



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2005, Vol. 3, Part 2**

**2005, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2005] 3 F.C.R., 239-428**

**Renvoi [2005] 3 R.C.F., 239-428**

---



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-PELLETIER

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, DAVID GOURDEAU, LL.B., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2005.

*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-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

*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'histoire de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.*

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

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

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to: Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Ontario K1A 0S5; Tel: 1-800-635-7943 (Canada & US); Tel: (613) 941-5995 Fax: 1-800-565-7757 (Canada & US); Fax: (613) 954-5779; E-mail: publications@pwwgsc.gc.ca <mailto:publications@pwwgsc.gc.ca>*

*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: Éditions et services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Direction générale des services d'information du gouvernement, Ottawa (Ontario) K1A 0S5; Téléphone: 1-800-635-7943 (Canada & É.-U.) Téléphone: (613) 941-5995; Télécopieur: 1-800-565-7757 (Canada & É.-U.) Télécopieur: (613) 954-5779 Courriel: publications@pwwgsc.gc.ca <mailto:publications@pwwgsc.gc.ca>*

*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.*

*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.*

---

*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>*

---

*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>*

## CONTENTS

**Digests ..... D-11**

**Apotex Inc. v. Syntex Pharmaceuticals International Ltd. (F.C.) ..... 302**

Crown—Torts—In main action, drug producers sued by generic for delay in securing Notice of Compliance (NOC) due to prohibition application—Defendants third party Minister for short delay in issuing NOC after patent held invalid—Minister moving to strike third party proceedings—Crown arguing no cause of action as not “first person” (Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 8)—Whether third party claims can succeed under Ontario Negligence Act—Whether third party claims are in negligence—Whether Negligence Act, s. 1 applies only as between tortfeasors—Law on point not settled—Effect of S.C.C. decision in *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*—Pleas deficient but motion denied as perhaps sufficient to support action for negligent breach of statute.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

**Fiches analytiques ..... F-13**

**Apotex Inc. c. Syntex Pharmaceuticals International Ltd. (C.F.) ..... 302**

Couronne—Responsabilité délictuelle—Dans l'action principale, des sociétés pharmaceutiques sont poursuivies par un fabricant de médicaments génériques en raison du retard dans l'obtention d'un avis de conformité (AC) causé par une demande d'interdiction—Les défenderesses ont mis le ministre en cause parce que celui-ci a brièvement tardé à délivrer un AC après que leur brevet eut été déclaré invalide—Le ministre veut faire radier les réclamations présentées contre lui en qualité de tierce partie—La Couronne a prétendu qu'il n'existe aucune cause d'action puisqu'elle n'est pas une «première personne» (art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité))—Les réclamations contre le ministre pouvaient-elles être accueillies suivant la Loi sur le partage de la responsabilité de l'Ontario?—Étaient-elles fondées sur la négligence?—L'art. 1 de la Loi sur le partage de la responsabilité s'applique-t-il seulement entre coauteurs d'un

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Practice—Parties—Third Party Proceedings—Motion by Minister of Health to strike third party claims in generic drug company's damages action against drug companies which had sought to prohibit Minister from issuing Notice of Compliance (NOC)—Short delay in issuing NOC after patent held invalid—Whether cause of action against Crown under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations or Negligence Act (Ontario)—Negligence Act, s. 5 provides for addition of third party where damages contributed to by fault, neglect of two or more persons—Case law considered on question whether plaintiff's action must be in tort—Pleas deficient but not struck as may support action for negligent breach of statute.

Practice—Pleadings—Motion to Strike—Defendants' third party claims in action by generic drug producer for damages due to delay in securing Notice of Compliance (NOC)—Defendants' argument contentious questions on regulatory interpretation not to be decided on motion to strike rejected for want of complex question that can be resolved only at trial—Pleas deficient but not struck as may support action for negligent statutory breach.

Patents—Practice—Generic drug producer suing two drug companies for damages due to their seeking to prohibit issuance of Notice of Compliance (NOC)—Defendants third partying Minister of Health—Minister moving to strike third party claims—NOC issued two weeks after patent held invalid—Four-year delay in plaintiff securing NOC—No cause of action against Minister based on Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 8 but not plain, obvious claims based on Negligence Act (Ontario) futile—Motion denied.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

délict?—Question non réglée en droit—Effet de l'arrêt *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool* rendu par la C.S.C.—La requête a été rejetée parce que, même si les plaidoyers étaient déficients ils pouvaient peut-être être suffisants pour soutenir une action en violation d'une loi par négligence.

Pratique—Parties—Procédure de mise en cause—Requête du ministre de la Santé visant à faire radier les réclamations présentées contre lui dans le cadre d'une action en dommages-intérêts intentée par un fabricant de médicaments génériques contre des sociétés pharmaceutiques qui avaient demandé qu'il soit interdit au ministre de délivrer un avis de conformité (AC)—Bref retard dans la délivrance d'un AC après que le brevet eut été déclaré invalide—Existait-il une cause d'action contre la Couronne en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) ou de la Loi sur le partage de la responsabilité (Ontario)?—L'art. 5 de cette Loi permet la mise en cause d'une partie lorsque des dommages ont été causés par la faute ou la négligence de deux ou de plusieurs personnes—Examen de la jurisprudence sur la question de savoir si la demanderesse devait intenter une action en responsabilité délictuelle—Les plaidoyers étaient déficients, mais n'ont pas été radiés parce qu'ils pouvaient soutenir une action en violation d'une loi par négligence.

Pratique—Actes de procédure—Requête en radiation—Réclamations présentées contre une tierce partie par les défenderesses dans le cadre d'une action en dommages-intérêts intentée par un fabricant de médicaments à cause du retard à obtenir un avis de conformité (AC)—La prétention des défenderesses selon laquelle les questions litigieuses concernant l'interprétation d'un règlement ne doivent pas être tranchées dans le cadre d'une requête en radiation a été rejetée parce qu'il n'y a pas de question complexe ne pouvant être réglée que par un procès—Les plaidoyers étaient déficients, mais n'ont pas été radiés parce qu'ils pouvaient soutenir une action en violation d'une loi par négligence.

Brevets—Pratique—Action en dommages-intérêts intentée par un fabricant de médicaments génériques contre deux sociétés pharmaceutiques qui avaient demandé l'interdiction de délivrer un avis de conformité (AC)—Les défenderesses ont mis le ministre de la Santé en cause—Le ministre a voulu faire radier les réclamations présentées contre lui en qualité de tierce partie—L'AC a été délivré deux semaines après que le brevet eut été déclaré invalide—La demanderesse a obtenu l'AC après un délai de quatre ans—Il n'existait aucune cause d'action contre le ministre fondée sur l'art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), mais il n'est pas clair et évident que les réclamations fondées sur la Loi sur le partage de la responsabilité (Ontario) étaient futiles—Requête rejetée.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Charkaoui (Re) (F.C.) . . . . . 389**

Citizenship and Immigration—Detention review—Fourth review since detention under Ministers' certificate (IRPA, s. 77(1))—Reasonableness of certificate not yet determined—Detainee allegedly member of organization linked to Al-Qaida—Testified for first time at fourth detention review—Gave reasons for going to Morocco, Turkey—Denied going to Afghanistan—Called polygraphist as witness but evidence rejected by Court—Standard of proof at detention review—Why designated judge at detention review in better position than Ministers when initial decisions made—Function of designated judge under s. 83(3)—Meaning of phrases "danger to national security", "danger . . . to the safety of any person"—Main question: does danger still exist?—Danger, once imminent, might later be neutralized—Release can be granted subject to conditions but not if detainee still a danger—Matters taken into account at fourth review—If danger imminent when detained, neutralized by now—Release ordered subject to numerous conditions, Court reserving right to cancel release should circumstances make this necessary—Conditions to be reviewed every three months.

### **Elders Grain Co. v. Ralph Misener (The) (F.C.A.) . . . 367**

Maritime Law—Carriage of Goods—Appeal from F.C. judgment dismissing appellants' action for damages for loss of alfalfa pellets cargo and allowing respondents' counterclaim—Clean bill of lading establishing rebuttable *prima facie* presumption of good condition of cargo—When carrier unable to ascertain apparent pre-shipment condition of goods, or where damage caused by hidden condition, clean bill of lading insufficient to establish *prima facie* case—Trial Judge not erring in finding *prima facie* case not established in light of evidence, i.e. Captain's vision obscured by thick cloud of dust upon loading—Finding that spontaneous combustion probable cause of fire not palpable and overriding error—Trial Judge not erring in applying House of Lords' broad definition of "dangerous" to find alfalfa pellets dangerous cargo, and appellants responsible for loss suffered and liable for damages caused because carrier not made aware of goods' nature, character—Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Charkaoui (Re) (C.F.) . . . . . 389**

Citoyenneté et Immigration—Examen des motifs de la détention—Quatrième examen depuis la détention au titre du certificat des ministres (LIPR, art. 77(1))—Il n'a pas encore été statué sur le caractère raisonnable ou non du certificat—La personne détenue était prétendument membre d'une organisation liée à Al-Qaida—Elle a témoigné pour la première fois au quatrième examen des motifs de sa détention—Elle a donné des raisons pour expliquer son voyage au Maroc et en Turquie—Elle a nié être allée en Afghanistan—Elle a appelé un polygraphiste comme témoin, mais le témoignage de celui-ci a été rejeté par la Cour—Norme de preuve devant être appliquée dans l'examen des motifs d'une détention—Raison pour laquelle le juge désigné qui est saisi d'un examen des motifs d'une détention est en meilleure position que les ministres lorsque les décisions initiales ont été prises—Fonction du juge désigné, selon l'art. 83(3)—Signification de l'expression «danger pour la sécurité nationale» et de l'expression «danger pour [. . .] la sécurité d'autrui»—Principale question: un danger existe-t-il encore?—Un danger autrefois imminent peut plus tard être neutralisé—La libération peut être accordée sous réserve de conditions, mais non si la personne détenue constitue encore un danger—Questions prises en compte au quatrième examen—Si le danger était imminent lorsque la personne a été détenue, il est maintenant neutralisé—Ordonnance de libération de la personne détenue, sous réserve de nombreuses conditions, la Cour se réservant le droit d'annuler la libération si les circonstances devaient l'exiger—Les conditions seront réévaluées tous les trois mois.

### **Elders Grain Co. c. Ralph Misener (Le) (C.A.F.) . . . 367**

Droit maritime—Transport de marchandises—Appel d'un jugement de la C.F. rejetant la poursuite en dommages-intérêts intentée par les appelantes à la suite de la perte de leur cargaison de granulés de luzerne et accueillant la demande reconventionnelle des intimés—Un connaissance net constitue une présomption *prima facie* réfutable du bon état de la cargaison—Lorsque le transporteur ne peut vérifier l'état apparent des marchandises avant l'expédition ou lorsqu'un dommage est causé par une source non apparente, un connaissance net n'est pas une preuve *prima facie* suffisante—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le bien-fondé de la poursuite n'était pas établi à première vue à la lumière de la preuve, celle-ci indiquant qu'un épais nuage de poussière avait nui à la vision du capitaine au moment du chargement—Il n'y avait aucune erreur manifeste et dominante dans la conclusion selon laquelle l'incendie avait été probablement causé par la combustion spontanée—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en appliquant la définition large de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice—Evidence—Admissibility of rebuttal evidence—Federal Courts Rules, r. 281, requiring appellants to serve rebuttal expert report 30 days before trial, which they did not do—Within Judge’s discretion to determine order of evidence, refuse to grant leave to submit rebuttal evidence.

### **Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) . . . . . 239**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Persons in need of protection—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Refugee Protection Division decision denying appellant’s claim to be person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act, s. 97(1)—Three certified questions—(1) Standard of proof for purposes of s. 97 balance of probabilities—(2) Degree of risk envisaged by “substantial grounds for believing” in Act, s. 97(1)(a), whose words mirror Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Art. 3 balance of probabilities or more likely than not based on judicial interpretation of Art. 3—(3) That test also applying to Act, s. 97(1)(b)—Appeal dismissed.

Construction of Statutes—Appellant claiming to be person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act, s. 97(1)—S. 97(1)(a) defining person in need of protection as person whose removal would subject them to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture—Question as to requisite degree of risk of torture envisaged by s. 97(1)(a)—Words of s. 97(1)(a) mirroring those of Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Art. 3—F.C.A. interpreting words of Art. 3 in *Suresh v. Canada*, adopting “balance of probabilities” (“more likely than not”) test—Convention, Art. 3 and Act, s. 97(1)(a) almost identical, dealing with same subject-matter, should be interpreted same way—When statutory provision (e.g. s. 97(1)(a)) apparently modelled on existing legislation, whether from same jurisdiction or not and including United Nations Conventions (e.g. Art. 3), interpretation of model legislation presumed to have been known and taken into account by legislator—Here,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

«dangereuse» établie par la Chambre des lords pour conclure que les granulés de luzerne constituaient une cargaison dangereuse et que les appelantes étaient responsables de la perte subie et des dommages causés parce qu’elles n’avaient pas informé le transporteur de la nature et du caractère des marchandises—Appel rejeté.

Pratique—Preuve—Admissibilité d’une contre-preuve—La règle 281 des Règles des Cours fédérales exigeait que les appelantes signifient la contre-preuve d’expert 30 jours avant le début de l’instruction, ce qu’elles n’ont pas fait—Le juge de première instance avait le pouvoir discrétionnaire de décider de l’ordre de présentation de la preuve et de refuser d’accorder l’autorisation de présenter la contre-preuve d’un expert.

### **Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) . . . . . 239**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Personne à protéger—Appel contre la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés dans laquelle la Section a refusé de reconnaître qualité de personne à protéger à l’appel en vertu de l’art. 97(1) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés—Trois questions certifiées—1) Norme de preuve aux fins de l’art. 97 celle de la probabilité la plus forte (également appelée prépondérance des probabilités)—2) Degré de risque visé à l’expression «motifs sérieux de croire» de l’art. 97(1)(a) de la Loi dont les termes reprennent ceux de l’art. 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; probabilité la plus forte ou plus probable que le contraire selon l’interprétation judiciaire de l’art. 3—3) Ce critère s’applique également à l’art. 97(1)(b) de la Loi—Appel rejeté.

Interprétation des lois—L’appelant allègue être une personne à protéger au sens de l’art. 97(1) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés—L’expression personne à protéger est définie à l’art. 97(1)(a); il s’agit d’une personne qui serait exposée au risque, s’il y a des motifs sérieux de le croire, de torture si elle était renvoyée—Question relative au degré de risque de torture nécessaire visé à l’art. 97(1)(a)—Les termes de l’art. 97(1)(a) sont semblables à ceux de l’art. 3 de la Convention contre la torture et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants—La C.A.F. a interprété les termes de l’art. 3 dans *Suresh c. Canada* en adoptant le critère de la «probabilité la plus forte (également appelé le critère de la «prépondérance des probabilités») ou «plus probable que le contraire»—L’art. 3 de la Convention et l’art. 97(1)(a) de la Loi sont presque identiques, ils portent sur le même sujet et devraient être interprétés de la même manière—Lorsqu’une disposition de la loi (p. ex. l’art. 97(1)(a)) a apparemment été calquée sur une loi existante, qu’elle soit du même pays ou

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

House of Commons Debates, proceedings of Standing Senate Committee on Human Rights, indicating Parliament aware of *Suresh*—Reasonable to infer Parliamentary intention that degree of torture test in Act, s. 97(1)(a) same as in *Suresh*, i.e. balance of probabilities or more likely than not.

### **Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 334

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Judicial review of decision by Minister’s delegate applicant be refouled to Egypt—Security certificate found reasonable—Applicant said to be member of terrorist group, Vanguard of Conquest, which seeks to overthrow by force Egyptian Government—Whether delegate erred in concluding existence of “exceptional circumstances” justifying refoulement to torture—Applicant relying on Charter, international law—Application granted, matter remitted for redetermination—S.C.C.’s teaching in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* considered—Delegate relied on F.C. Judge’s decision at certificate reasonableness hearing, public summary of security intelligence report—Delegate suspicious of applicant’s employment by Usama bin Laden—Found applicant substantial danger to Canadian security—Found applicant might well suffer human rights abuses if refouled—Doubted Egyptian Government could be trusted as to assurances given in diplomatic notes—Considered applicant’s continued detention not an option—Delegate’s decision turned on facts, reversed only if patently unreasonable—As only CSIS narrative before delegate, unable to conduct independent assessment of threat risk—Issue different than that before F.C. Judge at certificate reasonableness hearing, at which truth of facts not at issue—Delegate disobeyed S.C.C. teaching in *Suresh*—Delegate must give reasons for rejecting significant evidence—Must consider whether individual’s ability to participate in clandestine activities has been neutralized—Should consider alternatives to refoulement—Request for *amicus curiae* rejected—Constitutional issues not dealt with in absence of proper evidentiary record.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d’un autre, y compris une Convention des Nations Unies (p. ex. l’art. 3), le législateur est présumé connaître et avoir pris en compte l’interprétation de la loi modèle—En l’espèce, les débats de la Chambre des communes et les délibérations du Comité sénatorial permanent des Droits de la personne indiquent que le législateur connaissait l’arrêt *Suresh*—Il est raisonnable de conclure que le législateur avait l’intention que le critère relatif au degré de risque de torture visé à l’art. 97(1)a) de la Loi soit le même que dans *Suresh*, c’est-à-dire la probabilité la plus forte ou plus probable que le contraire.

### **Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’immigration) (C.F.)** ..... 334

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Contrôle judiciaire de la décision d’une représentante du ministre de refouler le demandeur vers l’Égypte—L’attestation de sécurité a été jugée raisonnable—Le demandeur était membre présumé d’un groupe terroriste, le Vanguard of Conquest, qui vise le renversement par la force du gouvernement de l’Égypte—Il s’agissait de savoir si la représentante a commis une erreur en concluant en l’existence de «circonstances exceptionnelles» justifiant le refoulement impliquant un risque de torture—Le demandeur a invoqué la Charte et le droit international—La demande a été accueillie et l’affaire renvoyée pour nouvelle décision—On a pris en compte le principe énoncé par la C.S.C. dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*—La représentante s’est fondée sur la décision du juge de la C.F. à l’audience relative au caractère raisonnable de l’attestation et sur le résumé public du rapport secret en matière de sécurité—L’emploi du demandeur auprès d’Oussama ben Laden a suscité des doutes chez la représentante—Celle-ci a conclu que le demandeur constituait un danger sérieux pour la sécurité du Canada—Elle a aussi conclu qu’il pourrait être victime de violations des droits de la personne s’il était refoulé—Elle doutait qu’on puisse se fier aux assurances données par le gouvernement de l’Égypte dans des notes diplomatiques—Elle n’a pas retenu comme option le maintien de la détention du demandeur—La décision de la représentante dépendait des faits et ne pouvait être annulée que si elle était manifestement déraisonnable—La représentante n’étant saisie que de l’énoncé circonstancié du SCRS, elle n’a pas pu apprécier de manière indépendante le danger pour la sécurité—La question en litige différait de celle devant être tranchée par le juge de la C.F. à l’audience relative au caractère raisonnable, lors de laquelle la véracité des faits n’était pas mise en question—La représentante n’a pas suivi le principe énoncé par la C.S.C. dans *Suresh*—Elle devait formuler des motifs pour rejeter d’importants éléments de preuve—Elle devait examiner si on a empêché l’intéressé de s’adonner à des activités clandestines à l’avenir—Elle devait considérer des solutions de remplacement au refoulement—La demande de nomination

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. RhoxalPharma Inc. (F.C.A.) . . . . . 261**

Patents—Infringement—Appeal from F.C. order prohibiting issuance of notice of compliance to appellant for cyclosporin capsules—Respondents owners of patent for pharmaceutical preparation containing cyclosporin in hydrosol form—Alleging appellant’s capsules, which form hydrosol once ingested, infringing patent—F.C. blindly adopting respondents’ experts’ conclusions, finding patent claim not limited to pre-ingestion pharmaceutical preparations—F.C. not acquitting itself of responsibility to enlighten itself with meaning suggested by experts, while keeping eyes on words of claim themselves, to draw own conclusions as to scope of claims—What happens to capsule after ingestion outside scope of forms of “pharmaceutical preparation”—Appeal allowed—Per Pelletier J.A. (dissenting): F.C. finding one of mixed fact and law, if not finding of fact—Standard of review “palpable and overriding error”—F.C. entitled to come to conclusion it did on meaning of “pharmaceutical preparation”, cannot be overturned for utilizing that meaning in construing patent.

Practice—*Res Judicata*—Notice of allegation almost identical to that before Tremblay-Lamer J. in earlier case involving same issue, parties—Only difference, dosage of capsules, not relevant as not relating to infringement of patent—Although conditions for cause of action estoppel and issue estoppel met, F.C. required to determine whether estoppel ought to be applied—No reasons to interfere with F.C. conclusion unjust to apply doctrine of *res judicata*.

### **Pelletier v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . . . 317**

Evidence—Objection to disclosure—Cabinet confidences—Appeals from F.C. orders concluding that Canada Evidence Act, s. 39 confidentiality certificates objecting to production of certain documents sought by respondents fatally defective because not containing useful description of date, author, title, content of documents—F.C. also concluding, after consideration of contents of accidentally disclosed document, that said document not containing confidential information—Requirements for certificates identified by S.C.C. in *Babcock*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d’un *amicus curiae* a été rejetée—On n’a pas traité des questions constitutionnelles en l’absence d’une preuve valable.

### **Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. RhoxalPharma Inc. (C.A.F.) . . . . . 261**

Brevets—Contrefaçon—Appel d’une ordonnance de la C.F. interdisant la délivrance d’un avis de conformité à l’appelante relativement à des capsules de cyclosporine—Les intimées possèdent un brevet visant une préparation pharmaceutique contenant de la cyclosporine en hydrosol—Elles allèguent que les capsules de l’appelante, qui forment un hydrosol après l’ingestion, contrefont son brevet—La C.F. a adopté aveuglément les conclusions des experts des intimées et jugé que la revendication du brevet ne se limitait pas à la préparation avant ingestion—La C.F. ne s’est pas acquittée de son obligation de s’instruire sur le sens que lui proposaient les experts, de s’en tenir au libellé même des revendications et de tirer ses propres conclusions relativement à leur porté—Ce qu’il advient d’une capsule après son ingestion déborde complètement le champ d’application des formes de «préparations pharmaceutique»—Appel accueilli—Le juge Pelletier, J.C.A. (dissent): La conclusion de la C.F. en est une mixte de fait et de droit, sinon de fait—La norme de contrôle applicable est celle de «l’erreur dominante et manifeste»—La C.F. était en droit de conclure comme elle l’a fait sur le sens des mots «préparation pharmaceutique»; sa décision ne peut être infirmée au motif qu’elle a retenu ce sens pour interpréter le brevet.

Pratique—*Res judicata*—Avis d’allégation presque identique à celui dont la juge Tremblay-Lamer était saisie dans une autre affaire entre les mêmes parties, portant sur la même question—La seule différence, relative à la forme posologique, n’est pas pertinente car elle ne se rapporte pas à la contrefaçon du brevet—Bien que les conditions d’application de l’irrecevabilité résultant de l’identité des faits générateurs du litige et de l’identité des questions en litige aient été réunies, la C.F. devait décider s’il y avait lieu de déclarer l’irrecevabilité—Il n’y a pas lieu d’infirmar sa conclusion qu’il serait injuste d’appliquer le principe de l’autorité de la chose jugée.

### **Pelletier c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . . . 317**

Preuve—Opposition à la divulgation—Renseignements confidentiels du Cabinet—Appels d’ordonnances de la C.F. qui a conclu que les attestations de confidentialité délivrées en vertu de l’art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada pour s’opposer à la production de certains documents demandés par les intimés étaient entachées d’un défaut fatal parce qu’elles ne contenaient aucun détail utile quant à la date, à l’auteur, au titre, ni au contenu des documents—La C.F. a également conclu, après avoir examiné le contenu d’un document

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*v. Canada (Attorney General)*—Act, s. 39 privilege not irretrievably lost by slight deficiencies in certificate, and Clerk of Privy Council having right to correct inadequacy of description of documents in certificate—No waiver of s. 39 privilege in instant case, but in any event, waiver in respect of certain documents, information not constituting waiver in respect of other documents, information—S. 39 objection requiring Court to make determination based on certificate filed—F.C. conclusion that document not containing confidential information thus invalid—Memorandum to Cabinet and its recommendations not severable—Appeals dismissed, subject to appellant's right to file new certificates.

### **Rebmann v. Canada (Solicitor General) (F.C.) . . . 285**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Visitors—Judicial review of exclusion order made on basis applicant inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, ss. 20(1)(a), 41(a)—Applicant, whose temporary resident status valid until July 2004, arrested in February 2004, found to be inadmissible because of intention to establish permanent residence without permanent resident permit or other valid document required under Immigration and Refugee Protection Regulations, and exclusion order issued—Act, s. 44 reports provided to applicant constituting sufficient reasons for order, complying with duty of fairness—But Immigration Officer failed to take into account applicant's dual intent (i.e. to immigrate and to adhere to temporary residence laws)—Not violation of Act to enter Canada with dual intent as long as had intention of leaving Canada when temporary status expired—Officer having no basis to conclude applicant failed to comply with Act, s. 20(1)(a), Regulations, s. 6—Applicant legally admitted temporary resident—Application allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Applicant, citizen of Germany with temporary resident status in Canada, facing criminal charges in Germany—Exclusion order issued against him pursuant to Immigration and Refugee Protection Act on basis he had intention to establish permanent residence in Canada without permanent

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

divulgué accidentellement, que ce document ne contenait pas des renseignements confidentiels—Les exigences relatives aux attestations ont été identifiées par la C.S.C. dans l'arrêt *Babcock c. Canada (Procureur général)*—Le privilège de l'art. 39 n'est pas irrémédiablement perdu du fait de légères défaillances dans l'attestation et le greffier du Conseil privé a le droit de remédier à l'insuffisance de la description des documents dans l'attestation—Il n'y a aucune renonciation au privilège de l'art. 39 dans la présente affaire mais, de toute façon, la renonciation relativement à certains documents ou renseignements ne constitue pas une renonciation relativement à d'autres documents ou renseignements—L'objection fondée sur l'art. 39 exige que la Cour rende une décision à partir de l'attestation déposée—La conclusion de la C.F. selon laquelle le document ne contenait pas de renseignements confidentiels est donc sans effet—La note au Cabinet et ses recommandations sont indissociables—Appels rejetés, sans préjudice au droit de l'appelant de déposer de nouvelles attestations.

### **Rebmann c. Canada (Solliciteur général) (C.F.) . . 285**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de visiteurs—Contrôle judiciaire d'une mesure d'exclusion prise contre le demandeur au motif qu'il était interdit de territoire en vertu des art. 20(1)a) et 41 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—Le demandeur, dont le statut de résident temporaire était valide jusqu'en juillet 2004, a été arrêté en février 2004 et jugé interdit de territoire, parce qu'il avait l'intention de s'établir en permanence au Canada sans détenir de permis de résident permanent ou autre document valide exigé en vertu du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés; une mesure d'exclusion a donc été prise contre lui—Les rapports fondés sur l'art. 44 qui ont été remis au demandeur constituaient des motifs suffisants à l'appui de la mesure et l'obligation d'équité a été respectée—Cependant, l'agent d'immigration a omis de tenir compte de la double intention que le demandeur avait (soit immigrer et respecter les règles de droit applicables au sujet du séjour temporaire)—Tant et aussi longtemps qu'il avait l'intention de quitter le Canada à l'expiration de son statut temporaire, le demandeur n'a pas contrevenu à la Loi en entrant au Canada avec une double intention—Il n'y avait aucune raison justifiant l'agent de conclure que le demandeur n'avait pas respecté les exigences de l'art. 20(1)a) de la Loi et de l'art. 6 du Règlement—Le demandeur était un résident temporaire admis de façon légale—Demande accueillie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Le demandeur était un citoyen de l'Allemagne qui avait obtenu le statut de résident temporaire au Canada et qui faisait face à des accusations en matière criminelle en Allemagne—Une mesure d'exclusion a été prise contre lui conformément à la Loi sur l'immigration et la protection des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

resident permit or other valid document required under Immigration and Refugee Protection Regulations—Applicant arguing exclusion order in fact disguised extradition, and as such abuse of process—Onus on applicant of showing improper purpose or bad faith on part of government—Here, exclusion order made on valid ground (violation of Act, Regulations), and bad faith not established—Therefore no abuse of process.

Constitutional Law—Charter of Rights—Arrest, Detention, Imprisonment—Applicant informed of right to counsel on multiple occasions before ordered detained, and indeed exercised this right—Right to counsel not denied.

**Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)**  
**(F.C.A.)** ..... 255

Federal Court Jurisdiction—Motions Judge adjourning respondents' motion for stay of deportation until after application for leave and judicial review of negative pre-removal risk assessment finally determined—Appellants requesting motions Judge deal with stay motion itself—Appeal from refusal to deal with stay motion—While interlocutory orders, including adjournments, generally not appealable (Immigration and Refugee Protection Act, ss. 72(2)(e), 74(d)), must be exception where judge refuses to exercise jurisdiction and deal with case—Here, Judge adjourned motion to a time when stay matter will be moot, and in effect, granted stay without considering appropriate matters—Amounting to refusal to exercise jurisdiction—Remedy in such situations of a mandatory nature requiring judge to exercise jurisdiction—Appeal allowed.

## SOMMAIRE (Fin)

réfugiés au motif qu'il avait l'intention de s'établir en permanence au Canada sans détenir de permis de résident permanent ou un autre document valide exigé en vertu du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés—Le demandeur a soutenu que la mesure d'exclusion constituait en réalité une extradition déguisée et, de ce fait, une utilisation abusive de la procédure—Il incombait au demandeur de démontrer que le gouvernement visait un objectif inapproprié ou avait agi de mauvaise foi—Dans la présente affaire, la mesure d'exclusion était fondée sur une raison valable (contravention à la Loi et au Règlement) et la mauvaise foi n'a pas été établie—En conséquence, il n'y a pas eu d'utilisation abusive de la procédure.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Arrestation, détention, emprisonnement—Le demandeur a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat à maintes reprises avant qu'une mesure soit prise en vue de sa détention et il a effectivement exercé ce droit—Le demandeur ne s'est pas vu nier le droit à l'assistance d'un avocat.

**Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)**  
**(C.A.F.)** ..... 255

Compétence de la Cour fédérale—Le juge des requêtes a ajourné la requête en sursis d'expulsion des intimés jusqu'après que la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision négative dans le cadre de l'examen des risques avant renvoi aura été tranchée—Les appelants ont demandé au juge des requêtes de trancher la requête en sursis elle-même—Appel du refus de trancher la requête en sursis—Bien qu'en général les décisions interlocutoires, y compris les ajournements, ne sont pas susceptibles d'appel (Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, art. 72(2)e, 74(d)), il doit y avoir une exception lorsqu'un juge refuse d'exercer sa compétence et de traiter le dossier—En l'espèce, le juge des requêtes a ajourné la requête à un moment où toute décision à son sujet sera devenue théorique et en fait il se trouve à avoir accordé le sursis sans examiner les questions appropriées—Ceci constitue un refus d'exercer sa compétence—Dans une telle situation la réparation doit être mandatoire et exiger que le juge exerce sa compétence—Appel accueilli.





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

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2005, Vol. 3, Part 2**

**2005, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-31-04  
2005 FCA 1

A-31-04  
2005 CAF 1

**Yi Mei Li** (*Appellant*)

**Yi Mei Li** (*appelant*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: LI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.A.)**

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

Federal Court of Appeal, Rothstein, Noël and Malone  
J.J.A.—Toronto, November 30, 2004; Ottawa, January 5,  
2005.

Cour d'appel fédérale, juges Rothstein, Noël et Malone,  
J.C.A.—Toronto, 30 novembre 2004; Ottawa, 5 janvier  
2005.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Persons in need of protection — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Refugee Protection Division decision denying appellant's claim to be person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act, s. 97(1) — Three certified questions — (1) Standard of proof for purposes of s. 97 balance of probabilities — (2) Degree of risk envisaged by "substantial grounds for believing" in Act, s. 97(1)(a), whose words mirror Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Art. 3 balance of probabilities or more likely than not based on judicial interpretation of Art. 3 — (3) That test also applying to Act, s. 97(1)(b) — Appeal dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personne à protéger — Appel contre la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés dans laquelle la Section a refusé de reconnaître qualité de personne à protéger à l'appelant en vertu de l'art. 97(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Trois questions certifiées — 1) Norme de preuve aux fins de l'art. 97 celle de la probabilité la plus forte (également appelée prépondérance des probabilités) — 2) Degré de risque visé à l'expression «motifs sérieux de croire» de l'art. 97(1)(a) de la Loi dont les termes reprennent ceux de l'art. 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; probabilité la plus forte ou plus probable que le contraire selon l'interprétation judiciaire de l'art. 3 — 3) Ce critère s'applique également à l'art. 97(1)(b) de la Loi — Appel rejeté.*

*Construction of Statutes — Appellant claiming to be person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act, s. 97(1) — S. 97(1)(a) defining person in need of protection as person whose removal would subject them to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture — Question as to requisite degree of risk of torture envisaged by s. 97(1)(a) — Words of s. 97(1)(a) mirroring those of Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Art. 3 — F.C.A. interpreting words of Art. 3 in Suresh v. Canada, adopting "balance of probabilities" ("more likely than not") test — Convention, Art. 3 and Act, s. 97(1)(a) almost identical, dealing with same subject-matter, should be interpreted same way — When statutory provision (e.g. s. 97(1)(a)) apparently modelled on existing legislation, whether from same jurisdiction or not and including United Nations Conventions (e.g. Art. 3), interpretation of model legislation presumed to have been known and taken into account by legislator —*

*Interprétation des lois — L'appelant allègue être une personne à protéger au sens de l'art. 97(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'expression personne à protéger est définie à l'art. 97(1)(a); il s'agit d'une personne qui serait exposée au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, de torture si elle était renvoyée — Question relative au degré de risque de torture nécessaire visé à l'art. 97(1)(a) — Les termes de l'art. 97(1)(a) sont semblables à ceux de l'art. 3 de la Convention contre la torture et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants — La C.A.F. a interprété les termes de l'art. 3 dans Suresh c. Canada en adoptant le critère de la «probabilité la plus forte (également appelé le critère de la «prépondérance des probabilités») ou «plus probable que le contraire» — L'art. 3 de la Convention et l'art. 97(1)(a) de la Loi sont presque identiques, ils portent sur le même sujet et devraient être interprétés de la même manière — Lorsqu'une disposition de la loi (p. ex. l'art. 97(1)(a)) a apparemment été calquée sur une*

*Here, House of Commons Debates, proceedings of Standing Senate Committee on Human Rights, indicating Parliament aware of Suresh — Reasonable to infer Parliamentary intention that degree of torture test in Act, s. 97(1)(a) same as in Suresh, i.e. balance of probabilities or more likely than not.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellant's judicial review application. That application stemmed from a decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board, which denied the appellant's refugee claim and claim for protection.

The appellant claimed to be a person in need of protection under subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The standard of proof and degree of danger of torture applied to determine that the appellant was not in need of protection gave rise to three questions certified by the Federal Court Judge. The Judge found that under subsection 97(1), the evidence must establish, on a balance of probabilities, that it is more likely than not that the appellant would be tortured or subjected to cruel and other degrading treatment upon his return to China. The appellant argued that the test to apply is whether there is a reasonable chance (which was said to be less than probability) of a danger of torture or a reasonable chance of a risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The first certified question concerned the standard of proof for purposes of section 97. The parties and the Court agreed that the standard is proof on a balance of probabilities. However that standard must be distinguished from the legal test to be met in order to be entitled to protection under paragraph 97(1)(a).

The second certified question dealt with the requisite degree of risk of torture envisaged by the expression "substantial grounds for believing that" which appears in paragraph 97(1)(a). That paragraph was adopted to give effect to Canada's obligations as a signatory to the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (CAT), and its words mirror those used in Article 3 of the Convention. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (C.A.), Robertson J.A. interpreted the words of Article 3 and rejected the lower

*loi existante, qu'elle soit du même pays ou d'un autre, y compris une Convention des Nations Unies (p. ex. l'art. 3), le législateur est présumé connaître et avoir pris en compte l'interprétation de la loi modèle — En l'espèce, les débats de la Chambre des communes et les délibérations du Comité sénatorial permanent des Droits de la personne indiquent que le législateur connaissait l'arrêt Suresh — Il est raisonnable de conclure que le législateur avait l'intention que le critère relatif au degré de risque de torture visé à l'art. 97(1)(a) de la Loi soit le même que dans Suresh, c'est-à-dire la probabilité la plus forte ou plus probable que le contraire.*

Il s'agissait de l'appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appellant. La demande faisait suite à la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de rejeter la demande d'asile de l'appellant et de lui refuser la qualité de personne à protéger.

L'appelant a allégué être une personne à protéger en vertu du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La norme de preuve et le degré de risque de torture appliqués dans la décision que l'appellant n'était pas une personne à protéger ont amené la Cour fédérale à certifier trois questions. La juge a conclu qu'en vertu du paragraphe 97(1), la preuve doit établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il est plus probable que le contraire que l'appellant serait soumis à la torture ou à des peines cruelles ou autres traitements dégradants à son retour en Chine. L'appelant a prétendu que le critère qu'il fallait appliquer était celui de la possibilité raisonnable (norme qui serait moins exigeante que la probabilité) qu'il soit soumis à la torture ou une menace à sa vie ou à des peines ou traitements cruels et inusités.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

La première question certifiée concernait la norme de preuve aux fins de l'article 97. Les parties et la Cour ont convenu que la norme de preuve était celle de la probabilité la plus forte. Toutefois, il ne faut pas confondre norme de preuve et critère objectif aux fins de déterminer si une personne a qualité de personne à protéger en vertu de l'alinéa 97(1)a).

La deuxième question certifiée visait le degré de risque de torture requis, selon l'expression «notifs sérieux de croire que» à l'alinéa 97(1)a). Cette disposition a été adoptée en vue de donner effet à l'obligation du Canada en sa qualité de signataire de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (CCT), et ses termes sont presque identiques à ceux de l'article 3 de la Convention. Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (C.A.), le juge Robertson, J.C.A. a interprété les termes de l'article 3 et il a rejeté le

“mere possibility” of torture test and the higher “highly probable” test in favour of what he called the “balance of probabilities test” (which can also be expressed as “more probable than not” or “more likely than not”). General Comments of the United Nations Committee Against Torture, decisions of that Committee and a decision of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit are consistent with the approach of Robertson J.A.

*Suresh* is dispositive of the test for danger of torture under paragraph 97(1)(a). Because the words in paragraph 97(1)(a) and Article 3 are almost identical and deal with the same subject-matter, they should be interpreted the same way. Paragraph 97(1)(a) was enacted after *Suresh*. When a statutory provision (in this case paragraph 97(1)(a)) appears to be modelled on existing legislation, whether from the same or another jurisdiction and including United Nations Conventions (in this case, Article 3 of the CAT), interpretation of the model legislation is presumed to have been known and taken into account in drafting the new legislation. Here, the Debates of the House of Commons indicate that Parliament was aware of the *Suresh* case, and in the proceedings of the Standing Senate Committee on Human Rights, there is express reference to the F.C.A. decision in *Suresh*. Parliament had an opportunity to enact a lower-level test in paragraph 97(1)(a) but did not do so. In these circumstances, it is reasonable to infer that the Parliamentary intention was that the test for the degree of danger of torture in paragraph 97(1)(a) is a balance of probabilities or more likely than not.

Although the wording of this test is equivalent to the wording of the legal test to be met in order to be entitled to protection under paragraph 97(1)(a), the two are distinct steps. Proof on a balance of probabilities is the standard the RPD will apply in assessing the evidence adduced before it for purposes of making its factual findings. The test for determining the danger of torture is whether, on the facts found by the RPD, the RPD is satisfied that it is more likely than not that the individual would personally be subjected to a danger of torture.

In response to the appellant’s argument that it makes “no rational sense” to adopt a higher degree of danger test for protection against torture than for determining Convention refugee status (section 96), there are a number of differences between section 96 and paragraph 97(1)(a) because of which, it cannot be said that the provisions are so closely related that it would be irrational if the tests under both sections were not identical.

critère de base de la «simple possibilité» de torture, ainsi que le critère plus élevé de la «forte probabilité» pour adopter ce qu’il a appelé le critère de la «probabilité la plus forte» (également appelé le critère de la «prépondérance des probabilités») ou «plus probable que le contraire». Les commentaires généraux du Comité des Nations Unies contre la torture, les décisions de ce Comité et une décision de la Cour d’appel des États-Unis, neuvième circuit, sont compatibles avec l’approche adoptée par le juge Robertson, J.C.A.

*Suresh* établit le critère approprié en matière de risque d’être soumis à la torture au sens de l’alinéa 97(1)a). Parce que les termes de l’alinéa 97(1)a) et de l’article 3 sont presque identiques et portent sur le même sujet, il faut leur donner la même interprétation. Le législateur a adopté l’alinéa 97(1)a) après la décision *Suresh*. Lorsqu’une disposition de la loi (en l’espèce, l’alinéa 97(1)a)) semble calquer une loi existante, qu’elle soit du même pays ou d’un autre, y compris une Convention des Nations Unies (en l’espèce, l’article 3 de la CCT) l’interprétation de la loi modèle est réputée avoir été connue et prise en compte dans la rédaction de la nouvelle loi. En l’espèce, les débats de la Chambre des communes indiquent que le législateur était au courant de l’affaire *Suresh*, et les délibérations du Comité sénatorial permanent des Droits de la personne mentionnent expressément la décision de la Cour d’appel fédérale dans *Suresh*. Le législateur aurait pu adopter un critère moins rigoureux que celui de l’alinéa 97(1)a) mais il ne l’a pas fait. Dans ces circonstances, il est raisonnable de conclure que le législateur voulait que le critère concernant le degré de risque de torture visé à l’alinéa 97(1)a) soit la probabilité la plus forte ou plus probable que le contraire.

Même si les termes du critère sont équivalents aux termes du critère objectif auquel il doit être satisfait afin d’avoir qualité de personne à protéger en vertu de l’alinéa 97(1)a), il s’agit de deux étapes distinctes. La preuve selon la prépondérance des probabilités est la norme que la SPR applique dans l’appréciation de la preuve produite afin de tirer ses conclusions de fait. Le critère permettant de déterminer le degré de risque de torture est de savoir, compte tenu des faits dont est saisie la SPR, si le tribunal est convaincu qu’il est plus probable que le contraire que la personne serait personnellement soumise à un risque de torture.

Quant à l’argument de l’appellant selon lequel il n’est pas «logique» d’appliquer un critère plus rigoureux pour décider si une personne a qualité de personne à protéger contre la torture que lorsqu’il faut décider si une personne est un réfugié au sens de la Convention (article 96), il y a plusieurs différences entre l’article 96 et l’alinéa 97(1)a). On ne saurait donc prétendre que les dispositions sont à ce point semblables qu’il serait illogique que le critère ne soit pas identique dans les deux cas.

As for the final certified question, which was whether the test under paragraph 97(1)(b) is the same as the one under paragraph 97(1)(a), in the absence of some compelling reason suggesting a particularly low or a particularly high-level test for paragraph 97(1)(b), it is.

Pour ce qui touche la dernière question certifiée qui était de savoir si le critère de l'alinéa 97(1)(b) était le même que celui de l'alinéa 97(1)(a), en l'absence d'un motif impérieux d'adopter un critère rigoureux ou un critère faible, le critère est le même.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 3.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 95(1)(b), 96, 97(1).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 3.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 95(1)b), 96, 97(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); rev'd on other grounds [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); infirmée pour d'autres motifs [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 CSC 1.

##### CONSIDERED:

*O.K.K. (Re)*, [2002] R.P.D.D. No. 483 (QL); *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.); *A.R. v. Netherlands*, Communication No. 203/2002: Netherlands 21/11/2003 (CAT/C/31/D/203/2002); *Selvaratnam v. Ashcroft*, 81 Fed. Appx. 907 (9th Cir. 2003).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*O.K.K. (Re)*, [2002] D.S.P.R. n° 483 (QL); *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.); *A.R. c. Pays-Bas*, Communication n° 203/2002: Pays-Bas 21-11-2003 (CAT/C/31/D/203/2002); *Selvaratnam v. Ashcroft*, 81 Fed. Appx. 907 (9th Cir. 2003).

##### REFERRED TO:

*Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154; 2002 FCA 470; *Chalk River Technicians and Technologists v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, [2003] 3 F.C. 313; (2002), 298 N.R. 285; 2002 FCA 489; *Miller v. Minister of Pensions*, [1947] 2 All E.R. 372 (K.B.D.); *Lyons et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; (1984), 58 A.R. 2; 14 D.L.R. (4th) 482; [1985] 2 W.W.R. 1; 15 C.C.C. (3d) 417; 43 C.R. (3d) 97; 56 N.R. 6; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42; *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593; (1995), 128 D.L.R. (4th) 213; 187 N.R. 321.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)* (2002), 299 N.R. 154; 2002 CAF 470; *Chalk River Technicians and Technologists c. Énergie atomique du Canada Ltée*, [2003] 3 C.F. 313; (2002), 298 N.R. 285; 2002 CAF 489; *Miller v. Minister of Pensions*, [1947] 2 All E.R. 372 (K.B.D.); *Lyons et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; (1984), 58 A.R. 2; 14 D.L.R. (4th) 482; [1985] 2 W.W.R. 1; 15 C.C.C. (3d) 417; 43 C.R. (3d) 97; 56 N.R. 6; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 CSC 42; *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593; (1995), 128 D.L.R. (4th) 213; 187 N.R. 321.

