclude that the ultimate test as to whether any given legislative category is in breach of section 15 is whether it meets the twin standards of reasonableness and fairness. With respect, I find this test impossible to reconcile with the teaching of *Oakes*, *supra*. If a category must be shown to be unreasonable or unfair before it can be said to give rise to a breach of equality rights, it is difficult to see how there can ever be room for application of section 1. In my view, *Oakes* requires that any test of the content of section 15 must be both logically and analytically distinct from section 1.<sup>8</sup> In the preceding pages, I have attempted to suggest a possible basis for such

texte même de la loi et diminuera lorsqu'elles s'éloigneront, tout comme les inégalités qui en découlent, de l'expression de la volonté législative, soit par délégation soit par absence de précision. Même lorsque l'intention du législateur est claire et directe, il y aura évidemment toujours possibilité d'intervention judiciaire pour empêcher la tyrannie de la majorité<sup>7</sup>, toutefois il y aura certainement de plus grandes chances lorsque l'injustice qui est perçue résulte de l'inadvertance, de l'inattention ou de l'abus des subordonnés.

On aura constaté que la méthode que je propose pour déterminer le contenu des droits à l'égalité que prévoit l'article 15 diffère quelque peu de celle qui a été mise au point et élaborée de manière détaillée par différentes formations de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans les arrêts *Shewchuk*, *Rebic*, *Andrews*, et *Cromer*, précités. C'est avec un certain regret que je le fais car j'estime que la plus grande partie du raisonnement est séduisante et convaincante. La difficulté que j'éprouve à l'égard de ces arrêts, selon mon interprétation, c'est qu'ils concluent que le critère ultime pour déterminer si une catégorie législative contrevient à l'article 15 est de savoir si elle satisfait aux doubles normes du caractère raisonnable et du caractère équitable. Avec égards, je conclus que ces critères ne peuvent être conciliés avec l'enseignement de l'arrêt *Oakes*, précité. Si l'on doit démontrer qu'une catégorie est déraisonnable ou injuste avant que l'on puisse dire qu'elle donne lieu à une violation des droits à l'égalité, il est difficile de voir comment on pourrait jamais appliquer l'article premier. À mon avis, l'arrêt *Oakes* exige que tout critère relatif au contenu de l'article 15 doive être distinct de l'article premier à la fois logiquement et analytiquement<sup>8</sup>. Dans les pages précédentes, j'ai tenté de proposer un fondement possible à l'égard d'un tel critère, suivant ma

<sup>7</sup> One would expect, for example, that the Charter would have been effective to prevent the treatment accorded to Japanese Canadians during the Second World War.

<sup>8</sup> I have the same difficulty with the second branch of the approach taken by the Trial Judge; the application of the tests enunciated by McIntyre J. in *MacKay*, *supra*, seems more logically relevant to an inquiry under section 1 than to a determination of the inherent limits to section 15.

<sup>7</sup> Par exemple on pourrait s'attendre à ce que la Charte eût été efficace pour empêcher le traitement infligé aux Canadiens d'origine japonaise pendant la Seconde guerre mondiale.

<sup>8</sup> La deuxième partie de l'attitude adoptée par le juge de première instance me pose le même problème; l'application des critères énoncés par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay*, précité, me semble plus logiquement pertinente à l'égard d'une enquête aux termes de l'article premier qu'à une détermination des limites inhérentes à l'article 15.

a test, founded upon my understanding of the correct approach to Charter interpretation.<sup>9</sup>

It will be noted that I have not set out in any detail the content of the criteria which I would apply nor have I attempted to balance their relative importance. The omission is deliberate. The interpretation of section 15 is fraught with difficulty and prudence dictates a case-by-case approach. On the facts of the present case, it seems to me that there is no basis upon which the application of the suggested criteria could give any substance to the plaintiffs' claim that their rights have been breached. The categories created in subsection 41(4) of the *Patent Act* bear no remote relation to those enumerated in section 15 and carry within them no suggestion of discrimination, prejudice or stereotype.

The interests in which plaintiffs claim to have suffered are purely economic and commercial in nature; no question of liberty, freedom or human rights is involved. Finally, the text of subsection 41(4) is a direct and specific expression of parliamentary will; as pointed out by the Trial Judge, it was adopted after the existing state of the law had been reviewed by at least three commissions and a parliamentary committee; there could hardly be a more deliberate expression of the views of a free and democratic society.

I would add that the same result would flow from the application of the tests proposed in the British Columbia cases, *supra*, or indeed of any other test which has been suggested to set some limits to the reach of section 15. To succeed, plaintiffs have to urge, as they do, that section 15 guarantees absolute equality to every individual in every conceivable circumstance and that every possible distinction that can result in one receiving a benefit or incurring a disadvantage which is not enjoyed or suffered by all can only be justified, if at all, under section 1, which has not been invoked by the defendant. As I have attempted to indicate, that view seems to me to be untenable.

<sup>9</sup> That approach was most recently summarized in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 499-500.

conception de la bonne méthode à suivre pour interpréter la Charte<sup>9</sup>.

Il convient de souligner que je n'ai pas exposé en détail le contenu des critères que j'appliquerais et que je n'ai pas tenté d'établir un équilibre entre leur importance relative. Cette omission est délibérée. L'interprétation de l'article 15 est truffée de difficultés et la prudence impose une attitude d'examen cas par cas. D'après les faits de l'espèce, il me semble qu'il n'y a aucun fondement à l'égard duquel l'application du critère proposé pourrait appuyer la réclamation des demandeurs selon laquelle on a porté atteinte à leurs droits. Les catégories créées dans le paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets* ne se rapportent même pas de loin à celles qui sont énumérées à l'article 15 et ne comportent aucune suggestion de discrimination, de préjudice ou de stéréotype.

Les intérêts dans lesquels les demandeurs prétendent avoir subi un préjudice sont purement de nature financière et commerciale; il n'est pas question de liberté ou de droits de la personne. Finalement, le texte du paragraphe 41(4) constitue une expression directe et précise de l'intention du législateur; comme l'a souligné le juge de première instance, il a été adopté après qu'au moins trois commissions et un comité parlementaire eurent passé en revue l'état actuel du droit; il pourrait difficilement y avoir une expression plus délibérée de l'opinion d'une société libre et démocratique.

J'ajouterais que l'on parviendrait au même résultat en appliquant les critères proposés dans les arrêts de la Colombie-Britannique, précités, ou en fait tout autre critère qui a été suggéré pour établir certaines limites à la portée de l'article 15. Pour avoir gain de cause, les demandeurs doivent soutenir, comme ils le font en l'espèce, que l'article 15 garantit une égalité absolue à tout particulier dans toutes les circonstances imaginables et que toute distinction possible qui peut faire en sorte qu'un particulier reçoive un avantage ou subisse un désavantage qui n'a pas été reçu ou subi par tous ne peut être justifiée, si c'est possible, qu'aux termes de l'article premier, qui n'a pas été invoqué par le défendeur. Comme j'ai tenté de l'indiquer, il ne me semble pas possible de soutenir une telle position.

<sup>9</sup> Cette méthode a été résumée très récemment dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 499 et 500.

For all these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

HEALD J.: I agree.

MAHONEY J.: I agree.

Pour tous ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens.

LE JUGE HEALD: Je souscris à ces motifs.

*a* LE JUGE MAHONEY: Je souscris à ces motifs.