## AUTHORS CITED

Canada. Parliament. Standing Senate Committee on Human Rights. *Proceedings*, 1st Sess., 37th Parl., No. 3 (24 September 2001).  
*House of Commons Debates*, 080 (18 September 2001), 5525.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.  
 United Nations. Committee Against Torture. *General Comment No. 01: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22*. U.N. Doc. A/53/44, Annex 1X, CAT General Comment No. 01 (21 November 1997).

APPEAL from a decision of the Federal Court ([2004] 3 F.C.R. 501; 2003 FC 1514), which found that to be a person in need of protection under subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the evidence must establish, on a balance of probabilities, that it is more likely than not that the appellant would be tortured or subjected to cruel and other degrading treatment upon his return to China. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Michael E. Korman* for appellant.  
*Ian Hicks* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Otis & Korman*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] ROTHSTEIN J.A.: This is an appeal of a decision of Gauthier J. of the Federal Court [[2004] 3 F.C.R. 501] on three questions certified by her under paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 [the Act].

## FACTS

[2] Yi Mei Li, a citizen of China, arrived in Canada in April 2001 on a boat operated by “human” smugglers

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Comité sénatorial permanent des Droits de la personne. *Délibérations*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., n° 3 (24 septembre 2001).  
*Débats de la Chambre des communes*, 080 (18 septembre 2001), 5525.  
 Nations Unies. Comité contre la torture. *Observation générale No. 01: Observation générale du Comité contre la torture sur l'application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture*. Doc. N.U. A/53/44, annexe 1X, CAT Observation générale No. 01 (21 novembre 1997).  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2004] 3 R.C.F. 501; 2003 CF 1514), qui a décidé que, pour avoir qualité de personne à protéger en vertu du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la preuve doit établir, selon la probabilité la plus forte, qu'il est plus probable que le contraire que l'appelant serait soumis à la torture ou à un autre traitement cruel ou dégradant à son retour en Chine. Appel rejeté.

## ONT COMPARU:

*Michael E. Korman* pour l'appellant.  
*Ian Hicks* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Otis & Korman*, Toronto, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'une décision de la juge Gauthier de la Cour fédérale [[2004] 3 R.C.F. 501] concernant trois questions certifiées par la juge en vertu de l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 [la Loi].

## FAITS

[2] M. Yi Mei Li, un citoyen chinois, est arrivé au Canada en avril 2001 sur un bateau appartenant à des

known as snakeheads. He made a refugee claim on the basis of fear of persecution by reason of his alleged religious beliefs and membership in a particular social group. He also claimed to be a person in need of protection because of a risk to his life, because he would be subjected to a risk of cruel and unusual treatment or punishment or because he would be in danger of being tortured if returned to China.

[3] A panel of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board denied Mr. Li's refugee claim and claim for protection because of a lack of credibility [*O.K.K. (Re)*, [2002] R.P.D.D. No. 483 (QL)]. The panel concluded that he did not establish a well-founded fear of persecution based on any ground contained in the Convention refugee definition [section 96 of the Act]. It also concluded that there was no persuasive evidence that Mr. Li was at risk of losing his life or of being subjected to cruel and unusual treatment or punishment or of being in danger of torture if he was returned to China.

[4] On judicial review, Gauthier J. found no reviewable error by the panel in respect of its credibility findings, its rejection of alleged threats to Mr. Li from the snakeheads and its rejection of Mr. Li's allegation of denial of state protection by the Chinese government against the snakeheads.

#### ISSUES

[5] The standard of proof and degree of danger of torture applied by the panel in determining that Mr. Li was not a person in need of protection under subsection 97(1) of the Act gave rise to the questions certified for appeal by Gauthier J.

[6] Mr. Li argues that under subsection 97(1), the test to apply in respect of an individual in need of protection is whether there is a reasonable chance of a danger of torture or a reasonable chance of a risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment. Reasonable chance is said to be less than probability. Mr. Li says the panel

trafiquants clandestins appelés «têtes de serpent». Il a demandé l'asile en invoquant la crainte d'être persécuté du fait des croyances religieuses qu'on lui impute et de son appartenance à un groupe social. Il a également prétendu être une personne à protéger parce qu'il serait exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités ou parce qu'il serait au risque d'être soumis à la torture s'il était renvoyé en Chine.

[3] Un tribunal de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d'asile de M. Li et lui a refusé qualité de personne à protéger en tirant une conclusion défavorable au sujet de sa crédibilité [*O.K.K. (Re)*, [2002] D.S.P.R. n° 483 (QL)]. Le tribunal a conclu que M. Li n'avait pas établi qu'il craignait avec raison d'être persécuté pour un des motifs énumérés dans la définition de réfugié au sens de la Convention [article 96 de la Loi]. Le tribunal a également conclu qu'il n'y avait aucune preuve convaincante que M. Li serait exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités ou à la torture s'il était renvoyé en Chine.

[4] Lors du contrôle judiciaire, la juge Gauthier n'a décelé aucune erreur susceptible de contrôle dans les conclusions du tribunal en matière de crédibilité, ni dans son rejet des menaces qui auraient été proférées à l'égard de M. Li par les têtes de serpent et de l'allégation de M. Li selon laquelle le gouvernement chinois refusait de le protéger contre les têtes de serpent.

#### QUESTIONS EN LITIGE

[5] La norme de preuve appliquée par le tribunal, ainsi que l'appréciation du degré de danger de torture en décidant que M. Li n'avait pas qualité de personne à protéger au sens du paragraphe 97(1) de la Loi, ont fait l'objet des questions que la juge Gauthier a certifiées aux fins d'un appel.

[6] M. Li prétend qu'en vertu du paragraphe 97(1), le critère qu'il faut appliquer dans le cas d'une personne à protéger est de savoir s'il existe une possibilité raisonnable de torture ou de risque de menace à la vie ou de peines ou traitements cruels et inusités. Une possibilité raisonnable serait moins qu'une probabilité.



wrongly assessed his claim to protection on the basis of probability rather than reasonable chance.

[7] Gauthier J. found that under subsection 97(1), the evidence must establish, on a balance of probabilities, that Mr. Li faces a substantial danger of being tortured upon his return, that is, that it is more likely than not that he would be tortured or be subjected to cruel and other degrading treatment. She found that the panel properly assessed Mr. Li's claim under subsection 97(1). As a result, she denied the application for judicial review.

#### QUESTION No. 1

[8] Question No. 1 is:

Does section 97 of the Act require that a person establish, on a balance of probabilities, that he or she will face the danger or risks described in paragraphs 97(1)(a) and (b)?

[9] The parties are agreed that the answer to this question is in the affirmative. I think they are correct. Unless the words of a statute or the context requires otherwise, the standard of proof in civil cases is always proof on a balance of probabilities.

[10] However, the standard of proof must not be confused with the legal test to be met. The distinction was recognized in *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.), in the context of a claim for Convention refugee status. The relevant provision is now section 96 of the *Immigration Refugee and Protection Act*, which provides:

96. A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

M. Li affirme que le tribunal a mal évalué sa demande de protection en appliquant le critère de la probabilité plutôt que celui de la possibilité raisonnable.

[7] La juge Gauthier a conclu qu'en vertu du paragraphe 97(1), il faut établir en preuve, selon la probabilité la plus forte, que M. Li sera soumis à un risque sérieux de torture à son retour, c'est-à-dire qu'il est plus probable que le contraire qu'il serait soumis à la torture ou à des peines cruelles ou autres traitements dégradants. Elle a conclu que le tribunal avait correctement évalué la demande de M. Li en vertu du paragraphe 97(1). Par conséquent, elle a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

#### QUESTION n° 1

[8] Voici la question n° 1:

L'article 97 de la Loi exige-t-il qu'une personne établisse, selon la probabilité la plus forte, qu'elle fera face aux risques décrits aux alinéas 97(1)a) et b)?

[9] Les parties conviennent que la réponse à cette question est oui. Je crois qu'elles ont raison. Sauf disposition contraire d'une loi ou sauf dans certaines circonstances impératives, la norme de preuve en matière civile est toujours celle de la probabilité la plus forte [également appelée la prépondérance des probabilités].

[10] Toutefois, il ne faut pas confondre norme de preuve et critère objectif. La distinction a été faite dans l'arrêt *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.), dans le contexte d'une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. La disposition pertinente est aujourd'hui l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui prévoit:

96. A qualité de réfugié au sens de la Convention—le réfugié—la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

[11] At page 682 of *Adjei*, McGuigan J.A. stated:

It was common ground that the objective test is not so stringent as to require a probability of persecution. In other words, although an applicant has to establish his case on a balance of probabilities, he does not nevertheless have to prove that persecution would be more likely than not. [Emphasis added.]

[12] McGuigan J.A. adopted the “reasonable chance [of] persecution” test as the legal test to meet to obtain Convention refugee status, i.e. not necessarily more than a 50 percent chance but more than a minimal possibility of persecution.

[13] The certified question deals with subsection 97(1). The relevant portions of subsection 97(1) provide:

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment . . . .

[14] As was found by McGuigan J.A. to be the case with respect to section 96, nothing in subsection 97(1) suggests that the standard of proof to be applied in assessing the danger or risk described in paragraphs 97(1)(a) and (b) is anything other than the usual balance of probabilities standard of proof. The answer to the first certified question is therefore:

The standard of proof for purposes of section 97 is proof on a balance of probabilities.

#### QUESTION No. 2

[15] The second certified question is:

b) soit, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

[11] À la page 682 de la décision *Adjei*, le juge McGuigan, J.C.A. a dit:

Il n’est pas contesté que le critère objectif ne va pas jusqu’à exiger qu’il y ait probabilité de persécution. En d’autres termes, bien que le requérant soit tenu d’établir ses prétentions selon la prépondérance des probabilités, il n’a tout de même pas à prouver qu’il serait plus probable qu’il soit persécuté que le contraire. [Non souligné dans l’original.]

[12] Le juge McGuigan, J.C.A. a adopté le critère de la «possibilité raisonnable d’être persécuté» comme étant le critère à respecter dans une demande de statut de réfugié au sens de la Convention, c’est-à-dire, il n’est pas nécessaire qu’il y ait une possibilité supérieure à 50 p. 100, mais il faut davantage qu’une possibilité minime.

[13] La question certifiée vise le paragraphe 97(1). Les parties pertinentes du paragraphe 97(1) sont ainsi libellées:

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n’a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée:

a) soit au risque, s’il y a des motifs sérieux de le croire, d’être soumise à la torture au sens de l’article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités [. . .]

[14] Comme l’a conclu le juge McGuigan, J.C.A. en rapport avec l’article 96, il n’y a rien dans le paragraphe 97(1) qui permette de penser que la norme de preuve qui s’applique dans l’appréciation du danger ou du risque décrit aux alinéas 97(1)a) et b) ne soit rien d’autre que l’habituelle prépondérance des probabilités. La réponse à la première question certifiée est donc:

La norme de preuve aux fins de l’article 97 est celle de la probabilité la plus forte.

#### QUESTION n° 2

[15] La deuxième question certifiée est la suivante:

What is the requisite degree of risk of torture envisaged by the expression “substantial grounds for believing that”?

[16] The words “believed on substantial grounds to exist” appear in paragraph 97(1)(a). I interpret the certified question to ask what degree of danger of torture is envisaged by these words.

#### The Test in Paragraph 97(1)(a)

[17] As observed by Gauthier J., paragraph 97(1)(a) was adopted to give effect to Canada’s obligations as a signatory to the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36 [Convention Against Torture]. Article 3 of the Convention Against Torture provides:

#### Article 3

1. No State Party shall expel, return (“*refouler*”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

[18] It is apparent that the words in paragraph 97(1)(a):

97. (1) . . . would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture. . . . [Emphasis added.]

mirror closely the words in Article 3 of the Convention Against Torture:

1 . . . where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. [Emphasis added.]

Because the words used in Article 3 and paragraph 97(1)(a) are almost identical and because paragraph 97(1)(a) was adopted by Parliament to give effect to Article 3, the jurisprudence that interprets Article 3 is of assistance in interpreting paragraph 97(1)(a).

[19] The relevant words in Article 3 were interpreted by this Court in *Suresh v. Canada (Minister of*

Quel est le degré de risque de torture requis, selon l’expression «motifs sérieux de croire»?

[16] Les termes «s’il y a des motifs sérieux de croire» apparaissent à l’alinéa 97(1)a). J’ai interprété la question certifiée comme demandant une précision concernant le degré de risque de torture envisagé par ces termes.

#### Le critère de l’alinéa 97(1)a)

[17] Comme l’a dit le juge Gauthier, l’alinéa 97(1)a) a été adopté en vue de donner effet à l’obligation internationale qui incombe au Canada en sa qualité de signataire de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36 [Convention contre la torture]. L’article 3 de la Convention contre la torture prévoit:

#### Article 3

1. Aucun État partie n’expulsera, ne refoulera, ni n’extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu’elle risque d’être soumise à la torture.

[18] Il est évident que les termes de l’alinéa 97(1)a):

97. (1) [. . .] serait personnellement [. . .] exposée

a) soit au risque, s’il y a des motifs sérieux de le croire, d’être soumise à la torture [. . .] [Non souligné dans l’original.]

sont très semblables aux termes de l’article 3 de la Convention contre la torture:

1. [. . .] où il y a des motifs sérieux de croire qu’elle risque d’être soumise à la torture. [Non souligné dans l’original.]

Parce que les termes de l’article 3 et de l’alinéa 97(1)a) sont presque identiques et parce que l’alinéa 97(1)a) a été adopté par le législateur pour donner effet à l’article 3, la jurisprudence qui interprète l’article 3 est utile afin d’interpréter l’alinéa 97(1)a).

[19] Les termes pertinents de l’article 3 ont été interprétés par la Cour dans *Suresh c. Canada (Ministre*

*Citizenship and Immigration*), [2000] 2 F.C. 592 (C.A.) reversed on other grounds, [2002] 1 S.C.R. 3. At paragraph 152, Robertson J.A. stated:

If we reject the two extreme threshold tests, “mere possibility” and “highly probable”, we are left with the intermediate standard framed in terms of a “balance of probabilities”. That threshold can be conveniently recast by asking whether *refoulement* will expose a person to a “serious” risk of torture.

Robertson J.A. rejected the lower “mere possibility” of torture test and the higher “highly probable” test for what he called the “balance of probabilities” test.

[20] General Comments of the United Nations Committee Against Torture and decisions of that Committee are consistent with the approach of Robertson J.A. In *General Comment No. 01: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22* (U.N. Doc A/53/44, Annex IX), the Committee rejected both a low-level test—theory or suspicion, and a high-level test—highly probable. The Committee stated at paragraphs 6 and 7:

6. Bearing in mind that the State party and the Committee are obliged to assess whether there are substantial grounds for believing that the author would be in danger of being subjected to torture were he/she to be expelled, returned or extradited, the risk of torture must be assessed on grounds that go beyond mere theory or suspicion. However, the risk does not have to meet the test of being highly probable.

7. The author must establish that he/she would be in danger of being tortured and that the grounds for so believing are substantial in the way described, and that such danger is personal and present. All pertinent information may be introduced by either party to bear on this matter.

[21] In the Committee’s decision in *A.R. v. Netherlands*, Communication No. 203/2002: Netherlands 21/11/2003 (CAT/C/31/D/203/2002), the Committee elaborated that the risk must be “foreseeable, real and personal.” At paragraph 7.3, the Committee stated:

*de la Citoyenneté et de l’Immigration*), [2000] 2 C.F. 592 (C.A.), décision renversée pour d’autres motifs, [2002] 1 R.C.S. 3. Au paragraphe 152, le juge Robertson, J.C.A. a dit:

Si nous rejetons les deux critères de base extrêmes, soit ceux de la «simple possibilité» et de la «forte probabilité», il reste la norme intermédiaire de la «probabilité la plus forte». Ce critère de base peut être reformulé, pour plus de commodité, comme consistant à demander si le refoulement d’une personne l’exposera à un risque «sérieux» d’être soumis à la torture.

Le juge Robertson, J.C.A. a rejeté le critère de base de la «simple possibilité» ainsi que le critère plus élevé de la «forte probabilité» pour adopter ce qu’il a appelé le critère de la «probabilité la plus forte» (également appelé le critère de la «prépondérance des probabilités»).

[20] Les commentaires généraux du Comité des Nations Unies contre la torture et les décisions de ce comité sont compatibles avec l’approche adoptée par le juge Robertson, J.C.A. Dans *Observation générale No. 01: Observation générale du Comité contre la torture sur l’application de l’article 3 dans le contexte de l’article 22 de la Convention contre la torture* (Doc. N.U. A/53/44, annexe IX), le Comité a rejeté tant un critère limité—supputations ou soupçons, qu’un critère rigoureux—hautement probable. Le Comité a dit aux paragraphes 6 et 7:

6. Étant donné que l’État partie et le Comité sont tenus de déterminer s’il y a des motifs sérieux de croire que l’auteur risque d’être soumis à la torture s’il est expulsé, refoulé ou extradé, l’existence d’un tel risque doit être appréciée selon des éléments qui ne se limitent pas à de simples supputations ou soupçons. En tout état de cause, il n’est pas nécessaire de montrer que le risque couru est hautement probable.

7. L’auteur doit prouver qu’il risque d’être soumis à la torture et que les motifs de croire que ce risque existe sont aussi sérieux qu’il est décrit plus haut et que le risque est encouru personnellement et actuellement. Chacune des deux parties peut soumettre toute information pertinente à l’appui de ses affirmations.

[21] Dans la décision *A.R. c. Pays-Bas*, Communication n° 203/2002: Pays-Bas 21-11-2003 (CAT/C/31/D/203/2002), le Comité a dit que le demandeur devait courir «personnellement un risque réel et prévisible». Au paragraphe 7.3, le Comité a dit:

7.3 The Committee recalls its General Comment on article 3, which states that the Committee is to assess whether there are substantial grounds for believing that the author would be in danger of torture if returned, and that the risk of torture must be assessed on grounds that go beyond mere theory or suspicion. The risk need not be highly probable, but it must be personal and present. In this regard, in previous decisions, the Committee has determined that the risk of torture must be foreseeable, real and personal.

The Committee found that it is required to assess whether there are substantial grounds for believing that the individual would be in danger of torture, and that the risk must be personal, present, foreseeable and real, but not highly probable.

[22] This Court has found that use of the word “would” requires a showing of probability. See *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154 (F.C.A.), at paragraph 14, *per* Stone J.A. and *Chalk River Technicians and Technologists v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, [2003] 3 F.C. 313 (C.A.), at paragraph 52. Had the Convention used the words “could”, “might”, or “may”, I think a lower-level test might be implied. But the word “would” in the Convention, together with the other words used by the Committee, imply that the Committee adopted a probability test.

[23] In *Selvaratnam v. Ashcroft*, 81 Fed. Appx. 907 (9th Cir. 2003), the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit adopted the “more likely than not” test in interpreting Article 3 of the Convention Against Torture. The words “balance of probabilities” may be expressed as “more probable than not” (see *Miller v. Minister of Pensions*, [1947] 2 All E.R. 372 (K.B.D.), at page 374, *per* Denning J. (as he then was)) or the equivalent—more likely than not.

[24] Although the word formulas used by the Committee and the Ninth Circuit vary, and although their decisions are not binding on this Court, their approaches are consistent with the approach of Robertson J.A. in *Suresh*, namely, that the test is balance of probabilities.

7.3 Le Comité rappelle son Observation générale concernant l'application de l'article 3, selon laquelle le Comité est tenu de déterminer «s'il y a des motifs sérieux de croire que l'auteur risque d'être soumis à la torture» s'il est renvoyé et que l'existence d'un tel risque «doit être appréciée selon des éléments qui ne se limitent pas à de simples supputations ou soupçons». Il n'est pas nécessaire que le risque soit «hautement probable» mais il doit être encouru «personnellement et actuellement». À cet égard, dans des décisions antérieures, le Comité a indiqué que le requérant devait courir «personnellement un risque réel et prévisible» d'être torturé.

Le Comité a conclu qu'il devait évaluer s'il y avait des motifs importants de croire que l'individu risquait d'être soumis à la torture, et qu'il devait courir personnellement et actuellement un risque réel et prévisible et non un risque hautement probable.

[22] La Cour a conclu que l'utilisation du mot anglais «would» exigeait une certaine probabilité. Voir *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)* (2002), 299 N.R. 1541 (C.A.F.), au paragraphe 14, le juge Stone, J.C.A. et *Chalk River Technicians and Technologists c. Énergie atomique du Canada Ltée*, [2003] 3 C.F. 313 (C.A.), au paragraphe 52. Si la Convention, dans sa version anglaise, avait comporté les termes «could», «might», ou «may», le critère applicable serait probablement moins rigoureux. Cependant, le terme «would» de la Convention, ainsi que les autres termes utilisés par le Comité, donnent à penser que le Comité a adopté le critère de la probabilité.

[23] Dans *Selvaratnam v. Ashcroft*, 81 Fed. Appx. 907 (9th Cir. 2003), la Cour d'appel américaine, neuvième circuit, a adopté le critère «plus probable que le contraire» en interprétant l'article 3 de la Convention contre la torture. L'expression «probabilité la plus forte» voudrait dire plus «probable que le contraire» (voir *Miller v. Minister of Pensions*, [1947] 2 All E.R. 372 (K.B.D.), à la page 374, le juge Denning (tel était alors son titre) ou encore—plus vraisemblable que le contraire.

[24] Même si les termes utilisés par le Comité et par le neuvième circuit diffèrent et même si leurs décisions ne lient pas la Cour, les deux approches rappellent celle du juge Robertson, J.C.A. dans l'arrêt *Suresh*, savoir que le critère est celui de la probabilité la plus forte.

[25] The approach of Robertson J.A. in *Suresh* implies that on a theoretical spectrum of tests of the meaning of “substantial grounds for believing” in Article 3 of the Convention Against Torture, there are three possible tests: i.e. mere possibility, balance of probabilities and highly probable. Mr. Li submits that the *Adjei* test relating to section 96 “reasonable chance [of] persecution”, i.e. more than a minimal possibility but less than a probability, should be added to the spectrum. Thus, on the theoretical spectrum, there could be four tests: mere possibility, reasonable chance, balance of probabilities and highly probable.

[26] Turning to paragraph 97(1)(a), there is no authority to suggest that the highly probable or the mere possibility tests might apply and they can be summarily rejected. That leaves the reasonable chance (*Adjei*) and balance of probabilities (*Suresh*) tests as potential meanings of the words

97. (1) . . . would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture

in paragraph 97(1)(a) of the Act.

[27] In my opinion, *Suresh* is dispositive of the test for danger of torture under paragraph 97(1)(a). Because the words in paragraph 97(1)(a) and Article 3 are almost identical and deal with the same subject-matter, they should be interpreted the same way. In *Suresh*, this Court interpreted the words in Article 3 of the Convention Against Torture as meaning balance of probabilities. Parliament enacted paragraph 97(1)(a) after this Court’s decision in *Suresh*. When a statutory provision appears to be modelled on existing legislation, whether from the same or another jurisdiction, interpretation of the model legislation is presumed to have been known and taken into account in drafting the new legislation (see R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 2002), at page 509, and *Lyons et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, at pages 687-689).

[25] L’approche adoptée par le juge Robertson, J.C.A. dans *Suresh* donne à penser que lorsqu’il s’agit du sens à donner à l’expression «motifs sérieux de croire» de l’article 3 de la Convention contre la torture, il y a trois critères possibles: la simple possibilité, la probabilité la plus forte et la forte probabilité. M. Li prétend que le critère de la décision *Adjei* en rapport avec l’article 96, «la possibilité raisonnable d’être persécuté», c’est-à-dire plus qu’une simple possibilité mais moins qu’une probabilité, devrait faire partie de l’éventail des critères possibles. Ainsi, théoriquement, il y aurait quatre critères: la simple possibilité, la possibilité raisonnable, la probabilité la plus forte et la forte probabilité.

[26] Quant à l’alinéa 97(1)a), aucun texte faisant autorité ne permet de penser que les critères de la forte probabilité ou de la simple possibilité pourraient s’appliquer et on peut tout simplement les rejeter. Reste donc la possibilité raisonnable (*Adjei*) et la probabilité la plus forte (*Suresh*) comme explications possibles des termes suivants de l’alinéa 97(1)a) de la Loi:

97. (1) [. . .] serait personnellement [. . .] exposée

a) soit au risque, s’il y a des motifs sérieux de le croire, d’être soumise à la torture [. . .]

[27] À mon avis, *Suresh* établit le critère approprié en matière de risque d’être soumis à la torture au sens de l’alinéa 97(1)a). Parce que les termes de l’alinéa 97(1)a) et de l’article 3 sont presque identiques et portent sur le même sujet, il faudrait leur donner la même interprétation. Dans *Suresh*, la Cour a interprété les termes de l’article 3 de la Convention contre la torture comme voulant dire la probabilité la plus forte. Le législateur a adopté l’alinéa 97(1)a) après la décision de la Cour dans *Suresh*. Lorsqu’une disposition de la loi semble calquer une loi existante, qu’elle soit du même pays ou d’un autre, l’interprétation de la loi modèle est réputée avoir été connue et prise en compte dans la rédaction de la nouvelle loi (voir R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 2002), à la page 509, et *Lyons et autre c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, aux pages 687 à 689).

[28] I see no reason why this principle would not apply where the model is a Convention of the United Nations and the statutory provision in question was adopted to give effect to Canada's obligation as a signatory to the Convention. The Debates of the House of Commons indicate that Parliament was aware of the *Suresh* case: see *House of Commons Debates*, 080 (18 September 2001), 5525. In the proceedings of the Standing Senate Committee on Human Rights, there is express reference to the Federal Court of Appeal decision in *Suresh* (see Standing Senate Committee on Human Rights, *Proceedings*: Issue No. 3, 37th Parl. (24 September 2001)). Parliament had an opportunity to enact a lower-level test in paragraph 97(1)(a), notwithstanding this Court's decision in *Suresh*. It did not do so. In these circumstances, it is reasonable to infer that the Parliamentary intention is consistent with this Court's decision in *Suresh* and that the test for the degree of danger of torture in paragraph 97(1)(a) is a balance of probabilities or more likely than not.

Distinguishing the Standard of Proof and the Test under Paragraph 97(1)(a)

[29] It is immediately apparent that the words used to describe the standard of proof—balance of probabilities—are equivalent to the words used to describe the legal test to be met in order to be entitled to protection under paragraph 97(1)(a)—more likely than not. Although the words are equivalent, there are two distinct steps involved. Proof on a balance of probabilities is the standard of proof the panel will apply in assessing the evidence adduced before it for purposes of making its factual findings. The test for determining the danger of torture is whether, on the facts found by the panel, the panel is satisfied that it is more likely than not that the individual would personally be subjected to a danger of torture.

Mr. Li's Arguments

[30] Mr. Li argues that it makes no "rational sense" to adopt a higher degree of danger test for protection against torture than for determining Convention refugee status (as determined in *Adjei*), that different tests

[28] Je ne vois pas pourquoi ce principe ne s'appliquerait pas lorsque le modèle est une convention des Nations Unies et que la disposition en cause a été adoptée en vue de donner effet à l'obligation du Canada en tant que signataire de la Convention. Les débats de la Chambre des communes indiquent que le législateur était au courant de l'affaire *Suresh*: voir *Débats de la Chambre des communes*, 080 (18 septembre 2001), 5525. Les délibérations du Comité sénatorial permanent des Droits de la personne mentionnent expressément la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Suresh* (voir le Comité sénatorial permanent des Droits de la personne, *Délibérations*: Fascicule n° 3, 37<sup>e</sup> législature (24 septembre 2001)). Le législateur aurait pu adopter un critère moins rigoureux à l'alinéa 97(1)a), nonobstant la décision de la Cour dans *Suresh*. Il ne l'a pas fait. Dans ces circonstances, il est raisonnable de conclure que l'intention du législateur concorde avec celle de la Cour dans *Suresh* et que le critère concernant le degré de risque de torture visé à l'alinéa 97(1)a) est la probabilité la plus forte ou la plus probable que le contraire.

Distinction entre la norme de preuve et le critère en vertu de l'alinéa 97(1)a)

[29] Il devient immédiatement apparent que les termes utilisés pour décrire la norme de preuve—la probabilité la plus forte—sont équivalents à ceux qui sont utilisés pour décrire le critère objectif auquel il doit être satisfait afin d'avoir qualité de personne à protéger en vertu de l'alinéa 97(1)a), à savoir, plus probable que le contraire. Même si les termes sont à peu près identiques, il y a deux étapes distinctes. La preuve selon la prépondérance des probabilités est la norme de preuve que le tribunal applique dans l'appréciation d'une preuve afin de tirer ses conclusions de fait. Le critère permettant de déterminer le risque de torture est de savoir, compte tenu des faits dont le tribunal est saisi, si le tribunal est convaincu qu'il est plus probable que le contraire que l'individu serait personnellement soumis à un danger de torture.

Les arguments de M. Li

[30] M. Li prétend qu'il n'est pas «logique» que le tribunal applique un critère plus rigoureux quand il doit décider si le demandeur a qualité de personne à protéger contre le risque de torture que lorsqu'il est appelé à

constitute discrimination because the law will not provide equal protection for everyone and that a higher standard offends the Convention Against Torture.

[31] I do not lightly dismiss the “no rational sense” argument. Indeed, paragraph 95(1)(b) of the Act confers “refugee protection” on a person determined to be a Convention refugee or a person in need of protection. Paragraph 95(1)(b) states:

95. (1) Refugee protection is conferred on a person when

...

(b) the Board determines the person to be a Convention refugee or a person in need of protection;

There is therefore an argument to be made that the context suggests that the same test should apply to section 96 and paragraph 97(1)(a). On the other hand, the Act provides two distinct processes to a common result and it is not obvious that the tests for risk of persecution and danger of torture must be identical.

[32] If Parliament intended the same test be applied, the words in section 96 “well-founded fear” could have been used in paragraph 97(1)(a). But Parliament chose not to do so, instead adopting words in paragraph 97(1)(a) that mirror the words in Article 3 of the Convention Against Torture. *Prima facie* the adoption of different words in paragraph 97(1)(a) than in section 96 suggests a different meaning. Of course, the “words-in-context” approach remains determinative and might lead to a different conclusion. See, for example, *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26.

[33] It is true that at a refugee hearing a panel may be asked to consider both whether an individual is a Convention refugee and whether that individual is in need of protection. Some of the evidence may apply to

décider s’il est un réfugié au sens de la Convention (tel que décidé dans *Adjei*). Il ajoute qu’en appliquant des critères différents, le tribunal fait preuve de discrimination puisque que la loi ne s’appliquera pas également à tous et qu’un critère plus rigoureux est contraire à la Convention contre la torture.

[31] Je ne rejette pas à la légère l’argument sur le «manque de logique». D’ailleurs, aux termes de l’alinéa 95(1)b de la Loi, l’«asile est la protection» conférée à une personne qui a qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger. L’alinéa 95(1)b énonce:

95. (1) L’asile est la protection conférée à toute personne dès lors que, selon le cas:

[. . .]

b) la Commission lui reconnaît la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger;

On peut donc prétendre que le contexte donne à penser que le même critère devrait s’appliquer à l’article 96 et à l’alinéa 97(1)a). Par contre, la Loi prévoit deux processus distincts pour un même résultat et il n’est pas évident que les critères applicables en matière de risque d’être persécuté et d’être soumis à la torture doivent être identiques.

[32] Si le législateur voulait que le même critère soit appliqué, les termes de l’article 96: «craignant avec raison» auraient été repris à l’alinéa 97(1)a). Cependant, le législateur n’en a pas décidé ainsi et il a plutôt adopté, à l’alinéa 97(1)a), des termes qui reflètent ceux de l’article 3 de la Convention contre la torture. À première vue, les différences entre l’alinéa 97(1)a) et l’article 96 révèlent un sens différent. Bien entendu, l’approche selon laquelle «il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global» demeure déterminante et pourrait entraîner une conclusion différente. Voir, par exemple, *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26.

[33] Certes, lors d’une audience sur le statut de réfugié, le tribunal peut être appelé à se demander si l’individu est un réfugié au sens de la Convention et s’il est une personne à protéger. Certaines preuves peuvent



both determinations. However, there are differences between section 96 and paragraph 97(1)(a). For example, a claim for protection under paragraph 97(1)(a) is not predicated on the individual demonstrating that he or she is in danger of torture for any of the enumerated grounds of section 96. Further, there are both subjective and objective components necessary to satisfy the requirements of section 96: see *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593, at paragraph 120, *per* Major J., while a claim under paragraph 97(1)(a) has no subjective component. Because of such differences, it cannot be said that the provisions are so closely related that it would be irrational if the test under paragraph 97(1)(a) was not identical to the test under section 96.

[34] Mr. Li's discrimination argument was not well developed. There was no identification of an enumerated or analogous ground of discrimination. There is no basis for this Court to conclude that different tests under different statutory provisions constitute some form of discrimination.

[35] Finally, it is not easy to understand why a test for degree of danger being "more likely than not" offends the Convention Against Torture. The United Nations Committee Against Torture itself has adopted a test for purposes of Article 3 of the Convention Against Torture that, for the reasons I have given is, for all intents and purposes, the "more likely than not" test.

[36] In the result, the answer to the second question is:

The requisite degree of danger of torture envisaged by the expression "believed on substantial grounds to exist" is that the danger of torture is more likely than not.

#### QUESTION No. 3

[37] The final certified question is:

Is the same degree of risk required under paragraph 97(1)(b)?

[38] Mr. Li says that the reasonable-chance test should apply to paragraph 97(1)(b). However, there are no words that qualify the term "risk" in paragraph 97(1)(b)

s'appliquer aux deux décisions. Toutefois, l'article 96 et l'alinéa 97(1)a sont différents. Par exemple, pour demander la protection en vertu de l'alinéa 97(1)a, l'individu n'est pas obligé d'établir qu'il risque d'être soumis à la torture pour l'un des motifs énumérés à l'article 96. En outre, il existe des composantes tant subjectives qu'objectives nécessaires afin de satisfaire aux exigences de l'article 96: voir *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593, au paragraphe 120, le juge Major, alors qu'une demande en vertu de l'alinéa 97(1)a n'a aucune composante subjective. À cause de ces différences, on ne saurait prétendre que les dispositions sont à ce point semblables qu'il serait illogique que le critère de l'alinéa 97(1)a ne soit pas identique au critère de l'article 96.

[34] L'argument fondé sur la discrimination invoqué par M. Li n'était pas bien étoffé. Il n'a mentionné aucun motif énuméré ou analogue de discrimination. La Cour n'a aucune raison de conclure que des critères différents en vertu de dispositions différentes constituent une forme de discrimination.

[35] Finalement, il n'est pas facile de comprendre pourquoi un critère relatif au degré de danger «plus probable que le contraire» contreviendrait à la Convention contre la torture. Le Comité même des Nations Unies contre la torture a adopté un critère aux fins de l'article 3 de la Convention contre la torture qui, pour les motifs susmentionnés, et à tous égards, est le critère «plus probable que le contraire».

[36] En fin de compte, la réponse à la deuxième question est:

Le degré de risque de torture requis, selon l'expression «motifs sérieux de croire» est que le risque doit être plus probable que le contraire.

#### QUESTION n° 3

[37] La dernière question certifiée est la suivante:

Le même degré de risque est-il exigé en vertu de l'alinéa 97(1)b)?

[38] M. Li prétend que le critère de la possibilité raisonnable devrait s'appliquer à l'alinéa 97(1)b). Toutefois, aucun mot ne qualifie le terme

or that suggest the test in section 96 should apply to paragraph 97(1)(b). In the absence of some compelling reason suggesting a particularly low or a particularly high-level test, I do not see why the degree of risk for purposes of paragraph 97(1)(b) should not be that it is more likely than not that the individual would be subjected, personally, to a risk to his life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if the person was returned to his country of nationality.

[39] The answer to the third question is:

The degree of risk under paragraph 97(1)(b) is that the risk is more likely than not.

#### CONCLUSION

[40] Having agreed with the analysis and conclusion of Gauthier J., I am of the opinion that the appeal should be dismissed.

NOËL J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

«risque» à l'alinéa 97(1)b) ni ne permet de penser que le critère de l'article 96 s'applique à l'alinéa 97(1)b). En l'absence d'un motif impérieux d'adopter un critère rigoureux ou un critère faible, je ne vois pas pourquoi le degré de risque, aux fins de l'alinéa 97(1)b), ne serait pas qu'il soit plus probable que le contraire que la personne soit soumise, personnellement, à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités si elle était renvoyée dans son pays de nationalité.

[39] La réponse à la troisième question est:

Le degré de risque exigé en vertu de l'alinéa 97(1)b) est le risque plus probable que le contraire.

#### CONCLUSION

[40] Étant d'accord avec l'analyse et la conclusion de la juge Gauthier, je suis d'avis que l'appel devrait être rejeté.

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

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

A-545-04  
2005 FCA 27

A-545-04  
2005 CAF 27

**Solicitor General of Canada and The Minister of  
Citizenship and Immigration (*Appellants*)**

**Le solliciteur général du Canada et le ministre de la  
Citoyenneté et de l'Immigration (*appelants*)**

v.

c.

**Sampanthan Subhaschandran, Jayanthi  
Subhaschandran and Geetanjali Subhaschandran  
(*Respondents*)**

**Sampanthan Subhaschandran, Jayanthi  
Subhaschandran et Geetanjali Subhaschandran  
(*intimés*)**

**INDEXED AS: SUBHASCHANDRAN v. CANADA (SOLICITOR  
GENERAL) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: SUBHASCHANDRAN c. CANADA (SOLLICITEUR  
GÉNÉRAL) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Nadon and Sexton  
J.J.A.—Toronto, January 13; Ottawa, January 21, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Nadon et Sexton,  
J.C.A.—Toronto, 13 janvier; Ottawa, 21 janvier 2005.

*Federal Court Jurisdiction — Motions Judge adjourning respondents' motion for stay of deportation until after application for leave and judicial review of negative pre-removal risk assessment finally determined — Appellants requesting motions Judge deal with stay motion itself — Appeal from refusal to deal with stay motion — While interlocutory orders, including adjournments, generally not appealable (Immigration and Refugee Protection Act, ss. 72(2)(e), 74(d)), must be exception where judge refuses to exercise jurisdiction and deal with case — Here, Judge adjourned motion to a time when stay matter will be moot, and in effect, granted stay without considering appropriate matters — Amounting to refusal to exercise jurisdiction — Remedy in such situations of a mandatory nature requiring judge to exercise jurisdiction — Appeal allowed.*

*Compétence de la Cour fédérale — Le juge des requêtes a ajourné la requête en sursis d'expulsion des intimés jusqu'après que la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision négative dans le cadre de l'examen des risques avant renvoi aura été tranchée — Les appelants ont demandé au juge des requêtes de trancher la requête en sursis elle-même — Appel du refus de trancher la requête en sursis — Bien qu'en général les décisions interlocutoires, y compris les ajournements, ne sont pas susceptibles d'appel (Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, art. 72(2)e, 74(d)), il doit y avoir une exception lorsqu'un juge refuse d'exercer sa compétence et de traiter le dossier — En l'espèce, le juge des requêtes a ajourné la requête à un moment où toute décision à son sujet sera devenue théorique et en fait il se trouve à avoir accordé le sursis sans examiner les questions appropriées — Ceci constitue un refus d'exercer sa compétence — Dans une telle situation la réparation doit être mandatoire et exiger que le juge exerce sa compétence — Appel accueilli.*

**STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED**

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27,  
ss. 72(1), (2)(e), 74(d).

**LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS**

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C.  
2001, ch. 27, art. 72(1), (2)e, 74d).

**CASES JUDICIALLY CONSIDERED**

**CONSIDERED:**

*Zündel (Re)*, 2004 FCA 394; [2004] F.C.J. No. 1982 (QL);  
*Narvey v. Canada (Minister of Citizenship and  
Immigration)* (1999), 235 N.R. 305 (F.C.A.).

**JURISPRUDENCE CITÉE**

**DÉCISIONS EXAMINÉES:**

*Zündel (Re)*, 2004 CAF 394; [2004] A.C.F. n° 1982 (QL);  
*Narvey c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de  
l'Immigration)* (1999), 235 N.R. 305 (C.A.F.).

## REFERRED TO:

*R. v. D.B.T.*, [1996] N.S.J. No. 11 (C.A.) (QL); *R. v. Thompson* (1983), 3 D.L.R. (4th) 642 at 651; 48 B.C.L.R. 169; 8 C.C.C. (3d) 127 at 136; 7 C.R.R. 222 (B.C.C.A.).

APPEAL from a Federal Court order dated August 23, 2004 (Shore J.) adjourning a motion for a stay of a deportation order until after respondents' application for leave and judicial review of a negative pre-removal risk assessment is finally determined, thereby refusing to deal with the stay motion itself. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Amina Riaz* for appellants.  
*Barbara L. Jackman* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.  
*Barbara L. Jackman*, Toronto, for respondents.

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

[1] SEXTON J.A.: The respondents brought a motion for a stay of the order for their deportation which was scheduled for August 10, 2004 until such time as their application for leave and for judicial review of their negative pre-removal risk assessment (PRRA) dated July 14, 2004 was determined.

[2] The respondents' motion for a stay was adjourned by Gibson J. to August 23, 2004, and a stay granted in the interim period from August 9 to August 24, 2004 so that the parties could complete filing of their materials for the stay motion.

[3] On August 23, 2004, the respondents' stay motion was heard in its entirety by Shore J. with the Minister arguing that the motion for a stay of the removal order be dismissed. At that hearing, neither party requested an adjournment for any reason.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. v. D.B.T.*, [1996] N.S.J. n° 11 (C.A.) (QL); *R. v. Thompson* (1983), 3 D.L.R. (4th) 642 à 651; 48 B.C.L.R. 169; 8 C.C.C. (3d) 127, 136; 7 C.R.R. 222 (C.A.C.-B.).

APPEL d'une ordonnance de la Cour fédérale en date du 23 août 2004 (juge Shore) ajournant la requête en sursis d'expulsion jusqu'après que la demande des intimés pour obtenir l'autorisation et le contrôle judiciaire de la décision négative dans le cadre de l'examen des risques avant renvoi aura été tranchée, constituant un refus de trancher la requête elle-même. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Amina Riaz* pour les appelants.  
*Barbara L. Jackman* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants.  
*Barbara L. Jackman*, Toronto, pour les intimés.

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

[1] LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Les intimés ont présenté une requête pour obtenir un sursis de leur expulsion, prévue pour le 10 août 2004, jusqu'au moment où une décision sera rendue sur leur demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision négative dans le cadre de l'examen des risques avant renvoi (ERAR), datée du 14 juillet 2004.

[2] La requête en sursis des intimés a été ajournée par le juge Gibson au 23 août 2004, le sursis étant accordé pour la période du 9 au 24 août 2004, afin que les parties puissent compléter le dépôt des documents pour leur dossier de requête.

[3] Le 23 août 2004, le juge Shore a entendu la requête en sursis des intimés en son entier. Le ministre a soutenu que la requête en sursis de l'expulsion devait être rejetée. Lors de l'audience, aucune des parties n'a demandé un ajournement pour quelque raison que ce soit.

[4] At the conclusion of the argument, the motions Judge immediately rendered his decision which was to adjourn the stay motion until June 1, 2005.

[5] Counsel for the Minister requested reasons for the adjournment but the motions Judge responded that he was unable to give reasons because he felt that both parties were right.

[6] Counsel for the Minister requested that the motions Judge deal with the stay motion itself but the motions Judge declined to do so.

[7] The Minister, on September 1, 2004 launched a motion for reconsideration of the August 23, 2004 order and requested that the application for a stay be dismissed.

[8] On September 28, 2004, the motions Judge issued what he referred to as a clarification (and not a re-examination) of his order of August 23, 2004. He still refused to deal with the stay motion in the following terms.

1. The Applicants are not to be removed from Canada pending a determination of their motion for a stay subsequent to their Application for leave and judicial review having been considered and finally determined;

2. Hearing of the motion is set for the very day of Monday, June 6, 2005 at 9:30 a.m., or so soon thereafter as may be heard at the premises of the Court in Toronto **subsequent** to the Application for leave and judicial review having been considered and finally determined. [Emphasis added.]

[9] The Minister has appealed the order of the motions Judge arguing that the decision should be set aside as the motions Judge “clearly failed to exercise his jurisdiction and otherwise exceeded his jurisdiction”.

[10] The respondents argue that the Minister is precluded from appealing the interlocutory order of the motions Judge by reason of the provisions of paragraphs 72(2)(e) and 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA).

[4] Après avoir entendu les plaidoiries, le juge des requêtes a immédiatement décidé d’ajourner la requête en sursis jusqu’au 1<sup>er</sup> juin 2005.

[5] L’avocat du ministre a demandé qu’on lui fournisse des motifs de l’ajournement, mais le juge des requêtes lui a répondu qu’il ne pouvait motiver sa décision parce qu’il considérait que les deux parties avaient raison.

[6] L’avocat du ministre a alors demandé que le juge des requêtes tranche la requête en sursis elle-même, mais ce dernier a refusé de procéder.

[7] Le 1<sup>er</sup> septembre 2004, le ministre a présenté une requête en réexamen de l’ordonnance du 23 août 2004, demandant de nouveau que la requête en sursis soit rejetée.

[8] Le 28 septembre 2004, le juge des requêtes a délivré ce qu’il a appelé une clarification (et non un réexamen) de son ordonnance du 23 août 2004. Il a continué à refuser de trancher la requête en sursis, s’exprimant comme suit:

[TRADUCTION]

1. Les demandeurs ne doivent pas être expulsés du Canada avant qu’on ait tranché leur requête en sursis et ce, suite à l’examen et au jugement sur leur demande d’autorisation et de contrôle judiciaire.

2. L’audience pour entendre cette requête est fixée très précisément au lundi 6 juin 2005, à 9 h 30, ou dans les meilleurs délais après cette date, dans les locaux de la Cour à Toronto **après** que la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire aura été examinée et tranchée. [Non souligné dans l’original.]

[9] Le ministre a porté l’ordonnance du juge des requêtes en appel, plaidant que sa décision devait être annulée parce que le juge des requêtes avait [TRADUCTION] «clairement refusé d’exercer sa compétence ou avait d’autre façon outrepassé sa compétence».

[10] Les intimés soutiennent que le ministre ne peut en appeler de l’ordonnance interlocutoire du juge des requêtes au vu des dispositions des alinéas 72(2)e) et 74d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (LIPR).

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.

(2) The following provisions govern an application under subsection (1);

...

(e) no appeal lies from the decision of the Court with respect to the application or with respect to an interlocutory judgment.

...

74. Judicial review is subject to the following provisions:

...

(d) an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.

[11] The respondents argue that the above-noted provisions and the jurisprudence interpreting them demonstrate that any order made in the context of the underlying application for leave or linked to it in any way, is not subject to appeal. Specifically the sections quoted make it clear that no appeal lies from interlocutory judgments and as to final judgments, only when a serious question of general importance has been certified.

[12] The respondents further argue that the courts clearly have the jurisdiction to adjourn proceedings before them.

[13] In my view, while it is true that generally interlocutory orders including adjournments cannot be appealed in the context of cases such as this, there must be an exception where a judge refuses to exercise his jurisdiction and deal with the case.

[14] In the present case, the motions Judge has adjourned the stay motion to a time (after a decision has been made on the PRRA motion) when the stay matter will be moot. He has therefore deprived the parties of ever having a decision on the stay motion, although by

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.

(2) Les dispositions suivantes s'appliquent à la demande:

[...]

e) le jugement sur la demande et toute décision interlocutoire ne sont pas susceptibles d'appel.

[...]

74. Les règles suivantes s'appliquent à la demande de contrôle judiciaire:

[...]

d) le jugement consécutif au contrôle judiciaire n'est susceptible d'appel en Cour d'appel fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

[11] Les intimés soutiennent que les dispositions précitées et la jurisprudence à leur sujet démontrent que toute ordonnance prise dans le contexte d'une demande d'autorisation ou liée à cette demande de quelque façon que ce soit ne peut faire l'objet d'un appel. Plus particulièrement, les dispositions citées énoncent clairement que toute décision interlocutoire n'est pas susceptible d'appel. S'agissant des jugements eux-mêmes, ils ne sont susceptibles d'appel que si le juge certifie une question grave de portée générale.

[12] Les intimés soutiennent aussi que les tribunaux ont tout à fait compétence pour ajourner les procédures dont ils sont saisis.

[13] Selon moi, bien qu'il soit vrai qu'en général les décisions interlocutoires, y compris les ajournements, ne sont pas susceptibles d'appel dans le contexte d'une affaire comme la présente, il doit y avoir une exception lorsqu'un juge refuse d'exercer sa compétence et de traiter le dossier.

[14] En l'espèce, le juge des requêtes a ajourné la requête en sursis à un moment (après la décision sur la requête liée à l'ERAR) où toute décision à son sujet sera devenue théorique. Par conséquent, il a privé les parties d'une décision sur la requête en sursis, bien qu'en

adjourning the motion as he has, in effect, granted a stay without considering the appropriate matters in so doing.

[15] In my view this amounts to a refusal to exercise his jurisdiction and a remedy must be available to any party where a judge simply refuses to deal with a matter before him either permanently or as here, by adjourning the matter to a time when the matter will be moot.

[16] In situations where a judge refuses to exercise his jurisdiction, the law is clear that the remedy is of a mandatory nature requiring the judge or court to exercise its jurisdiction.

(See *R. v. D.B.T.*, [1996] N.S.J. No. 11 (C.A.) (QL) and *R. v. Thompson* (1983), 3 D.L.R. (4th) 642, at 651 (B.C.C.A.).)

[17] Other decisions which reinforce my view are those in which this Court has held that certain questions, including ones relating to jurisdiction, are appealable, even in the presence of the express removal of a right of appeal or right of judicial review on the main decision. In *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394, Létourneau J.A. found an appeal based on reasonable apprehension of bias to be an exception to the privative clause precluding an appeal or judicial review from a determination of the reasonableness of a security certificate. Similarly, in *Narvey v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 235 N.R. 305 (F.C.A.), Noël J.A. allowed an appeal, notwithstanding subsection 18(3) of the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29]. He found that a judge's bias, if demonstrated, would result in a lack of jurisdiction to render a decision, and such decision would accordingly not be one "under" section 18 of the *Citizenship Act*.

[18] I would therefore allow the appeal, set aside the order and send the matter back to the motions Judge with a direction that he proceed to expeditiously make a

ajournant la requête comme il l'a fait il se trouve à avoir accordé le sursis sans examiner les questions appropriées.

[15] Selon moi, ceci constitue un refus par le juge des requêtes d'exercer sa compétence. Il faut donc qu'une réparation soit disponible pour les parties lorsqu'un juge refuse tout simplement de traiter un dossier dont il est saisi, soit de façon permanente soit, comme en l'espèce, en ajournant la question jusqu'au moment où elle sera devenue théorique.

[16] Dans les situations où un juge refuse d'exercer sa compétence, le droit est clair et il porte que la réparation doit être mandatoire, c'est-à-dire qu'elle doit exiger que le juge ou le tribunal exerce sa compétence.

(Voir *R. v. D.B.T.*, [1996] N.S.J. n° 11 (C.A.) (QL) and *R. v. Thompson* (1983), 3 D.L.R. (4th) 642, à 651 (C.A.C.-B.).)

[17] D'autres décisions qui viennent appuyer mon point de vue ont été prises par notre Cour, qui a jugé que certaines questions, notamment les questions portant sur la compétence, sont susceptibles d'appel même en présence d'une suppression expresse du droit d'appel ou du droit au contrôle judiciaire de la décision principale. Dans l'arrêt *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394, le juge Létourneau, J.C.A. a conclu qu'un appel fondé sur une crainte raisonnable de partialité faisait exception à la clause privative qui supprimait tout appel ou contrôle judiciaire de la décision portant sur le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité. De la même façon, dans l'arrêt *Narvey c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 235 N.R. 305 (C.A.F.), le juge Noël, J.C.A. a accueilli un appel, nonobstant le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29]. Il a conclu que la partialité d'un juge, si elle est démontrée, constitue un défaut de compétence pour rendre une décision. Par conséquent, une décision rendue dans un tel cas ne tomberait pas sous le coup de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*.

[18] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, annulerais l'ordonnance et renverrais la question au juge des requêtes avec la directive de rendre une décision de

decision on the application for a stay. In the circumstances there will be no order as to costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

façon expéditive sur la requête en sursis. Dans les circonstances, il n'y aura pas d'ordonnance quant aux dépens.

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

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



A-213-04  
2005 FCA 11

A-213-04  
2005 CAF 11

**RhoxalPharma Inc. (Appellant) (Respondent)**

**RhoxalPharma Inc. (appelante) (défenderesse)**

v.

c.

**Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. and Novartis AG (Respondents) (Applicants)**

**Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. et Novartis AG (intimées) (demanderesses)**

and

et

**The Minister of Health (Respondent) (Respondent)**

**Le ministre de la Santé (intimé) (défendeur)**

**INDEXED AS: NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. v. RHOXALPHARMA INC. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. c. RHOXALPHARMA INC. (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Nadon and Pelletier J.J.A.—Ottawa, November 2, 2004 and February 14, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Nadon et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 2 novembre 2004 et 14 février 2005.

*Patents — Infringement — Appeal from F.C. order prohibiting issuance of notice of compliance to appellant for cyclosporin capsules — Respondents owners of patent for pharmaceutical preparation containing cyclosporin in hydrosol form — Alleging appellant's capsules, which form hydrosol once ingested, infringing patent — F.C. blindly adopting respondents' experts' conclusions, finding patent claim not limited to pre-ingestion pharmaceutical preparations — F.C. not acquitting itself of responsibility to enlighten itself with meaning suggested by experts, while keeping eyes on words of claim themselves, to draw own conclusions as to scope of claims — What happens to capsule after ingestion outside scope of forms of "pharmaceutical preparation" — Appeal allowed — Per Pelletier J.A. (dissenting): F.C. finding one of mixed fact and law, if not finding of fact — Standard of review "palpable and overriding error" — F.C. entitled to come to conclusion it did on meaning of "pharmaceutical preparation", cannot be overturned for utilizing that meaning in construing patent.*

*Brevets — Contrefaçon — Appel d'une ordonnance de la C.F. interdisant la délivrance d'un avis de conformité à l'appelante relativement à des capsules de cyclosporine — Les intimées possèdent un brevet visant une préparation pharmaceutique contenant de la cyclosporine en hydrosol — Elles allèguent que les capsules de l'appelante, qui forment un hydrosol après l'ingestion, contrefont son brevet — La C.F. a adopté aveuglément les conclusions des experts des intimées et jugé que la revendication du brevet ne se limitait pas à la préparation avant ingestion — La C.F. ne s'est pas acquittée de son obligation de s'instruire sur le sens que lui proposaient les experts, de s'en tenir au libellé même des revendications et de tirer ses propres conclusions relativement à leur porté — Ce qu'il advient d'une capsule après son ingestion déborde complètement le champ d'application des formes de «préparations pharmaceutique» — Appel accueilli — Le juge Pelletier, J.C.A. (dissent): La conclusion de la C.F. en est une mixte de fait et de droit, sinon de fait — La norme de contrôle applicable est celle de «l'erreur dominante et manifeste» — La C.F. était en droit de conclure comme elle l'a fait sur le sens des mots «préparation pharmaceutique»; sa décision ne peut être infirmée au motif qu'elle a retenu ce sens pour interpréter le brevet.*

*Practice — Res Judicata — Notice of allegation almost identical to that before Tremblay-Lamer J. in earlier case involving same issue, parties — Only difference, dosage of capsules, not relevant as not relating to infringement of patent — Although conditions for cause of action estoppel and issue estoppel met, F.C. required to determine whether estoppel ought to be applied — No reasons to interfere with F.C. conclusion unjust to apply doctrine of res judicata.*

*Pratique — Res judicata — Avis d'allégation presque identique à celui dont la juge Tremblay-Lamer était saisie dans une autre affaire entre les mêmes parties, portant sur la même question — La seule différence, relative à la forme posologique, n'est pas pertinente car elle ne se rapporte pas à la contrefaçon du brevet — Bien que les conditions d'application de l'irrecevabilité résultant de l'identité des faits générateurs du litige et de l'identité des questions en litige aient été réunies, la C.F. devait décider s'il y avait lieu de*

This was an appeal brought under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* from a decision by Lemieux J. of the Federal Court allowing the respondents' (Novartis) application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to RhoXalPharma (RhoXal) in respect of the latter's cyclosporin capsules.

Novartis are the owners of a patent that covers a pharmaceutical preparation containing cyclosporin in hydrosol form. Novartis argued that although RhoXal's capsules do not contain a hydrosol, the sale of these capsules infringes their patent because they form a hydrosol once ingested. Lemieux J. agreed with Novartis. He found that the terms "pharmaceutical preparation . . . comprising . . . a hydrosol" in Novartis' patent were not limited to pre-ingestion preparations.

*Held* (Pelletier J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Desjardins J.A. (Nadon J.A. concurring): A preliminary matter was whether the doctrine of *res judicata* should apply to this case. The only difference between the notice of allegation in the present case and the notice of allegation that was before Tremblay-Lamer J. in *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. RhoXalPharma Inc.*, [2001] 3 F.C. 163 (T.D.) was one of dosage. Subsection 55.2(4) of the *Patent Act* states that the purpose of the Regulations is to patent infringement. Thus, in the context of the Regulations, dosage will be relevant only to the extent that it relates to the infringement of a particular patent. Here, there was no such relation. The conditions of cause of action estoppel and issue estoppel were met and Lemieux J. exercised his discretion as he was required to do and determined that it would be unjust to apply the doctrine of *res judicata* in the present case. There was no reason for the Court to reverse this conclusion.

Turning to the merits of the appeal, expert evidence does not govern the construction of a claim, which is a question of law for the judge to determine using a purposive approach. Lemieux J. had the responsibility of enlightening himself with the meaning suggested to him by the experts, preferring the evidence of one expert over that of another, keeping his eyes on the words of the claim themselves and of drawing his own conclusions. He did not do so. What happens to a capsule after being ingested, although expected, is completely outside of the scope of the forms of a "pharmaceutical preparation", as explained by the experts Lemieux J. chose to believe. It was not open to him to adopt blindly their conclusions without

*déclarer l'irrecevabilité — Il n'y a pas lieu d'infirmar sa conclusion qu'il serait injuste d'appliquer le principe de l'autorité de la chose jugée.*

Il s'agissait d'un appel formé en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* à l'encontre de la décision du juge Lemieux, de la Cour fédérale, d'accueillir la demande des intimées (Novartis) visant l'obtention d'une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à RhoXalPharma (RhoXal) relativement à ses comprimés de cyclosporine.

Les sociétés Novartis sont propriétaires d'un brevet visant une préparation pharmaceutique contenant de la cyclosporine en hydrosol. Elles soutiennent que même si les capsules de RhoXal ne contiennent pas d'hydrosol leur vente contrefait le brevet parce qu'elles forment un hydrosol une fois ingérées. Le juge Lemieux a donné raison à Novartis, concluant que les mots «préparation pharmaceutique [. . .] renfermant [. . .] un hydrosol» dans le brevet de celle-ci ne se limitaient pas aux préparations avant ingestion.

*Arrêt* (le juge Pelletier, J.C.A. dissident): l'appel doit être accueilli.

La juge Desjardins, J.C.A. (le juge Nadon, J.C.A., souscrivant à ses motifs): Se posait la question préliminaire de l'applicabilité du principe de l'autorité de la chose jugée. La seule différence entre l'avis d'allégation en l'espèce et celui dont était saisie la juge Tremblay-Lamer dans *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. RhoXalPharma Inc.*, [2001] 3 C.F. 163 (1<sup>re</sup> inst.), réside dans la forme posologique. Suivant le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, le Règlement a pour objet d'empêcher la contrefaçon d'un brevet. La forme posologique n'est donc pertinente que dans la mesure où elle se rapporte à la contrefaçon d'un brevet déterminé. Ce n'est pas le cas ici. Les conditions d'application de l'irrecevabilité résultant de l'identité des faits générateurs du litige et de l'identité des questions en litige étaient réunies et le juge Lemieux a exercé son pouvoir discrétionnaire et a conclu qu'il serait injuste d'appliquer le principe de l'autorité de la chose jugée. La Cour n'est pas justifiée d'infirmar cette conclusion.

Relativement au fond de l'appel, le témoignage d'expert n'est pas déterminant pour l'interprétation d'une revendication, qui est une question de droit qu'il appartient au juge de trancher au moyen de la méthode téléologique. Il incombait au juge de première instance de s'instruire sur le sens que lui proposaient les experts, de choisir le témoignage qui lui semblait préférable, de s'en tenir au libellé même des revendications et de tirer ses propres conclusions. Il ne l'a pas fait. Ce qu'il advient d'une capsule après son ingestion, même si c'est prévisible, déborde complètement le champ d'application des formes de «préparations pharmaceutique» définies par les experts que le juge Lemieux a décidé de croire.

deciding the proper scope of the claim.

*Per Pelletier J.A. (dissenting):* In deciding what the term “pharmaceutical preparation” means to a person skilled in the art, Lemieux J. was making a finding of mixed fact and law, if not a finding of fact. The standard of review for such findings is “palpable and overriding error.” If Lemieux J. was entitled to come to the conclusion that he did on the meaning of “pharmaceutical preparation”, he could not be overturned for having utilized it in construing the patent in the way in which he did.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. C.08.002(2)(k) (as am. by SOR/95-411, s. 4), (l) (as am. *idem*), C.08.003(2)(h) (as am. *idem*, s. 6), (i) (as am. *idem*), C.08.004(1)(a) (as am. *idem*), (b) (as am. *idem*).  
*Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, s. 30.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2(1) “regulation”, 12.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2(4) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2).  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 5 (as am. by SOR/98-166, ss. 4, 9; 99-379, s. 2), 6(5) (as enacted by SOR/98-166, ss. 5, 9).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. RhoxalPharma Inc.*, [2001] 3 F.C. 163; (2001), 11 C.P.R. (4th) 370; 194 F.T.R. 143; 2001 FCT 137; *affd* (2001), 16 C.P.R. (4th) 188; 2001 FCA 371; *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; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 50; 107 B.C.A.C. 191; 50 B.C.L.R. (3d) 1; 7 Admin. L.R. (3d) 209; 19 C.P.C. (4th) 1 (B.C.C.A.); *Novartis Pharmaceuticals Inc. v. RhoxalPharma Inc.*, 2002 FCT 742; [2002] F.C.J. No. 1006 (QL); *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 SCC 67; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10

Il ne lui était pas loisible d’adopter aveuglément leurs conclusions sans décider de la portée à donner à la revendication.

Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident): En se prononçant sur ce que l’expression «préparation pharmaceutique» signifie pour une personne versée dans l’art, le juge Lemieux tirait à tout le moins une conclusion mixte de fait et de droit, sinon une conclusion de fait, dont la norme de contrôle est celle de «l’erreur dominante et manifeste». Si le juge Lemieux était en droit de tirer la conclusion à laquelle il est arrivé sur le sens des mots «préparation pharmaceutique», sa décision ne saurait être infirmée au motif qu’il s’est servi de ce sens pour interpréter le brevet comme il l’a fait.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2(1) «règlement», 12.  
*Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 30.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2(4) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2).  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.002(2)(k) (mod. par DORS/95-411, art. 4), (l) (mod., *idem*), C.08.003(2)(h) (mod., *idem*, art. 6), (i) (mod., *idem*), C.08.004(1)(a) (mod., *idem*), (b) (mod., *idem*).  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 5 (mod. par DORS/98-166, art. 4, 9; 99-379, art. 2), 6(5) (édicte par DORS/98-166, art. 5, 9).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. RhoxalPharma Inc.*, [2001] 3 C.F. 163; (2001), 11 C.P.R. (4th) 370; 194 F.T.R. 143; 2001 CFPI 137; *conf. par* (2001), 16 C.P.R. (4th) 188; 2001 CAF 371; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 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 CSC 44; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 50; 107 B.C.A.C. 191; 50 B.C.L.R. (3d) 1; 7 Admin. L.R. (3d) 209; 19 C.P.C. (4th) 1 (C.A.C.-B.); *Novartis Pharmaceuticals Inc. c. RhoxalPharma Inc.*, 2002 CFPI 742; [2002] A.C.F. n° 1006 (QL); *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 CSC 67; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10

C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33.

C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 CSC 33.

REFERRED TO:

*Janssen Pharmaceutica Inc. v. Apotex Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 574 (F.C.A.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; 2000 SCC 66; *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *Canamould Extrusions Ltd. v. Driangle Inc.* (2004), 237 D.L.R. (4th) 157; 30 C.P.R. (4th) 129; 317 N.R. 91; 2004 FCA 63; *Nekoosa Packaging Corp. v. AMCA International Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 470; 172 N.R. 387 (F.C.A.); *Eli Lilly & Co. v. O'Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 23 C.I.P.R. 166; 26 C.P.R. (3d) 1; 99 N.R. 60 (F.C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

*Janssen Pharmaceutica Inc. c. Apotex Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 574 (C.A.F.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; 2000 CSC 66; *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *Canamould Extrusions Ltd. c. Driangle Inc.* (2004), 237 D.L.R. (4th) 157; 30 C.P.R. (4th) 129; 317 N.R. 91; 2004 CAF 63; *Nekoosa Packaging Corp. c. AMCA International Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 470; 172 N.R. 387 (C.A.F.); *Eli Lilly & Co. c. O'Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 23 C.I.P.R. 166; 26 C.P.R. (3d) 1; 99 N.R. 60 (C.A.F.).

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2004), 34 C.P.R. (4th) 218; 250 F.T.R. 218; 2004 FC 474) allowing the respondents' application and issuing an order of prohibition to the Minister of Health prohibiting the issuance of a notice of compliance to the appellant in respect of cyclosporin capsules. Appeal allowed. Pelletier J.A. dissenting.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ((2004), 34 C.P.R. (4th) 218; 250 F.T.R. 218; 2004 CF 474) accueillant la demande des intimées et interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'appelante relativement à des capsules de cyclosporine. Appel accueilli. Le juge Pelletier étant dissident.

APPEARANCES:

*Marie Lafleur* and *Martin F. Sheehan* for appellant.

*Anthony G. Creber* and *Jennifer L. Wilkie* for respondents Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. and Novartis AG.

*Frederick B. Woyiwada* for respondent Minister of Health.

ONT COMPARU:

*Marie Lafleur* et *Martin F. Sheehan* pour l'appelante.

*Anthony G. Creber* et *Jennifer L. Wilkie* pour les intimées Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. et Novartis AG.

*Frederick B. Woyiwada* pour le ministre de la Santé.

SOLICITORS OF RECORD:

*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Montréal, for appellant.

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for respondents Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. and Novartis AG.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of Health.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Fasken Martineau DuMoulin s.r.l.*, Montréal, pour l'appelante.

*Gowling Lafleur Henderson s.r.l.*, Ottawa, pour les intimées Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. et Novartis AG.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le ministre de la Santé.

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

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

[1] DESJARDINS J.A.: These proceedings are brought under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the Regulations).

[2] Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. and Novartis AG (collectively, Novartis) own patent No. 1308656 (the '656 patent) which covers a pharmaceutical preparation containing a hydrosol, i.e. a dispersion of small solid particles in a liquid ("hydro" meaning water, "sol" meaning a solid). The small solid particles are particles of cyclosporin, which is the active ingredient. (In these reasons for judgment, I use the term "cyclosporin" which is the term used in the '656 patent, while the trial Judge and the parties used the term "cyclosporine".)

[3] Novartis acknowledge that the 25 mg and 50 mg cyclosporin capsules marketed by RhoxalPharma Inc. (Rhoxal) do not contain a hydrosol. They nonetheless argue that the sale of Rhoxal's capsules infringe the '656 patent because such capsules form a hydrosol in the patient's body, once the capsule is ingested.

[4] On March 17, 2004, Lemieux J. (see *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. RhoxalPharma Inc.* (2004), 34 C.P.R. (4th) 218 (F.C.)) held that '656 patent did indeed cover a post-ingestion hydrosol. He allowed Novartis' application and issued an order of prohibition to the Minister of Health prohibiting the issuance of a notice of compliance to Rhoxal in respect of its 25 mg and 50 mg cyclosporin capsules.

[5] The issue in the present appeal relates to the scope of claim 2(a) of the '656 patent and whether it can be construed as covering a hydrosol which is formed *in situ*, that is, in the human stomach.

#### THE JUDGMENT UNDER APPEAL

[6] On January 31, 2002, Rhoxal forwarded a notice of allegation to the respondents pertaining to 25 mg and 50 mg cyclosporin soft gel capsules for oral

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A.: La présente instance a été introduite en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement).

[2] Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. et Novartis AG (collectivement appelées Novartis) sont propriétaires du brevet n° 1308656 (le brevet '656) qui vise une préparation pharmaceutique contenant un hydrosol, c'est-à-dire une dispersion de petites particules solides dans un liquide («hydro» veut dire «eau» et «sol» signifie «solide»). Les petites particules solides sont des particules de cyclosporine, qui est l'ingrédient actif. (Dans la version anglaise des présents motifs du jugement, j'emploie le mot «*cyclosporin*», qui est le terme utilisé dans le brevet 656, alors que le juge de première instance et les parties parlent de «cyclosporine».)

[3] Novartis reconnaît que les capsules de 25 mg et de 50 mg de cyclosporine commercialisées par RhoxalPharma Inc. (Rhoxal) ne contiennent pas d'hydrosol. Elle prétend néanmoins que la vente des capsules de Rhoxal contrefait le brevet '656 parce que les capsules en question forment un hydrosol dans l'organisme du patient une fois que la capsule est ingérée par celui-ci.

[4] Le 17 mars 2004, le juge Lemieux a conclu (*Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. RhoxalPharma Inc.* (2004), 34 C.P.R. (4th) 218 (C.F.)) que le brevet '656 visait effectivement un hydrosol généré après l'ingestion de la capsule. Il a fait droit à la demande de Novartis et a interdit au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Rhoxal relativement à ses capsules de cyclosporine de 25 mg et de 50 mg.

[5] La question en litige dans le présent appel porte sur la portée de la revendication 2a) du brevet '656 et sur la question de savoir si elle peut être interprétée comme englobant un hydrosol formé *in situ*, dans l'estomac humain.

#### LE JUGEMENT FRAPPÉ D'APPEL

[6] Le 31 janvier 2002, Rhoxal a fait parvenir aux intimées un avis d'allégation portant sur des capsules de cyclosporine de 25 mg et de 50 mg sous forme de gel

administration. Rhoxal alleged that it was not in infringement of the '656 patent because its pharmaceutical preparation, which contains a solution (the Rhoxal formulation), does not contain a hydrosol as described and claimed in the '656 patent. In support of this, Rhoxal alleged that its 25 mg and 50 mg capsules were essentially identical in composition to its 100 mg capsules, differing only in the quantity of the ingredients contained therein, and that a decision rendered by Tremblay-Lamer J. (*Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. RhoxalPharma Inc.*, [2001] 3 F.C. 163 (T.D.)), between the same parties, concluded that the 100 mg capsules did not infringe Novartis' '656 patent.

[7] Claim 2(a) of Novartis' patent, the only claim at issue, reads thus:

2. A pharmaceutical preparation the active agent of which comprises a cyclosporin said preparation comprising either:

(a) a hydrosol, the particles of which comprises said active agent in solid form, have a diameter of from 1 to 10,000 nanometres, and which are stabilized whereby the particle size distribution of said particles is maintained constant; [My emphasis.]

[8] Lemieux J. found as a fact, at paragraphs 194, 221 and 237 of his reasons, that the described hydrosol inevitably formed in the human stomach once the Rhoxal capsule came into contact with the water or gastric juices therein.

[9] He noted, at paragraph 75 of his reasons, that Novartis had led extensive evidence before him, through Drs. Michael Ambühl and James McGinity, as to how claim 2(a) of patent '656 should be construed with regard to the meaning of the term "pharmaceutical preparation" by those skilled in the art of formulation of pharmaceutical preparations. This evidence, he said, was not before Tremblay-Lamer J., who had only the evidence of Dr. Louis Cartilier when she decided that the 100 mg capsules did not infringe Novartis' patent. Lemieux J. gave great weight to the testimony of Drs. Ambühl and McGinity and rejected that of Drs. Harry Brittain and Cartilier for Rhoxal. With regard to Dr. Cartilier's testimony, he said, at paragraph 185 of his reasons:

mou pour administration par voie orale. Rhoxal affirmait qu'elle ne contrefaisait pas le brevet '656 parce que sa préparation pharmaceutique, qui renferme une solution (la formulation de Rhoxal), ne contient pas l'hydrosol décrit et revendiqué dans le brevet '656. À l'appui de cette assertion, Rhoxal alléguait que ses capsules de 25 mg et de 50 mg étaient essentiellement identiques à ses capsules de 100 mg et que seule la quantité des ingrédients était différente. Or, ajoutait-elle, dans une décision visant les mêmes parties (*Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. RhoxalPharma Inc.*, [2001] 3 C.F. 163 (1<sup>re</sup> inst.)), la juge Tremblay-Lamer avait conclu que les capsules de 100 mg ne contrefaisaient pas le brevet '656 de Novartis.

[7] La revendication 2a) du brevet de Novartis, la seule revendication en litige, est ainsi libellée:

2. [TRADUCTION] Une préparation pharmaceutique, dont l'agent actif contient une cyclosporine, ladite préparation renfermant:

a) soit un hydrosol, dont les particules contiennent ledit agent actif sous forme solide, ont un diamètre de 1 à 10 000 nanomètres, et sont stabilisées de telle façon que leur distribution granulométrique demeure constante; [Non souligné dans l'original.]

[8] Le juge Lemieux a conclu, aux paragraphes 194, 221 et 237 de ses motifs, que la capsule de Rhoxal, une fois ingérée, forme inévitablement un hydrosol lorsqu'elle entre en contact avec l'eau et les sucs gastriques présents dans l'estomac.

[9] Il a fait observer, au paragraphe 75 de ses motifs, que Novartis lui avait soumis une preuve abondante, par l'entremise de MM. Michael Ambühl et James McGinity, sur la façon dont la revendication 2a) du brevet '656 devait être interprétée en se faisant expliquer le sens de l'expression «préparation pharmaceutique» par des personnes versées dans l'art de la formulation des préparations pharmaceutiques. Il a signalé que ces éléments de preuve n'avaient pas été présentés à la juge Tremblay-Lamer, qui disposait uniquement du témoignage de M. Louis Cartilier lorsqu'elle a décidé que les capsules de 100 mg ne contrefaisaient pas le brevet de Novartis. Le juge Lemieux a accordé beaucoup de poids au témoignage de MM. Ambühl et McGinity et il a écarté celui de MM. Harry Brittain et Louis Cartilier,

... it is clear he provided his evidence from the perspective of a dispensing pharmacist and not one skilled in the art of a drug formulator.

[10] Lemieux J. stated his conclusion at paragraph 221 of his reasons:

Construing claim 2(a) of the '656 Patent in a purposive way by considering the whole of the disclosure and the claims and being instructed as to the meaning of its terms by experts skilled in the art of formulation of pharmaceutical preparations, I reached the conclusion a hydrosol form *in situ* is within the claim as a pharmaceutical preparation consisting of a hydrosol. Properly interpreted "pharmaceutical preparation" is not limited to a hydrosol prepared before ingestion and claim 2(a) is not limited to parenteral applications. [My emphasis.]

[11] He explained the crux of the invention in the following manner, at paragraph 224:

I do not think there can be any question the crux of the invention to which the '656 Patent relates lies in the creation of a hydrosol of solid particles of cyclosporine in stable form and within the nanometres specified. The purpose of the hydrosol is to make the medicine cyclosporine more soluble and more stable so as to facilitate its absorption into the human body thereby increasing its efficacy.

[12] He rejected RhoXal's argument that the term "pharmaceutical preparation" should be limited to pre-ingestion preparations. He stated, at paragraphs 236-238:

Finally, I find artificial RhoXal's argument the term "pharmaceutical preparation" should be limited to pre-ingestion preparations; such an argument favours form rather than substance.

The evidence of Drs. Ambühl and McGinity make it clear that a pharmaceutical preparation may have several forms because of the transformations which take place. It is well-known by persons skilled in the art that such transformations can occur *in situ* so as to deliver an invention's benefit *in situ*, i.e. make it functional for its intended purpose.

qui s'étaient présentés à la barre pour RhoXal. En ce qui concerne le témoignage de M. Cartilier, voici ce que le juge Lemieux dit, au paragraphe 185 de ses motifs:

[...] il est clair qu'il a fourni ce témoignage du point de vue d'un pharmacien qui exécute des ordonnances et non d'une personne versée dans l'art de formuler un médicament.

[10] Le juge Lemieux formule sa conclusion au paragraphe 221 de ses motifs:

Interprétant la revendication 2a) du brevet '656 de façon téléologique par un examen de l'ensemble de la divulgation et des revendications et m'étant fait expliquer la signification des termes de la revendication par des experts versés dans l'art de la formulation des préparations pharmaceutiques, j'en ai conclu qu'une forme d'hydrosol *in situ* est comprise dans la portée de la revendication comme préparation pharmaceutique comprenant un hydrosol. Une «préparation pharmaceutique», selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, ne se limite pas à un hydrosol préparé avant l'ingestion, et la revendication 2a) ne se limite pas à des applications parentérales. [Non souligné dans l'original.]

[11] Il explique l'essence de l'invention dans les termes suivants au paragraphe 224:

Je ne pense pas qu'on puisse remettre en question que l'essence de l'invention dont il est question dans le brevet '656 tient à la création d'un hydrosol de particules solides de cyclosporine sous une forme stable dont le diamètre en nanomètres se situe dans la fourchette de dimensions spécifiée. *Le but de cet hydrosol est de faire en sorte que la cyclosporine du médicament soit plus solide et plus stable de façon à pouvoir être absorbée plus facilement dans l'organisme humain et être ainsi plus efficace.*

[12] Il a rejeté l'argument de RhoXal suivant lequel l'expression «préparation pharmaceutique» devait se limiter aux préparations avant l'ingestion. Il a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 236 à 238:

Enfin, je trouve artificiel l'argument de RhoXal selon lequel le terme «préparation pharmaceutique» devrait se limiter aux préparations avant l'ingestion; un tel argument privilégie la forme plutôt que la substance.

Le témoignage de MM. Ambühl et McGinity montre clairement qu'une préparation pharmaceutique peut prendre plusieurs formes à cause des transformations qui s'opèrent. Les personnes versées dans l'art savent bien que ces transformations peuvent survenir *in situ* de façon que l'invention puisse exercer ses bienfaits *in situ*, c'est-à-dire

Rhoxal's capsule, when ingested, inevitably forms a hydrosol when coming into contact with the water or gastric juices in the stomach.

I conclude a hydrosol formed *in situ* is a pharmaceutical preparation within claim 2(a) of the '656 Patent. [My emphasis.]

[13] He further based his conclusion on the doctrine of equivalents, at paragraph 247:

Based on his evidence, I find equivalency between a hydrosol of cyclosporine particles within the specified nanometre range formed *in situ* and a hydrosol of cyclosporine particles with the same specifications formed outside the body.

#### RHOXAL'S CONTENTION

[14] Rhoxal claims that the application Judge erred in interpreting the '656 patent. It says the patent did not cover a hydrosol formed in the patient's stomach after ingestion. The purpose of the patent, it claims, is not the creation of a hydrosol to improve the absorption of cyclosporin but the creation of a stabilized hydrosol of fixed particle size which can be safely administered by injection, such as intravenously.

[15] Rhoxal argues that claim 2(a) covers only "a pharmaceutical preparation . . . comprising . . . a hydrosol". The claim does not cover pharmaceutical preparations that do not contain a hydrosol and does not refer to a hydrosol formed *in situ*. It is clear from the claims, it says, having regard to the disclosure and to the examples, that it was intended by the patentee that a hydrosol be formed prior to ingestion.

[16] Finally, Rhoxal contends that the 25 mg and 50 mg capsules were identical to the 100 mg capsules that were the object of the decision rendered by Tremblay-Lamer J., who found in favour of Rhoxal. In that case, Novartis appealed the ruling, but before the appeal was heard, the Minister issued the notice of compliance. The appeal was later dismissed, by reason of mootness, in *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. RhoxalPharma Inc.* (2001), 16 C.P.R. (4th) 188

remplir la fonction pour laquelle elle a été conçue. La capsule de Rhoxal, une fois ingérée, forme inévitablement un hydrosol lorsqu'elle entre en contact avec l'eau ou les sucs gastriques dans l'estomac.

Je conclus qu'un hydrosol formé *in situ* est une préparation pharmaceutique visée par la revendication 2a) du brevet '656. [Non souligné dans l'original.]

[13] Il a également fait reposer sa conclusion sur la théorie des équivalents, au paragraphe 247:

Sur la foi de son témoignage, je conclus qu'un hydrosol de particules de cyclosporine dont le diamètre en nanomètres est dans la fourchette spécifiée et qui est formé *in situ* est équivalent à un hydrosol de particules de cyclosporine ayant les mêmes spécifications et formé à l'extérieur de l'organisme.

#### THÈSE DE RHOXAL

[14] Rhoxal affirme que le juge de première instance a commis une erreur dans son interprétation du brevet '656. Elle soutient que le brevet n'englobe pas l'hydrosol formé dans l'estomac du patient après l'ingestion. À son avis, le brevet n'a pas pour objet de créer un hydrosol pour améliorer l'absorption de la cyclosporine, mais bien de créer un hydrosol stabilisé dont la taille des particules est fixe et qui peut être administré sans danger par injection, notamment par voie intraveineuse.

[15] Rhoxal soutient que la revendication 2a) vise uniquement «une préparation pharmaceutique [. . .] renfermant [. . .] un hydrosol». La revendication ne vise pas les préparations pharmaceutiques qui ne contiennent pas d'hydrosol et elle ne parle pas d'hydrosol formé *in situ*. Rhoxal soutient qu'il ressort des revendications, eu égard à la divulgation et aux exemples, que l'intention du titulaire du brevet était que l'hydrosol se forme avant l'ingestion.

[16] Enfin, Rhoxal affirme que les capsules de 25 mg et de 50 mg sont identiques aux capsules de 100 mg qui ont fait l'objet de la décision rendue par la juge Tremblay-Lamer, laquelle lui a donné gain de cause. Dans cette affaire, Novartis avait interjeté appel de la décision, mais le ministre avait délivré l'avis de conformité avant que l'appel ne soit instruit. L'appel a par la suite été rejeté parce qu'il était devenu sans objet (*Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c.*



(F.C.A.). In the case at bar, the Minister has not already issued a notice of compliance. Considering, however, that except for strength, the 25 mg and 50 mg capsules at issue are identical to the 100 mg capsules, Rhoxal argues that the matter has already been decided by Tremblay-Lamer J. Consequently, Rhoxal says, Lemieux J. should have applied the doctrine of *res judicata*.

### NOVARTIS' CONTENTION

[17] The respondents' case rests on the proposition that the situation at bar is distinguishable from the earlier proceeding before Tremblay-Lamer J. Not only was the capsule dosage in the earlier proceeding different, but the evidence in both cases was different. Novartis say they have now had the opportunity to file evidence as to how a person skilled in the art would understand the term "pharmaceutical preparation" and whether that person would understand the term to include a hydrosol formed in the body.

PRELIMINARY MATTER: The doctrine of *res judicata*

[18] Does the doctrine of *res judicata* apply to this case?

[19] Lemieux J. refused to apply the doctrine of *res judicata*. He assumed, without deciding, that the conditions for the application of cause of action estoppel and issue estoppel had been met. But he said that, even then, the Court was required to determine whether, as a matter of discretion, estoppel ought to be applied. This proposition, he wrote, was based on the decision of the Supreme Court of Canada in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460 (*Danyluk*), where Binnie J., at paragraph 63 of his reasons, quoted from Finch J.A. (later C.J. B.C.) in *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 50, at paragraph 32, who stated that "issue estoppel is an equitable doctrine . . . closely related to abuse of process" and that "[t]he doctrine of issue estoppel is designed as an implement of

*RhoxalPharma Inc.* (2001), 16 C.P.R. (4th) 188 (C.A.F)). Dans le cas qui nous occupe, le ministre n'a pas encore délivré d'avis de conformité. Compte tenu toutefois du fait que, hormis la forme posologique, les capsules de 25 mg et de 50 mg en litige sont identiques aux capsules de 100 mg, Rhoxal fait valoir que la question a déjà été tranchée par la juge Tremblay-Lamer. En conséquence, soutient Rhoxal, le juge Lemieux aurait dû appliquer le principe de l'autorité de la chose jugée.

### THÈSE DE NOVARTIS

[17] La thèse des intimées repose sur la proposition que la situation qui nous occupe est différente de celle sur laquelle la juge Tremblay-Lamer était appelée à se prononcer. Non seulement la forme posologique des capsules dans le premier procès était-elle différente, mais la preuve était différente dans les deux cas. Novartis affirme qu'elle est maintenant en mesure de produire des éléments de preuve tendant à démontrer comment une personne versée dans l'art interpréterait l'expression «préparation pharmaceutique» et si cette personne estimerait que cette expression englobe l'hydrosol formé dans l'organisme.

QUESTION PRÉLIMINAIRE: le principe de l'autorité de la chose jugée

[18] Le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique-t-il en l'espèce?

[19] Le juge Lemieux a refusé d'appliquer le principe de l'autorité de la chose jugée. Il a supposé, sans trancher la question, que les conditions d'application de l'irrecevabilité résultant de l'identité des faits générateurs du litige et celles de l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige étaient réunies. Il a toutefois précisé que la Cour devait aussi décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, s'il y avait lieu de déclarer l'irrecevabilité. Cette proposition, a-t-il écrit, était fondée sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460 (*Danyluk*), dans lequel le juge Binnie, au paragraphe 63 de ses motifs, cite les propos tenus par le juge Finch de la Cour d'appel (devenu par la suite juge en chef de la Colombie-Britannique) dans l'arrêt *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management*

justice, and a protection against injustice. It inevitably calls upon the exercise of a judicial discretion to achieve fairness according to the circumstances of each case”.

[20] Binnie J., in *Danyluk*, at paragraph 33, warns against a mechanical application of issue estoppel. He enumerates a number of factors to be weighed by the judge in the exercise of his discretion when confronted with decisions rendered in the context of administrative tribunals, as such was the case in *Danyluk*. Lemieux J. recognized that some of these factors were not relevant when a decision at issue is one of a court, such as the decision of Tremblay-Lamer J. in the case at bar. He retained the two following factors: availability of an appeal and potential injustice, potential injustice being the most important factor.

[21] Lemieux J. concluded (at paragraph 192 of his reasons) that the application of *res judicata* would be a clear injustice to Novartis considering the representations made by Rhoxal before the Federal Court of Appeal when Tremblay-Lamer’s judgment was argued. There, Rhoxal recognized that, if it were to issue notices of allegation for dosage forms different from the 100 mg, new evidence related to those dosage forms would necessarily have to be submitted in court proceedings (A.B., Vol. II, at pages 337-340).

[22] It would appear that Lemieux J. was not wrong in his assumptions that the conditions of issue estoppel were met (an enumeration of these preconditions is found in *Danyluk*, at paragraph 25). The issue was between the same parties. It was the same in both cases. And because the appeal of Tremblay-Lamer’s J. decision was moot, her decision became final.

*Inc.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 50, au paragraphe 32, où il explique que l’irrecevabilité résultant de l’identité des questions en litige est [TRADUCTION] «une doctrine issue de l’équité [qui] présente des liens étroits avec l’abus de procédure. Elle se veut un moyen de rendre justice et de protéger contre l’injustice. Elle implique inévitablement l’exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire pour assurer le respect de l’équité selon les circonstances propres à chaque espèce».

[20] Dans l’arrêt *Danyluk*, le juge Binnie précise bien, au paragraphe 33, que les règles relatives à l’irrecevabilité découlant de l’identité des questions en litige ne doivent pas être appliquées machinalement. Il énumère un certain nombre de facteurs que doit soupeser le juge, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, lorsqu’il doit se prononcer sur des décisions rendues par des tribunaux administratifs, comme c’était le cas dans l’affaire *Danyluk*. Le juge Lemieux a reconnu que certains de ces facteurs n’étaient pas pertinents lorsque la décision en cause est une décision judiciaire, comme celle qu’a rendue la juge Tremblay-Lamer en l’espèce. Il a retenu les deux facteurs suivants: existence d’un droit d’appel et risque d’injustice, ce dernier étant le facteur le plus important.

[21] Le juge Lemieux a conclu (au paragraphe 192) qu’eu égard aux observations formulées par Rhoxal devant la Cour d’appel fédérale lors de l’appel interjeté à l’encontre de la décision de la juge Tremblay-Lamer, l’application de ces deux formes d’irrecevabilité créerait une injustice flagrante envers Novartis. Dans cette affaire, Rhoxal avait reconnu que, si elle devait envoyer des avis d’allégation pour des formes posologiques autres que celles de 100 mg, il faudrait nécessairement produire devant la Cour de nouveaux éléments de preuve portant sur ces formes posologiques (D.A., vol. II, aux pages 337 à 340).

[22] Il semblerait que le juge Lemieux n’ait pas eu tort de supposer que les conditions d’application de l’irrecevabilité résultant de l’identité des questions en litige étaient réunies (on trouve une énumération de ces conditions préalables dans l’arrêt *Danyluk*, au paragraphe 25). La question opposait les mêmes parties. Elle était identique dans les deux cas. Et parce que l’appel formé contre la décision de la juge Tremblay-

[23] A word of explanation should be said however with regard to the identical nature of the issue before Lemieux J. and Tremblay-Lamer J.

[24] According to subparagraphs 5(1)(b)(i)-(iv) [as am. by SOR/98-166, ss. 4, 9; 99-379, s. 2] of the Regulations, a second person must allege, in its notice of allegation, one of four things. In the case at bar, Rhoxal alleges, with reference to subparagraph 5(1)(b)(iv), that “no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by us of soft gel capsules containing cyclosporine”. The language is virtually identical to the language used in the notice of allegation before Tremblay-Lamer J.

[25] Rhoxal’s notice of allegation also contains the necessary information pursuant to paragraphs 5(3)(a) and (c) including “the legal and factual basis for the allegation” and “a description of the dosage form, strength and route of administration of the drug”. The legal and factual basis for the allegation with respect to the ‘656 patent in the notice of allegation before Tremblay-Lamer J. was identical.

[26] The information with respect to the dosage, strength and route of administration before Lemieux J. states “The capsules, for oral administration, will have dosage strengths of 25 mg and 50 mg” while before Tremblay-Lamer J. it stated “The capsules will have dosage strength of 25 mg and 100 mg and for oral administration”. Tremblay-Lamer J. however pronounced only on the 100 mg strength.

[27] The difference between the two notices of allegation with respect to the ‘656 patent is one of dosage. Although, dosage might be an important difference in the context of the *Food and Drugs Act*,

Lamer était devenu théorique, la décision de cette dernière est devenue définitive.

[23] Il convient de donner quelques explications au sujet de l’identité des questions litigieuses soumises respectivement au juge Lemieux et à la juge Tremblay-Lamer.

[24] Selon les sous-alinéas 5(1)(b)(i) à (iv) [mod. par DORS/98-166, art. 4, 9; 99-379, art. 2] du Règlement, la seconde personne doit alléguer, dans son avis d’allégation, une de quatre choses. En l’espèce, Rhoxal allègue, en ce qui concerne le sous-alinéa 5(1)(b)(iv), qu’[TRADUCTION] «aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l’utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l’utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par nous de capsules molles contenant de la cyclosporine». Ce sont pratiquement les mêmes mots que ceux que l’on retrouve dans l’avis d’allégation soumis à la juge Tremblay-Lamer.

[25] L’avis d’allégation de Rhoxal renferme les renseignements exigés par les alinéas 5(3)(a) et c), y compris «un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels [l’allégation] se fonde» et «une description de la forme posologique, de la concentration et de la voie d’administration de la drogue». Le fondement juridique et factuel de l’allégation relative au brevet ‘656 dans l’avis d’allégation soumis à la juge Tremblay-Lamer était identique.

[26] Les renseignements soumis au juge Lemieux au sujet de la forme posologique, de la concentration et de la voie d’administration de la drogue indiquaient: «Les capsules, destinées à l’administration par voie orale, auront des concentrations de 25 mg et de 50 mg», alors que l’avis d’allégation soumis à la juge Tremblay-Lamer portait: «Les capsules auront une concentration de 25 mg et de 100 mg et elles seront administrées par voie orale». La juge Tremblay-Lamer ne s’est toutefois prononcée que sur les capsules de 100 mg.

[27] Les deux avis d’allégation relatifs au brevet ‘656 diffèrent sur le plan de la forme posologique. Bien qu’elle puisse constituer une différence importante dans le contexte de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C.

R.S.C., 1985, c. F-27, it is not important in the context of the Regulations. This is obvious when one considers the purposes of the legislation.

[28] The Regulations were passed pursuant to subsection 55.2(4) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4. According to this subsection, the purpose of the Regulations is for “preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1)”. Dosage will therefore be relevant only to the extent that it relates to the infringement of a particular patent. In this case, dosage appears to be irrelevant since patent ‘656, which is a formulation patent, is not a patent with respect to any particular dosage.

[29] On the other hand, the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, were enacted pursuant to section 30 of the *Food and Drugs Act*. That section enables the Governor in Council to make regulations “to prevent”, *inter alia*, “injury to the health of the purchaser or consumer”. It is readily apparent that dosage will often be an important factor in determining if a notice of compliance should be issued under the *Food and Drug Regulations* (see *Food and Drug Regulations*, paragraphs C.08.002(2)(k) [as am. by SOR/95-411, s. 4] and (l) [as am. *idem*]; C.08.003(2)(h) [as am. *idem*, s. 6] and (i) [as am. *idem*]; C.08.004(1)(a) [as am. *idem*] and (b) [as am. *idem*]).

[30] The only issue before Tremblay-Lamer J. and before Lemieux J. was whether the formation of a hydrosol after ingestion of a RhoXal capsule infringed Novartis’ ‘656 patent. Dosage is irrelevant to this analysis.

[31] Having assumed that the conditions for issue estoppel had been met, Lemieux J. decided to exercise his discretion. His conclusion can therefore only be reversed if, in doing so, he proceeded on a wrong principle, misapprehended the facts, or where an obvious

(1985), ch. F-27, la forme posologique n’est pas importante dans le contexte du Règlement, comme on le constate à l’évidence lorsqu’on en examine l’objet.

[28] Le Règlement a été pris en application du paragraphe 55.2(4) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4. Suivant ce paragraphe, le Règlement a pour objet «d’empêcher la contrefaçon d’un brevet d’invention par l’utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d’une invention brevetée au sens du paragraphe (1)». La forme posologique n’est donc pertinente que dans la mesure où elle se rapporte à la contrefaçon d’un brevet déterminé. Dans le cas qui nous occupe, la forme posologique ne semble pas pertinente étant donné que le brevet ‘656, qui se rapporte à une formulation, n’est pas un brevet portant sur une forme posologique particulière.

[29] En revanche, le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 a été pris en application de l’article 30 de la *Loi sur les aliments et drogues*. Cet article habilite le gouverneur en conseil à prendre des règlements pour «prévenir» notamment «des risques pour la santé [des acheteurs et des consommateurs]». On constate aisément que la forme posologique constitue dans bien des cas un facteur important pour se prononcer sur l’opportunité de délivrer un avis de conformité sous le régime du *Règlement sur les aliments et drogues* (voir le *Règlement sur les aliments et drogues*, alinéas C.08.002(2)k [mod. par DORS/95-411, art. 4] et l) [mod., *idem*]; C.08.003(2)h) [mod., *idem*, art. 6] et i) [mod., *idem*]; C.08.004(1)a) [mod., *idem*] et b) [mod., *idem*]).

[30] La seule question qui était en litige devant la juge Tremblay-Lamer et devant le juge Lemieux était celle de savoir si la formation d’un hydrosol après ingestion de la capsule de RhoXal contrefaisait le brevet ‘656 de Novartis. La forme posologique n’a rien à voir avec cette analyse.

[31] Ayant supposé que les conditions d’application de l’irrecevabilité résultant de l’identité des questions en litige étaient réunies, le juge Lemieux a décidé d’exercer son pouvoir discrétionnaire. Sa conclusion ne peut donc être infirmée que s’il a appliqué un mauvais principe, s’il

injustice would result from his decision (*Janssen Pharmaceutica Inc. v. Apotex Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 574 (F.C.A.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at page 594).

[32] Did Lemieux J. proceed on some wrong principle?

[33] Lemieux J. properly identified (paragraph 191 of his reasons) the two most important factors applicable in the case at bar: the availability of an appeal and the potential injustice. While he may have been justified in taking into account Rhoxal's representations before this Court when Tremblay-Lamer J.'s decision was appealed, in the end result, these representations carried little weight considering that our Court decided that the appeal was moot on account of the issuance of the notice of compliance.

[34] Lemieux J. was however well positioned to exercise his discretion.

[35] He noted in his reasons for judgment (paragraph 22) that, on May 27, 2002, (see *Novartis Pharmaceuticals Inc. v. RhoxalPharma Inc.*, 2002 FCT 742; [2002] F.C.J. No. 1006 (QL), paragraphs 23-26) he heard a motion by Rhoxal, pursuant to subsection 6(5) of the Regulations. Rhoxal was seeking an order dismissing Novartis' application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing notices of compliance in connection with Novartis' 25 mg and 50 mg capsules. Rhoxal argued that Novartis' application was redundant, frivolous, vexatious or otherwise an abuse of process, and also, that the doctrine of *res judicata* should apply. In oral argument, Rhoxal abandoned its argument based on the doctrine of *res judicata*.

[36] Lemieux J. found that the application of the doctrine of abuse of process depended on the circumstances. He held that the circumstances surrounding Novartis' application were unique, and arose when Rhoxal was successful in having Novartis' appeal from Tremblay-Lamer's judgment dismissed for

a mal apprécié les faits ou si sa décision entraînerait une injustice flagrante (*Janssen Pharmaceutica Inc. c. Apotex Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 574 (C.A.F.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), à la page 594).

[32] Le juge Lemieux a-t-il appliqué un mauvais principe?

[33] C'est à bon droit que le juge Lemieux a signalé (au paragraphe 191 de sa décision) les deux facteurs les plus importants qui s'appliquent au cas qui nous occupe: l'existence d'un droit d'appel et le risque d'injustice. Le juge Lemieux était peut-être justifié de tenir compte des observations formulées par Rhoxal devant notre Cour dans le cadre de l'appel de la décision de la juge Tremblay-Lamer, mais en fin de compte, ces observations ont eu peu d'effet, si l'on considère que notre Cour a estimé que l'appel était devenu sans objet par suite de la délivrance de l'avis de conformité.

[34] Le juge Lemieux était toutefois bien placé pour exercer son pouvoir discrétionnaire.

[35] Il a signalé dans les motifs de son jugement (au paragraphe 22) que, le 27 mai 2002 (voir *Novartis Pharmaceuticals Inc. c. RhoxalPharma Inc.*, 2002 CFPI 742; [2002] A.C.F. n° 1006 (QL), paragraphes 23 à 26), il avait été saisi d'une requête présentée par Rhoxal en vertu du paragraphe 6(5) du Règlement en vue d'obtenir une ordonnance rejetant la demande présentée par Novartis en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer à Rhoxal des avis de conformité pour les capsules de 25 mg et de 50 mg de Novartis. Rhoxal faisait valoir que la demande de Novartis était redondante, frivole et vexatoire ou qu'elle constituait par ailleurs un abus de procédure, en plus d'affirmer que le principe de l'autorité de la chose jugée devait s'appliquer. Lors des débats, Rhoxal a abandonné son moyen tiré de l'autorité de la chose jugée.

[36] Le juge Lemieux a estimé que l'application de la doctrine de l'abus de procédure dépendait des circonstances. Il a statué que les circonstances entourant la demande de Novartis étaient uniques et qu'elles étaient nées lorsque Rhoxal avait réussi à faire rejeter pour absence d'objet l'appel formé par Novartis contre

mootness. In the end, Lemieux J. dismissed Rhoxal's motion. Rhoxal did not appeal.

[37] Rhoxal is therefore raising *res judicata* for the second time. It raised it, the first time, in the abuse of process proceedings but abandoned it. Moreover, it never appealed the decision of Lemieux J. rejecting its abuse of process argument.

[38] From this, I can only conclude that Lemieux J. exercised his discretion in the context of this case, knowing that *res judicata* was raised twice and that "issue estoppel is an equitable doctrine . . . closely related to abuse of process" (see Binnie J. in *Danyluk*, at paragraph 63, referred to above).

[39] In these circumstances, I find it unwarranted to interfere with the discretion exercised by the motions Judge.

[40] This appeal should therefore proceed on its merits.

#### ANALYSIS OF THE MERITS OF THIS APPEAL

[41] Claim 2(a) is not limited to intravenous injection. It claims "a pharmaceutical preparation . . . said preparation comprising either . . . a hydrosol".

[42] Lemieux J. relied on experts skilled in the art to construe the meaning of the term "pharmaceutical preparation".

[43] Dr. Michael Ambühl, expert from Novartis, explained in his affidavit (A.B., Vol. II, at Tab 10, paragraphs 7-17), the following:

le jugement de la juge Tremblay-Lamer. En fin de compte, le juge Lemieux a rejeté la requête de Rhoxal, qui n'a pas fait appel.

[37] C'est donc la seconde fois que Rhoxal invoque le principe de l'autorité de la chose jugée. Elle l'a soulevé la première fois dans le cadre de l'instance relative à l'abus de procédure, mais elle a abandonné ce moyen. De plus, elle n'a jamais interjeté appel de la décision par laquelle le juge Lemieux avait rejeté son moyen tiré de l'abus de procédure.

[38] Force m'est donc de conclure que le juge Lemieux a exercé son pouvoir discrétionnaire dans le contexte de la présente affaire, sachant que le principe de l'autorité de la chose jugée avait été invoqué à deux reprises et que l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige est «une doctrine issue de l'*equity* [qui] [. . .] présente des liens étroits avec l'abus de procédure» (le juge Binnie dans l'arrêt *Danyluk*, au paragraphe 63).

[39] Dans ces conditions, j'estime que nous ne sommes pas justifiés d'intervenir dans la façon dont le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire.

[40] Le présent appel devrait donc être jugé sur le fond.

#### ANALYSE DU FOND DE L'APPEL

[41] La revendication 2a) ne se limite pas à l'administration par voie intraveineuse. Elle vise «une préparation pharmaceutique [. . .] ladite préparation renfermant soit [. . .] un hydrosol».

[42] Le juge Lemieux s'en est remis à des experts versés dans l'art pour interpréter le sens de l'expression «préparation pharmaceutique».

[43] M. Michael Ambühl, expert de Novartis, a expliqué ce qui suit dans son affidavit (D.A., vol. II, à l'onglet 10, paragraphes 7 à 17):

Finally, Dr. Cartilier indicates that claim 2 of Canadian Patent 1,308,656 (the '656 patent) purports to claim only pharmaceutical preparations which are completed at the time of manufacturing and that once ingested by a patient, what occurs is delivery of the active ingredient, as opposed to an ongoing preparation. For these reasons, Dr. Cartilier indicates that he disagrees with the very concept that the '656 patent could be infringed by what happens to a liquid capsule once ingested by a patient.

I disagree with these comments. A pharmaceutical preparation means a number of things to a person skilled in the art. One aspect of a pharmaceutical preparation refers to what is completed at the time of manufacturing and shipped out the door. However, there are a number of other pharmaceutical preparations which exist. For example, one pharmaceutical preparation may be transformed into a second pharmaceutical preparation, and perhaps even a third, by virtue of further actions taken by persons other than the manufacturer.

For example, a pharmaceutical preparation such as amoxicillin is sold by the manufacturer as a powder. This product is not yet in the form which may be taken by the patient. Typically what occurs is the pharmacist makes up a further pharmaceutical preparation by adding an appropriate amount of water to the powder and shaking up the product so that the product forms a suspension. This is the product which is sold to the patient by the pharmacist and it constitutes a different form of the pharmaceutical preparation than that which was shipped by the manufacturer. Often there is a relatively large amount of water compared to the amount of solids.

Additionally, when the patient goes to take the product, the product may have settled and therefore it is no longer in the form of a suspension but is again in the form of a solution, with some particles aggregated at the bottom of the bottle. The patient therefore creates a further pharmaceutical preparation by shaking, thereby recreating the suspension.

An additional example of a product sent out by the manufacturer which becomes a further pharmaceutical preparation includes Neo-Citran®, another Novartis product. In particular, my company sells Neo-Citran® in a powder form in a foil package. It is not intended to be taken in this form. Therefore, while the powder form is considered a pharmaceutical preparation, a further pharmaceutical preparation is prepared by the consumer by the addition of a relatively large amount of boiling water.

[TRANSDUCTION]

Enfin, M. Cartilier indique que la revendication 2 du brevet canadien 1308656 (le brevet '656) prétend revendiquer seulement les préparations pharmaceutiques qui ont été obtenues au moment de la fabrication et qu'après l'ingestion par le patient, ce qui arrive à la préparation est assimilable à l'administration de l'ingrédient actif et non pas à un processus continu de préparation. Pour ces raisons, M. Cartilier explique qu'il rejette l'idée même que le brevet 656 pourrait être contrefait par ce qui arrive à la capsule une fois qu'elle est ingérée par le patient.

Je ne suis pas d'accord avec ces observations. Une préparation pharmaceutique veut dire un certain nombre de choses pour une personne versée dans l'art. Une préparation pharmaceutique renvoie à cet égard à ce qui est fini au moment de la fabrication et est expédié. Il existe cependant un certain nombre d'autres préparations pharmaceutiques. Par exemple, une préparation pharmaceutique peut être transformée en une seconde préparation pharmaceutique et même peut-être en une troisième, à la suite de l'intervention de personnes autres que le fabricant.

Citons l'exemple d'une préparation pharmaceutique comme l'amoxicilline, qui est vendue par le fabricant sous forme de poudre. Ce produit n'est pas encore sous la forme qui peut être prise par le patient. Généralement, ce qui arrive c'est que le pharmacien fabrique une autre préparation pharmaceutique en ajoutant la quantité appropriée d'eau à la poudre et en agitant le produit de façon à obtenir une suspension. C'est ce produit qui est vendu au patient par le pharmacien et ce produit se présente sous une forme différente de celle de la préparation pharmaceutique qui a été expédiée par le fabricant. Il y a souvent une quantité relativement importante d'eau comparativement à la quantité de solides.

En outre, lorsque le patient vient pour prendre le produit, celui-ci peut s'être déposé et ne se présente donc plus sous la forme d'une suspension mais plutôt d'une solution avec agrégation de certaines des particules au fond de la bouteille. Le patient crée de cette façon une autre préparation pharmaceutique en l'agitant et ainsi en recréant la suspension.

Un autre produit de Novartis, Néo-Citran<sup>MD</sup>, constitue un autre exemple d'un produit expédié par le fabricant qui devient un autre produit pharmaceutique. Plus particulièrement, Novartis vend Néo-Citran<sup>MD</sup> sous forme de poudre dans un sachet en pellicule d'aluminium. Le produit n'est pas censé être pris sous cette forme. Bien que cette poudre soit considérée comme une préparation pharmaceutique, une autre préparation pharmaceutique est préparée par le consommateur par l'ajout d'une quantité relativement importante d'eau bouillante.

Upon adding the boiling water to the powder in a glass, the patient creates a mixture. Indeed, a sort of tea is created which is then drunk by the person. This tea I would consider to be a pharmaceutical preparation in the same way as a pharmaceutical preparation is created by the pharmacist or patient in the case of amoxicillin.

Yet, a further example is looking at Novartis' product NEORAL® cyclosporine. NEORAL cyclosporine comes in the form of an oral liquid as well as in capsule form. In respect of the oral liquid, the product which is sold by Novartis is not intended to be taken in that form. Thus, while as sold by Novartis, the product is a pharmaceutical preparation, the product is not yet in the form to be administered and absorbed by the patient. In particular, the directions which accompany NEORAL® oral solution indicate that it should be taken with orange juice or water or other such beverage. The cyclosporine formulation, upon addition of orange juice or water, takes a different form from that which it was packaged. In particular, as packaged, the cyclosporine formulation is in the form of a microemulsion pre-concentrate and, like the RhoXalPharma product, is a solution in a capsule. Upon addition of the orange juice, the product spontaneously forms a microemulsion entirely analogously to the transformation of the RhoXalPharma product to a hydrosol. It is in the form of the microemulsion preparation which is then swallowed by the patient which permits the absorption of the active ingredient cyclosporine into the blood stream.

NEORAL® cyclosporine oral capsules work in a similar manner, but with some slight modification. In particular, while the oral capsules themselves are a pharmaceutical preparation however, this preparation is not in the final form which will permit the absorption of the cyclosporine. It is only after ingestion of the oral liquid capsules, wherein the liquid inside the capsules has contact with the relatively large amount of fluids of the stomach and forms the microemulsion in the stomach, that it is in the form of a preparation which may allow the absorption of the cyclosporine into the blood stream.

This is entirely analogous to administration of the RhoXalPharma formulation.

Therefore, it is in this manner that the RhoXalPharma liquid cyclosporine capsules is transformed into a hydrosol which then may permit absorption into the blood stream. In both the examples of the NEORAL® capsules and the RhoXalPharma capsules, the preparation as sold, or contemplated to be sold,

En ajoutant l'eau bouillante à la poudre dans un verre, le patient crée un mélange. En effet, une sorte d'infusion est créée qui est ensuite bue par la personne. Je considérerais cette infusion comme une préparation pharmaceutique de la même façon qu'une préparation pharmaceutique est créée par le pharmacien ou le patient dans le cas de l'amoxicilline.

Mentionnons un autre exemple, à savoir le produit de Novartis NÉORAL<sup>MD</sup> qui contient de la cyclosporine. Ce produit se présente sous la forme d'un liquide buvable de même que sous la forme d'une capsule. Pour ce qui est de la préparation liquide buvable, le produit qui est vendu par Novartis n'est pas censé être pris sous cette forme. Ainsi, bien qu'il soit vendu par Novartis, le produit est une préparation pharmaceutique, il n'est pas encore sous la forme sous laquelle il doit être administré et absorbé par le patient. En particulier, les instructions qui accompagnent la solution buvable NÉORAL<sup>MD</sup> indiquent que le produit devrait être pris avec du jus d'orange ou de l'eau ou une autre boisson de ce type. La formulation de cyclosporine, une fois ajoutée au jus d'orange ou à l'eau, prend une forme différente de celle qu'elle avait dans son emballage. Plus particulièrement, dans son emballage, la formulation de cyclosporine se présente sous la forme d'un préconcentré de micro-émulsion et, à l'instar du produit de RhoXalPharma, il s'agit d'une solution dans une capsule. Une fois ajouté au jus d'orange, le produit forme spontanément une micro-émulsion de façon tout à fait analogue à la transformation du produit de RhoXalPharma en un hydrosol. C'est sous la forme de la préparation de micro-émulsion qu'il est ensuite avalé par le patient, ce qui permet l'absorption de l'ingrédient actif, la cyclosporine, dans la circulation sanguine.

Les capsules liquides de cyclosporine NÉORAL<sup>MD</sup> fonctionnent de la même manière, avec de légères modifications. En particulier, bien que les capsules orales elles-mêmes constituent une préparation pharmaceutique, cette préparation ne se présente pas cependant sous la forme finale qui assure l'absorption de la cyclosporine. Ce n'est qu'après l'ingestion des capsules orales que le liquide à l'intérieur des capsules entre en contact avec la quantité relativement abondante de fluides dans l'estomac et forme la micro-émulsion dans l'estomac, c'est-à-dire prend la forme d'une préparation qui peut permettre l'absorption de la cyclosporine dans la circulation sanguine.

Cela est tout à fait analogue à l'administration de la formulation de RhoXalPharma.

Par conséquent, c'est de cette manière que les capsules de cyclosporine liquides de RhoXalPharma sont transformées en un hydrosol qui permet ensuite l'absorption dans la circulation sanguine. Dans les deux exemples de capsules NÉORAL<sup>MD</sup> et des capsules de RhoXalPharma, la préparation telle qu'elle est



respectively by the manufacturer is not yet in a form which can permit the administration of the drug. The capsule package avoids contact with water and throat, and targets the centre fill to the stomach where it is exposed to a relatively large amount of water. It is only upon contact with relatively large amount of water in the stomach that these preparations are transformed into different pharmaceutical preparations which either in the form of a microemulsion or hydrosol permit the delivery of the active ingredient to the blood stream.

Therefore, in my opinion, the RhoXalPharma product is within claim 2 of the '656 patent by virtue of the action of the product to form hydrosols in the stomach. Further, as I understand them, the words "pharmaceutical preparation" in claim 2 are not limited to the pharmaceutical preparation which is sold by the manufacturer, but include steps taken by the pharmacist or consumer to put the product into the final form of the pharmaceutical preparation for administration. I see no reason why a product in the oral liquid capsule form should not be covered by the claim when the oral liquid solution form would be covered. [My emphasis.]

[44] Dr. McGinity, expert for Novartis, in his affidavit (A.B., Vol. III, at pages 426-428 (paragraphs 21-22, 28, 31-32)) testified to the following:

I have reviewed the RhoXal formulation provided in this case and I have reviewed the affidavit of Michael Ambühl. The RhoXal formulation includes cyclosporin and dehydrated alcohol. The Ambühl affidavit describes making up the RhoXal formulation product and finding a hydrosol upon addition of this formulation to water. This is precisely how the RhoXal product is to be used. In particular, the RhoXal soft gel capsules will be swallowed by patients and will form a hydrosol upon contact with the water of the stomach. Thus, what RhoXal is doing is within claim 2 and some of the other claims dependent from claim 2.

This is what the patent teaches at page 10. The sole purpose of RhoXal's capsule is to be ingested so that its shell can be dissolved and the contents of the capsule mixed with water to form the hydrosol which is the form in which the cyclosporin is available to be absorbed in the intestine. Indeed, a skilled formulator readily understands that part of the purpose of a capsule is to ensure that the required actions occur in the

vendue, ou envisagée d'être vendue, respectivement, par le fabricant n'est pas encore sous une forme qui peut permettre l'administration du médicament. L'encapsulation du produit permet d'éviter tout contact avec l'eau et la gorge et fait en sorte que le contenu dans son centre soit libéré dans l'estomac où il est exposé à une quantité relativement abondante d'eau. Ce n'est qu'au contact avec une quantité relativement importante d'eau dans l'estomac que ces préparations sont transformées en des préparations pharmaceutiques différentes qui, sous la forme soit d'une micro-émulsion ou d'un hydrosol, permettent la libération de l'ingrédient actif dans la circulation sanguine.

Je suis donc d'avis que le produit de RhoXalPharma est visé par la revendication 2 du brevet '656 du fait qu'un hydrosol est formé par le produit dans l'estomac. De plus, selon mon interprétation, le terme «préparation pharmaceutique» dans la revendication ne se limite pas à la préparation pharmaceutique qui est vendue par le fabricant, mais comprend les étapes suivies par le pharmacien ou le consommateur pour convertir le produit dans la forme finale de la préparation pharmaceutique qui doit être administrée. Je ne vois aucune raison pour laquelle un produit sous forme de capsule orale contenant un liquide ne devrait pas être visé par la revendication alors qu'une solution liquide buvable le serait. [Non souligné dans l'original.]

[44] M. McGinity, expert de Novartis, a déclaré ce qui suit dans son affidavit (D.A., vol. III, aux pages 426 à 428) (paragraphes 21 et 22, 28, 31 et 32):

[TRADUCTION]

J'ai examiné la formulation de RhoXal qui m'a été fournie ainsi que l'affidavit de Michael Ambühl. La formulation de RhoXal contient de la cyclosporine et de l'alcool déshydraté. L'affidavit de M. Ambühl décrit la façon dont il a fabriqué la formulation de RhoXal et a trouvé un hydrosol après avoir mélangé la formulation à de l'eau. C'est précisément la façon dont le produit de RhoXal doit être utilisé. En particulier, les capsules de gélatine molle de RhoXal seront avalées par les patients et formeront un hydrosol après être entrées en contact avec l'eau présente dans l'estomac. Ainsi, ce que fait RhoXal tombe dans le champ de la revendication 2 et de certaines des autres revendications qui dépendent de la revendication 2.

C'est ce que le brevet enseigne à la page 10. La seule utilité de la capsule de RhoXal est d'être ingérée de façon que sa tunique puisse être dissoute et le contenu de la capsule mélangé à l'eau pour former l'hydrosol, qui est la forme sous laquelle la cyclosporine peut être absorbée dans l'intestin. En effet, une personne habile à formuler des médicaments comprend facilement qu'une partie de l'objet d'une capsule est

stomach or intestine for delivery of the active ingredient into the blood stream. Thus, frequently, products as sold are intended to be transformed in the stomach or intestine to enable the active ingredient to be absorbed into the bloodstream.

...

Furthermore, even though RhoXal has not currently sought approval of an oral liquid, I am aware that their product must be considered to be bioequivalent to the Novartis capsules of a similar strength which in turn, I understand, are bioequivalent to Novartis' oral solution product. As such, it would also be clear that the RhoXal soft gel capsules are thereby an obvious variant to an oral liquid formulation.

...

If a pharmaceutical scientist knows that a specific product needs to be mixed with an aqueous media to form the dosage form required for delivery of the active ingredient, this scientist has two clear choices, namely prepare the hydrosol and then encapsulate the material, or encapsulate a preconcentrate of the hydrosol knowing that it will form the hydrosol in the stomach.

Indeed, Dr. Cartilier, after being presented with a number of examples of products which are transformed before they are absorbed in the body, including examples of amoxicillin being suspended and NeoCitran® being mixed with water before taken, agreed that the essence of a pharmaceutical preparation is to get the drug to the right spot in the body to be effective (q.51). Whether the preparation is ready in the capsule or when the capsule opens in the stomach does not change this. [My emphasis.]

[45] Expert evidence, although essential to the construction of a claim, does not govern the construction of a claim. Claims construction is a question of law for the judge who is even entitled to adopt a construction of the claims that differs from that put forward by the parties (*Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraph 61; *Canamould Extrusions Ltd. v. Driangle Inc.* (2004), 237 D.L.R. (4th) 157 (F.C.A.), at paragraph 3, per Stone J.A.; *Nekoosa Packaging Corp. v. AMCA International Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 470 (F.C.A.), at paragraphs 12, 13 and 14, per Robertson J.A.).

de faire en sorte que les opérations nécessaires se produisent dans l'estomac ou l'intestin pour que l'ingrédient actif soit libéré dans la circulation sanguine. Souvent, les produits tels qu'ils sont vendus sont ainsi conçus pour être transformés dans l'estomac ou l'intestin afin que l'ingrédient actif puisse être absorbé dans la circulation sanguine.

[...]

En outre, même si RhoXal n'a pas demandé actuellement d'approbation pour un liquide buvable, je sais bien que son produit doit être considéré comme bioéquivalent aux capsules de Novartis de concentration similaire qui, à leur tour, si je comprends bien, sont bioéquivalentes à la solution orale de Novartis. À ce titre, il serait également évident que les capsules molles de gélatine de RhoXal sont ainsi une variante manifeste d'une formulation de liquide buvable.

[...]

Si un spécialiste en sciences pharmaceutiques sait qu'un produit donné doit être mélangé avec un milieu aqueux pour constituer la forme posologique requise pour la libération de l'ingrédient actif, deux options claires s'offrent à ce scientifique, soit préparer l'hydrosol puis encapsuler le matériel, soit encapsuler un préconcentré de l'hydrosol en sachant qu'il formera l'hydrosol dans l'estomac.

De fait, M. Cartilier, après qu'on lui eut cité un certain nombre d'exemples de produits qui sont transformés avant d'être absorbés dans l'organisme, notamment des exemples d'amoxicilline mise en suspension et de NéoCitran<sup>MD</sup> qui est mélangé avec de l'eau avant d'être pris, a reconnu que l'essence d'une préparation pharmaceutique est de faire en sorte que le médicament atteigne le bon endroit dans l'organisme pour être efficace (q.51). Que la préparation soit prête dans la capsule ou lorsque la capsule s'ouvre dans l'estomac ne change rien. [Non souligné dans l'original.]

[45] Bien qu'il soit essentiel à l'interprétation d'une revendication, le témoignage d'un expert n'est pas déterminant. L'interprétation des revendications d'un brevet est une question de droit qu'il appartient au juge de trancher et celui-ci a parfaitement le droit de retenir une interprétation différente de celle qui est préconisée par les parties (*Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, au paragraphe 61; *Canamould Extrusions Ltd. c. Driangle Inc.* (2004), 237 D.L.R. (4th) 157 (C.A.F.), au paragraphe 3, le juge Stone, J.C.A. et *Nekoosa Packaging Corp. c. AMCA International Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 470 (C.A.F.), aux paragraphes 12, 13 et 14, le juge Robertson, J.C.A.).

[46] *Whirlpool* in particular (see also *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, at paragraphs 28 and 44) teaches us the principles of patent claims construction.

[47] At paragraphs 42 and 43 of *Whirlpool*, Binnie J. states:

The content of a patent specification is regulated by s. 34 of the *Patent Act*. The first part is a “disclosure” in which the patentee must describe the invention “with sufficiently complete and accurate details as will enable a workman, skilled in the art to which the invention relates, to construct or use that invention when the period of the monopoly has expired”: *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at p. 517. The disclosure is the *quid* provided by the inventor in exchange for the *quo* of a 17-year (now 20-year) monopoly on the exploitation of the invention. The monopoly is enforceable by an array of statutory and equitable remedies and it is therefore important for the public to know what is prohibited and where they may safely go while the patent is still in existence. The public notice function is performed by the claims that conclude the specification and must state “distinctly and in explicit terms the things or combinations that the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property or privilege” (s. 34(2)). An inventor is not obliged to claim a monopoly on everything new, ingenious and useful disclosed in the specification. The usual rule is that what is not claimed is considered disclaimed.

The first step in a patent suit is therefore to construe the claims. [My emphasis.]

[48] Binnie J. confirmed that the purposive approach developed in *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.) and adopted by this Court in *Eli Lilly & Co. v. O’Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 23 C.I.P.R. 166 (F.C.A.) was the proper approach to claims construction.

[49] “The key to purposive construction”, Binnie J. wrote at paragraph 45, “is therefore the identification by the court, with the assistance of the skilled reader, of the particular words or phrases in the claims that describe

[46] L’arrêt *Whirlpool* en particulier (voir aussi l’arrêt *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, aux paragraphes 28 et 44) nous enseigne les principes à appliquer en matière d’interprétation de revendications de brevet.

[47] Voici ce que dit le juge Binnie aux paragraphes 42 et 43 de l’arrêt *Whirlpool*:

Le contenu du mémoire descriptif d’un brevet est régi par l’art. 34 de la *Loi sur les brevets*. La première partie est une «divulgence» dans laquelle le breveté doit fournir une description de l’invention «comportant des détails assez complets et précis pour qu’un ouvrier, versé dans l’art auquel l’invention appartient, puisse construire ou exploiter l’invention après la fin du monopole»: *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, à la p. 517. La divulgation est ce que l’inventeur fournit en contrepartie d’un monopole de 17 ans (maintenant 20 ans) sur l’exploitation de l’invention. On peut faire respecter le monopole au moyen de toute une gamme de recours en droit et en *equity*, de sorte qu’il importe que le public sache ce qui est interdit et ce qu’il peut faire sans risque lorsque le brevet est encore en vigueur. Les revendications qui concluent le mémoire descriptif servent d’avis public et doivent énoncer «distinctement et en termes explicites les choses ou combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété ou le privilège exclusif» (par. 34(2)). L’inventeur n’est pas tenu de revendiquer un monopole sur tout élément nouveau, ingénieux et utile qui est divulgué dans le mémoire descriptif. La règle habituelle veut que ce qui n’est pas revendiqué soit considéré comme ayant fait l’objet d’une renonciation.

Dans des poursuites en matière de brevet, la première étape consiste donc à interpréter les revendications. [Non souligné dans l’original.]

[48] Le juge Binnie a confirmé que la méthode téléologique qui a été élaborée dans l’arrêt *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (C.L.), et que notre Cour a fait sienne dans l’arrêt *Eli Lilly & Co. c. O’Hara Manufacturing Ltd.* (1989), 23 C.I.P.R. 166 (C.A.F.), était la méthode qu’il convenait d’adopter en matière d’interprétation des revendications.

[49] Le juge Binnie écrit, au paragraphe 45: «L’interprétation téléologique repose donc sur l’identification par la cour, avec l’aide du lecteur versé dans l’art, des mots ou expressions particuliers qui sont

what the inventor considered to be the ‘essential elements’ of his invention”.

[50] Binnie J. wrote further at paragraph 49(e) that when a patent is issued, it is an enactment within the definition of “regulation” in subsection 2(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, and, as such, according to section 12 of the *Interpretation Act*, it must be given an interpretation “as best ensures the attainment of its objects”.

[51] Binnie J. rejected the dictionary approach. He wrote that we must look at the whole of the specification (including the disclosure and the claims) “to ascertain the nature of the invention” [quoting *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 S.C.R. 504, at page 520] (see paragraph 52 of *Whirlpool*).

[52] He further added, at paragraph 53:

However, the patent specification is not addressed to grammarians, etymologists or to the public generally, but to skilled individuals sufficiently versed in the art to which the patent relates to enable them on a technical level to appreciate the nature and description of the invention: H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed. 1969), at p. 185. The court, writes Dr. Fox, at p. 203, must place itself

in the position of some person acquainted with the surrounding circumstances as to the state of the art and the manufacture at the time, and making itself acquainted with the technical meaning in that art or manufacture that any particular word or words may have. [My emphasis.]

[53] The motions Judge had the responsibility of enlightening himself with the meaning suggested to him by the experts. He was entitled to prefer the evidence of Novartis’ experts who were skilled in the art of formulation of pharmaceutical preparations and to reject that of Dr. Cartilier (RhoXal) who was a dispensing pharmacist. But in doing so, he had to keep his eyes on the words of the claim themselves and not let the experts dictate the conclusion.

[54] Dr. Ambühl, at paragraph 17 of his affidavit, stated:

utilisés dans les revendications pour décrire ce qui, selon l’inventeur, constituait les éléments “essentiels” de son invention».

[50] Le juge Binnie précise, au paragraphe 49e), qu’une fois délivré, le brevet devient un texte qui répond à la définition du mot «règlement» que l’on trouve au paragraphe 2(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, de sorte que, selon l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, il faut donner au brevet une interprétation «compatible avec la réalisation de son objet».

[51] Le juge Binnie a rejeté la méthode consistant à s’en tenir au dictionnaire. Il a écrit qu’il faut considérer l’ensemble du mémoire descriptif (y compris la divulgation et les revendications) «pour déterminer la nature de l’invention» [citant *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 R.C.S. 504, à la page 520] (paragraphe 52 de l’arrêt *Whirlpool*).

[52] Il ajoute, au paragraphe 53:

Toutefois, le mémoire descriptif du brevet s’adresse non pas aux grammairiens, aux étymologistes ou au public en général, mais plutôt aux personnes suffisamment versées dans l’art dont relève le brevet pour être en mesure, techniquement parlant, de comprendre la nature et la description de l’invention: H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4<sup>e</sup> éd. 1969), à la p. 185. Monsieur Fox écrit, à la p. 203, que la cour doit se mettre

[TRADUCTION] dans la position d’une personne au fait de l’état de la technologie et du processus de fabrication à l’époque en cause, et elle doit s’informer du sens technique qu’un seul ou plusieurs mots particuliers peuvent avoir dans cette technologie ou ce processus de fabrication. [Non souligné dans l’original.]

[53] Il incombait au juge de première instance de s’instruire sur le sens que lui proposaient les experts. Il avait le droit de préférer le témoignage des experts de Novartis, qui étaient versés dans l’art de la formulation de préparations pharmaceutiques, à celui de M. Cartilier (RhoXal), qui était un pharmacien qui délivrait des médicaments. Mais ce faisant, il devait s’en tenir au libellé même des revendications sans laisser les experts lui dicter la conclusion.

[54] Au paragraphe 17 de son affidavit, M. Ambühl déclare:

I see no reason why a product in the oral liquid capsule form should not be covered by the claim when the oral liquid solution form would be covered.

Yet he did not explain why, as an expert skilled in the art, he saw “no reason” preventing him from coming to the conclusion he did.

[55] When Dr. McGinity, at paragraph 32 of his affidavit, stated that:

Whether the preparation is ready in the capsule or when the capsule opens in the stomach does not change this. [My emphasis.]

he did not explain on what basis he could conclude that “when the capsule opens in the stomach”, another form of pharmaceutical preparation occurs.

[56] Each of the examples provided by these two experts presupposed some action by an individual, whether a manufacturer, a pharmacist or the consumer. At paragraph 8 of his affidavit, when Dr. Ambühl refers to different forms of pharmaceutical preparations done after the manufacturing, he speaks exclusively about those made “by virtue of further actions taken by persons”. Again, at paragraph 17 of his affidavit, he spoke about “steps taken by the pharmacist or consumer to put the product into the final form of the pharmaceutical preparation for administration” (my emphasis).

[57] Once ingested, a chemical reaction which occurs in the stomach of a patient on account of the presence of water or gastric juices therein does not depend on someone’s action. Certainly none of the two experts went so far as saying that the mere act of swallowing amounted to a form of “pharmaceutical preparation”.

[58] At the time of ingestion, it is admitted by Novartis that RhoXal’s capsules do not comprise a hydrosol. What happens in the human stomach afterwards, although expected, is completely outside of

[TRADUCTION]

Je ne vois aucune raison pour laquelle un produit sous forme de capsule orale contenant un liquide ne devrait pas être visé par la revendication alors qu’une solution liquide buvable le serait.

Il n’a toutefois pas expliqué pourquoi, à titre d’expert versé dans l’art, il ne voyait «aucune raison» qui l’empêcherait de tirer la conclusion à laquelle il en venait.

[55] Lorsque M. McGinity a déclaré au paragraphe 32 de son affidavit:

[TRADUCTION] Que la préparation soit prête dans la capsule ou lorsque la capsule s’ouvre dans l’estomac ne change rien. [Non souligné dans l’original.]

il n’a pas précisé sur quoi il se fondait pour conclure que «lorsque la capsule s’ouvre dans l’estomac», une autre forme de préparation pharmaceutique est produite.

[56] Chacun des exemples fournis par ces deux experts présupposait l’intervention d’une autre personne, soit le fabricant, le pharmacien ou le consommateur. Au paragraphe 8 de son affidavit, M. Ambühl renvoie à différentes formes de préparations pharmaceutiques obtenues après la fabrication, et traite exclusivement de celles formées «à la suite de l’intervention de personnes autres que le fabricant». Encore une fois, au paragraphe 17 de son affidavit, il parle des «étapes suivies par un pharmacien ou un consommateur pour convertir le produit dans la forme finale de la préparation pharmaceutique qui doit être administrée» (non souligné dans l’original).

[57] Une fois le produit ingéré, la réaction chimique qui survient dans l’estomac d’un patient à cause de la présence d’eau ou de sucs gastriques ne dépend pas de l’intervention d’une personne. Assurément, aucun des deux experts n’est allé jusqu’à dire que le seul fait d’avaler le produit équivalait à une forme de «préparation pharmaceutique».

[58] Novartis reconnaît qu’au moment de l’ingestion, les capsules de RhoXal ne comprennent pas d’hydrosol. Bien que le phénomène qui survient par la suite dans l’estomac soit prévisible, il déborde complètement le

the scope of the forms of a “pharmaceutical preparation”, as explained by the experts the motions Judge chose to believe.

[59] Assuming without deciding that Novartis’ experts were correct in extending the scope of “pharmaceutical preparation” to forms resulting from non-professional actions such as those of consumers, it was not open to the motions Judge to adopt blindly their conclusions as he did in paragraph 237 of his reasons reproduced above. He could not abdicate his judicial function. It was for him to decide in the end the ultimate question, namely, the proper scope to be given to claim 2(a) of the ‘656 patent. At that stage, he was left with unsubstantiated conclusions from the experts. It was his duty to refer back to the words of the claim itself. He could only then have concluded that those words made no reference to a pharmaceutical preparation occurring *in situ* and that “what is not claimed is considered disclaimed” (paragraph 42 of *Whirpool*).

[60] In view of this conclusion, I need not consider the application of the doctrine of equivalents.

#### CONCLUSION

[61] I would allow this appeal with costs, I would set aside the decision of the motions Judge, and I would dismiss Novartis’ application.

NADON J.A.: I agree.

\* \* \*

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

[62] PELLETIER J.A. (dissenting): For the reasons which follow, I find that I am unable to agree with the disposition of this appeal proposed by my colleague Desjardins J.A.

[63] I find there is a great deal of common sense in the suggestion that the formulator’s art ends at the patient’s

champ d’application des formes de «préparation pharmaceutique», comme l’ont expliqué les experts que le juge de première instance a décidé de croire.

[59] En supposant, sans trancher la question, que les experts de Novartis ont eu raison d’élargir la portée de l’expression «préparation pharmaceutique» pour l’étendre à des formes découlant d’actes non professionnels tels que ceux émanant de consommateurs, la Cour estime qu’il n’était pas loisible au juge de première instance d’adopter aveuglément les conclusions de ces experts comme il l’a fait au paragraphe 237 de ses motifs précités. Il ne lui était pas loisible d’abdiquer ses fonctions juridictionnelles. Il lui incombait de trancher en dernière analyse la question ultime, en l’occurrence celle de la portée à donner à la revendication 2a) du brevet ‘656. À cette étape, il ne disposait que des conclusions non corroborées d’experts. Il devait alors revenir au libellé de la revendication elle-même. Ce n’est qu’alors qu’il aurait pu constater que ce libellé ne faisait nullement mention d’une préparation pharmaceutique élaborée *in situ* et se rappeler que «ce qui n’est pas revendiqué [est] considéré comme ayant fait l’objet d’une renonciation» (paragraphe 42 de l’arrêt *Whirpool*).

[60] Vu cette conclusion, il n’est pas nécessaire d’examiner la question de l’application de la théorie des équivalents.

#### DISPOSITIF

[61] J’accueillerais le présent appel avec dépens, j’annulerais la décision du juge de première instance et je rejetterais la demande de Novartis.

LE JUGE NADON, J.C.A.: Je suis du même avis.

\* \* \*

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

[62] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissident): Pour les motifs qui suivent, je ne puis souscrire au dispositif proposé par ma collègue la juge Desjardins, J.C.A.

[63] Je trouve très sensée l’idée que l’art de celui qui formule un médicament s’arrête au moment où le patient

lips. Once a pharmaceutical product is administered to the patient, the formulator's art is exhausted in the sense that the formulator has done all that the formulator can do. If one formulator is able to harness the body's internal processes to produce a result which another formulator can only produce in a laboratory, I would not be inclined to hold that the first formulator has appropriated the second formulator's invention. Quite the contrary.

[64] Had I been the trial Judge, this is the conclusion to which I would have been drawn. But the trial Judge came to another conclusion. He had to decide whether a compound produced in the stomach after a patient had ingested a pharmaceutical preparation infringed a patent which claimed a pharmaceutical preparation containing that compound. He concluded that it did because he accepted expert evidence that a pharmaceutical preparation which, once ingested, produced a compound which did not exist in the original capsule was simply a different form of the original pharmaceutical preparation. This conclusion is based upon a certain understanding of the term "pharmaceutical preparation."

[65] I agree with my colleague Desjardins J.A. that the construction of a patent is a task reserved to the trial judge, as opposed to the experts. Like her, I am bound by the jurisprudence which holds that the judge must construe the patent as it would be by a person skilled in the art and, to that end, the judge can hear evidence as to the meaning, to a person skilled in the art, of the words used in the patent. See *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraph 53 cited in paragraph 52 of my colleague's reasons.

[66] In this case, the trial Judge accepted the evidence of Novartis' experts as to the understanding which a person skilled in the art would have of the term "pharmaceutical preparation." The evidence which he accepted introduced the notion of "forms" of pharmaceutical preparations, a notion which was critical to the trial Judge's decision (at paragraphs 237-238) on the merits:

ingère ce médicament. En effet, une fois que le produit pharmaceutique est administré au patient, l'art de celui qui l'a formulé est épuisé en ce sens qu'il a fait tout ce qu'il pouvait faire. Si celui qui formule un médicament est capable de mobiliser les mécanismes internes du corps pour produire un résultat qu'une autre personne ne pourrait obtenir qu'en laboratoire, je ne serais pas porté à estimer que la première personne qui a formulé le médicament s'est approprié l'invention de la seconde. Au contraire.

[64] Si j'avais été le juge de première instance, c'est la conclusion que j'aurais tirée. Mais le juge de première instance est arrivé à une conclusion différente. Il devait décider si un composé produit dans l'estomac du patient après l'ingestion par celui-ci d'une préparation pharmaceutique contrefaisait un brevet qui revendiquait une préparation pharmaceutique contenant ce composé. Il a conclu à la contrefaçon après avoir accepté le témoignage d'un expert suivant lequel une préparation pharmaceutique qui, une fois ingérée, produit un composé qui n'existait pas dans la capsule originale représente tout simplement une forme différente de la préparation pharmaceutique originale. Cette conclusion reposait sur une certaine conception de l'expression «préparation pharmaceutique».

[65] Je suis d'accord avec ma collègue la juge Desjardins, J.C.A. pour dire que l'interprétation d'un brevet est une tâche qui est réservée au juge de première instance, par opposition aux experts. Tout comme elle, je suis lié par la jurisprudence qui dit que le juge doit interpréter le brevet comme le ferait une personne versée dans l'art et qu'à cette fin, le juge peut entendre des témoignages sur la signification, pour une personne versée dans l'art, des mots employés dans le brevet (voir l'arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, au paragraphe 53, cité au paragraphe 52 des motifs de ma collègue).

[66] Dans le cas qui nous occupe, le juge de première instance a retenu le témoignage des experts de Novartis sur la signification qu'une personne versée dans l'art attribuerait à l'expression «préparation pharmaceutique». Les témoignages qu'il a acceptés introduisaient la notion de «formes» de préparations pharmaceutiques, une notion qui a joué un rôle critique dans la décision qu'il a rendue (aux paragraphes 237 et 238) sur le fond:

The evidence of Drs. Ambühl and McGinity make it clear that a pharmaceutical preparation may have several forms because of transformations which take place. It is well-known by persons skilled in the art that such transformations can occur *in situ* so as to deliver an invention's benefit *in situ*, i.e. make it functional for its intended purpose. RhoXal's capsule, when ingested, inevitably forms a hydrosol when coming into contact with the water or gastric juices in the stomach.

I conclude a hydrosol formed *in situ* is a pharmaceutical preparation within claim 2(a) of the '656 Patent.

[67] In deciding what the term "pharmaceutical preparation" means to a person skilled in the art, the trial Judge was making a finding of mixed fact and law, at the very least, if not a finding of fact. In the absence of an extricable question of law, both of these questions attract the most restrictive standard of review, that of "palpable and overriding error." See *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 10 and 28. The following passage at paragraph 28 is particularly apposite:

However, where the error [in relation to a question of mixed law and fact] does not amount to an error of law, a higher standard is mandated. Where the trier of fact has considered all the evidence that the law requires him or her to consider and still comes to the wrong conclusion, then this amounts to an error of mixed law and fact and is subject to a more stringent standard of review: *Southam, supra*, at paras. 41 and 45. While easy to state, this distinction can be difficult in practice because matters of mixed law and fact fall along a spectrum of particularity.

[68] If the trial Judge was entitled to come to the conclusion he did on the meaning of "pharmaceutical preparation", he cannot be overturned for having utilized it in construing the patent in the way in which he did.

[69] For these reasons, I am unable to agree with my learned colleague's conclusion. I would therefore dismiss the appeal with costs.

Le témoignage de MM. Ambühl et McGinity montre clairement qu'une préparation pharmaceutique peut prendre plusieurs formes à cause des transformations qui s'opèrent. Les personnes versées dans l'art savent bien que ces transformations peuvent survenir *in situ* de façon que l'invention puisse exercer ses bienfaits *in situ*, c'est-à-dire remplir la fonction pour laquelle elle a été conçue. La capsule de RhoXal, une fois ingérée, forme inévitablement un hydrosol lorsqu'elle entre en contact avec l'eau ou les sucs gastriques dans l'estomac.

Je conclus qu'un hydrosol formé *in situ* est une préparation pharmaceutique visée par la revendication 2a) du brevet '656.

[67] En se prononçant sur ce que l'expression «préparation pharmaceutique» signifie pour une personne versée dans l'art, le juge de première instance tirait à tout le moins une conclusion mixte de fait et de droit, sinon une conclusion de fait. Faute de question de droit dissociable, ces deux types de questions donnent lieu à l'application de la norme de contrôle la plus restrictive, soit celle de «l'erreur dominante et manifeste» (voir l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 10 et 28). Le passage suivant, au paragraphe 28 de cet arrêt est particulièrement à propos:

Cependant, lorsque l'erreur [relativement à une question mixte de fait et de droit] ne constitue pas une erreur de droit, une norme de contrôle plus exigeante s'impose. Dans les cas où le juge des faits examine tous les éléments de preuve que le droit lui commande de prendre en considération mais en tire néanmoins une conclusion erronée, il commet alors une erreur mixte de fait et de droit, qui est assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse: *Southam*, précité, par. 41 et 45. Bien que facile à énoncer, cette distinction peut s'avérer difficile à établir en pratique parce que les questions mixtes de fait et de droit s'étalent le long d'un spectre comportant des degrés variables de particularité.

[68] Si le juge de première instance était en droit de tirer la conclusion à laquelle il est arrivé sur le sens des mots «préparation pharmaceutique», sa décision ne saurait être infirmée au motif qu'il s'en est servi pour interpréter le brevet comme il l'a fait.

[69] Pour ces motifs, il m'est impossible de souscrire à la conclusion de ma distinguée collègue. Je rejetterais par conséquent l'appel avec dépens.



IMM-1831-04  
2005 FC 310

IMM-1831-04  
2005 CF 310

**Peter Rebmann** (*Applicant*)

v.

**The Solicitor General for Canada** (*Respondent*)

**INDEXED AS: REBMANN v. CANADA (SOLICITOR GENERAL)**  
**(F.C.)**

Federal Court, Martineau J.—Toronto, February 3;  
Montréal, March 1, 2005.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Visitors — Judicial review of exclusion order made on basis applicant inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, ss. 20(1)(a), 41(a) — Applicant, whose temporary resident status valid until July 2004, arrested in February 2004, found to be inadmissible because of intention to establish permanent residence without permanent resident permit or other valid document required under Immigration and Refugee Protection Regulations, and exclusion order issued — Act, s. 44 reports provided to applicant constituting sufficient reasons for order, complying with duty of fairness — But Immigration Officer failed to take into account applicant's dual intent (i.e. to immigrate and to adhere to temporary residence laws) — Not violation of Act to enter Canada with dual intent as long as had intention of leaving Canada when temporary status expired — Officer having no basis to conclude applicant failed to comply with Act, s. 20(1)(a), Regulations, s. 6 — Applicant legally admitted temporary resident — Application allowed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Applicant, citizen of Germany with temporary resident status in Canada, facing criminal charges in Germany — Exclusion order issued against him pursuant to Immigration and Refugee Protection Act on basis he had intention to establish permanent residence in Canada without permanent resident permit or other valid document required under Immigration and Refugee Protection Regulations — Applicant arguing exclusion order in fact disguised extradition, and as such abuse of process — Onus on applicant of showing improper purpose or bad faith on part of government — Here, exclusion order made on valid ground (violation of Act, Regulations), and bad faith not established — Therefore no abuse of process.*

**Peter Rebmann** (*demandeur*)

c.

**Le solliciteur général du Canada** (*défendeur*)

**RÉPERTORIÉ: REBMANN c. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)**  
**(C.F.)**

Cour fédérale, juge Martineau—Toronto, 3 février;  
Montréal, 1<sup>er</sup> mars 2005.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de visiteurs — Contrôle judiciaire d'une mesure d'exclusion prise contre le demandeur au motif qu'il était interdit de territoire en vertu des art. 20(1)a) et 41 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur, dont le statut de résident temporaire était valide jusqu'en juillet 2004, a été arrêté en février 2004 et jugé interdit de territoire, parce qu'il avait l'intention de s'établir en permanence au Canada sans détenir de permis de résident permanent ou autre document valide exigé en vertu du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés; une mesure d'exclusion a donc été prise contre lui — Les rapports fondés sur l'art. 44 qui ont été remis au demandeur constituaient des motifs suffisants à l'appui de la mesure et l'obligation d'équité a été respectée — Cependant, l'agent d'immigration a omis de tenir compte de la double intention que le demandeur avait (soit immigrer et respecter les règles de droit applicables au sujet du séjour temporaire) — Tant et aussi longtemps qu'il avait l'intention de quitter le Canada à l'expiration de son statut temporaire, le demandeur n'a pas contrevenu à la Loi en entrant au Canada avec une double intention — Il n'y avait aucune raison justifiant l'agent de conclure que le demandeur n'avait pas respecté les exigences de l'art. 20(1)a) de la Loi et de l'art. 6 du Règlement — Le demandeur était un résident temporaire admis de façon légale — Demande accueillie.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le demandeur était un citoyen de l'Allemagne qui avait obtenu le statut de résident temporaire au Canada et qui faisait face à des accusations en matière criminelle en Allemagne — Une mesure d'exclusion a été prise contre lui conformément à la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés au motif qu'il avait l'intention de s'établir en permanence au Canada sans détenir de permis de résident permanent ou un autre document valide exigé en vertu du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur a soutenu que la mesure d'exclusion constituait en réalité une extradition déguisée et, de ce fait, une utilisation abusive de la procédure — Il incombait au demandeur de démontrer que le gouvernement visait un objectif inapproprié*

*ou avait agi de mauvaise foi — Dans la présente affaire, la mesure d'exclusion était fondée sur une raison valable (contravention à la Loi et au Règlement) et la mauvaise foi n'a pas été établie — En conséquence, il n'y a pas eu d'utilisation abusive de la procédure.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Arrest, Detention, Imprisonment — Applicant informed of right to counsel on multiple occasions before ordered detained, and indeed exercised this right — Right to counsel not denied.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Arrestation, détention, emprisonnement — Le demandeur a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat à maintes reprises avant qu'une mesure soit prise en vue de sa détention et il a effectivement exercé ce droit — Le demandeur ne s'est pas vu nier le droit à l'assistance d'un avocat.*

This was an application for judicial review of an immigration officer's February 13, 2004 exclusion order made against the applicant, a citizen of Germany with a temporary resident status valid until July 22, 2004.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'égard d'une mesure d'exclusion datée du 13 février 2004 qu'un agent d'immigration a prise à l'encontre du demandeur, citoyen de l'Allemagne dont le statut de résident temporaire était valide jusqu'au 22 juillet 2004.

The applicant, who was facing criminal charges in Germany, was arrested on February 12, 2004 by the Metro Toronto Police and interviewed by two immigration investigation officers who then prepared several reports, including reports on inadmissibility pursuant to section 44 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. On February 13, these reports were assigned to the immigration officer who, following an interview with the applicant, was satisfied that the applicant was inadmissible pursuant to paragraph 41(a) of the Act because he had an intention to establish permanent residence in Canada without a permanent resident permit or any other valid document required under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. An exclusion order was issued based on paragraph 20(1)(a) of the Act.

Le demandeur, qui faisait face à des accusations en matière criminelle en Allemagne, a été arrêté le 12 février 2004 par la Police de la communauté urbaine de Toronto et interrogé par deux investigateurs en immigration, qui ont ensuite préparé plusieurs rapports, y compris des rapports fondés sur l'article 44 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le 13 février, ces rapports ont été remis à l'agent d'immigration qui, après avoir interrogé le demandeur, était convaincu que celui-ci était interdit de territoire conformément à l'article 41 de la Loi, parce qu'il avait l'intention de s'établir en permanence au Canada sans détenir de permis de résident permanent ou autre document valide exigé en vertu du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Une mesure d'exclusion fondée sur l'alinéa 20(1)a) de la Loi a été prise.

*Held*, the application should be allowed.

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

The applicant argued that his rights under section 7 of the Charter were engaged in that the exclusion order issued was a disguised extradition and as such the conduct of the immigration officer amounted to an abuse of process. To establish this, the applicant had the very heavy onus of showing an improper purpose or bad faith on the part of the government. He did not do so. The exclusion order was not made for the purpose of surrendering the applicant as a fugitive criminal or because he had criminal charges pending in Germany. It was made on a valid ground, i.e. intention to establish a permanent residence in Canada without a permanent resident permit. Removal because a person is in violation of the Act and of the Regulations rendering him inadmissible under Act, paragraph 41(a) is a valid ground for an exclusion order. This was a legitimate exercise of the power of deportation.

Le demandeur a allégué que les droits que lui reconnaît l'article 7 de la Charte étaient touchés, parce que la mesure d'exclusion prise était une extradition déguisée et que, de ce fait, la conduite de l'agent d'immigration équivalait à une utilisation abusive de la procédure. Pour prouver cette allégation, le demandeur devait démontrer que le gouvernement visait un objectif inapproprié ou avait agi de mauvaise foi, ce qui représente un fardeau très élevé dont il n'a pas réussi à se décharger. La mesure d'exclusion ne visait pas à remettre le demandeur aux autorités qui le réclament à titre de fugitif ou au motif que des accusations en matière criminelle étaient en cours contre lui en Allemagne. Elle a été prise pour une raison valable, soit parce que le demandeur avait l'intention de s'établir en permanence au Canada, alors qu'il ne détenait pas de permis de résident permanent. Le fait qu'une personne ne respecte pas la Loi ou le Règlement la rend interdite de territoire en vertu de l'article 41 de la Loi et est une raison valable qui justifie une mesure d'exclusion. Ce renvoi constituait un exercice légitime du pouvoir d'expulsion.

The applicant also alleged that his right to counsel was denied. This was not the case. A right to counsel arises from the moment an applicant is ordered to be detained at a regional detention centre. The applicant was informed of his right to counsel on multiple occasions before he was ordered detained. He was also given the notice of rights conferred by the Vienna Convention, including the right to be represented by counsel at an admissibility hearing which he signed. The evidence showed that the applicant was not only informed of his right to counsel, but that he exercised this right.

The applicant's allegation that the immigration officer erred in law by not providing reasons for the exclusion order was also unfounded. Where a decision is based upon notes or a report, that document may be taken as reasons for the decision. The section 44 reports, on which the decision was based, were sufficient to comply with the duty of fairness.

The applicant's last ground of review was that there was no legal basis for making the exclusion order. The immigration officer was satisfied, on a balance of probabilities, that the applicant had failed to comply with the requirements of paragraph 20(1)(a) of the Act and section 6 of the Regulations. There was ample evidence that the applicant may have entered Canada with the intention of living like a permanent resident. He had started a corporation, purchased a home, married a Canadian citizen and fathered a son born in Canada. However, the applicant's involvement in the financial investment sector also required him to spend many months travelling abroad, as demonstrated by the evidence. The immigration officer failed to take into account the applicant's dual intent of immigrating and of respecting immigration law on temporary entry in entering Canada as a temporary resident. As long as there was an intention to leave Canada when his temporary status expired, even if the applicant had been contemplating obtaining permanent resident status, it was not a violation of the Act to enter Canada with dual intent. At the time the exclusion order was made, there was no basis for the immigration officer to conclude that the applicant had failed to comply with paragraph 20(1)(a) of the Act and section 6 of the Regulations. The applicant was a legally admitted temporary resident. The exclusion order was devoid of any analysis of the relevant evidence with regard to the applicant's intention to establish permanent residence in Canada and prospect that he will not leave Canada by the end of the period. It was therefore based on an error of law which justified setting aside the order.

Le demandeur a également allégué qu'il s'était vu refuser le droit à l'assistance d'un avocat. Le droit du demandeur à l'assistance d'un avocat naît au moment où une mesure est prise pour qu'il soit retenu au centre correctionnel régional. Le demandeur a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat à maintes reprises avant qu'une mesure soit prise en vue de sa détention. Il a également reçu l'avis des droits conférés par la Convention de Vienne, y compris le droit d'être représenté par un avocat à une enquête, et il a signé cet avis. Il appert de la preuve que le demandeur a non seulement été informé de son droit à l'assistance d'un avocat, mais qu'il a effectivement exercé ce droit.

L'allégation du demandeur selon laquelle l'agent d'immigration a commis une erreur de droit en omettant de lui indiquer les motifs à l'appui de la mesure d'exclusion était également sans fondement. Lorsqu'une décision est fondée sur des notes ou sur un rapport, ceux-ci constituent les motifs de la décision. Les rapports fondés sur l'article 44, sur lesquels la décision était basée, étaient suffisants pour assurer le respect de l'obligation d'équité.

Le dernier motif de contrôle soulevé par le demandeur était l'absence de fondement juridique au soutien de la mesure d'exclusion. L'agent d'immigration était convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur n'avait pas respecté les exigences de l'alinéa 20(1)a) de la Loi et de l'article 6 du Règlement. Il existait au dossier une preuve abondante permettant de conclure à la possibilité que le demandeur soit venu au Canada dans l'intention d'y vivre comme résident permanent. Il avait lancé une entreprise et acheté une maison; il avait également épousé une citoyenne canadienne, en plus d'avoir un fils né au Canada. Cependant, les activités du demandeur dans le domaine de l'investissement financier l'obligeaient également à passer plusieurs mois à l'étranger, comme la preuve l'a indiqué. L'agent d'immigration a omis de tenir compte de la double intention que le demandeur avait en entrant au Canada comme résident temporaire, soit immigrer et respecter les règles de droit applicables au sujet du séjour temporaire. Tant et aussi longtemps que le demandeur avait l'intention de quitter le Canada à l'expiration de son statut temporaire, même s'il envisageait la possibilité d'obtenir le statut de résident permanent, il n'a pas contrevenu à la Loi en entrant au Canada avec une double intention. À la date à laquelle la mesure d'exclusion a été prise, il n'y avait aucune raison justifiant l'agent de conclure que le demandeur n'avait pas respecté les exigences de l'alinéa 20(1)a) de la Loi et de l'article 6 du Règlement. Le demandeur était un résident temporaire admis de façon légale. La mesure d'exclusion ne reposait sur aucune analyse de la preuve pertinente quant à l'intention du demandeur de s'établir en permanence au Canada et quant au risque qu'il prolonge son séjour au Canada après l'expiration de la période visée par son autorisation de séjour temporaire. Elle était donc fondée sur une erreur de droit qui en justifiait l'annulation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 10.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 20(1), 21, 22, 36, 40, 41(a), 44, 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194).
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 6, 7(1),(2), 11 (as am. by SOR/2004-167, s. 6), 72(1) (as am. *idem*, s. 26), (2) (as am. *idem*), 181, 228(1)(c) (as am. *idem*, s. 63).
- Vienna Convention on the Law of Treaties*, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; 10 Admin. L.R. (2d) 1; 20 C.R. (4th) 34; 14 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (2d) 245; 150 N.R. 241;
- Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 547; (1995), 104 F.T.R. 81; 32 Imm. L.R. (2d) 220 (T.D.); *Dragosin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 106 C.R.R. (2d) 92; 227 F.T.R. 16; 26 Imm. L.R. (3d) 119; 2003 FCT 81; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

DISTINGUISHED:

- United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283; (2001), 196 D.L.R. (4th) 1; [2001] 3 W.W.R. 193; 85 B.C.L.R. (3d) 1; 148 B.C.A.C. 1; 151 C.C.C. (3d) 97; 39 C.R. (5th) 205; 81 C.R.R. (2d) 1; 265 N.R. 212; 2001 SCC 7; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81.

CONSIDERED:

- Martin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (2005), 42 Imm. L.R. (3d) 104; 2005 FC 60.

REFERRED TO:

- Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000]

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. 7, 10.
- Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 20(1), 21, 22, 36, 40, 41, 44, 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194).
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 6, 7(1),(2), 11 (mod. par DORS/2004-167, art. 6), 72(1) (mod., *idem*, art. 26), (2) (mod., *idem*), 181, 228(1)(c) (mod., *idem*, art. 63)

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; 10 Admin. L.R. (2d) 1; 20 C.R. (4th) 34; 14 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (2d) 245; 150 N.R. 241;
- Halm c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 547; (1995), 104 F.T.R. 81; 32 Imm. L.R. (2d) 220 (1<sup>re</sup> inst.); *Dragosin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 106 C.R.R. (2d) 92; 227 F.T.R. 16; 26 Imm. L.R. (3d) 119; 2003 CFPI 81; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

DÉCISIONS DISTINCTES:

- États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283; (2001), 196 D.L.R. (4th) 1; [2001] 3 W.W.R. 193; 85 B.C.L.R. (3d) 1; 148 B.C.A.C. 1; 151 C.C.C. (3d) 97; 39 C.R. (5th) 205; 81 C.R.R. (2d) 1; 265 N.R. 212; 2001 CSC 7; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81.

DÉCISION EXAMINÉE:

- Martin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2005), 42 Imm. L.R. (3d) 104; 2005 CF 60.

DÉCISIONS CITÉES:

- Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; (2000), 190 D.L.R.

10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 SCC 44; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 4 Admin. L.R. (3d) 200; 212 N.R. 63 (C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72; (2002), 208 D.L.R. (4th) 57; 90 C.R.R. (2d) 47; 18 Imm. L.R. (3d) 175; 280 N.R. 201; 2002 SCC 2; *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] S.C.R. 839; (1968), 69 D.L.R. (2d) 273.

APPLICATION for judicial review of a decision by an immigration officer dated February 13, 2004 wherein an exclusion order pursuant to paragraphs 20(1)(a) and 41(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* was made against the applicant on the basis that he intended to establish permanent residence in Canada without the required permit or any other valid document. Application allowed.

APPEARANCES:

*Lorne Waldman* for applicant.  
*Marcel R. Larouche* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Lorne Waldman*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MARTINEAU J.: This is an application for judicial review under section 72 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) of a decision of Mr. Hughes Simard, immigration officer (the officer), dated February 13, 2004, wherein an exclusion order pursuant to paragraphs 20(1)(a) and 41(a) of the Act was made

(4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 CSC 44; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 4 Admin. L.R. (3d) 200; 212 N.R. 63 (C.A.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 CSC 1; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72; (2002), 208 D.L.R. (4th) 57; 90 C.R.R. (2d) 47; 18 Imm. L.R. (3d) 175; 280 N.R. 201; 2002 CSC 2; *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] R.C.S. 839; (1968), 69 D.L.R. (2d) 273.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision datée du 13 février 2004 par laquelle un agent d'immigration a pris une mesure d'exclusion à l'encontre du demandeur en application de alinéa 20(1)a) et l'article 41 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* au motif que le demandeur avait l'intention de s'établir en permanence au Canada sans détenir de permis de résident permanent ou autre document valide. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

*Lorne Waldman* pour le demandeur.  
*Marcel R. Larouche* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Lorne Waldman*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MARTINEAU: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 72 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), à l'égard d'une mesure d'exclusion datée du 13 février 2004 que M. Hughes Simard, agent d'immigration (l'agent), a prise à l'encontre du demandeur en

against the applicant.

[2] The applicant is a citizen of the Federal Republic of Germany. The applicant was granted temporary status which was valid until July 22, 2004. The applicant entered Canada several times throughout the last four years as a temporary resident and last entered Canada on January 23, 2004.

[3] The applicant started a corporation in downtown Toronto of which he is the president. He also purchased a home, married a Canadian citizen and fathered a son born in Canada. At no time prior to February 12, 2004 did the applicant apply for permanent residence to establish himself and remain in Canada. The applicant did not inform the examining officer upon entry to Canada that he was facing criminal charges in another country.

[4] On February 12, 2004, the applicant was arrested by the Fugitive Squad Unit of the Metro Toronto Police. The arrest was made without a warrant under the Act. The applicant was detained at Division 22. On the same day, the applicant was advised of his rights to counsel by the Toronto police and subsequently spoke to duty counsel. Afterwards, the applicant was interviewed by two immigration investigation officers, Gary Campbell and Laura Dobson. The said interview was a data-gathering exercise. Investigator Campbell completed, using the applicant's responses, a form entitled "Investigator Report". During the interview, the applicant informed the immigration investigation officers that he was notified of a warrant for his arrest two weeks earlier by his lawyer and that he had no desire to return to Germany. Investigator Campbell informed the applicant of his rights to counsel and his rights to contact the Consulate of the Federal Republic of Germany, under the Vienna Convention [*Vienna Convention on the Law of Treaties*, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37]. The applicant confirmed that he understood his rights and that he had contacted his counsel and exercised his right to speak to duty counsel. After the interview, investigator Dobson prepared an "order for detention" while investigator Campbell prepared a "notice of arrest" and two "section 44 reports, immigrant without a visa and inadmissibility—criminality". Later on, the applicant

application de l'alinéa 20(1)a) et de l'article 41 de la Loi.

[2] Le demandeur est un citoyen de la République fédérale d'Allemagne et a obtenu le statut temporaire, qui était valide jusqu'au 22 juillet 2004. Il est venu plusieurs fois au Canada au cours des quatre dernières années comme résident temporaire et est entré ici pour la dernière fois le 23 janvier 2004.

[3] Le demandeur a créé une société dont il est le président dans le centre-ville de Toronto. De plus, il a acheté une maison et épousé une citoyenne canadienne; il est également le père d'un fils né au Canada. Ce n'est que le 12 février 2004 que le demandeur a présenté une demande de résidence permanente afin de s'établir et de rester au Canada. Le demandeur n'a pas informé l'examineur à son arrivée au Canada qu'il faisait face à des accusations en matière criminelle dans un autre pays.

[4] Le 12 février 2004, l'escouade des fugitifs de la Police de la communauté urbaine de Toronto a arrêté le demandeur sans mandat en vertu de la Loi et l'a détenu à la Division 22. Le même jour, la police de Toronto a informé le demandeur de son droit à l'assistance d'un avocat et il a subséquemment parlé à un avocat de service. Par la suite, le demandeur a été interrogé par deux investigateurs en immigration, Gary Campbell et Laura Dobson. L'entrevue visait à recueillir des données. En se servant des réponses du demandeur, l'investigateur Campbell a rempli un formulaire intitulé «Rapport d'enquête». Au cours de l'entrevue, le demandeur a mentionné aux investigateurs qu'il avait été informé de l'existence d'un mandat d'arrestation deux semaines plus tôt par son avocat et qu'il n'avait nullement l'intention de retourner en Allemagne. L'investigateur Campbell a avisé le demandeur qu'il avait le droit d'obtenir l'assistance d'un avocat et de communiquer avec le consulat de la République fédérale d'Allemagne en vertu de la Convention de Vienne [*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37]. Le demandeur a confirmé qu'il comprenait ses droits et qu'il avait communiqué avec son avocat et exercé son droit de parler à un avocat de service. Après l'entrevue, l'investigatrice Dobson a préparé un formulaire intitulé «ordonnance de détention» tandis que l'investigateur Campbell a préparé un «avis d'arresta-

was formally arrested by the immigration investigation officers and transferred to the Toronto West Detention Centre.

[5] On February 13, 2004 the applicant's enforcement file was transferred to the Minister's delegate review unit and assigned to the officer. The officer interviewed the applicant on the same day. During the interview, the officer reviewed the section 44 report in connection with paragraphs 20(1)(a) and 41(a) of the Act with the applicant (immigrant without a visa). The applicant confirmed the information contained in same. Near the end of the interview, the applicant was asked if he feared returning to Germany for any reasons and the applicant stated that he had problems in Germany because he was involved in the stock market and "people had lost money in his business and they are against him now." He also stated that he had a pending lawsuit against him as a result of this.

[6] At the end of the interview, based on the information obtained, the officer was satisfied that the applicant was inadmissible pursuant to paragraph 41(a) of the Act because he had an intention to establish permanent residence in Canada without a permanent resident permit or any other valid document required under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations). Consequently, the officer issued an exclusion order based on paragraph 20(1)(a) of the Act.

[7] The applicant starts with the premise that his rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) are engaged by the decision of the immigration authorities to remove him from Canada and return him to Germany where he will most likely be arrested and charged for fraud. In this regard, the applicant argues that the conduct of the immigration official amounts to an abuse of process since this case is a clear example of a disguised extradition. The applicant further argues that he was denied a right to counsel. In addition, the

tion» et deux rapports intitulés [TRADUCTION] «rapport fondé sur l'article 44, immigrant sans visa et interdiction de territoire—criminalité». Plus tard, le demandeur a été formellement arrêté par les investigateurs en immigration et transféré au Centre de détention de l'Ouest de Toronto.

[5] Le 13 février 2004, le dossier du demandeur a été transféré à l'unité de l'examen du représentant du ministre et confié à l'agent, qui a interrogé le demandeur le même jour et a passé en revue avec lui le rapport fondé sur l'article 44 en ce qui concerne l'alinéa 20(1)a) et l'article 41 de la Loi (immigrant sans visa). Le demandeur a confirmé les renseignements contenus dans le rapport. Vers la fin de l'entrevue, l'agent a demandé au demandeur s'il craignait de retourner en Allemagne pour quelque raison que ce soit et le demandeur a répondu qu'il avait des problèmes là-bas, parce qu'il avait conclu des opérations boursières par suite desquelles [TRADUCTION] «des gens ont perdu de l'argent et lui en voulaient». Il a également souligné que des poursuites en justice étaient en cours contre lui en raison de cette situation.

[6] À la fin de l'entrevue, sur la foi des renseignements obtenus, l'agent était convaincu que le demandeur était interdit de territoire conformément à l'article 41 de la Loi, parce qu'il avait l'intention de s'établir en permanence au Canada sans détenir de permis de résident permanent ou autre document valide exigé en vertu du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement). En conséquence, l'agent a pris une mesure d'exclusion fondée sur l'alinéa 20(1)a) de la Loi.

[7] Le demandeur allègue d'abord que les droits que lui reconnaît l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), sont touchés par la décision des autorités de l'immigration de le renvoyer du Canada en Allemagne, où il sera probablement arrêté et accusé de fraude. À cet égard, le demandeur soutient que la conduite de l'agent d'immigration équivaut à une utilisation abusive de la procédure, puisqu'il s'agit de l'espèce d'un exemple évident d'extradition déguisée. Le demandeur ajoute qu'il s'est vu refuser le droit à

applicant argues that the officer erred in law by not providing reasons for the exclusion order. Finally, the applicant argues that there was no legal basis for making the exclusion order and submits, in this regard, that the officer erred in law in that he failed to comply with the provisions of the Act and of the Regulations.

[8] In order for the applicant to rely on the Charter, he must first show that his rights under section 7 of the Charter are engaged (*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307). I will begin with the premise that the most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country (*Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711). While the jurisprudence may not be unanimous, I note that the Federal Court of Appeal has already decided that the lawful removal of an applicant to his country of origin does not involve a deprivation of his liberty (*Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.)). Therefore, the issuance of an exclusion order does not, *per se*, engage section 7 of the Charter. That said, the Supreme Court of Canada has also recognized that a person's section 7 rights are engaged in the removal process if the person concerned makes out a *prima facie* case that there may be a risk of torture upon removal (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72). On this matter, I would refer to *Martin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (2005), 42 Imm. L.R. (3d) 104 (F.C.) where this Court, after an extensive review of the relevant case law, considered the steps involved in an analysis under section 7 of the Charter and the impact of a deportation on this section.

[9] Whether the applicant has cleared the evidentiary threshold required to access the protection guaranteed by section 7 of the Charter is purely academic as I find that there has been no violation of any principle of fundamental justice in the present case. That being said, I note that this case is far different from *United States v.*

l'assistance d'un avocat. Il reproche à l'agent d'avoir commis une erreur de droit en omettant de lui indiquer les motifs à l'appui de la mesure d'exclusion. Enfin, le demandeur fait valoir que la mesure d'exclusion ne reposait sur aucun fondement juridique et que l'agent a commis une erreur de droit en omettant de respecter les dispositions de la Loi et du Règlement.

[8] Pour pouvoir invoquer la Charte, le demandeur doit d'abord démontrer que les droits que lui reconnaît l'article 7 de celle-ci sont en cause (*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307). Je débute en rappelant d'abord que, selon le principe de droit le plus fondamental qui s'applique en matière d'immigration, les non-citoyens n'ont pas le droit absolu d'entrer ou de rester au pays (*Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711). Bien que la jurisprudence ne soit peut-être pas unanime, je souligne que la Cour d'appel fédérale a déjà décidé que le renvoi légitime d'un demandeur vers son pays d'origine n'équivaut pas à une privation de sa liberté (*Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.)). En conséquence, la délivrance d'une mesure d'exclusion ne met pas automatiquement en cause l'article 7 de la Charte. Cela étant dit, la Cour suprême du Canada a également déclaré que la procédure de renvoi peut toucher les droits que l'article 7 reconnaît à une personne lorsque celle-ci établit à première vue qu'elle risque d'être torturée si elle est renvoyée (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72). Sur ce point, j'aimerais citer la décision *Martin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (2005), 42 Imm. L.R. (3d) 104 (C.F.), où la Cour fédérale a longuement commenté la jurisprudence pertinente et examiné les étapes d'une analyse menée conformément à l'article 7 de la Charte ainsi que les répercussions d'une expulsion en ce qui a trait à l'application de cette disposition.

[9] La question de savoir si le demandeur a satisfait au critère minimal pour obtenir la protection garantie par l'article 7 de la Charte est une question purement théorique, parce que je suis d'avis qu'il n'y a eu aucun manquement à un principe de justice fondamentale en l'espèce. Cependant, je souligne que la présente affaire



*Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283 and *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779 where the Supreme Court of Canada concluded that the applicant's rights under section 7 of the Charter were violated by the extradition order because the applicants were faced with the possibility of a death penalty upon their return to the United States, which is clearly not the case here.

[10] The applicant has not convinced me that the exclusion order is, in reality, a disguised extradition. The onus of proving that a deportation order is not valid on its face, is a sham, or is not *bona fide* is on the party who alleges it (*Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] S.C.R. 839). In other words, to support a disguised extradition argument, an applicant must show an improper purpose or bad faith on the part of the government. Furthermore, to establish a disguised extradition, the applicant has a very heavy onus to bear.

[11] Moreover, this Court has confirmed in *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 547 (T.D.) that [at pages 562-563]:

1. If the purpose of the exercise is to deport the person because his presence is not conducive to the public good, that is a legitimate exercise of the power of deportation.
2. If the purpose is to surrender the person as a fugitive criminal to a state because it asked for him, that is not a legitimate exercise of the power of deportation.
3. It is open to the courts to inquire whether the purpose of the government was lawful or otherwise.
4. The onus is on the party alleging an unlawful exercise of power. It is a heavy onus.
5. To succeed, it would be necessary to hold that the Minister did not genuinely consider it in the public interest to expel the person in question.
6. The adoption of the Charter has not lessened the onus.

[12] In the case at bar, I am not satisfied that the exclusion order was made for the purpose of

est bien différente de la situation que la Cour suprême du Canada a examinée dans les arrêts *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, et *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, où elle a statué que la mesure d'extradition portait atteinte aux droits que l'article 7 reconnaissait aux demandeurs, étant donné que ceux-ci risquaient de se voir infliger la peine de mort à leur retour aux États-Unis, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

[10] Le demandeur ne m'a pas convaincu que la mesure d'exclusion constitue, en réalité, une extradition déguisée. Il incombe à la partie qui formule cette allégation de prouver qu'une mesure d'expulsion n'est pas valide *a priori*, qu'elle constitue une imposture ou qu'elle n'est pas authentique (*Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] R.C.S. 839). En d'autres termes, pour que son argument concernant l'extradition déguisée puisse être retenu, le demandeur doit démontrer que le gouvernement visait un objectif inapproprié ou a agi de mauvaise foi. De plus, le fardeau de la preuve est très élevé en ce qui concerne cette allégation.

[11] Dans *Halm c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 547 (1<sup>re</sup> inst.), la Cour fédérale a confirmé ce qui suit [aux pages 562 et 563]:

1. Il y a exercice légitime du pouvoir d'expulsion lorsque l'objectif visé est d'expulser l'intéressé parce que sa présence va à l'encontre du bien public.
2. L'exercice du pouvoir d'expulsion n'est pas légitime lorsque l'objectif visé est de remettre le fugitif à l'État qui le réclame.
3. Il est loisible aux tribunaux de vérifier si l'objectif visé par l'État était légitime ou non.
4. C'est à la partie qui allègue qu'il y a eu exercice illégitime du pouvoir d'expulsion qu'il incombe d'en faire la preuve. C'est une lourde charge.
5. Pour donner gain de cause à l'intéressé, il faudrait statuer que le ministre n'a pas véritablement estimé qu'il était dans l'intérêt du public d'expulser l'intéressé.
6. L'adoption de la Charte n'a pas allégé la charge de la preuve.

[12] Dans la présente affaire, je ne suis pas convaincu que l'agent a pris la mesure d'exclusion afin de remettre

surrendering the applicant as a fugitive criminal or because he had criminal charges pending in Germany. Based on the evidence on record, I accept that the said order was made on the basis that the applicant had an intention to establish permanent residence in Canada without a permanent resident permit or any other valid document required under the Regulations. The removal from Canada because a person is in violation of the Act and of the Regulations rendering a person inadmissible under paragraph 41(a) of the Act is a valid ground to issue an exclusion order (subsection 44(2) of the Act and paragraph 228(1)(c) [as am. by SOR/2004-167, s. 63] of the Regulations). This is a legitimate exercise of the power of deportation. Moreover, the applicant has not convinced me that the exclusion order was made in bad faith. Therefore, considering that good faith must be presumed and that the applicant has not demonstrated that the immigration proceedings were improperly carried out, I find that there is no abuse of process in this case.

[13] As for the applicant's allegation that he was denied his right to counsel, the Supreme Court of Canada has clearly stated in *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053 that an immigration assessment hearing does not trigger a right to counsel under section 10 of the Charter. However, this Court has found in *Dragosin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 106 C.R.R. (2d) 92 (F.C.T.D.) that an applicant's right to counsel arises from the moment he is ordered to be detained at a regional correctional centre. Therefore, an immigration officer must inform the applicant of his right to counsel before putting him in detention. In the case at bar, I accept that the applicant was informed of his right to counsel on multiple occasions. The first was after his arrest by the Fugitive Squad Unit of Metro Toronto Police. The applicant spoke to duty counsel shortly after he was arrested and, in addition, was informed of his right to counsel by the immigration officers before he was ordered to be detained. Moreover, the applicant was given the notice of rights conferred by the Vienna Convention, including the right to be represented by counsel at an admissibility hearing which he signed. He was afforded his right to counsel and indeed exercised it. The applicant confirmed to the immigration officers that

le demandeur aux autorités qui le réclament à titre de criminel fugitif ou au motif que des accusations criminelles étaient en cours contre lui en Allemagne. D'après la preuve au dossier, la mesure en question a été prise parce que le demandeur avait l'intention de s'établir en permanence au Canada alors qu'il ne détenait pas de permis de résident permanent ou autre document valide exigé en vertu du Règlement. Le fait qu'une personne ne respecte pas la Loi ou le Règlement la rend interdite de territoire en vertu de l'article 41 de la Loi et est une raison valable qui justifie une mesure d'exclusion (paragraphe 44(2) de la Loi et alinéa 228(1)c) [mod. par DORS/2004-167, art. 63] du Règlement) et ce renvoi constitue un exercice légitime du pouvoir d'expulsion. De plus, le demandeur ne m'a pas convaincu que la mesure d'exclusion a été prise de mauvaise foi. En conséquence, étant donné que la bonne foi doit être présumée et que le demandeur n'a pas prouvé que le processus d'immigration s'est déroulé de manière irrégulière, j'estime qu'il n'y a pas eu d'utilisation abusive de la procédure en l'espèce.

[13] En ce qui concerne l'allégation du demandeur selon laquelle il s'est vu refuser le droit à l'assistance d'un avocat, la Cour suprême du Canada a décidé clairement, dans *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, qu'une première entrevue par l'agent d'immigration ne déclenche pas le droit à l'assistance d'un avocat prévu par l'article 10 de la Charte. Cependant, dans *Dragosin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 106 C.R.R. (2d) 92 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour fédérale a statué que le droit du demandeur à l'assistance d'un avocat naît au moment où une mesure a été prise pour qu'il soit retenu au centre correctionnel régional. En conséquence, l'agent d'immigration doit informer le demandeur de son droit à l'assistance d'un avocat avant de prendre une mesure en vue de sa détention. Dans la présente affaire, je suis convaincu que le demandeur a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat à maintes reprises. Ainsi, il a d'abord été avisé de son droit après avoir été arrêté par l'escouade des fugitifs de la Police de la communauté urbaine de Toronto. Le demandeur a parlé à un avocat de service peu après avoir été arrêté et a également été informé de son droit à l'assistance d'un avocat par les agents d'immigration avant qu'une mesure soit prise en

he understood his rights and that he had already contacted his counsel and exercised his right to speak to duty counsel. Consequently, the applicant was never denied his right to counsel when it did arise and, in fact, the applicant cannot even rely upon *Dragosin* since he was informed of his right to counsel before he was to be detained.

[14] As for the applicant's allegation that the officer erred in law by not providing reasons for the exclusion order, I also find that allegation unfounded. The Supreme Court of Canada has already recognized in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 that where a decision is based upon notes or a report, that document may be taken as reasons for the decision. In the case at bar, the applicant was provided with copies of the section 44 reports. Therefore, considering that the applicant was provided with a copy of an underlying report on which the decision was based, there is no breach of the duty of fairness in the present case.

[15] With respect to the last ground of review raised by the applicant, namely that there was no legal basis for making the exclusion order, it appears that the officer, on a balance of probabilities, was satisfied that the applicant had failed to comply with the requirements of paragraph 20(1)(a) of the Act and section 6 of the Regulations.

[16] In the case at bar, there is ample evidence on record to support a finding that the applicant may have entered Canada with the intention of living like a permanent resident. The applicant had started a corporation, purchased a home in the city of Toronto, married a Canadian citizen and fathered a son born in Canada. Moreover, at no time prior to February 12, 2004 did the applicant apply for permanent residence to establish himself and remain in Canada. Does this,

vue de sa détention. De plus, le demandeur a reçu l'avis des droits conférés par la Convention de Vienne, y compris le droit d'être représenté par un avocat à une enquête, et il a signé cet avis. Son droit à l'assistance d'un avocat lui a été reconnu et il l'a effectivement exercé. Le demandeur a confirmé aux agents d'immigration qu'il comprenait ses droits et qu'il avait déjà communiqué avec son avocat et exercé son droit de parler à un avocat de service. Par conséquent, le demandeur ne s'est pas vu nier le droit à l'assistance d'un avocat lorsque ce droit est né et, en fait, il ne peut même pas invoquer la décision *Dragosin*, puisqu'il a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat avant d'être détenu.

[14] Quant à l'allégation du demandeur selon laquelle l'agent a commis une erreur de droit en omettant de lui indiquer les motifs à l'appui de la mesure d'exclusion, j'estime également que cette allégation est sans fondement. Dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, la Cour suprême du Canada a déjà établi que, lorsqu'une décision est fondée sur des notes ou sur un rapport, ceux-ci constituent les motifs de la décision. Dans la présente affaire, le demandeur a reçu des copies des rapports fondés sur l'article 44. En conséquence, étant donné que le demandeur a obtenu copie du rapport sur lequel la décision était fondée, aucun manquement à l'obligation d'équité n'a été commis en l'espèce.

[15] Quant au dernier motif de contrôle que le demandeur a soulevé, soit l'absence de fondement juridique au soutien de la mesure d'exclusion, il semble que l'agent était convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur n'avait pas respecté les exigences de l'alinéa 20(1)a) de la Loi et de l'article 6 du Règlement.

[16] Dans le cas sous étude, il existe au dossier une preuve abondante permettant de conclure à la possibilité que le demandeur soit venu au Canada dans l'intention d'y vivre comme résident permanent. Il avait lancé une entreprise et acheté une maison dans la ville de Toronto; il avait également épousé une citoyenne canadienne, en plus d'avoir un fils né au Canada. Qui plus est, ce n'est que le 12 février 2004 que le demandeur a présenté une demande de résidence permanente afin de s'établir et de

however, automatically lead to the officer's conclusion that the applicant was indeed in contravention of paragraph 20(1)(a) of the Act and section 6 of the Regulations when he entered and remained in Canada?

[17] Subsection 20(1), sections 21 and 22 of the Act, and paragraph 41(a) of the Act which are relevant in this case, read as follows:

**20.** (1) Every foreign national, other than a foreign national referred to in section 19, who seeks to enter or remain in Canada must establish,

(a) to become a permanent resident, that they hold the visa or other document required under the regulations and have come to Canada in order to establish permanent residence; and

(b) to become a temporary resident, that they hold the visa or other document required under the regulations and will leave Canada by the end of the period authorized for their stay.

...

**21.** (1) A foreign national becomes a permanent resident if an officer is satisfied that the foreign national has applied for that status, has met the obligations set out in paragraph 20(1)(a) and subsection 20(2) and is not inadmissible.

(2) Except in the case of a person described in subsection 112(3) or a person who is a member of a prescribed class of persons, a person whose application for protection has been finally determined by the Board to be a Convention refugee or to be a person in need of protection, or a person whose application for protection has been allowed by the Minister, becomes, subject to any federal-provincial agreement referred to in subsection 9(1), a permanent resident if the officer is satisfied that they have made their application in accordance with the regulations and that they are not inadmissible on any ground referred to in section 34 or 35, subsection 36(1) or section 37 or 38.

**22.** (1) A foreign national becomes a temporary resident if an officer is satisfied that the foreign national has applied for that status, has met the obligations set out in paragraph 20(1)(b) and is not inadmissible.

(2) An intention by a foreign national to become a permanent resident does not preclude them from becoming a temporary resident if the officer is satisfied that they will leave Canada by the end of the period authorized for their stay.

...

rester au Canada. Cependant, cette situation permet-elle automatiquement à l'agent de conclure que le demandeur a effectivement contrevenu à l'alinéa 20(1)a) de la Loi et à l'article 6 du Règlement lorsqu'il est arrivé et qu'il est resté au Canada?

[17] Voici les extraits pertinents du paragraphe 20(1) et des articles 21, 22 et 41 de la Loi:

**20.** (1) L'étranger non visé à l'article 19 qui cherche à entrer au Canada ou à y séjourner est tenu de prouver:

a) pour devenir un résident permanent, qu'il détient les visa ou autres documents réglementaires et vient s'y établir en permanence;

b) pour devenir un résident temporaire, qu'il détient les visa ou autres documents requis par règlement et aura quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisée.

[. . .]

**21.** (1) Devient résident permanent l'étranger dont l'agent constate qu'il a demandé ce statut, s'est déchargé des obligations prévues à l'alinéa 20(1)a) et au paragraphe 20(2) et n'est pas interdit de territoire.

(2) Sous réserve d'un accord fédéro-provincial visé au paragraphe 9(1), devient résident permanent la personne à laquelle la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger a été reconnue en dernier ressort par la Commission ou celle dont la demande de protection a été acceptée par le ministre—sauf dans le cas d'une personne visée au paragraphe 112(3) ou qui fait partie d'une catégorie réglementaire—dont l'agent constate qu'elle a présenté sa demande en conformité avec les règlements et qu'elle n'est pas interdite de territoire pour l'un des motifs visés aux articles 34 ou 35, au paragraphe 36(1) ou aux articles 37 ou 38.

**22.** (1) Devient résident temporaire l'étranger dont l'agent constate qu'il a demandé ce statut, s'est déchargé des obligations prévues à l'alinéa 20(1)b) et n'est pas interdit de territoire.

(2) L'intention qu'il a de s'établir au Canada n'empêche pas l'étranger de devenir résident temporaire sur preuve qu'il aura quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisée.

[. . .]

41. A person is inadmissible for failing to comply with this Act

(a) in the case of a foreign national, through an act or omission which contravenes, directly or indirectly, a provision of this Act; and

[18] Section 6, subsections 7(1) and (2), section 11 [as am. by SOR/2004-167, s. 6], subsections 72(1) [as am. *idem*, s. 26] and (2) [as am. *idem*] and section 181 of the Regulations which are also relevant, read as follows:

6. A foreign national may not enter Canada to remain on a permanent basis without first obtaining a permanent resident visa.

7. (1) A foreign national may not enter Canada to remain on a temporary basis without first obtaining a temporary resident visa.

(2) Subsection (1) does not apply to a foreign national who

(a) is exempted under Division 5 of Part 9 from the requirement to have a temporary resident visa;

(b) holds a temporary resident permit issued under subsection 24(1) of the Act; or

(c) is authorized under the Act or these Regulations to re-enter Canada to remain in Canada.

...

11. (1) An application for a permanent resident visa—other than an application for a permanent resident visa made under Part 8—must be made to the immigration office that serves

(a) the country where the applicant is residing, if the applicant has been lawfully admitted to that country for a period of at least one year; or

(b) the applicant's country of nationality or, if the applicant is stateless, their country of habitual residence other than a country in which they are residing without having been lawfully admitted.

(2) An application for a temporary resident visa—or an application for a work permit or study permit that under these Regulations must be made outside of Canada—must be made to an immigration office that serves as an immigration office for processing the type of application made and that serves, for the purpose of the application,

(a) the country in which the applicant is present and has been lawfully admitted; or

41. S'agissant de l'étranger, emportent interdiction de territoire pour manquement à la présente loi tout fait—acte ou omission—commis directement ou indirectement en contravention avec la présente loi et, s'agissant du résident permanent, le manquement à l'obligation de résidence et aux conditions imposées.

[18] Il convient également de reproduire certaines dispositions du Règlement qui sont pertinentes; soit l'article 6, les paragraphes 7(1) et (2), l'article 11 [mod. par DORS/2004-167, art. 6], les paragraphes 72(1) [mod., *idem*, art. 26] et (2) [mod., *idem*] et l'article 181:

6. L'étranger ne peut entrer au Canada pour s'y établir en permanence que s'il a préalablement obtenu un visa de résident permanent.

7. (1) L'étranger ne peut entrer au Canada pour y séjourner temporairement que s'il a préalablement obtenu un visa de résident temporaire.

(2) Cette obligation ne s'applique pas:

a) à l'étranger dispensé, au titre de la section 5 de la partie 9, de l'obligation d'obtenir un visa de résident temporaire;

b) au titulaire d'un permis de séjour temporaire délivré au titre du paragraphe 24(1) de la Loi;

c) à tout étranger autorisé, en vertu de la Loi ou du présent règlement, à rentrer au Canada pour y séjourner.

[. . .]

11. (1) L'étranger fait sa demande de visa de résident permanent—autre que celle faite au titre de la partie 8—au bureau d'immigration qui dessert:

a) soit le pays dans lequel il réside, s'il y a été légalement admis pour une période d'au moins un an;

b) soit le pays dont il a la nationalité ou, s'il est apatride, le pays dans lequel il a sa résidence habituelle—autre que celui où il n'a pas été légalement admis.

(2) L'étranger qui fait une demande de visa de résident temporaire—ou une demande de permis de travail ou d'études qui, selon le présent règlement, doit être faite hors du Canada—doit la faire au bureau d'immigration qui traite son type de demande et qui, pour les besoins de la demande, dessert:

a) soit le pays dans lequel il est présent et dans lequel il a été légalement admis;

(b) the applicant's country of nationality or, if the applicant is stateless, their country of habitual residence other than a country in which they are residing without having been lawfully admitted.

(3) An application to remain in Canada as a permanent resident as a member of one of the classes referred to in section 65 or subsection 72(2), and an application to remain in Canada referred to in subsection 175(1), must be made to the Department's Case Processing Centre in Canada that serves the applicant's place of habitual residence.

(4) An applicant for a permanent resident card must send the application to the Department's Case Processing Centre in Canada that serves the applicant's place of habitual residence.

(5) A person who applies to sponsor a foreign national must send the application to the Department's Case Processing Centre in Canada that serves the applicant's place of habitual residence.

...

72. (1) A foreign national in Canada becomes a permanent resident if, following an examination, it is established that

(a) they have applied to remain in Canada as a permanent resident as a member of a class referred to in subsection (2);

(b) they are in Canada to establish permanent residence;

(c) they are a member of that class;

(d) they meet the selection criteria and other requirements applicable to that class;

(e) except in the case of a foreign national who has submitted a document accepted under subsection 178(2) or of a member of the protected temporary residents class,

(i) they and their family members, whether accompanying or not, are not inadmissible,

(ii) they hold a document described in any of paragraphs 50(1)(a) to (h), and

(iii) they hold a medical certificate, based on the most recent medical examination to which they were required to submit under these Regulations within the previous 12 months, that indicates that their health condition is not likely to be a danger to public health or public safety and, unless subsection 38(2) of the Act applies, is not reasonably expected to cause excessive demand; and

(f) in the case of a member of the protected temporary residents class, they are not inadmissible.

b) soit le pays dont il a la nationalité ou, s'il est apatride, le pays dans lequel il a sa résidence habituelle—autre que celui où il n'a pas été légalement admis.

(3) Le demandeur de séjour au Canada au titre d'une des catégories prévues à l'article 65 ou au paragraphe 72(2) ou au titre du paragraphe 175(1) envoie sa demande au Centre de traitement des demandes du ministère au Canada qui dessert son lieu de résidence habituelle.

(4) Le demandeur d'une carte de résident permanent envoie sa demande au Centre de traitement des demandes du ministère au Canada qui dessert son lieu de résidence habituelle.

(5) Le répondant qui demande à parrainer un étranger envoie sa demande de parrainage au Centre de traitement des demandes du ministère au Canada qui dessert son lieu de résidence habituelle.

[. . .]

72. (1) L'étranger au Canada devient résident permanent si, à l'issue d'un contrôle, les éléments suivants sont établis:

a) il en a fait la demande au titre d'une des catégories prévues au paragraphe (2);

b) il est au Canada pour s'y établir en permanence;

c) il fait partie de la catégorie au titre de laquelle il a fait la demande;

d) il satisfait aux critères de sélection et autres exigences applicables à cette catégorie;

e) sauf dans le cas de l'étranger ayant fourni un document qui a été accepté aux termes du paragraphe 178(2) ou de l'étranger qui fait partie de la catégorie des résidents temporaires protégés:

(i) ni lui ni les membres de sa famille—qu'ils l'accompagnent ou non—ne sont interdits de territoire,

(ii) il est titulaire de l'un des documents visés aux alinéas 50(1)a) à h),

(iii) il est titulaire d'un certificat médical attestant, sur le fondement de la plus récente visite médicale à laquelle il a été requis de se soumettre aux termes du présent règlement dans les douze mois qui précèdent, que son état de santé ne constitue vraisemblablement pas un danger pour la santé ou la sécurité publiques et, sauf si le paragraphe 38(2) de la Loi s'applique, ne risque pas d'entraîner un fardeau excessif;

f) dans le cas de l'étranger qui fait partie de la catégorie des résidents temporaires protégés, il n'est pas interdit de territoire.

(2) The classes are

- (a) the live-in caregiver class;
- (b) the spouse or common-law partner in Canada class; and
- (c) the protected temporary residents class.

...

**181.** (1) A foreign national may apply for an extension of their authorization to remain in Canada as a temporary resident if

- (a) the application is made by the end of the period authorized for their stay; and
- (b) they have complied with all conditions imposed on their entry into Canada.

(2) An officer shall extend the foreign national's authorization to remain in Canada as a temporary resident if, following an examination, it is established that the foreign national continues to meet the requirements of section 179.

[19] In my opinion, the officer failed to take into account the applicant's dual intent in entering Canada as a temporary resident. In fact, a person may have the dual intent of immigrating and of abiding by the immigration law respecting temporary entry. It is clear that at the time the exclusion order was issued the applicant had a valid status of temporary resident which allowed him to remain in Canada until July 22, 2004. Despite the fact that the applicant was married to a Canadian citizen, was father to a son born in Canada, owned a house and started a corporation in Toronto, it also appears that the applicant was travelling extensively inside and outside of Canada. In this regard, the applicant has apparently been involved in the financial investment sector since 1984 and has been actively involved in procuring capital for Canadian mining companies since 1987. This requires that he spend many months travelling abroad. Indeed, during the past two years preceding the issuance of the exclusion order, he entered and left Canada on approximately 25 different occasions. That said, the applicant's wife had the right under subsection 72(1) of the Regulations to apply at any time to the spouse in Canada class regulations to sponsor the applicant. Moreover, the applicant also had the right under subsection 181(1) of the Regulations to apply for an extension of his authorization to remain in Canada as a temporary resident. In such a case, the time for making such application had not expired, as it could have been

(2) Les catégories sont les suivantes:

- a) la catégorie des aides familiaux;
- b) la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada;
- c) la catégorie des résidents temporaires protégés.

[. . .]

**181.** (1) L'étranger peut demander la prolongation de son autorisation de séjourner à titre de résident temporaire si, à la fois:

- a) il en fait la demande à l'intérieur de sa période de séjour autorisée;
- b) il s'est conformé aux conditions qui lui ont été imposées à son entrée au Canada.

(2) L'agent prolonge l'autorisation de séjourner à titre de résident temporaire de l'étranger si, à l'issue d'un contrôle, celui-ci satisfait toujours aux exigences prévues à l'article 179.

[19] À mon avis, l'agent a omis de tenir compte de la double intention que le demandeur avait lorsqu'il est arrivé au Canada comme résident temporaire. En fait, une personne peut avoir la double intention d'immigrer et de respecter les règles de droit applicables au sujet du séjour temporaire. Il est évident qu'à la date à laquelle la mesure d'exclusion a été prise, le demandeur avait un statut de résident temporaire valide qui l'autorisait à rester au Canada jusqu'au 22 juillet 2004. Même si le demandeur a épousé une citoyenne canadienne, qu'il est père d'un fils né au Canada, qu'il possédait une maison et qu'il a lancé une entreprise à Toronto, il semble également qu'il voyageait beaucoup tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Canada. À cet égard, le demandeur travaille apparemment dans le secteur de l'investissement financier depuis 1984 et s'occupe activement d'obtenir des capitaux pour les sociétés minières canadiennes depuis 1987. À cette fin, il doit passer plusieurs mois à l'étranger. Effectivement, au cours des deux dernières années précédant la mesure d'exclusion, il est venu au Canada et a quitté le pays à environ 25 occasions différentes. Cela étant dit, l'épouse du demandeur avait le droit, en vertu du paragraphe 72(1) du Règlement, de présenter en tout temps une demande visant à parrainer le demandeur dans la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada. Le demandeur avait également le droit, en vertu du paragraphe 181(1) du Règlement, de demander la prolongation de son autorisation de

made until July 22, 2004. In the case at bar, the applicant and his wife had apparently not taken the decision to apply for permanent residence because of the fact that the applicant travels so much abroad and he wanted to be sure that his business was well established before he made the decision to reside permanently in Canada. As long as there was an intention to leave Canada when his temporary status expired, even if the applicant had been contemplating obtaining permanent resident status, it was not a violation of the Act to enter Canada with dual intent. This is made clear by subsection 22(2) of the Act and, therefore, the exclusion order made by the officer is based on an error of law.

[20] Moreover, given that the Act contemplates that persons who are married to spouses in Canada can apply for permanent residence from within Canada, it is incongruous to suggest that a person who is married to a Canadian spouse and who wishes to seek admission into Canada as a temporary resident can be inadmissible as a permanent resident without a visa. This is inconsistent with the provisions of the Act which expressly and explicitly allow spouses of Canadian citizens in Canada to apply for permanent residence within Canada. How can a person who had a legal right to apply for permanent residence in Canada be inadmissible as being a permanent resident without status? The finding is nonsensical and without logic and inconsistent with the provisions of the Act and the Regulations.

[21] In conclusion, the exclusion order appears to have been made hastily and prematurely as the officer manifestly failed to consider all relevant factors and circumstances. I find that at the time the exclusion order was made there was no basis for the officer to conclude, on a balance of probabilities, that the applicant had failed to comply with the requirements of paragraph 20(1)(a) of the Act and section 6 of the Regulations. Simply put, at the time the exclusion order was made, the applicant was not a permanent resident but rather a legally admitted temporary resident. In the case at bar,

séjourner au Canada à titre de résident temporaire. En pareil cas, le délai relatif à la présentation de cette demande n'avait pas expiré, puisque celle-ci aurait pu être faite jusqu'au 22 juillet 2004. Dans la présente affaire, le demandeur et son épouse n'avaient apparemment pas encore décidé de demander la résidence permanente, parce que le demandeur voyage beaucoup à l'étranger et voulait être certain que son entreprise était bien établie avant de décider de rester définitivement au Canada. Tant et aussi longtemps que le demandeur avait l'intention de quitter le Canada à l'expiration de son statut temporaire, même s'il envisageait la possibilité d'obtenir le statut de résident permanent, il n'a pas contrevenu à la Loi en entrant au Canada avec une double intention. C'est ce qu'indique clairement le paragraphe 22(2) de la Loi et, par conséquent, la mesure d'exclusion que l'agent a prise est fondée sur une erreur de droit.

[20] De plus, étant donné que la Loi prévoit que les personnes dont l'époux vit au Canada peuvent demander la résidence permanente depuis l'intérieur du Canada, il est incongru de dire qu'une personne qui a épousé un Canadien ou une Canadienne et qui désire être admise au Canada comme résident temporaire peut être interdite de territoire à titre de résident permanent sans visa. Cette allégation va à l'encontre des dispositions de la Loi qui permettent, expressément ou explicitement, aux époux des citoyens canadiens au Canada de demander la résidence permanente depuis l'intérieur du Canada. Comment une personne qui avait légalement le droit de demander la résidence permanente au Canada peut-elle être interdite de territoire parce qu'elle est un résident permanent sans statut? Cette conclusion est absurde et illogique et incompatible avec les dispositions de la Loi et du Règlement.

[21] En conclusion, il semble que la mesure d'exclusion a été prise à la hâte et de façon prématurée, parce que l'agent a manifestement omis de tenir compte de tous les facteurs et circonstances pertinents. Je suis d'avis qu'à la date à laquelle la mesure d'exclusion a été prise, il n'y avait aucune raison justifiant l'agent de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur n'avait pas respecté les exigences de l'alinéa 20(1)a) de la Loi et de l'article 6 du Règlement. En termes simples, à la date de cette mesure, le demandeur n'était pas un résident permanent, mais plutôt un résident



the exclusion order is devoid of any analysis of the relevant evidence with regards to the applicant's intention to establish permanent residence in Canada and prospect that he will not leave Canada by the end of the period authorized for his stay as a temporary resident. This justifies the setting aside of the exclusion order.

[22] That said, I note that the exclusion order is and purports to be strictly made on the basis that the applicant was found by the officer to be inadmissible under paragraph 41(a) of the Act. Whether the same or another removal order could be made on the basis that the applicant could be found to be inadmissible on grounds of serious criminality under section 36 of the Act or misrepresentation under section 40 of the Act, is purely hypothetical and does not need to be considered by the Court at this stage. Same can be said with respect to the subsequent refusal of the officer to extend temporary resident status in Canada to the applicant and which is the object of another judicial review application (IMM-8679-04). The applicant also requests, in his application for leave and judicial review, that the exclusion order be set aside and the matter be remitted back for reconsideration by a different officer in the event that this judicial review application is successful. Taking these various factors into consideration, I will therefore order that the matter be remitted back for redetermination by a different officer in accordance with the law.

[23] No question of general importance shall be certified.

#### ORDER

This Court orders that the present application for judicial review be granted. The decision of Mr. Hughes Simard, immigration officer, dated February 13, 2004, where he issued an exclusion order against the applicant is set aside and the matter is remitted back to the respondent for redetermination by a different officer in accordance with the law.

temporaire admis de façon légale. Dans la présente affaire, la mesure d'exclusion ne repose sur aucune analyse de la preuve pertinente quant à l'intention du demandeur de s'établir en permanence au Canada et quant au risque qu'il prolonge son séjour au Canada après l'expiration de la période visée par son autorisation de séjour temporaire. Cette conclusion justifie l'annulation de la mesure d'exclusion.

[22] Toutefois, je souligne que l'agent a pris la mesure d'exclusion strictement au motif qu'il a conclu que le demandeur était interdit de territoire en vertu de l'article 41 de la Loi. La question de savoir si l'agent aurait pu prendre la même mesure de renvoi ou une autre en raison de la possibilité que le demandeur soit jugé interdit de territoire pour grande criminalité en vertu de l'article 36 de la Loi ou pour fausses déclarations en vertu de l'article 40 de la Loi est purement hypothétique et il n'est pas nécessaire que la Cour l'examine à ce stade-ci. Il en va de même en ce qui concerne le refus subséquent par l'agent de prolonger l'autorisation du demandeur de séjourner au Canada à titre de résident temporaire, laquelle question fait l'objet d'une autre demande de contrôle judiciaire (IMM-8679-04). Le demandeur sollicite également, dans sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, l'annulation de la mesure d'exclusion et le renvoi de l'affaire en vue d'un réexamen par un autre agent pour le cas où la présente demande de contrôle judiciaire serait accueillie. Compte tenu de ces différents facteurs, j'ordonnerai donc que l'affaire soit renvoyée en vue d'une nouvelle décision par un autre agent en conformité avec la loi.

[23] Aucune question de portée générale ne sera certifiée.

#### ORDONNANCE

La Cour ordonne que la présente demande de contrôle judiciaire soit accueillie. La décision datée du 13 février 2004 par laquelle M. Hughes Simard, agent d'immigration, a pris une mesure d'exclusion contre le demandeur est annulée et l'affaire est renvoyée au défendeur en vue d'une nouvelle décision par un autre agent en conformité avec la loi.

T-1168-01  
2005 FC 121

T-1168-01  
2005 CF 121

**Apotex Inc. (Plaintiff)**

**Apotex Inc. (demanderesse)**

v.

c.

**Syntex Pharmaceuticals International Limited and Hoffman-LaRoche Limited (Defendants)**

**Syntex Pharmaceuticals International Limited et Hoffman-LaRoche Limited (défenderesses)**

and

et

**Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Attorney General of Canada (Third Party)**

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le procureur général du Canada (mise en cause)**

**INDEXED AS: APOTEX INC. v. SYNTEX PHARMACEUTICALS INTERNATIONAL LTD. (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ: APOTEX INC. c. SYNTEX PHARMACEUTICALS INTERNATIONAL LTD. (C.F.)**

Federal Court, Aronovitch P.—Ottawa, June 24, 2004 and January 27, 2005.

Cour fédérale, protonotaire Aronovitch—Ottawa, 24 juin 2004 et 27 janvier 2005.

*Crown — Torts — In main action, drug producers sued by generic for delay in securing Notice of Compliance (NOC) due to prohibition application — Defendants third partied Minister for short delay in issuing NOC after patent held invalid — Minister moving to strike third party proceedings — Crown arguing no cause of action as not “first person” (Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 8) — Whether third party claims can succeed under Ontario Negligence Act — Whether third party claims are in negligence — Whether Negligence Act, s. 1 applies only as between tortfeasors — Law on point not settled — Effect of S.C.C. decision in R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool — Pleas deficient but motion denied as perhaps sufficient to support action for negligent breach of statute.*

*Couronne — Responsabilité délictuelle — Dans l'action principale, des sociétés pharmaceutiques sont poursuivies par un fabricant de médicaments génériques en raison du retard dans l'obtention d'un avis de conformité (AC) causé par une demande d'interdiction — Les défenderesses ont mis le ministre en cause parce que celui-ci a brièvement tardé à délivrer un AC après que leur brevet eut été déclaré invalide — Le ministre veut faire radier les réclamations présentées contre lui en qualité de tierce partie — La Couronne a prétendu qu'il n'existe aucune cause d'action puisqu'elle n'est pas une «première personne» (art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)) — Les réclamations contre le ministre pouvaient-elles être accueillies suivant la Loi sur le partage de la responsabilité de l'Ontario? — Étaient-elles fondées sur la négligence? — L'art. 1 de la Loi sur le partage de la responsabilité s'applique-t-il seulement entre coauteurs d'un délit? — Question non réglée en droit — Effet de l'arrêt R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool rendu par la C.S.C. — La requête a été rejetée parce que, même si les plaidoyers étaient déficients ils pouvaient peut-être être suffisants pour soutenir une action en violation d'une loi par négligence.*

*Practice — Parties — Third Party Proceedings — Motion by Minister of Health to strike third party claims in generic drug company's damages action against drug companies which had sought to prohibit Minister from issuing Notice of Compliance (NOC) — Short delay in issuing NOC after patent held invalid — Whether cause of action against Crown under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations or Negligence Act (Ontario) — Negligence Act, s. 5 provides for*

*Pratique — Parties — Procédure de mise en cause — Requête du ministre de la Santé visant à faire radier les réclamations présentées contre lui dans le cadre d'une action en dommages-intérêts intentée par un fabricant de médicaments génériques contre des sociétés pharmaceutiques qui avaient demandé qu'il soit interdit au ministre de délivrer un avis de conformité (AC) — Bref retard dans la délivrance d'un AC après que le brevet eut été déclaré invalide —*

*addition of third party where damages contributed to by fault, neglect of two or more persons — Case law considered on question whether plaintiff's action must be in tort — Pleas deficient but not struck as may support action for negligent breach of statute.*

*Practice — Pleadings — Motion to Strike — Defendants' third party claims in action by generic drug producer for damages due to delay in securing Notice of Compliance (NOC) — Defendants' argument contentious questions on regulatory interpretation not to be decided on motion to strike rejected for want of complex question that can be resolved only at trial — Pleas deficient but not struck as may support action for negligent statutory breach.*

*Patents — Practice — Generic drug producer suing two drug companies for damages due to their seeking to prohibit issuance of Notice of Compliance (NOC) — Defendants third partying Minister of Health — Minister moving to strike third party claims — NOC issued two weeks after patent held invalid — Four-year delay in plaintiff securing NOC — No cause of action against Minister based on Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 8 but not plain, obvious claims based on Negligence Act (Ontario) futile — Motion denied.*

This was a motion to strike the defendants' third party claims. In the main action, plaintiff, Apotex, is suing Hoffman-LaRoche and Syntex Pharmaceuticals for damages under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, subsection 8(2), alleging that its generic version of naproxen slow release tablets was held off the market for four years due to defendants' application to prohibit the Minister from issuing it an NOC. Defendants instituted third party claims against the Minister of Health for recovery of a portion of the damages for which they may be found liable to Apotex. By judgment issued April 19, 1999 defendants' patent was declared invalid; on May 4 Apotex was issued an NOC. Thus the defendants' third party claim covers a period of just two weeks out of the four-year period at issue in the main action. The Crown maintained that *Regulations*, section 8

*Existait-il une cause d'action contre la Couronne en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) ou de la Loi sur le partage de la responsabilité (Ontario)? — L'art. 5 de cette Loi permet la mise en cause d'une partie lorsque des dommages ont été causés par la faute ou la négligence de deux ou de plusieurs personnes — Examen de la jurisprudence sur la question de savoir si la demanderesse devait intenter une action en responsabilité délictuelle — Les plaidoyers étaient déficients, mais n'ont pas été radiés parce qu'ils pouvaient soutenir une action en violation d'une loi par négligence.*

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Réclamations présentées contre une tierce partie par les défenderesses dans le cadre d'une action en dommages-intérêts intentée par un fabricant de médicaments à cause du retard à obtenir un avis de conformité (AC) — La prétention des défenderesses selon laquelle les questions litigieuses concernant l'interprétation d'un règlement ne doivent pas être tranchées dans le cadre d'une requête en radiation a été rejetée parce qu'il n'y a pas de question complexe ne pouvant être réglée que par un procès — Les plaidoyers étaient déficients, mais n'ont pas été radiés parce qu'ils pouvaient soutenir une action en violation d'une loi par négligence.*

*Brevets — Pratique — Action en dommages-intérêts intentée par un fabricant de médicaments génériques contre deux sociétés pharmaceutiques qui avaient demandé l'interdiction de délivrer un avis de conformité (AC) — Les défenderesses ont mis le ministre de la Santé en cause — Le ministre a voulu faire radier les réclamations présentées contre lui en qualité de tierce partie — L'AC a été délivré deux semaines après que le brevet eut été déclaré invalide — La demanderesse a obtenu l'AC après un délai de quatre ans — Il n'existait aucune cause d'action contre le ministre fondée sur l'art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), mais il n'est pas clair et évident que les réclamations fondées sur la Loi sur le partage de la responsabilité (Ontario) étaient futiles — Requête rejetée.*

Il s'agit d'une requête visant à faire radier les réclamations présentées par les défenderesses contre une tierce partie. Dans l'action principale, la demanderesse, Apotex, réclame des dommages-intérêts à Hoffman-LaRoche et à Syntex Pharmaceuticals en vertu du paragraphe 8(2) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, parce que l'entrée sur le marché de sa version générique des comprimés de naproxen à libération lente a été retardée pendant quatre ans en raison de la demande présentée par les défenderesses afin qu'il soit interdit au ministre de lui délivrer un AC. Les défenderesses ont introduit des réclamations contre une tierce partie—le ministre de la Santé—pour une partie des dommages-intérêts qu'elles pourraient être tenues de payer à Apotex. Leur brevet ayant été déclaré invalide le 19 avril 1999 et un AC ayant été délivré à Apotex le 4 mai suivant, les

establishes a compensation scheme under which a “second person” can recover from what is termed a “first person” (patent holder) and that the Crown is not a “first person”. Defendants responded that the interpretation of section 8 was not a matter that should be dealt with by motion to strike. They also submitted that even if they could not claim relief against the Minister under section 8, it was not plain and obvious that a third party claim could not succeed in seeking contribution and indemnity from the Crown under the Ontario *Negligence Act*.

*Held*, motion to strike should be denied.

It was plain and obvious that there was no cause of action arising out of section 8; there was no complex question of interpretation that could be satisfactorily resolved only in the context of a trial. The defendants would not be prejudiced by such a finding. Should the Court find that the Minister’s actions contributed to the delay, defendants could seek a declaration that the damages awarded against them be reduced by an appropriate amount. Furthermore, they could take advantage of the right to discovery of the Minister, as a non-party (rules 233, 238).

However, it was not plain and obvious that the defendants could not secure relief under the *Negligence Act*. Under section 1 of the Act, where damages have been contributed to by the “fault or neglect” of two or more persons, they can be held jointly and severally liable and, under section 5, one not a party to the action may be added as a third party.

The person against whom contribution is sought pursuant to section 1 must potentially be liable to the plaintiff. Before dealing with whether the pleadings were sufficient to support a potential cause of action in negligence by Apotex against the Minister, the question of whether, in order to claim contribution and indemnity under Act, section 1, plaintiff’s action against Syntex and Hoffman-LaRoche had to be in tort was considered. Although Laskin C.J. wrote, by way of *obiter*, in a 1978 case that it was difficult to see how contractual liability could be read into a provision “which had interrelated provisions dominated by reference to tortfeasors”, the question is not settled, there being recent case law that section 1 is not limited to negligence.

réclamations présentées contre le ministre par les défenderesses ne visent qu’une période de deux semaines sur les quatre années qui sont en cause dans l’action principale. La Couronne a soutenu que l’article 8 du Règlement établit un régime d’indemnisation qui traite des réclamations d’une «seconde personne» contre une «première personne» (le titulaire du brevet) et qu’elle n’est pas une «première personne». Les défenderesses ont répondu que l’interprétation de l’article 8 du Règlement n’est pas une question qui devrait être tranchée dans le cadre d’une requête en radiation. Elles ont en outre soutenu que, même si l’article 8 du Règlement ne peut servir de fondement à une réclamation contre le ministre, il n’est pas clair et évident que leurs réclamations contre celui-ci ne pouvaient pas être accueillies dans la mesure où elles demandaient une contribution et une indemnité à la Couronne en vertu de la *Loi sur le partage de la responsabilité* de l’Ontario.

*Jugement*: la requête en radiation est rejetée.

Il est clair et évident qu’aucune cause d’action ne découlait de l’article 8 du Règlement; il n’y avait pas de question complexe d’interprétation qui ne pouvait être réglée de manière satisfaisante que par un procès. Une telle conclusion ne causerait aucun préjudice aux défenderesses. Si la Cour considérait que la conduite du ministre a contribué au retard, il serait loisible aux défenderesses de demander un jugement déclarant que les dommages-intérêts qu’elles pourraient être condamnées à payer soient réduits d’un montant approprié. En outre, elles pourraient se prévaloir du droit de procéder à l’interrogatoire, du ministre, qui n’est pas une partie à l’instance (règles 233 et 238).

Il n’est pas clair et évident, cependant, que les défenderesses ne pourraient pas obtenir réparation en vertu de la *Loi sur le partage de la responsabilité*. L’article 1 de cette loi prévoit, que si deux ou plusieurs personnes ont causé des dommages «par leur faute ou par leur négligence», elles peuvent être tenues solidairement responsables, et l’article 5 permet qu’une personne qui n’est pas partie à l’action soit mise en cause.

La personne visée par la demande de contribution prévue à l’article 1 peut devoir être redevable envers la demanderesse. Avant de décider si les plaidoyers démontrent qu’il existe une cause d’action pour négligence par Apotex contre le ministre, il faut décider si la demanderesse doit intenter une action en responsabilité délictuelle contre les défenderesses Syntex et Hoffman-LaRoche pour obtenir une contribution et une indemnité en vertu de l’article 1 de la Loi. Même si le juge en chef Laskin a écrit de manière incidente dans un arrêt de 1978, qu’il était difficile de voir comment on pouvait considérer que la responsabilité contractuelle était comprise dans un article de loi «intimement lié à d’autres articles visant principalement les auteurs de délits», la question n’est pas réglée, certaines

The effect of the Supreme Court of Canada's decision in *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool* judgment is that any civil consequences of a statutory breach are subsumed in the law of negligence; proof of a statutory breach that causes damages can constitute evidence of common law negligence. The formulation of the duty in statute was accepted as providing a useful standard of reasonable conduct.

While the third party claims herein were deficient in failing to allege negligence or any other tortious conduct on the Minister's part, they should not be struck out. Generously construed, they might be sufficient to support an action for negligent breach of statute. There was no purpose in ordering that the Ministers' allegedly negligent conduct be particularized since it was unlikely that the facts would be within defendants' knowledge.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Grain Act*, S.C. 1970-71-72, c. 7, s. 86(c).  
*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 3 (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 36).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 193, 233, 238.  
*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.004(1)(a) (as am. by SOR/95-411, s. 6).  
*Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1, ss. 1, 2, 3, 5.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 2 "first person", "second person" (as am. by SOR/99-379, s. 1), 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3), 8 (as am. by SOR/98-166, s. 8).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada Colors & Chemicals Ltd. v. Tenneco Canada Inc.* (1995), 21 O.R. (3d) 438; 121 D.L.R. (4th) 556; 37 C.P.C. (3d) 154; 77 O.A.C. 344 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263; (2003), 233 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (4th) 45; 19

décisions récentes indiquant que l'article 1 ne s'applique pas seulement dans les cas de négligence.

Selon l'arrêt *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool* rendu par la Cour suprême du Canada, toutes les conséquences civiles de la violation d'une loi sont incluses dans le droit relatif à la responsabilité pour négligence. La preuve de la violation d'une loi qui cause des dommages peut constituer une preuve de négligence en common law. En outre, l'obligation formulée dans un texte de loi constitue une norme de conduite raisonnable utile.

Même si les réclamations contre le ministre n'alléguent pas la négligence ou une autre conduite délictueuse précise de la part de celui-ci, elles ne doivent pas être radiées. Si on leur donne une interprétation généreuse, elles pouvaient être suffisantes pour soutenir une action en violation d'une loi par négligence. Il n'y avait aucune raison d'ordonner que la prétendue conduite négligente du ministre soit précisée puisque les défenderesses ne connaissaient probablement pas les faits.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 3 (mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 36).  
*Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, ch. N.1, art. 1, 2, 3, 5.  
*Loi sur les grains du Canada*, S.C. 1970-71-72, ch. 7, art. 86c).  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.004(1)a) (mod. par DORS/95-411, art. 6).  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 2 «première personne», «seconde personne» (mod. par DORS/99-379, art. 1), 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3), 8 (mod. par DORS/98-166, art. 8).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 193, 233, 238.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Canada Colors & Chemicals Ltd. v. Tenneco Canada Inc.* (1995), 21 O.R. (3d) 438; 121 D.L.R. (4th) 556; 37 C.P.C. (3d) 154; 77 O.A.C. 344 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263; (2003), 233 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (4th) 45; 19

C.C.L.T. (3d) 163; 312 N.R. 305; 180 O.A.C. 201; 2003 SCC 69; *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425; *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co. Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 1346; (1978), 84 D.L.R. (3d) 344; 4 C.C.L.T. 143; 5 C.P.C. 223; 19 N.R. 298; *Walker Estate v. York-Finch General Hospital* (1995), 26 O.R. (3d) 280; 43 C.P.C. (3d) 337 (Gen. Div.).

## REFERRED TO:

*Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.* (2001), 13 C.P.R. (4th) 78; 2001 FCT 636; affd 2002 FCA 389; [2002] F.C.J. No. 1833 (QL); *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCT 166; [2002] F.C.J. No. 236 (QL); affd 2002 FCA 390; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, T-1686-01, Lafrenière P., order dated 30/4/02 (F.C.T.D.); affd Campbell J., order dated 8/7/02 (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.* (2001), 15 C.P.R. (4th) 129; 212 F.T.R. 300; 2001 FCT 1144; affd (2002), 22 C.P.R. (4th) 19; 2002 FCA 411; *Apotex Inc. v. Syntex Pharmaceuticals International Ltd.* (2001), 16 C.P.R. (4th) 473; 2001 FCT 1375; affd (2002), 224 F.T.R. 160; 2002 FCA 222; *Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.*, 2004 FCA 358; [2004] F.C.J. No. 1794 (QL); *Pet Valu Inc. v. Thomas*, [2004] O.J. No. 497 (S.C.J.) (QL); *Ecolab Ltd. v. Greenspace Services Ltd.*, [1996] O.J. No. 3528 (Gen. Div.) (QL).

MOTION to strike third party claims. Motion denied.

## APPEARANCES:

*F. B. Woyiwada* for third party.  
*Nancy P. Pei* for defendants.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada*, for third party.  
*Smart & Biggar*, Toronto, for defendants.

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

ARONOVITCH P.:

Background

[1] The Minister's motion to strike the defendants' third party claims in this action is best understood with

C.C.L.T. (3d) 163; 312 N.R. 305; 180 O.A.C. 201; 2003 CSC 69; *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425; *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 1346; (1978), 84 D.L.R. (3d) 344; 4 C.C.L.T. 143; 5 C.P.C. 223; 19 N.R. 298; *Walker Estate v. York-Finch General Hospital* (1995), 26 O.R. (3d) 280; 43 C.P.C. (3d) 337 (Div. gén.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co.* (2001), 13 C.P.R. (4th) 78; 2001 CFPI 636; conf. par 2002 CAF 389; [2002] A.C.F. n° 1833 (QL); *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CFPI 166; [2002] A.C.F. n° 236 (QL); conf. par 2002 CAF 390; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundatton Ltd.*, T-1686-01, le protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 30-4-02 (C.F. 1<sup>re</sup> inst); conf. par le juge Campbell, ordonnance en date du 8-7-02 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co.* (2001), 15 C.P.R. (4th) 129; 212 F.T.R. 300; 2001 CFPI 1144; conf. par (2002), 22 C.P.R. (4th) 19; 2002 CAF 411; *Apotex Inc. c. Syntex Pharmaceuticals International Ltd.* (2001), 16 C.P.R. (4th) 473; 2001 CFPI 1375; conf. par (2002), 224 F.T.R. 160; 2002 CAF 222; *Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co.*, 2004 CAF 358; [2004] A.C.F. n° 1794 (QL); *Pet Valu Inc. c. Thomas*, [2004] O.J. n° 497 (C.S.J.) (QL); *Ecolab Ltd. c. Greenspace Services Ltd.*, [1996] O.J. n° 3528 (Div. gén.) (QL).

REQUÊTE en radiation de réclamations contre une tierce partie. Requête rejetée.

## ONT COMPARU:

*F. B. Woyiwada* pour la mise en cause.  
*Nancy P. Pei* pour les défenderesses.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la mise en cause.  
*Smart & Biggar*, Toronto, pour les défenderesses.

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

LA PROTONOTAIRE ARONOVITCH:

Contexte

[1] Pour mieux comprendre la requête présentée par le ministre dans le but de faire radier les réclamations

some explanation of the special regime created by the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the Regulations).

[2] As between competing drug companies, where one proposes to market a drug that may infringe another's patent, it must give notice to the patent holder. The drug company that holds the patent may then choose to initiate a prohibition proceeding under section 6 [as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3] of the Regulations, prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance or "NOC" for the drug until after the patent expires.

[3] The prohibition proceeding essentially has the effect of an injunction as a new drug cannot be marketed without an NOC which, in turn, cannot be issued during the course of the prohibition proceedings. To balance this right to what is effectively a statutory injunction, comes section 8 [as am. by SOR/98-166, s. 8] of the Regulations, which allows a claim to be brought for damages for delay in circumstances where a prohibition proceeding is unsuccessful or where it is successful but ultimately dismissed on appeal.

#### The main action and third party claims

[4] Against that background, Apotex Inc. (Apotex), the plaintiff in the main action, is suing Hoffman-LaRoche Limited (Roche) and Syntex Pharmaceuticals International Limited (Syntex) for damages under subsection 8(2) of the Regulations, on the basis that its generic version of naproxen slow release tablets was held off the market for a period of some four years, from July 1995 to May 1999, by reason of the defendants' application to prohibit the Minister from issuing an NOC to Apotex.

[5] The defendants, Syntex and Roche, have in turn instituted identical third party claims against the Minister of Health (the Minister) for part of the damages for

présentées contre lui, une tierce partie, par les défenderesses, il faut donner quelques explications du régime spécial créé par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement).

[2] Lorsqu'une société pharmaceutique se propose de commercialiser un médicament qui peut contrefaire le brevet d'une société pharmaceutique concurrente, elle doit en aviser le titulaire du brevet. La société pharmaceutique qui détient le brevet peut alors décider d'intenter la procédure prévue à l'article 6 [mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3] du Règlement afin qu'il soit interdit au ministre de délivrer un avis de conformité (AC) pour le médicament avant l'expiration du brevet.

[3] La procédure d'interdiction a essentiellement l'effet d'une injonction puisqu'un nouveau médicament ne peut pas être commercialisé sans AC et qu'un AC ne peut être délivré pendant la procédure d'interdiction. L'article 8 [mod. par DORS/98-166, art. 8] du Règlement vient faire contrepoids à ce droit et à ce qui, dans les faits, équivaut à une injonction légale. Cette disposition permet qu'une action en dommages-intérêts soit intentée relativement au retard si l'interdiction n'a pas été accordée ou, si elle l'a été, est ensuite annulée en appel.

#### L'action principale et les réclamations contre une tierce partie

[4] C'est dans ce contexte qu'Apotex Inc. (Apotex), la demanderesse dans l'action principale, réclame des dommages-intérêts à Hoffman-LaRoche Limited (Roche) et Syntex Pharmaceuticals International Limited (Syntex) en vertu du paragraphe 8(2) du Règlement, parce que l'entrée sur le marché de sa version générique des comprimés de naproxen à libération lente a été retardée pendant environ quatre ans, soit de juillet 1995 à mai 1999, en raison de la demande présentée par les défenderesses afin qu'il soit interdit au ministre de lui délivrer un AC.

[5] Les défenderesses, Syntex et Roche, ont, pour leur part, introduit des réclamations identiques contre une tierce partie—le ministre de la Santé (le ministre)—pour

which they may be found liable to Apotex.

[6] The defendants' patent having been declared to be invalid in a judgment that issued on April 19, 1999, and an NOC having issued to Apotex on May 4, 1999, the defendants allege in their suits against the Minister that she owed a duty to Apotex that she breached in refusing, "without lawful justification", to issue an NOC to Apotex immediately upon the judgment of invalidity. Roche and Syntex assert that if they are found liable to Apotex, the Minister, in turn, is liable to the defendants for the period between April 19, 1999 and May 4, 1999. This represents a period of roughly two weeks out of the four years that is the subject-matter of the main action.

#### Cause of actions under section 8 of the Regulations

[7] The Crown maintains that there is no cause of action against the Minister arising out of section 8 of the Regulations, as section 8 establishes a compensation scheme that provides exclusively for claims by a "second person" [as am. by SOR/99-379, s. 1] against a "first person" as these terms are defined in the Regulations [section 2]. The first person being the patent holder, the second person, being the person wishing to obtain an NOC to market its drug.

[8] The Crown maintains that it is not a first person. Nothing in section 8 of the Regulations creates a right of recovery against anyone other than a first person. Moreover, section 8 does not create a right of action by anyone other than a second person, and the defendants Syntex and Roche are not second persons. There is accordingly nothing in section 8, says the Crown, that gives the Court jurisdiction to make the order sought by the defendants against the Crown.

[9] The defendants' response to the motion is twofold. First, they rely on the now-abundant jurisprudence of this Court, that contentious questions requiring the interpretation of section 8 of the Regulations, are not appropriate to be disposed of on a motion to strike, nor indeed on summary judgment, and require a full trial

une partie des dommages-intérêts qu'elles pourraient être tenues de payer à Apotex.

[6] Leur brevet ayant été déclaré invalide dans une décision rendue le 19 avril 1999 et un AC ayant été délivré à Apotex le 4 mai 1999, les défenderesses allèguent dans leurs poursuites contre le ministre que celui-ci avait une obligation envers Apotex et qu'il a manqué à cette obligation en refusant, [TRADUCTION] «sans raison valable», de lui délivrer un AC immédiatement après la décision relative à l'invalidité. Roche et Syntex soutiennent que, si elles sont tenues responsables envers Apotex, le ministre, de son côté, est responsable envers elles pour la période allant du 19 avril au 4 mai 1999, soit une période d'environ deux semaines sur les quatre années qui sont en cause dans l'action principale.

#### Les causes d'action prévues à l'article 8 du Règlement

[7] La Couronne soutient qu'aucune cause d'action contre le ministre ne découle de l'article 8 du Règlement car cette disposition établit un régime d'indemnisation qui traite exclusivement des réclamations d'une «seconde personne» [mod. par DORS/99-379, art. 1] contre une «première personne», ces deux expressions étant définies dans le Règlement [article 2]. La première personne est le titulaire du brevet et la seconde personne, celle qui souhaite obtenir un AC en vue de commercialiser son médicament.

[8] La Couronne soutient qu'elle n'est pas une première personne. Or, l'article 8 du Règlement ne prévoit un droit de recouvrer des dommages-intérêts que contre une première personne. En outre, cette disposition ne confère un droit d'action qu'à une seconde personne, et les défenderesses Syntex et Roche ne sont pas des secondes personnes. La Couronne fait valoir en conséquence que l'article 8 ne permet pas à la Cour de rendre l'ordonnance demandée par les défenderesses contre elle.

[9] La réponse des défenderesses à la requête comporte deux volets. Premièrement, elles se fondent sur la jurisprudence abondante de la Cour selon laquelle les questions litigieuses exigeant l'interprétation de l'article 8 du Règlement ne doivent pas être tranchées dans le cadre d'une requête en radiation ou d'une procédure



(*Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.* (2001), 13 C.P.R. (4th) 78 (F.C.T.D.); affd 2002 FCA 389; *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCT 166; affd 2002 FCA 390; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, order dated April 30, 2002 in T-1686-01, Lafrenière P. (F.C.T.D.); affd order dated July 8, 2002, Campbell J. (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.* (2001), 15 C.P.R. (4th) 129 (F.C.T.D.); affd (2002), 22 C.P.R. (4th) 19 (F.C.A.); *Apotex Inc. v. Syntex Pharmaceuticals International Inc.* (2001), 16 C.P.R. (4th) 473 (F.C.T.D.); affd (2002), 224 F.T.R. 160 (F.C.A.)).

[10] Second, Roche and Syntex argue that even if a claim against the Minister cannot be grounded in section 8 of the Regulations, it is not plain and obvious that the third party claim cannot possibly succeed in so far as the defendants seek contribution and indemnity from the Crown pursuant to the Ontario *Negligence Act* [R.S.O. 1990, c. N.1].

[11] I am persuaded by the arguments of the Crown that there is no cause of action against the Minister arising out of section 8 of the Regulations. Indeed the defendants simply invoke the above-noted jurisprudence but offer no arguable basis on which to ground the liability of the Crown under section 8.

[12] Roche and Syntex have not provided the Court with any statement of the complex question involving the interpretation of section 8 that “can only be satisfactorily resolved in the context of a trial” on the basis of full argument and a full evidentiary record (*Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.*, 2004 FCA 358).

[13] Accordingly, the body of jurisprudence on which the defendants’ rely in my view, does not preclude the finding of an absence of a cause of action in the circumstances of this case. Indeed having accepted the allegations as proven, and having given the claims the broadest and most generous interpretation, I find it plain and obvious that the third party claims in so far as they are grounded in the liability of the Crown pursuant to

sommaire, mais par une décision rendue au terme d’une instruction complète (*Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co.* (2001), 13 C.P.R. (4th) 78 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par 2002 CAF 389; *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CFPI 166; conf. par 2002 CAF 390; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, ordonnance rendue en date du 30 avril 2002 dans T-1686-01, le protonotaire Lafrenière (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par une ordonnance datée du 8 juillet 2002, le juge Campbell (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co.* (2001), 15 C.P.R. (4th) 129 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (2002), 22 C.P.R. (4th) 19 (C.A.F.); *Apotex Inc. c. Syntex Pharmaceuticals International Inc.* (2001), 16 C.P.R. (4th) 473 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (2002), 224 F.T.R. 160 (C.A.F.)).

[10] Deuxièmement, Roche et Syntex soutiennent que, même si l’article 8 du Règlement ne peut servir de fondement à une réclamation contre le ministre, il n’est pas clair et évident que leurs réclamations contre le ministre ne peuvent pas être accueillies dans la mesure où elles demandent une contribution et une indemnité à la Couronne en vertu de la *Loi sur le partage de la responsabilité* de l’Ontario [L.R.O. 1990, ch. N.1].

[11] Les arguments de la Couronne me convainquent qu’aucune cause d’action contre le ministre ne découle de l’article 8 du Règlement. En fait, les défenderesses se contentent d’invoquer la jurisprudence indiquée précédemment, sans exposer de motifs défendables pour lesquels la Couronne pourrait être tenue responsable en vertu de l’article 8.

[12] Roche et Syntex n’ont pas fourni à la Cour un énoncé de la question complexe concernant l’interprétation de l’article 8 qui «ne [peut] être réglée de manière satisfaisante que par un procès» sur la foi d’une plaidoirie et d’un dossier de preuve complets (*Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co.*, 2004 CAF 358).

[13] En conséquence, la jurisprudence sur laquelle les défenderesses se fondent n’empêche pas, à mon avis, que l’on conclut à l’absence de cause d’action dans les circonstances de l’espèce. En fait, ayant admis les faits qui ont été prouvés et ayant interprété les réclamations de la manière la plus large et la plus généreuse possible, j’estime qu’il est clair et évident que, dans la mesure où elles reposent sur la responsabilité de la Couronne

section 8 of the Regulations, cannot possibly succeed.

[14] I also agree with the Crown that the defendants would not thereby be prejudiced. To the extent that the Minister's actions are such as may be considered by the Court in assessing damages pursuant to subsection 8(5) of the Regulations as contributing to the delay, the defendants would be at liberty to plead the facts in their defence and seek a declaration that any damages awarded against them be reduced by that amount. Moreover, in the circumstances, they could avail themselves of the right to documentary or other discovery of the Minister, as a non-party, pursuant to rules 233 and 238 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], it being a well-established principle that a person need not be made a party simply because discovery of the party is sought or the person may have evidence to be given at trial.

[15] That said, the claims will not be struck on that basis. While I agree with the Crown that there is no foundation for the action based on section 8, I am not prepared to find that it is plain and obvious that the defendants' claims, in so far as they seek indemnity and contribution pursuant to the *Negligence Act*, are futile and doomed to fail.

The defendants' arguments as to their cause of action based on the *Negligence Act*

[16] The following is the defendants' line of reasoning as to how the third party claims for indemnity and contribution come to be grounded in the *Negligence Act*, thereby raising a reasonable cause of action against the Crown.

prévue à l'article 8 du Règlement, les réclamations présentées contre le ministre ne peuvent être accueillies.

[14] Je suis également d'accord avec la Couronne lorsqu'elle dit que les défenderesses ne subiraient aucun préjudice en conséquence. Dans la mesure où la Cour peut considérer, aux fins de l'évaluation des dommages-intérêts en vertu du paragraphe 8(5) du Règlement, que la conduite du ministre a contribué au retard, il serait loisible aux défenderesses d'exposer les faits dans leur défense et de demander un jugement déclarant que les dommages-intérêts qu'elles pourraient être condamnées à payer sont réduits de ce montant. En outre, elles pourraient, dans les circonstances, se prévaloir du droit de demander la production de documents en la possession du ministre, qui n'est pas une partie à l'instance, et l'autorisation de procéder à son interrogatoire préalable en vertu des règles 233 et 238 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. Il est bien établi qu'il n'est pas nécessaire d'attribuer la qualité de partie à une personne simplement parce qu'elle peut être en possession d'éléments de preuve devant être produits devant le tribunal ou parce que l'autorisation de procéder à son interrogatoire préalable est demandée.

[15] Cela étant dit, les réclamations ne seront pas radiées pour ce motif. Bien que je sois d'accord avec la Couronne au sujet du fait que l'action ne peut être fondée sur l'article 8, je ne suis pas disposée à conclure qu'il est clair et évident que les réclamations des défenderesses sont futiles et vouées à l'échec en ce qui concerne l'indemnité et la contribution qu'elles demandent en vertu de la *Loi sur le partage de la responsabilité*.

Les arguments des défenderesses concernant leur cause d'action fondée sur la *Loi sur le partage de la responsabilité*

[16] Ce qui suit est le raisonnement des défenderesses au regard de la question de savoir comment les réclamations présentées contre le ministre, une tierce partie, dans le but d'obtenir une indemnité et une contribution trouvent leur fondement dans la *Loi sur le partage de la responsabilité*, laquelle leur donne une cause d'action raisonnable contre la Couronne.

[17] First, say Syntex and Roche, section 3 [as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 36] of the *Crown Liability and Proceedings Act* [R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)], which makes servants of the federal Crown liable for torts they commit results in the federal Crown being liable under provincial statute with respect to the tortious acts of their servants as though the Crown were a private person in that province.

[18] The Ontario *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1 (the *Negligence Act* or the Act)<sup>1</sup> provides in section 1, that where damages have been contributed to by the “fault or neglect” of two or more persons, the court can find them jointly and severally liable to the person suffering loss. Section 5 of the *Negligence Act* then provides for a person, not already party to an action, who may be responsible for the damages claimed, to be added as a third party under the appropriate rules of court, in this instance rule 193 of the *Federal Courts Rules*.

[19] We recall that the third party claims allege that the Minister is in violation of her duty to Apotex. No duty is pleaded as owing by the Minister to the defendants. This is permissible say the defendants, relying on *Canada Colors & Chemicals Ltd. v. Tenneco Canada Inc.* (1995), 21 O.R. (3d) 438 (C.A.), at page 447 (*Canada Colors*) for the proposition that for the purposes of applying section 1 of the *Negligence Act*, the person against whom contribution is sought, in this case the Minister, must be liable to the plaintiff, in our case Apotex.

[20] The defendants point out that under paragraph C.08.004(1)(a) [as am. by SOR/95-411, s. 6] of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, the Minister has a clear duty to issue an NOC to the applicant if no patent is found to be infringed. Thereafter say the defendants, whether a cause of action exists in negligence, as between Apotex and the Minister is determined by the test for negligence enunciated in *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263 (*Odhavji Estate*), described by the defendants as follows: “a plaintiff must be able to establish three things; (i) that

[17] En premier lieu, disent Syntex et Roche, l’article 3 [mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 36] de la *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)], qui rendent les préposés de l’État responsables des délits civils qu’ils commettent, fait en sorte que l’État fédéral est responsable en vertu du droit provincial des actes délictueux commis par ses préposés, comme si la Couronne était un particulier dans la province.

[18] La *Loi sur le partage de la responsabilité* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. N.1 (la Loi)<sup>1</sup>, prévoit, à l’article 1, que si deux ou plusieurs personnes ont causé des dommages «par leur faute ou par leur négligence», la Cour peut les tenir solidairement responsables envers la personne qui a subi la perte. L’article 5 de la Loi permet ensuite qu’une personne qui n’est pas déjà partie à l’action et qui pourrait être redevable des dommages-intérêts demandés soit mise en cause conformément aux règles applicables de la Cour—en l’espèce, la règle 193 des *Règles des Cours fédérales*.

[19] Nous nous rappelons que les réclamations visant le ministre allèguent que celui-ci a manqué à son obligation envers Apotex. Aucune obligation du ministre envers les défenderesses n’est alléguée. Celles-ci disent que cela ne pose pas problème et, se fondant sur *Canada Colors & Chemicals Ltd. v. Tenneco Canada Inc.* (1995), 21 O.R. (3d) 438 (C.A.), à la page 447 (*Canada Colors*), elles prétendent que, aux fins de l’application de l’article 1 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, la personne à laquelle une contribution est demandée—le ministre en l’espèce—doit être redevable envers la demanderesse—Apotex en l’espèce.

[20] Les défenderesses font observer que, selon l’alinéa C.08.004(1)a) [mod. par DORS/95-411, art. 6] du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, le ministre a clairement l’obligation de délivrer un AC si aucun brevet n’est contrefait. Dans ces conditions, disent elles, la question de savoir si une cause d’action pour négligence existe entre Apotex et le ministre est déterminée au moyen du critère relatif à la négligence énoncé dans *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263 (*Succession Odhavji*), lequel est décrit de la manière suivante par les défenderesses: «de demandeur

the defendant owed the plaintiff a duty of care; (ii) that the defendant breached that duty of care and (iii) that damages resulted from that breach”.

[21] In sum, the defendants say that they have pleaded the duty, its breach by the Minister, and the resulting damages to Apotex for which they are being sued. It follows that they are entitled to claim indemnity and contribution against the Crown pursuant to the *Negligence Act*.

[22] The Crown’s argument in response essentially is that the defendants’ plea in respect of the Minister’s refusal to issue the NOC is no more than a bare plea of breach of a statutory duty and on that basis ought to be struck there being no independent tort of statutory breach giving rise to a right of recovery (*R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205 (*Saskatchewan Wheat Pool*)).

[23] The third party claims are not claims in negligence says the Minister. They contain no reference to negligence, or the *Negligence Act*, nor do they assert allegations of negligent acts or conduct by the Minister. Moreover, the plaintiff Apotex’ cause of action here is said to be entirely created and defined by the Regulations. The only right of action to Apotex thereunder being exclusively against a first person and not the Minister.

#### Analysis and Conclusion

[24] The defendants properly cite *Canada Colors* for the proposition that the person against whom contribution is sought pursuant to section 1 of the *Negligence Act*, must potentially be liable to the plaintiff. In that case, following the Supreme Court in *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co. Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 1346 (*Giffels*), the Court found that in assessing the applicability of section 1 of the *Negligence Act* to a third party, the question to be asked is whether the plaintiff has or has had a cause of action against the third party arising out of the fault or neglect of the third party.

doit être en mesure d’établir trois éléments: (i) le défendeur était tenu à une obligation de diligence à son endroit; (ii) le défendeur a manqué à cette obligation de diligence; et (iii) il en est résulté des dommages».

[21] En somme, les défenderesses disent qu’elles ont établi l’obligation du ministre, son manquement et les dommages qui en ont résulté pour Apotex pour lesquels elles sont poursuivies. Elles ont donc le droit de réclamer une contribution et une indemnité à la Couronne en vertu de la *Loi sur le partage de la responsabilité*.

[22] En réponse à cet argument, la Couronne fait essentiellement valoir que les défenderesses ne font, à l’égard du refus du ministre de délivrer l’AC, qu’invoquer qu’il y a eu manquement à une obligation légale et que, pour cette raison, leurs réclamations devraient être radiées parce qu’il n’y a aucun délit indépendant concernant la violation d’une loi qui donne naissance à un droit de recouvrement (*R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205 (*Saskatchewan Wheat Pool*)).

[23] Le ministre fait valoir que les réclamations présentées contre lui ne sont pas fondées sur la négligence. En fait, ces réclamations ne font état d’aucune négligence, ne renvoient pas à la *Loi sur le partage de la responsabilité* et n’allèguent aucun acte négligent ou conduite négligente de sa part. Le ministre ajoute que la cause d’action de la demanderesse Apotex est entièrement créée et définie par le Règlement. Le seul droit d’action qu’a Apotex en vertu du Règlement est contre une première personne et non contre le ministre.

#### Analyse et conclusion

[24] Les défenderesses citent à juste titre la décision *Canada Colors* pour démontrer que la personne visée par la demande de contribution prévue à l’article 1 de la *Loi sur le partage de la responsabilité* peut devoir être redevable envers la demanderesse. Dans cette affaire, le tribunal, se fondant sur l’arrêt *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 1346 (*Giffels*), rendu par la Cour suprême, a conclu que, pour déterminer si l’article 1 de la *Loi sur le partage de la responsabilité* s’applique à une tierce partie, il faut se demander si la demanderesse a ou avait une cause

[25] Before proceeding to examine whether, in these circumstances, enough has been pleaded to support a potential cause of action in negligence by Apotex against the Minister, I will consider a point dealt with by Laskin C.J. in *obiter*, in *Giffels*. It is this: assuming that the plaintiff may have a cause of action in negligence against the third party, in order to claim contribution and indemnity under section 1 of the *Negligence Act*, does the plaintiff's action against the defendants Syntex and Roche have to be in tort? In other words, does section 1 of the *Negligence Act* only apply as between tortfeasors? This is of some moment in this case. One respect in which the claims are novel is that the underlying action by the plaintiff against the defendants who seek contribution and indemnity from the Crown, is for statutory damages.

[26] In *Giffels*, Chief Justice Laskin, did not find it necessary to determine whether the then equivalent of the present section 1 of the *Negligence Act* was broad enough to embrace contractual liability when other provisions of the Act did not. He commented however, that it was difficult to see how contractual liability could be read into one provision "which had interrelated provisions dominated by reference to tortfeasors" (*Giffels*, at page 1354).

[27] More recently Feldman J. makes the point as follows in *Walker Estate v. York-Finch General Hospital* (1995), 26 O.R. (3d) 280 (Gen. Div.) as follows [at page 285]:

Under the *Negligence Act*, it is well-established law that for one tortfeasor to claim contribution and indemnity against another, both at some point must have potential liability in tort to the plaintiff; *Canada Colors & Chemicals Ltd. v. Tenneco Canada Inc.* (1995), 21 O.R. (3d) 438, 121 D.L.R. (4th) 556 (Div. Ct.).

d'action contre la tierce partie par suite de la faute ou de la négligence de celle-ci.

[25] Avant de décider si, dans ces circonstances, le fait qu'Apotex peut avoir une cause d'action pour négligence contre le ministre a été démontré, je traiterai d'une question abordée par le juge en chef Laskin dans les remarques incidentes qu'il a formulées dans l'arrêt *Giffels*: dans l'hypothèse où la demanderesse peut avoir une cause d'action pour négligence contre la tierce partie, doit-elle intenter une action en responsabilité délictuelle contre les défenderesses Syntex et Roche pour obtenir une contribution et une indemnité en vertu de l'article 1 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*? En d'autres termes, l'article 1 de la *Loi sur le partage de la responsabilité* s'applique-t-il seulement entre coauteurs d'un délit? Cette question est importante en l'espèce. Les réclamations présentent une certaine nouveauté parce que l'action sous-jacente intentée par la demanderesse contre les défenderesses qui réclament contribution et indemnité à la Couronne vise à obtenir des dommages-intérêts prévus par la loi.

[26] Dans *Giffels*, le juge en chef Laskin n'a pas jugé nécessaire d'établir si la disposition qui équivalait à l'article 1 de la *Loi sur le partage de la responsabilité* à l'époque était suffisamment large pour comprendre la responsabilité contractuelle alors que les autres dispositions de la Loi ne l'étaient pas. Il a indiqué cependant qu'il était difficile de voir comment on pouvait considérer que la responsabilité contractuelle était comprise dans un article de loi «intimement lié à d'autres articles visant principalement les auteurs de délits» (*Giffels*, à la page 1354).

[27] Plus récemment, le juge Feldman a souligné ce qui suit dans *Walker Estate c. York-Finch General Hospital* (1995), 26 O.R. (3d) 280 (Div. gén.) [à la page 285]:

[TRADUCTION] Sous le régime de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, il est bien établi en droit que, pour que l'auteur d'un délit puisse réclamer une contribution et une indemnité à un autre auteur d'un délit, il faut que les deux soient susceptibles d'être tenus responsables d'un délit envers le demandeur: *Canada Colors & Chemicals Ltd. c. Tenneco Canada Inc.* (1995), 21 O.R. (3d) 438, 121 D.L.R. (4th) 556 (C. div.).

[28] That notwithstanding, the question is not settled at law, there being recent jurisprudence to the effect that section 1 of the Act is not restricted to negligence, but may apply more broadly to other causes of action based on "fault". *Pet Valu Inc. v. Thomas*, [2004] O.J. No. 497 (S.C.J.) (QL), at paragraph 18; *Ecolab Ltd. v. Greenspace Services Ltd.*, [1996] O.J. No. 3528 (Gen. Div.) (QL), at paragraph 4.

#### Breach of statute

[29] I now turn to the Crown's argument that the defendants' claims against the Minister are bare allegations of breach of statute which is not, *per se*, a tort and will not give rise to a civil remedy in damages. *Saskatchewan Wheat Pool*, on which the Crown relies in this connection, concerned an action to recover damages for the delivery of infested grain contrary to paragraph 86(c) of the *Canada Grain Act* [S.C. 1970-71-72, c. 7]. Dickson J., as he then was, found as follows, that breach of statute, in and of itself, does not give rise to an independent tortious action (at page 225):

For all of the above reasons I would be adverse to the recognition in Canada of a nominate tort of statutory breach. Breach of statute, where it has an effect upon civil liability, should be considered in the context of the general law of negligence. Negligence and its common law duty of care have become pervasive enough to serve the purpose invoked for the existence of the action for statutory breach.

[30] The effect of the judgment is that any civil consequences of a breach of statute are subsumed in the law of negligence. Notwithstanding that proof of the breach of a statute does not itself give rise to damages, the Court determined, in that case, that proof of a statutory breach that causes damages can constitute evidence of common law negligence. The formulation of the duty in the statute, moreover, is accepted as providing a useful standard of reasonable conduct in the circumstances.

[31] As to what is required to be pleaded and proved in the circumstances, Dickson J., at pages 226-227 of

[28] Malgré ce qui précède, la question n'est pas réglée en droit: selon des décisions récentes, l'article 1 de la Loi ne s'applique pas seulement dans les cas de négligence, mais il peut s'appliquer aussi de manière plus large à d'autres causes d'action fondées sur la «faute» (*Pet Valu Inc. c. Thomas*, [2004] O.J. No. 497 (C.S.J.) (QL), au paragraphe 18; *Ecolab Ltd. v. Greenspace Services Ltd.*, [1996] O.J. No. 3528 (Div. gén.) (QL), au paragraphe 4).

#### Violation d'une loi

[29] J'examinerai maintenant la prétention de la Couronne selon laquelle, dans leurs réclamations contre le ministre, les défenderesses ne font qu'alléguer la violation d'une loi, ce qui n'est pas en soi un délit et ne donne pas lieu à un recours civil en dommages-intérêts. Dans l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool*, sur lequel la Couronne se fonde à cet égard, une action en dommages-intérêts avait été intentée à la suite de la livraison de grains infestés en violation de l'alinéa 86c) de la *Loi sur les grains du Canada* [S.C. 1970-71-72, ch. 7]. Le juge Dickson, tel était alors son titre, a conclu que la violation d'une loi ne donne pas en soi lieu à une action indépendante en responsabilité délictuelle (à la page 225):

Pour tous ces motifs, je serais opposé à ce qu'on reconnaisse au Canada l'existence d'un délit civil spécial de manquement à une obligation légale. La violation d'une loi, lorsqu'elle a une incidence sur la responsabilité civile, doit être considérée dans le contexte du droit général de la responsabilité pour négligence. La notion de négligence et celle d'obligation de diligence qui s'y rattache en common law sont assez fortes pour servir aux fins invoquées à l'appui de l'existence de l'action fondée sur l'infraction à une loi.

[30] Selon cet arrêt, toutes les conséquences civiles de la violation d'une loi sont incluses dans le droit relatif à la responsabilité pour négligence. Même si la preuve de la violation d'une loi ne donne pas en elle-même droit à des dommages-intérêts, la Cour a décidé que la preuve de la violation d'une loi qui cause des dommages peut constituer une preuve de négligence en common law. En outre, il est reconnu que l'obligation formulée dans un texte de loi constitue une norme de conduite raisonnable utile dans les circonstances.

[31] Quant aux arguments et aux faits qui doivent être prouvés dans les circonstances, le juge Dickson a relevé,

*Saskatchewan Wheat Pool*, noted the following deficiencies in the appellant's case which was dismissed by the Court.

Statutory breach, and not negligence, is pleaded. The case has been presented exclusively on the basis of breach of statutory duty. The Board has not proved what Lord Atkin referred to as statutory negligence, *i.e.* an intentional or negligent failure to comply with a statutory duty. There is no evidence at trial of any negligence or failure to take care on the part of the Pool.

[32] The third party claims, in this instance, allege only the existence of a statutory duty which the Minister is said to have breached "without lawful justification". Negligence is not alleged, nor is any other specific tortious conduct of the Minister.

[33] While the pleas are deficient in that regard, I decline to strike. Generously construed, they may be sufficient to support an action for negligent breach of statute. Indeed, I find no purpose in ordering amendments to the claim to particularize the alleged negligent conduct of the Minister as the pertinent material facts are likely not within the knowledge of the defendants. Nor is it to the point to order an amendment to the claims to allege negligence as the Crown is not prejudiced being in a position to plead in response.

<sup>1</sup> The relevant portions of the *Negligence Act* are attached as an appendix to these reasons.

aux pages 226 et 227 de l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool*, les faiblesses suivantes dans la thèse de l'appelante qui a été rejetée par la Cour:

Elle allègue qu'il y a eu non pas négligence mais violation de la loi. Le manquement à une obligation légale constitue d'ailleurs l'unique fondement des arguments invoqués en l'espèce. La Commission n'a pas prouvé l'existence de ce que lord Atkin a appelé la négligence légale, c.-à-d. une omission intentionnelle ou négligente de remplir une obligation légale. En première instance, on n'a apporté aucune preuve de négligence ou de manque de diligence de la part du Pool.

[32] En l'espèce, les réclamations contre le ministre allèguent seulement l'existence d'une obligation légale à laquelle ce dernier aurait manqué [TRADUCTION] «sans raison valable». La négligence n'est pas alléguée, ni aucune autre conduite délictueuse précise de la part du ministre.

[33] Quoique les plaidoyers soient déficients à cet égard, je refuse d'en ordonner la radiation. Si on leur donne une interprétation généreuse, ces plaidoyers peuvent être suffisants pour soutenir une action en violation d'une loi par négligence. En fait, je ne vois aucune raison d'ordonner des modifications aux réclamations afin que la prétendue conduite négligente du ministre soit précisée puisque les défenderesses ne connaissent probablement pas les faits pertinents. Il ne convient pas non plus d'ordonner que les réclamations soient modifiées afin que la négligence y soit alléguée puisque aucun préjudice n'est causé à la Couronne et qu'elle a la possibilité de répondre aux arguments invoqués contre elle.

<sup>1</sup> Les dispositions pertinentes de la *Loi sur le partage de la responsabilité* sont reproduites en annexe.

## APPENDIX A

1. Where damages have been caused or contributed to by the fault or neglect of two or more persons, the court shall determine the degree in which each of such persons is at fault or negligent, and, where two or more persons are found at fault or negligent, they are jointly and severally liable to the person suffering loss or damage for such fault or negligence, but as between themselves, in the absence of any contract express or implied, each is liable to make contribution and indemnify each other in the degree in which they are respectively found to be at fault or negligent.

## Recovery as between tortfeasors

2. A tortfeasor may recover contribution or indemnity from any other tortfeasor who is, or would if sued have been, liable in respect of the damage to any person suffering damage as a result of a tort by settling with the person suffering such damage, and thereafter commencing or continuing action against such other tortfeasor, in which event the tortfeasor settling the damage shall satisfy the court that the amount of the settlement was reasonable, and in the event that the court finds the amount of the settlement was excessive it may fix the amount at which the claim should have been settled.

## Plaintiff guilty of contributory negligence

3. In any action for damages that is founded upon the fault or negligence of the defendant if fault or negligence is found on the part of the plaintiff that contributed to the damages, the court shall apportion the damages in proportion to the degree of fault or negligence found against the parties respectively.

...

## Adding parties

5. Wherever it appears that a person not already a party to an action is or may be wholly or partly responsible for the damages claimed, such person may be added as a party defendant to the action upon such terms as are considered just or may be made a third party to the action in the manner prescribed by the rules of court for adding third parties.

## ANNEXE A

1. Si deux ou plusieurs personnes ont, par leur faute ou par leur négligence, causé des dommages ou contribué à en causer, le tribunal détermine leurs parts respectives de responsabilité. Les personnes dont le tribunal a constaté la faute ou la négligence sont solidairement responsables envers la personne qui a subi la perte ou le dommage; en ce qui concerne leur responsabilité mutuelle, à défaut de contrat entre elles, même implicite, chaque personne est tenue de verser une contribution aux autres et de les indemniser selon la part de responsabilité que le tribunal lui a attribuée.

## Recouvrement entre coauteurs

2. L'auteur d'un délit civil peut recouvrer une contribution ou une indemnité d'un coauteur du délit, si ce dernier est responsable des dommages subis par la victime du délit, ou l'aurait été en cas de poursuite, de la façon suivante: il transige avec la victime et, ensuite, intente une action contre son coauteur ou poursuit l'action déjà engagée. Dans ce cas, le coauteur qui a effectué la transaction doit convaincre le tribunal que le montant de la transaction était raisonnable. Si le tribunal constate que le montant était excessif, il peut fixer le montant auquel la transaction aurait dû s'élever.

## Demandeur également coupable de négligence

3. Dans une action en dommages-intérêts qui se fonde sur la faute ou la négligence du défendeur, si le tribunal constate qu'il y a eu, de la part du demandeur, faute ou négligence qui a contribué aux dommages, le tribunal répartit les dommages-intérêts selon la part respective de responsabilité de chaque partie.

[ . . . ]

## Jonction de parties

5. S'il appert qu'une personne qui n'est pas déjà partie à l'action pourrait être redevable, en tout ou en partie, des dommages-intérêts demandés, la personne peut être jointe à l'action comme défendeur, à des conditions qui sont estimées justes. Elle peut également être mise en cause conformément aux règles de pratique en matière de mise en cause.



2005 FCA 118  
A-417-04

2005 CAF 118  
A-417-04

**Clerk of the Privy Council (*Appellant*)**

**Greffier du Conseil privé (*appelant*)**

v.

c.

**Jean Pelletier and Attorney General of Canada  
(*Respondents*)**

**Jean Pelletier et Procureur général du Canada  
(*intimés*)**

A-418-04

A-418-04

**Clerk of the Privy Council (*Appellant*)**

**Greffier du Conseil privé (*appelant*)**

v.

c.

**Michel Vennat and Attorney General of Canada  
(*Respondents*)**

**Michel Vennat et Procureur général du Canada  
(*intimés*)**

**INDEXED AS: PELLETIER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: PELLETIER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Létourneau, Noël and Nadon  
JJ.A.—Montréal, April 4 and 7, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Noël et Nadon,  
J.C.A.—Montréal, 4 et 7 avril 2005.

*Evidence — Objection to disclosure — Cabinet confidences — Appeals from F.C. orders concluding that Canada Evidence Act, s. 39 confidentiality certificates objecting to production of certain documents sought by respondents fatally defective because not containing useful description of date, author, title, content of documents — F.C. also concluding, after consideration of contents of accidentally disclosed document, that said document not containing confidential information — Requirements for certificates identified by S.C.C. in Babcock v. Canada (Attorney General) — Act, s. 39 privilege not irretrievably lost by slight deficiencies in certificate, and Clerk of Privy Council having right to correct inadequacy of description of documents in certificate — No waiver of s. 39 privilege in instant case, but in any event, waiver in respect of certain documents, information not constituting waiver in respect of other documents, information — S. 39 objection requiring Court to make determination based on certificate filed — F.C. conclusion that document not containing confidential information thus invalid — Memorandum to Cabinet and its recommendations not severable — Appeals dismissed, subject to appellant's right to file new certificates.*

*Preuve — Opposition à la divulgation — Renseignements confidentiels du Cabinet — Appels d'ordonnances de la C.F. qui a conclu que les attestations de confidentialité délivrées en vertu de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada pour s'opposer à la production de certains documents demandés par les intimés étaient entachées d'un défaut fatal parce qu'elles ne contenaient aucun détail utile quant à la date, à l'auteur, au titre, ni au contenu des documents — La C.F. a également conclu, après avoir examiné le contenu d'un document divulgué accidentellement, que ce document ne contenait pas des renseignements confidentiels — Les exigences relatives aux attestations ont été identifiées par la C.S.C. dans l'arrêt Babcock c. Canada (Procureur général) — Le privilège de l'art. 39 n'est pas irrémédiablement perdu du fait de légères défaillances dans l'attestation et le greffier du Conseil privé a le droit de remédier à l'insuffisance de la description des documents dans l'attestation — Il n'y a aucune renonciation au privilège de l'art. 39 dans la présente affaire mais, de toute façon, la renonciation relativement à certains documents ou renseignements ne constitue pas une renonciation relativement à d'autres documents ou renseignements — L'objection fondée sur l'art. 39 exige que la Cour rende une décision à partir de l'attestation déposée — La conclusion de la C.F. selon laquelle le document ne contenait pas de renseignements confidentiels est donc sans effet — La note au Cabinet et ses recommandations sont indissociables — Appels rejetés, sans préjudice au droit de l'appelant de déposer de nouvelles attestations.*

These were two appeals, heard jointly, from two orders of the Federal Court concluding that the certificates submitted by the Clerk of the Privy Council objecting, pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act*, to the production of certain documents (i.e. memoranda and recommendations to the Council) sought by the respondents, were fatally defective.

The Judge was of the view that the certificates did not contain a useful description of the date, author, title or content of the documents for which privilege was being claimed. He also considered the content of one of those documents, that was inadvertently given to one of the respondents and filed in Court, and concluded that it did not contain confidential information.

*Held*, the appeals should be dismissed, subject to the appellant's right to file a new certificate in each of the two cases.

The formal requirements for a certificate of confidentiality, identified by the Supreme Court of Canada in *Babcock v. Canada (Attorney General)*, were applied to the documents at issue here. Although some of the minimal requirements for identification of the documents may not have been complied with, the privilege of non-disclosure under section 39 is not necessarily irretrievably lost by the slightest technical or formal deficiency in the certificate. The Clerk of the Privy Council should have the right to correct the inadequacy of the description of documents for which the certificate of confidentiality is filed. The idea of requiring sufficient identification of the documents covered by the certificate is not to cause the benefit of the privilege to be lost but to enable the Court to see on the face of the certificate that these are Cabinet confidences, that they fall under subsection 39(2) of the Act and that the Clerk did not exceed the powers conferred on him by the Act.

Statements made by the Prime Minister and the Minister of Transport, contained in a press release, and the inadvertent disclosure of one of the documents at issue, did not constitute waivers of the privilege of non-disclosure. In any event, waiving the protection of section 39 by releasing certain documents or information does not constitute a waiver of the right to rely on section 39 in respect of other documents or information.

As to the Judge's consideration of the content of one of the claimed documents, on a section 39 objection to the production of document(s), the Court is required to make a determination of the merits of the objection based on the certificate filed, and does not have jurisdiction to examine the

Il s'agissait de deux appels, qui ont fait l'objet d'une audience commune, de deux ordonnances de la Cour fédérale qui avait conclu que les attestations présentées par le greffier du Conseil privé qui s'opposait, en se fondant sur l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, à la production de certains documents (c.-à-d. une note et des recommandations au Conseil) demandés par les intimés, étaient entachées d'un défaut fatal.

Le juge était d'avis que les attestations ne contenaient aucun détail utile quant à la date, à l'auteur, au titre ni au contenu des documents pour lesquels on réclamait un privilège. Il a également examiné le contenu de l'un de ces documents, lequel avait été donné par inadvertance à l'un des intimés et déposé à la Cour, et il a conclu qu'il ne contenait pas de renseignements confidentiels.

*Arrêt*: les appels doivent être rejetés, sans préjudice au droit de l'appelant de déposer, dans chacun des deux dossiers, une nouvelle attestation.

Les exigences de forme requises pour une attestation de confidentialité, identifiées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Babcock c. Canada (Procureur général)*, ont été appliquées aux documents ici en cause. Bien que certaines des exigences minimales d'identification des documents n'aient peut-être pas été respectées, le privilège de non-divulgaration fondé sur l'article 39 n'est pas nécessairement perdu de manière irrémédiable à la moindre défaillance technique ou formelle de l'attestation. Le greffier du Conseil privé doit avoir la possibilité de remédier à l'insuffisance de la description des documents à l'égard desquels l'attestation de confidentialité est déposée. L'objectif des exigences d'identification suffisante des documents visés par l'attestation n'est pas de faire perdre le bénéfice du privilège, mais bien de permettre à la Cour de constater à la face même de l'attestation qu'il s'agit de renseignements confidentiels du Cabinet, qu'ils tombent sous le coup du paragraphe 39(2) de la Loi et que le Greffier n'a pas excédé les pouvoirs que la Loi lui confère.

Les déclarations faites par le premier ministre et le ministre des Transports, contenues dans un communiqué de presse, et la divulgation par inadvertance de l'un des documents en cause, ne constituaient pas des renoncements au privilège de non-divulgaration. De toute façon, le fait de renoncer à la protection de l'article 39 en communiquant certains documents ou renseignements n'emporte pas une renonciation au droit d'invoquer l'article 39 relativement à d'autres documents ou renseignements.

Quant à l'examen par le juge du contenu de l'un des documents réclamés, sur une objection à la production de documents fondée sur l'article 39, la Cour est tenue de rendre une décision sur le bien-fondé de l'objection à partir de l'attestation déposée et elle n'a pas la compétence pour

document(s) at issue. As there was no waiver of disclosure of the document in question, the Judge's conclusion, based on examining the document, that it did not contain confidential information, was arrived at in the absence of jurisdiction and so was invalid.

Finally, a memorandum to Cabinet and the recommendation(s) it contains cannot be severed for confidentiality purposes.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3; (2002), 214 D.L.R. (4th) 193; [2002] 8 W.W.R. 585; 3 B.C.L.R. (4th) 1; 168 B.C.A.C. 50; 3 C.R. (6th) 1; 289 N.R. 341; 2002 SCC 57; *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2001 BCSC 225; [2001] B.C.J. No. 220 (QL).

##### DISTINGUISHED:

*Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Babcock v. Canada (Attorney General)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678; [2000] 6 W.W.R. 581; 76 B.C.L.R. (3d) 35; 142 B.C.A.C. 161; 2000 BCCA 348.

APPEALS from two orders of the Federal Court (2004 FC 1072; 2004 FC 1073; [2004] F.C.J. No. 1291 (QL)) concluding that certificates filed by the Clerk of the Privy Council pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act* objecting to the production of certain documents claimed by the respondents were fatally defective. Appeals dismissed, subject to the appellant's right to file new certificates.

##### APPEARANCES:

*Claude Joyal and Pascale C. Guay* for appellant (A-417-04; A-418-04).

examiner le ou les documents en question. Alors qu'il n'y avait pas eu renonciation à la divulgation du document en question, la conclusion du juge que le document ne contenait pas de renseignements confidentiels, fondée sur l'examen de ce document, a été rendue en l'absence de compétence et était donc sans effet.

Enfin, une note au Cabinet, et la ou les recommandations qu'elle contient, sont indissociables pour fin de confidentialité.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3; (2002), 214 D.L.R. (4th) 193; [2002] 8 W.W.R. 585; 3 B.C.L.R. (4th) 1; 168 B.C.A.C. 50; 3 C.R. (6th) 1; 289 N.R. 341; 2002 CSC 57; *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2001 BCSC 225; [2001] B.C.J. n° 220 (QL).

##### DÉCISION DISTINCTE:

*Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Babcock v. Canada (Attorney General)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678; [2000] 6 W.W.R. 581; 76 B.C.L.R. (3d) 35; 142 B.C.A.C. 161; 2000 BCCA 348.

APPELS de deux ordonnances de la Cour fédérale (2004 CF 1072; 2004 CF 1073; [2004] A.C.F. n° 1291 (QL)), laquelle a conclu que les attestations déposées par le greffier du Conseil privé, en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, pour s'opposer à la production de certains documents demandés par les intimés, étaient entachées d'un défaut fatal. Appels rejetés, sans préjudice au droit de l'appelant de déposer de nouvelles attestations.

##### ONT COMPARU:

*Claude Joyal et Pascale C. Guay* pour l'appelant (A-417-04; A-418-04).

*Suzanne Côté* for respondent Jean Pelletier (A-417-04).

*Alberto Martinez* for respondent Attorney General of Canada (A-417-04).

*Louis P. Bélanger* and *Patrick Girard* for respondent Michel Vennat (A-418-04).

*Martine L. Tremblay* for respondent Attorney General of Canada (A-418-04).

*Suzanne Côté* pour l'intimé Jean Pelletier (A-417-04).

*Alberto Martinez* pour l'intimé, le procureur général du Canada (A-417-04).

*Louis P. Bélanger* et *Patrick Girard* pour l'intimé Michel Vennat (A-418-04).

*Martine L. Tremblay* pour l'intimé, le procureur général du Canada (A-418-04).

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant (A-417-04; A-418-04).

*Stikeman, Elliott LLP*, Montréal, for respondents Jean Pelletier (A-417-04) and Michel Vennat (A-418-04).

*Deslauriers, Jeansonne*, Montréal, for respondent Attorney General of Canada (A-417-04).

*Kugler, Kandestin LLP*, Montréal, for respondent Attorney General of Canada (A-418-04).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant (A-417-04; A-418-04).

*Stikeman, Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour les intimés Jean Pelletier (A-417-04) et Michel Vennat (A-418-04).

*Deslauriers, Jeansonne*, Montréal, pour l'intimé, le procureur général du Canada (A-417-04).

*Kugler, Kandestin S.E.N.C.R.L.*, Montréal, pour l'intimé, le procureur général du Canada (A-418-04).

*The following is the English version of the reasons for judgment of the Court delivered by*

*Voici les motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience en français par*

[1] LÉTOURNEAU J.A.: The Court has before it two appeals from two orders made by Hugessen J. of the Federal Court in cases T-611-04 and T-668-04 [*Pelletier v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1072; 2004 FC 1073, involving the plaintiffs Mr. Pelletier and Mr. Vennat respectively in those cases. Aside from a few differences which we will mention in the course of these reasons, the two appeals essentially involve the same questions. Moreover, the appeals were heard jointly. Consequently, these reasons will dispose of both appeals.

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Nous sommes saisis de deux appels de deux ordonnances rendues par le juge Hugessen de la Cour fédérale dans les dossiers T-611-04 et T-668-04 [*Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1072; 2004 CF 1073 impliquant respectivement, dans ces dossiers, les demandeurs M. Pelletier et M. Vennat. À quelques différences près que nous signalerons au cours des présents motifs, les deux appels mettent substantiellement en cause les mêmes questions. En outre, l'audition des appels fut commune. En conséquence, les présents motifs disposeront des deux appels.

[2] In the two orders which he made on August 4, 2004 Hugessen J. concluded that there were formal defects in the certificates submitted by the Clerk of the Privy Council (the Clerk) by which he objected to producing certain documents claimed by the plaintiffs, and relied on section 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the Act).

[2] Dans les deux ordonnances qu'il a émises le 4 août 2004, le juge Hugessen a conclu qu'étaient déficientes au plan formel les attestations fournies par le greffier du Conseil privé (greffier), en vertu desquelles il s'opposait, en se fondant sur l'article 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (Loi), à la production de certains documents réclamés par les demandeurs.

[3] The gist of the Judge's decision is to be found in paragraphs 5, 6 and 7 of the reasons for order which he gave in each case:

In my opinion, it is clear beyond the shadow of a doubt that the two documents described by the Clerk in his schedule in the Vennat case, above, and the first document described in his schedule in the Pelletier case, have formal and fatal defects. There is no useful description given regarding the date, author, title or content of the documents. It was not *per incuriam* that Madam Justice McLachlin specifically mentioned the requirements of the rules of court for all jurisdictions regarding claims of solicitor-client privilege. There must be an adequate description of the document for which privilege is being claimed, not only so that it is possible to decide if the request for privilege is founded, but mostly so that it is possible to identify the document if, at a subsequent stage in the proceedings, an attempt is made to introduce it into evidence or if by any accident or even by inadvertence, it is filed before the Court. In this case, in regard to the documents that I mentioned earlier, this is not done: no useful description is given.

As for the second document in the Pelletier case, a minimal amount of detail is given in that the name of the author of the recommendation is stated. I could find this minimal description sufficient, but I need not decide the issue because in this case, the document in question was filed in the Court record and is before me. I am being asked to declare that it was filed inadvertently. And that also is possible. But the fact is that right now, the document is before me and I have knowledge of its content. Its content is such that it only reproduces—practically to the letter—the description which is given in the impugned order, i.e. it is a brief recommendation that the Governor in Council relieve Mr. Pelletier of his functions.

With respect, I say that the Clerk of the Privy Council could not reasonably find that it was in the public interest to keep confidential this document which, I repeat, is reproduced in the very text of the order, which is public. He could not reasonably make such a finding; he erred in law in so doing. [Emphasis added.]

#### Parties' arguments

[4] The appellant submitted that the certificates are sufficient with respect to the documents to which they refer. He added that, contrary to what the respondents argued, there was no waiver of the privilege of non-disclosure conferred by section 39 of the Act.

[3] L'essence de la décision du juge se retrouve aux paragraphes 5, 6 et 7 des motifs de l'ordonnance qu'il a rendue dans chacun des dossiers:

À mon avis, il est clair sans l'ombre d'un doute que les deux documents décrits par le Greffier dans son annexe dans le cas Vennat ci-haut et le premier document décrit dans son annexe dans le cas Pelletier, souffrent d'un défaut formel et fatal. On n'en donne aucun détail utile quant à la date, à l'auteur, au titre ni au contenu des documents. Ce n'est pas par inadvertance que Madame le juge McLachlin a mentionné spécifiquement les exigences des règles de pratique de toutes les juridictions concernant une réclamation du privilège de l'avocat. Il faut spécifier adéquatement le document pour lequel on réclame un privilège afin de permettre non seulement de décider si la demande de privilège est bien fondée mais surtout afin de permettre d'identifier le document si à une étape subséquente des procédures on tente de l'introduire en preuve ou par un hasard quelconque ou même par inadvertance, il est produit devant la Cour. Dans le cas présent, pour les documents que j'ai mentionnés tout à l'heure, il n'en est rien, aucun détail utile n'est donné.

Pour ce qui est du deuxième document dans le cas Pelletier, un certain minimum de détail est donné en ce sens qu'on mentionne le nom de l'auteur de la recommandation. Il est possible que j'en viendrais à la conclusion que ce minimum de détail serait suffisant mais il n'est pas nécessaire que je tranche la question parce que dans le cas présent, le document en question a été produit au dossier de la Cour et est devant moi. L'on me demande de déclarer que cette production a été faite par inadvertance. Et cela aussi est possible. Mais le fait est qu'à présent, le document est devant moi et j'ai connaissance de son contenu. Son contenu est tel qu'il ne fait que reproduire pratiquement au texte la description qui en est donnée dans le décret attaqué, c'est-à-dire que c'est une recommandation en très peu de mots que la Gouverneure en conseil destitue monsieur Pelletier de ses fonctions.

Je dis, avec respect, que le Greffier du Conseil privé ne pouvait pas raisonnablement conclure qu'il était dans l'intérêt public de garder confidentiel ce document qui, je répète, est repris dans le texte même du décret qui est public. Il ne pouvait pas raisonnablement conclure ainsi, il a erré en droit en le faisant. [Nous soulignons.]

#### Les prétentions des parties

[4] L'appelant soumet que les attestations sont suffisantes en ce qui a trait aux documents auxquels elles réfèrent. Il ajoute que, contrairement à la prétention des intimés, il n'y a pas eu de renonciation au privilège de non-divulgaration octroyé par l'article 39 de la Loi. Enfin,

Finally, he maintained that the Judge was wrong to consider the content of the document inadvertently given to Mr. Pelletier and covered by the Clerk's certificate. In the particular case, this was the recommendation made to the Governor in Council to relieve Mr. Pelletier of his duties.

[5] Finally, and alternatively, relying on the purpose and objectives of section 39 of the Act, the appellant said that in his opinion if the Court came to the conclusion the certificates were insufficient, he should be allowed to correct the formal defect(s) by the filing of new certificates that would meet the legal requirements in the matter.

[6] Counsel for the respondents, for their part, to no one's surprise, objected to the appellant's claims. They endorsed the reasons of the Federal Court Judge, adding a number of arguments from which we will consider only the following, in view of the conclusion to which the Court has come on the adequacy of the certificates.

[7] As mentioned earlier, counsel for the respondents argued there was a waiver by the appellant of the privilege of non-disclosure. They based their argument on two events.

[8] First, in a press release on March 1, 2004 the Prime Minister and Minister of Transport disclosed part of the deliberations of Cabinet, thereby waiving the confidentiality of Cabinet proceedings which the privilege seeks and tends to protect.

[9] Second, in Mr. Pelletier's case, the disclosure of the recommendation made to the Governor General in Council is not the result of error or inadvertence, but was due to the appellant's negligence. In addition to this, they submitted, there was a lack of diligence in correcting the alleged error and recovering the document, which as they see it confirmed that the disclosure was deliberate.

[10] In the respondents' submission, the Judge was right to review the recommendation, which in the Pelletier case had been entered in the record by the plaintiff, who obtained possession of it and was familiar

il soutient que le juge a eu tort d'examiner le contenu du document qui avait été remis à M. Pelletier par inadvertance et qui est couvert par l'attestation du greffier. Il s'agit, en l'occurrence, de la recommandation faite à la gouverneure en conseil de destituer M. Pelletier de ses fonctions.

[5] Enfin, à titre subsidiaire, l'appelant, en se fondant sur le but et les objectifs de l'article 39 de la Loi, se dit d'avis qu'au cas où nous en viendrions à la conclusion que les attestations étaient insuffisantes, il y a lieu de lui permettre de corriger le ou les défauts de forme par la production de nouvelles attestations qui rencontreraient les exigences légales en la matière.

[6] Pour leur part, les procureurs des intimés, sans qu'il n'y ait là de grandes surprises, s'opposent aux revendications de l'appelant. Ils endossent les motifs du juge de la Cour fédérale en ajoutant un certain nombre d'arguments dont nous ne retiendrons que les suivants, compte tenu de la conclusion à laquelle nous en sommes venus sur la suffisance des attestations.

[7] Tel que précédemment mentionné, les procureurs des intimés argumentent qu'il y a eu une renonciation au privilège de non-divulgaration par l'appelant. Ils fondent leur prétention sur deux événements.

[8] Premièrement, le premier ministre et le ministre des Transports, dans un communiqué de presse du 1 mars 2004, auraient révélé une partie des délibérations du Conseil des ministres ayant, par ce fait même, renoncé à la confidentialité des délibérations du Cabinet que le privilège cherche et tend à protéger.

[9] Deuxièmement, dans le cas de M. Pelletier, la divulgation de la recommandation faite à la gouverneure générale en conseil n'est pas le fruit d'une erreur ou inadvertance, mais plutôt la résultante de la négligence de l'appelant. À cela s'est ajouté, selon eux, un manque de diligence à réparer la soi-disante erreur et à récupérer le document, ce qui confirme, à leurs yeux, que la divulgation était volontaire.

[10] Selon les intimés, le juge a eu raison de prendre connaissance de la recommandation qui, dans le dossier Pelletier, avait été déposée au dossier par le demandeur lequel en avait obtenu la possession et connaissait son

with its content. They added that he was all the more justified in doing so as no one objected to his examining the content.

[11] Finally, the respondents maintained that paragraph 39(2)(a) of the Act, set out below, does not protect the recommendation as such and that the confidentiality mentioned therein applies only to the content of the memorandum leading to the recommendation:

*Confidences of the Queen's Privy Council for Canada*

39. (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

- (a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;
- (b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;
- (c) an agenda of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;
- (d) a record used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;
- (e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and
- (f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

contenu. Ils ajoutent qu'il était d'autant plus justifié de le faire que personne ne s'est objectée à ce qu'il en examine le contenu.

[11] Enfin, les intimés prétendent que l'alinéa 39(2)a) de la Loi, ci-après reproduit, ne protège pas la recommandation comme telle et que la confidentialité qui y est prévue ne s'attache qu'au contenu de la note débouchant sur la recommandation:

*Renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada*

39. (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un «renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada» s'entend notamment d'un renseignement contenu dans:

- a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;
- b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;
- c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;
- d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;
- e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);
- f) un avant-projet de loi ou projet de règlement.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), «Conseil» s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

(a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)

(i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

Adequacy of description of documents covered by confidentiality certificate

[12] For a clearer understanding of the matter it is worth setting out in each case both the certificate as such and the schedule referred to in the certificate, as the latter provides details on the documents at issue and their confidentiality:

[TRANSLATION] I the undersigned, Alex Himelfarb, domiciled in the city of Ottawa in the province of Ontario, do certify and state the following:

1. I am the Clerk of the Queen's Privy Council for Canada and the Secretary to the Cabinet;
2. I have examined and carefully inspected the two documents mentioned in the attached Schedule to determine whether they contain confidences of the Queen's Privy Council for Canada and whether disclosure of them should be refused pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the Act).
3. I certify to this Honourable Court that, within the meaning of subsection 39(1) of the Act, the documents mentioned in the said Schedule are confidences of the Queen's Privy Council for Canada for the reasons stated in the attached schedule, and I object to disclosure of these documents and of the information which they contain.
4. I further certify to this Honourable Court that paragraph (a) of subsection 39(4) of the Act does not apply to these documents, since they did not exist twenty years ago, and that paragraph (b) of the same subsection of the said Act does not apply to these documents because they are not discussion papers covered by paragraph 2(b).
5. If it were sought to obtain oral testimony on the confidences contained in the documents, the disclosure of which I object to in this certificate, I would object to such testimony on the same grounds as those for which I object to the disclosure of the information in question herein.

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

La suffisance de la description des documents visés par l'attestation de confidentialité

[12] Pour une meilleure compréhension du litige, il n'est pas inutile, dans chacun des deux dossiers, de reproduire et l'attestation comme telle, et l'annexe à laquelle l'attestation renvoie, cette dernière fournissant les détails quant aux documents en litige et à leur caractère confidentiel:

Je, soussigné, Alex Himelfarb, domicilié dans la ville d'Ottawa, dans la province d'Ontario, atteste et déclare ce qui suit:

1. Je suis le Greffier du Conseil privé de la Reine pour le Canada et le Secrétaire du Cabinet.
2. J'ai examiné et soigneusement inspecté les deux (2) documents dont il est fait mention à l'annexe ci-jointe afin de déterminer s'ils contiennent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada et s'il y a lieu d'en refuser la divulgation en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (Loi).
3. Je certifie à cette honorable Cour qu'au sens du paragraphe 39(1) de la Loi, les documents mentionnés dans ladite annexe sont des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada pour les raisons décrites dans l'annexe ci-jointe et je m'oppose à la divulgation de ces documents et des renseignements qu'ils contiennent.
4. Je certifie en outre à cette honorable Cour que l'alinéa a) du paragraphe 39(4) de la Loi ne s'applique pas à ces documents puisqu'ils n'existaient pas il y a vingt ans, et que l'alinéa b) du même paragraphe de ladite Loi ne s'applique pas à ces documents parce qu'il ne s'agit pas de documents de travail visés à l'alinéa (2)b).
5. Si l'on cherchait à obtenir un témoignage oral sur les renseignements confidentiels contenus dans les documents dont je m'objecte à la divulgation par le biais de la présente attestation, je m'opposerais à ce témoignage pour les mêmes motifs que je [m]'oppose par la présente à la divulgation de ces renseignements en question.



**SCHEDULE TO CERTIFICATE BY  
ALEX HIMELFARB  
DATED THE 10<sup>TH</sup> DAY OF JUNE 2004 in  
*Michel Vennat v. The Attorney General of Canada***

**1. Submission to Governor in Council (content indicates February 2004)**

Document No. 1 is a copy of a document consisting of information contained in a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council within the meaning of paragraph 39(2)(a) of the *Canada Evidence Act* (the Act).

Document No. 1 is also a copy of a document consisting of information contained in an agendum of Council or a record recording its deliberations within the meaning of paragraph 39(2)(c) of the said Act.

**2. Submission to Governor in Council (content indicates March 2004)**

Document No. 2 is a copy of a document consisting of information contained in a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to the Council within the meaning of paragraph 39(2)(a) of the said Act.

Document No. 2 is also a copy of a document consisting of information contained in an agendum of Council or a record recording its deliberations or decisions within the meaning of paragraph 39(2)(c) of the said Act.

**SCHEDULE TO CERTIFICATE BY  
ALEX HIMELFARB  
DATED THE 26<sup>TH</sup> DAY OF MAY 2004 in  
*Jean Pelletier v. Attorney General of Canada***

**1. Submission to Governor General in Council (content indicates March 2004)**

Document No. 1 is a copy of a document consisting of information contained in a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council within the meaning of paragraph 39(2)(a) of the *Canada Evidence Act* (the Act).

Document No. 1 is also a copy of a document consisting of information contained in an agendum of Council or a record recording deliberations or decisions of Council within the meaning of paragraph 39(2)(c) of the said Act.

**2. Ministerial recommendation to Governor in Council, signed by Tony Valeri, Minister of Transport (content indicates March 2004)**

Document No. 2 is a copy of a document consisting of information contained in a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council within

**ANNEXE À L'ATTESTATION D'ALEX HIMELFARB  
DATÉE DU 10 JOUR DU MOIS DE JUIN 2004  
dans le dossier**

*Michel Vennat c. Le Procureur général du Canada*

**1. Présentation à la Gouverneure en conseil (le contenu indique février 2004)**

Le document #1 est une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil au sens de l'alinéa 39(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada* (Loi).

Le document #1 est aussi une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans un ordre du jour du Conseil ou d'un procès-verbal de ses délibérations au sens de l'alinéa 39(2)c) de ladite Loi.

**2. Présentation à la Gouverneure en conseil (le contenu indique mars 2004)**

Le document #2 est une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil au sens de l'alinéa 39(2)a) de ladite Loi.

Le document #2 est aussi une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans un ordre du jour du Conseil ou d'un procès-verbal de ses délibérations ou décisions au sens de l'alinéa 39(2)c) de ladite Loi.

**ANNEXE À L'ATTESTATION D'ALEX HIMELFARB  
DATÉE DU 26 JOUR DU MOIS DE MAI 2004  
dans le dossier**

*Jean Pelletier c. Procureur général du Canada*

**1. Présentation à la Gouverneure générale en conseil (le contenu indique mars 2004)**

Le document #1 est une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil au sens de l'alinéa 39(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada* (Loi).

Le document #1 est aussi une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans un ordre du jour au Conseil ou d'un procès-verbal des délibérations ou décisions au sens de l'alinéa 39(2)c) de ladite Loi.

**2. Recommandation ministérielle à la Gouverneure en conseil, signée par Tony Valeri, ministre des Transports (le contenu indique mars 2004)**

Le document #2 est une copie d'un document consistant en de l'information contenue dans une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil au sens de

the meaning of paragraph 39(2)(a) of the *Canada Evidence Act* (the Act).

[13] The Court is not necessarily persuaded that the certificates and accompanying schedules are, to use the Judge's phrase, subject to "formal and fatal defects." For example, to take the certificate and schedule in Mr. Pelletier's case, it can be seen that, first, the certificate itself excludes the application of paragraph 39(4)(b), by specifying that it is not a discussion paper covered by paragraph (2)(b).

[14] Further, as regards the first document, the certificate and schedule describe that document and indicate that it is a document within the meaning of paragraph 2(b), namely a memorandum (in French "*une note*") submitted to the Governor General in Council to present proposals or recommendations to Council, that the memorandum is dated March 2004 and that it is intended for the Council.

[15] Relying on the Supreme Court of Canada judgment in *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, the respondents objected that the particulars contained in the schedule and relating to this first document did not disclose the title of the document and its origin or author. On the latter aspect, we note that the respondents themselves suggested, which in the circumstances does not seem to the Court to be an unreasonable conclusion, that the recommendation originated with the Minister of Transport, responsible for VIA Rail Canada Inc., of whose board of directors Mr. Pelletier was chairperson. Clearly it cannot be said they were completely in the dark as to the author or origin of the recommendation and suffered prejudice thereby.

[16] In any case, in *Babcock*, at paragraph 28, the Supreme Court identified the formal requirements for a certificate of confidentiality:

What formal certification requirements flow from this? The second, discretionary element may be taken as satisfied by the act of certification. However, the first element of the Clerk's decision requires that her certificate bring the information within the ambit of the Act. This means that the Clerk or minister must provide a description of the information sufficient to establish on its face that the information is a Cabinet confidence and that it falls within the categories of s.

l'alinéa 39(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada* (Loi).

[13] Nous ne sommes pas nécessairement convaincus que les attestations et les annexes qui les accompagnent sont affectées, pour utiliser l'expression du juge, «d'un défaut formel et fatal». Par exemple, en prenant l'attestation et l'annexe dans le cas de M. Pelletier, on peut voir que, dans un premier temps, l'attestation elle-même écarte l'application de l'alinéa 39(4)b) en spécifiant qu'il ne s'agit pas d'un document de travail visé à l'alinéa (2)b).

[14] En outre, l'attestation et l'annexe, en ce qui a trait au premier document, décrivent ce document et indiquent qu'il s'agit d'un document au sens de l'alinéa (2)b), soit une note (en anglais, «*a memorandum*») présentée à la gouverneure générale en conseil destiné à soumettre des propositions ou des recommandations au Conseil, que la note est datée de mars 2004 et qu'elle est destinée au Conseil.

[15] Les intimés, en se fondant sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, se plaignent que les détails contenus à l'annexe et relatifs à ce premier document ne révèlent pas le titre du document et son origine ou son auteur. Sur ce dernier aspect, nous notons que les intimés eux-mêmes suggéraient, ce qui ne nous apparaît pas dans les circonstances une inférence déraisonnable, que la recommandation émanait de la ministre des Transports, responsable de la compagnie VIA Rail Canada Inc., dont M. Pelletier était le président du Conseil d'administration. On ne saurait dire qu'ils sont dans l'obscurité totale quant à l'auteur ou à l'origine de la recommandation et qu'ils en souffrent un préjudice.

[16] Quoiqu'il en soit, la Cour suprême a, dans l'arrêt *Babcock*, au paragraphe 28, identifié les exigences de forme requises pour une attestation de confidentialité:

Quelles sont les exigences de forme de l'attestation qui en découlent? On peut considérer que le deuxième aspect, l'élément discrétionnaire, est établi par l'acte d'attestation. Toutefois, le premier élément de la décision du greffier commande que son attestation établisse que les renseignements sont visés par la Loi. Cela signifie que le greffier ou le ministre ont l'obligation de donner des renseignements une description suffisante pour établir à la face même de l'attestation qu'il

39(2) or an analogous category; the possibility of analogous categories flows from the general language of the introductory portion of s. 39(2). This follows from the principle that the Clerk or minister must exercise her statutory power properly in accordance with the statute. The kind of description required for claims of solicitor-client privilege under the civil rules of court will generally suffice. The date, title, author and recipient of the document containing the information should normally be disclosed. If confidentiality concerns prevent disclosure of any of these preliminary indicia of identification, then the onus falls on the government to establish this, should a challenge ensue. On the other hand, if the documents containing the information are properly identified, a person seeking production and the court must accept the Clerk's determination. The only argument that can be made is that, on the description, they do not fall within s. 39, or that the Clerk has otherwise exceeded the powers conferred upon her. [Emphasis added.]

[17] We are prepared to apply the same identification requirements to the documents at issue here, namely:

- (a) the date—if of course the document has one—consisting not only of the month and year but also the day, if specified;
- (b) the title, if the document is given one, as it certainly cannot be said that Cabinet memoranda necessarily have specific titles;
- (c) the author of the Cabinet memorandum, the Council agenda or the record of its deliberations, though it is permissible to infer this from the document itself, its nature and provenance; and
- (d) the recipient of these documents, which presents no problem in the case at bar.

Probably, Council agenda and records of the Council's deliberations were dated and attributed to an author or department. Similarly, memoranda to the Council containing recommendations had to have an author. On the other hand, there is nothing in the record to indicate that they had a title and that the dates on which they were prepared were indicated.

s'agit de renseignements confidentiels du Cabinet et qu'ils appartiennent aux catégories prévues au par. 39(2) ou à une catégorie analogue; la possibilité de catégories analogues découle des termes généraux utilisés dans la disposition introductive du par. 39(2). Ce premier élément résulte du principe qui oblige le greffier ou le ministre à exercer leur pouvoir légal d'une façon régulière en conformité avec la loi. Il suffira généralement à cet égard de fournir une description semblable à celle que les règles de pratique imposent en matière civile dans les demandes visant à protéger le secret professionnel de l'avocat. La date, le titre, l'auteur et le destinataire du document dans lequel se trouvent les renseignements devraient normalement être divulgués. Si des préoccupations touchant à la confidentialité empêchent la divulgation de l'un quelconque de ces indices préliminaires d'identification, ce sera au gouvernement d'en faire la preuve en cas de contestation. Par contre, si les documents dans lesquels se trouvent les renseignements sont correctement identifiés, la personne qui en demande la production et le tribunal doivent accepter la décision du greffier. Une seule argumentation est possible: les documents, au vu de leur description, ne sont pas visés par l'art. 39 ou le greffier a outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés. [Nous soulignons.]

[17] Nous sommes disposés à appliquer les mêmes exigences d'identification aux documents ici en cause, c'est-à-dire:

- a) la date si, bien entendu, le document en porte une, consistant non seulement en le mois et l'année, mais aussi le jour s'il est précisé;
- b) le titre, si le document s'en est vu attribuer un, car on ne saurait dire que les mémoires au Cabinet ont nécessairement des titres spécifiques;
- c) l'auteur du mémoire au Cabinet, de l'ordre du jour du Conseil ou des procès verbaux de ses délibérations, encore qu'il n'est pas interdit de l'inférer du document lui-même, de sa nature et de sa provenance; et
- d) le destinataire de ces documents, ce qui ne pose pas de problème en l'espèce.

Vraisemblablement, les ordres du jour du Conseil et les procès-verbaux de ses délibérations portaient des dates et sont imputables à un auteur ou à un service. De même, les notes au Conseil portant recommandation devaient avoir un auteur. Par contre, rien au dossier n'indique qu'elles avaient un titre et que le jour de leurs confections était indiqué.

[18] In short, some of the minimal requirements for identification of the documents may not have been complied with. However, having said that, it does not necessarily follow that the defect cannot be corrected and that the privilege of non-disclosure is lost. We need only consider the functions and purposes of section 39 of the Act to see that this is not so: the section is to ensure confidentiality for discussions held in Cabinet, enable members to discuss aspects of the problems they are considering freely and take the controversial government decisions required by their duties, to avoid documents they read and statements they made becoming the object of public scrutiny and to avoid their being the subject of unfounded or specious public or political criticism (see paragraphs 17 and 18 of *Babcock*).

[19] To conclude, as the respondents suggest, that the privilege under section 39 of the Act is irretrievably lost by the slightest technical or formal deficiency in the certificate, is to give form priority over substance, at the expense of the very purposes of the privilege. We do not believe that this was the legislative intent or the effect sought by the Supreme Court of Canada in *Babcock* when it indicated the identification requirements.

[20] In *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2001 BCSC 225, Tysoe J. of the British Columbia Supreme Court considered that the solution in such cases was to allow a new, more specific and explicit certificate to be filed within a given time. Southin J.A., dissenting in *Babcock v. Canada (Attorney General)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678 (B.C.C.A.), at page 705, when it was heard by the British Columbia Court of Appeal, also came to the same conclusion.

[21] We consider that this remedial approach is more consistent with the purposes of section 39, more likely to attain those purposes and so more in keeping with the legislative intent, as the idea of requiring sufficient identification of the documents covered by the certificate is not to cause the benefit of the privilege to be lost but to enable the Court to see on the face of the certificate that these are Cabinet confidences, that they fall under subsection 39(2) of the Act and that the Clerk did not

[18] En somme, certaines des exigences minimales d'identification des documents n'ont peut-être pas été respectées. Mais cela dit, il ne s'ensuit pas nécessairement que le défaut est irrémédiable et que le privilège de non-divulgaration est perdu. Il suffit de voir les rôles et les buts de l'article 39 de la Loi pour être convaincu du contraire: assurer la confidentialité des discussions qui se tiennent au Cabinet, permettre aux membres de discuter librement les aspects des problèmes dont ils sont saisis et de prendre des décisions gouvernementales controversées comme l'exigent leurs fonctions, éviter que les documents qu'ils ont lus et les propos qu'ils ont tenus ne fassent l'objet d'une examen public, éviter qu'ils soient l'objet de critiques publiques ou politiques mal fondées ou spécieuses (voir les paragraphes 17 et 18 de l'arrêt *Babcock*).

[19] Conclure, comme les intimés le prétendent, à la perte irrémédiable du privilège de l'article 39 de la Loi à la moindre défaillance technique ou formelle de l'attestation, c'est faire primer la forme sur le fond, au détriment des objectifs mêmes du privilège. Nous ne croyons pas que ce soit là l'intention législative ou l'effet recherché par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Babcock* en précisant les exigences d'identification.

[20] Dans l'affaire *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2001 BCSC 225, le juge Tysoe de la Cour suprême de la Colombie-Britannique était d'avis que la solution en pareil cas était de permettre qu'une nouvelle attestation, plus spécifique et explicite, soit déposée dans un délai imparti. La juge Southin, dissidente dans l'affaire *Babcock v. Canada (Attorney General)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 678 (B.C.C.A.), à la page 705, lorsqu'en-tendue en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, avait aussi conclu dans le même sens.

[21] Nous estimons cette approche remédiatrice plus respectueuse des objectifs de l'article 39, plus propice à leur atteinte et, partant, plus conforme à l'intention législative. Car l'objectif des exigences d'identification suffisante des documents visés par l'attestation n'est pas de faire perdre le bénéfice du privilège, mais bien de permettre à la Cour de constater à la face même de l'attestation qu'il s'agit de renseignements confidentiels du Cabinet, qu'ils tombent sous le coup du paragraphe

exceed the powers conferred on him by the Act. In the Court's view, the holder of this public interest privilege should have the right to correct the inadequacy of the description of documents for which the certificate of confidentiality is filed.

#### Waiver of privilege by appellant

[22] The respondents regard the following two statements, one by the Prime Minister and the other by the Minister of Transport, contained in a press release, as a waiver of the section 39 privilege over all information claimed in this matter:

“The comments made last week by Mr. Pelletier regarding Myriam Bédard were totally unacceptable,” said Prime Minister Paul Martin. “I asked people who had knowledge about possible wrongdoings to come forward. And when they do, I expect them to be treated fairly. This was clearly not the case. My government came to office with a commitment to change the way things work. The actions we are taking today reflect that commitment.”

Transport Minister Valeri said: “Last week I stated that the government would review the comments of the VIA Chairman and would take appropriate action. It is completely inappropriate for the chairman of a Crown corporation to make comments of this nature about someone identifying wrongdoing in the workplace.”

[23] This argument by the respondents is without merit. It amounts to saying that because a member of Cabinet may have deliberately, negligently or accidentally disclosed certain confidences discussed in Cabinet, all the other members of Cabinet lose the benefit of the privilege not only in respect of that confidence, but also all other information relating to it, when the Clerk files a confidentiality certificate pursuant to section 39. That is to deprive section 39 of all meaning.

[24] Even admitting that the press release mentioned above could constitute a waiver of the confidentiality of the information contained in these comments, which is far from clear since there is no indication the comments

39(2) de la Loi et que le greffier n'a pas excédé les pouvoirs que la Loi lui confère. À notre avis, le détenteur de ce privilège d'intérêt public doit avoir la possibilité de remédier à l'insuffisance de la description des documents à l'égard desquels l'attestation de confidentialité est déposée.

#### La renonciation au privilège par l'appelant

[22] Les intimés voient dans les deux déclarations suivantes, l'une du premier ministre et l'autre du ministre des Transports, contenues dans un communiqué de presse, une renonciation au privilège de l'article 39 à l'égard de tous les renseignements réclamés relativement à cette affaire:

«Les propos tenus la semaine dernière par M. Pelletier à l'égard de Mme Myriam Bédard étaient tout à fait inacceptables», a déclaré le premier ministre Paul Martin. «J'ai demandé aux personnes qui ont connaissance de possibles actes répréhensibles de se manifester. Et je m'attends à ce qu'elles soient traitées de manière appropriée lorsqu'elles le font. Ce qui, en l'occurrence, n'a pas été le cas. Mon gouvernement est arrivé au pouvoir avec l'engagement de changer la façon de faire les choses. La décision que nous prenons aujourd'hui entend refléter cet engagement.»

Le ministre des Transports Tony Valeri a déclaré: «La semaine dernière, j'avais dit que le gouvernement examinerait les commentaires du président de VIA Rail, puis prendrait les mesures qui s'imposent. Il est tout à fait inapproprié pour le président d'une société d'État de tenir des propos de la sorte à l'égard de quelqu'un qui a mis en lumière des actes répréhensibles en milieu de travail.»

[23] Cette prétention des intimés est sans mérite. Elle revient à dire que, parce qu'un membre du Cabinet peut avoir délibérément, négligemment ou accidentellement révélé certains renseignements confidentiels discutés au Cabinet, tous les autres membres du Cabinet perdent le bénéfice du privilège à l'égard non seulement de ces renseignements, mais aussi de tous les autres renseignements s'y rapportant, alors que le greffier dépose une attestation de confidentialité en vertu de l'article 39. C'est vider l'article 39 de tous sens.

[24] Même en admettant que le communiqué de presse ci-auparavant mentionné pourrait constituer une renonciation à la confidentialité des renseignements que ces propos véhiculent, ce qui est loin d'être évident

were made at the Cabinet meeting, waiving the protection of section 39 of the Act by releasing certain documents or information does not, as the Supreme Court noted in *Babcock*, constitute a waiver of the right to rely on section 39 in respect of other documents or information. At paragraph 35, McLachlin C.J. wrote:

Section 39 protects “information” from disclosure. It may be that some information on a particular matter has been disclosed, while other information on the matter has not been disclosed. The language of s. 39(1) does not permit one to say that disclosure of some information removes s. 39 protection from other non-disclosed information.

[25] In Mr. Pelletier’s case, as regards disclosure of the recommendation made to the Governor in Council itself, the Court is satisfied that this was done inadvertently and clearly cannot be a waiver of the privilege of non-disclosure. Ms. Nixon, executive assistant to the Deputy Minister of Transport Canada, explained in her affidavit and in her testimony that, in her haste to try and inform Mr. Pelletier of the Council’s decision regarding him, she failed to instruct her staff to send the recipient only the Order in Council itself: see Appeal Book in A-417-04, at pages 56, 57 and 117 to 121.

[26] The Court is also satisfied that the appellant did not delay unduly in taking the necessary action to correct the error and ensure confidentiality for the document in question, once the error had been discovered.

Whether Judge right to examine content of document itself to decide on its confidentiality

[27] It will be recalled that the Judge said that in his opinion the description of document No. 2 might be sufficient to meet the requirements of section 39 of the Act, but reading the document persuaded him it was not necessary to keep the document confidential.

[28] The document was filed with the Judge by the plaintiff, Mr. Pelletier. His counsel argued that, since the

puisque rien n’indique qu’il s’agit de propos tenus à la réunion du Conseil, le fait de renoncer à la protection de l’article 39 de la Loi en communiquant certains documents ou renseignements n’emporte pas, comme le dit la Cour suprême dans l’arrêt *Babcock*, une renonciation au droit d’invoquer l’article 39 relativement à d’autres documents ou renseignements. Au paragraphe 35, la juge en chef McLachlin écrit:

L’article 39 protège les «renseignements» en empêchant leur divulgation. Il se peut que certains renseignements touchant un sujet particulier aient été divulgués, alors que d’autres touchant le même sujet ne l’ont pas été. Le libellé du par. 39(1) ne permet pas d’affirmer que la divulgation de certains renseignements empêche d’autres renseignements non divulgués de bénéficier de la protection de l’art. 39.

[25] En ce qui a trait, dans le dossier de M. Pelletier, à la divulgation de la recommandation elle-même faite à la gouverneure générale en conseil, nous sommes satisfaits que celle-ci fut faite par inadvertance et qu’elle ne saurait constituer une renonciation au privilège de non-divulgation. M<sup>me</sup> Nixon, adjointe exécutive au sous-ministre de Transport Canada, a expliqué dans son affidavit et dans son témoignage que, dans son empressement à vouloir informer M. Pelletier de la décision du Conseil le concernant, elle a omis de donner instruction à son personnel de ne remettre au destinataire que l’arrêté en conseil lui-même: voir le dossier d’appel dans A-417-04, aux pages 56, 57 et 117 à 121.

[26] Nous sommes également satisfaits que l’appelant n’a pas indûment tardé à prendre les mesures nécessaires pour corriger l’erreur et assurer la confidentialité du document en litige, une fois l’erreur découverte.

Le juge a-t-il eu raison de prendre connaissance du contenu du document lui-même pour décider de son caractère confidentiel?

[27] On se rappellera que le juge s’est dit d’avis que la description du document n° 2 serait possiblement suffisante pour satisfaire les exigences de l’article 39 de la Loi, mais que la lecture du document l’avait convaincu qu’il n’était pas nécessaire de garder le document confidentiel.

[28] Le document fut déposé devant le juge par le demandeur, M. Pelletier. Son avocate soutient que,

document was filed in the proceedings, it would be unfair and prejudicial to the administration of justice not to allow the Judge to examine its content. She cited the following passage from this Court's judgment in *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.), which is found at page 311:

There is a large measure of unreality in the proposition that the filing of a certificate has the effect of undoing the disclosure of information already lawfully disclosed to the opposing party in a legal proceeding. Everyone with a legitimate interest in the information has it except the Court. Maintenance of confidentiality against only the Court in such a case implies a Parliamentary intention to permit the filing of a certificate to obstruct the administration of justice while serving no apparent legitimate purpose. [Emphasis added.]

[29] With respect, we do not believe that this decision is of any great assistance in the case at bar, since we are not dealing here with a document which was lawfully disclosed in a legal proceeding, but rather with a document disclosed by mistake outside a legal proceeding, although it ended up in a legal proceeding to determine whether it was confidential.

[30] The Judge had before him an objection to the filing of this document pursuant to section 39 of the Act. The definition of his function and powers is found in subsection 39(1): he must decide on the merits of the objection to filing based on the certificate filed, and if the parameters of section 39 have been observed, he is required to refuse disclosure of the document without examining it. It is not the function of the Judge to examine the document in question and weigh the opposing interests, that is, to determine whether the public interest in disclosure of the document outweighs its protection. The exercise of weighing interests is for the Clerk, not the Court. At paragraph 17 of *Babcock*, McLachlin C.J. wrote:

Sections 37, 38 and 39 of the *Canada Evidence Act* deal with objections to the disclosure of protected information held by the federal government. Section 37 relates to all claims for Crown privilege, except Cabinet confidences, or confidences

puisque le document avait été déposé dans les procédures, il serait inéquitable et préjudiciable à l'administration de la justice de ne pas permettre au juge de prendre connaissance de son contenu. Elle cite l'extrait suivant, tiré de la décision de cette Cour dans l'arrêt *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.), que l'on retrouve à la page 311:

C'est faire preuve de beaucoup d'irréalisme que de prétendre que le dépôt d'un certificat a pour effet d'effacer la production de renseignements déjà légalement divulgués à la partie adverse dans une procédure judiciaire. Tous ceux qui possèdent un intérêt légitime dans ces renseignements les ont en mains sauf la Cour. Le fait de préserver la confidentialité de ces renseignements uniquement vis-à-vis de la Cour, dans un tel cas, sous-entend l'intention du Parlement d'autoriser le dépôt d'un certificat en vue de faire obstruction à l'administration de la justice et ce, sans aucun motif légitime apparent. [Nous soulignons.]

[29] Avec respect, nous ne croyons pas que cette décision soit d'un grand secours en l'espèce puisque nous ne sommes pas en présence d'un document légalement divulgué dans une procédure judiciaire, mais plutôt en présence d'un document divulgué par erreur, en dehors du contexte d'une procédure judiciaire, même s'il a fini par aboutir dans une procédure judiciaire visant à en déterminer le caractère confidentiel ou non.

[30] Le juge était saisi d'une objection à la production de ce document fondée sur l'article 39 de la Loi. La définition de son rôle et de ses pouvoirs se retrouve au paragraphe 39(1): il doit juger du bien-fondé de l'objection à la production à partir de l'attestation déposée et, si les paramètres de l'article 39 sont respectés, il est tenu de refuser la divulgation du document sans l'examiner. Il n'appartient pas au juge d'examiner le document en question et d'effectuer une pondération des intérêts qui s'opposent, c.-à-d. de déterminer si l'intérêt public commande davantage la divulgation du document que sa protection. L'exercice de pondération des intérêts relève du greffier et non de la Cour. Au paragraphe 17 de l'arrêt *Babcock*, la juge en chef McLachlin écrit:

Les articles 37, 38 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* régissent les oppositions à la divulgation de renseignements protégés détenus par le gouvernement fédéral. L'article 37 vise tous les cas où la Couronne fait valoir son immunité, sauf en

of the Queen's Privy Council; s. 38 pertains to objections related to international relations or national defence; and s. 39 deals with Cabinet confidences. Under ss. 37 and 38, a judge balances the competing public interests in protection and disclosure of information. Under s. 39, by contrast, the Clerk or minister balances the competing interests. [Emphasis added.]

[31] Further, we repeat, the Judge's determination of the merits of the objection based on section 39 of the Act must be made in reliance on the certificate, and the Judge does not have jurisdiction to examine the document. Thus, the fact that the parties did not object to his examining the document does not have the effect of giving him jurisdiction which the Act not only does not give him, but expressly denies him. In this connection, it is worth recalling the comments of McLachlin C.J. at paragraphs 17 and 40 of *Babcock*:

If the Clerk or minister validly certifies information as confidential, a judge or tribunal must refuse any application for disclosure, without examining the information.

...

The court, person or body reviewing the issuance of a s. 39 certificate works under the difficulty of not being able to examine the challenged information. A challenge on the basis that the information is not a Cabinet confidence within s. 39 thus will be generally confined to reviewing the sufficiency of the list and evidence of disclosure. A challenge based on wrongful exercise of power is similarly confined to information on the face of the certificate and such external evidence as the challenger may be able to provide. Doubtless these limitations may have the practical effect of making it difficult to set aside a s. 39 certificate. [Emphasis added.]

[32] In the circumstances, as there was no waiver of disclosure of the document in question, namely the recommendation to the Governor General in Council, the Judge could not examine the document. His conclusion, based on examining the document, that there was nothing

ce qui a trait aux renseignements confidentiels du Cabinet ou du Conseil privé de la Reine pour le Canada; l'art. 38 traite des oppositions relatives aux relations internationales ou à la défense nationale; enfin, l'art. 39 s'applique aux renseignements confidentiels du Cabinet. Sous le régime des art. 37 et 38, un juge détermine si l'intérêt public commande davantage la divulgation des renseignements ou, au contraire, leur protection. Par contre, pour l'application de l'art. 39, c'est le greffier ou le ministre qui soupèsent les intérêts opposés. [Nous soulignons.]

[31] En outre, et nous le répétons, la détermination, par le juge, du mérite de l'objection fondée sur l'article 39 de la Loi doit se faire sur la foi de l'attestation et le juge ne possède pas la compétence pour examiner le document. Ainsi, le fait que les parties ne se soient pas objectées à ce qu'il examine le document n'a pas pour effet de lui conférer une compétence que non seulement la Loi ne lui attribue pas, mais une compétence qu'elle lui dénie expressément. À cet égard, il convient de rappeler les propos de la juge en chef McLachlin que l'on retrouve aux paragraphes 17 et 40 de la décision *Babcock*:

Si le greffier ou le ministre attestent valablement que des renseignements sont confidentiels, le juge ou le tribunal est tenu de rejeter la demande de divulgation des renseignements, sans les examiner.

[...]

Le tribunal, l'organisme ou la personne qui contrôle la délivrance de l'attestation prévue à l'art. 39 doit composer avec l'inconvénient de ne pas pouvoir examiner les renseignements contestés. Une contestation fondée sur l'argument que les renseignements ne sont pas des renseignements confidentiels du Cabinet au sens de l'art. 39 se limitera donc généralement au contrôle du degré de précision de la liste et de la preuve de divulgation. Une contestation fondée sur l'exercice abusif du pouvoir de délivrer une attestation se limitera de la même manière aux renseignements qui figurent sur l'attestation et à toute preuve externe que la partie qui la conteste sera en mesure d'apporter. Il ne fait aucun doute que ces restrictions peuvent, dans les faits, rendre difficile l'annulation de l'attestation délivrée en application de l'art. 39. [Nous soulignons.]

[32] Dans les circonstances, alors qu'il n'y avait pas eu renonciation à la divulgation du document en question, soit la recommandation à la gouverneure générale en conseil, le juge ne pouvait examiner le document. Sa conclusion que le document n'avait rien de



confidential in the said document was arrived at in the absence of jurisdiction and so is invalid.

Whether paragraph 39(2)(a) protects the recommendation itself

[33] The argument of the respondent Mr. Pelletier on this point is based on a specious but incorrect reading of paragraph 39(2)(a) of the Act. The memorandum and the recommendation(s) it contains cannot be severed for confidentiality purposes. It is also not inconceivable that the recommendation finally adopted could refer to information contained in the confidential memorandum, which explains the recommendation itself or the choice of this recommendation, rather than some other among those proposed.

Conclusion

[34] For these reasons, the appeals will be dismissed with costs, subject to the appellant's right to file a new certificate in each of the two cases pursuant to section 39 of the Act within 15 days of these reasons, which provides a description of the documents consistent with the requirements of *Babcock*, as discussed in paragraph 17 of these reasons.

[35] If the appellant fails to do this within the time specified, the documents at issue shall be delivered to the respondents.

confidentiel, fondée sur l'examen dudit document, a été rendue en l'absence de compétence et est donc sans effet.

L'alinéa 39(2)a) de la Loi protège-t-il la recommandation elle-même?

[33] L'argument de l'intimé, M. Pelletier, sur ce point repose sur une lecture spé cieuse, mais incorrecte, de l'alinéa 39(2)a) de la Loi. La note, et la ou les recommandations qu'elle contient, sont indissociables pour fin de confidentialité. Il n'est pas impensable non plus que la recommandation qui est retenue en définitive puisse faire référence à des renseignements contenus dans la note confidentielle, lesquels expliquent la recommandation elle-même ou le choix de cette recommandation plutôt qu'une autre parmi celles proposées.

Conclusion

[34] Pour ces motifs, les appels seront rejetés avec dépens, sans préjudice au droit de l'appelant de déposer, dans les 15 jours des présents motifs, dans chacun des deux dossiers, une nouvelle attestation en vertu de l'article 39 de la Loi, qui fournit, des documents, une description conforme aux exigences de l'arrêt *Babcock*, telles qu'énoncées au paragraphe 17 des présents motifs.

[35] À défaut par l'appelant de ce faire dans le délai imparti, les documents en litige devront être remis aux intimés.

IMM-6880-04  
2005 FC 156

IMM-6880-04  
2005 CF 156

**Mohamed Zeki Mahjoub** (*Applicant*)

v.

**The Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada** (*Respondents*)

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

Federal Court, Dawson J.—Toronto, December 17, 2004; Ottawa, January 31, 2005.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Judicial review of decision by Minister's delegate applicant be refouled to Egypt — Security certificate found reasonable — Applicant said to be member of terrorist group, Vanguard of Conquest, which seeks to overthrow by force Egyptian Government — Whether delegate erred in concluding existence of "exceptional circumstances" justifying refoulement to torture — Applicant relying on Charter, international law — Application granted, matter remitted for redetermination — S.C.C.'s teaching in Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) considered — Delegate relied on F.C. Judge's decision at certificate reasonableness hearing, public summary of security intelligence report — Delegate suspicious of applicant's employment by Usama bin Laden — Found applicant substantial danger to Canadian security — Found applicant might well suffer human rights abuses if refouled — Doubtful Egyptian government could be trusted as to assurances given in diplomatic notes — Considered applicant's continued detention not an option — Delegate's decision turned on facts, reversed only if patently unreasonable — As only CSIS narrative before delegate, unable to conduct independent assessment of threat risk — Issue different than that before F.C. Judge at certificate reasonableness hearing, at which truth of facts not at issue — Delegate disobeyed S.C.C. teaching in Suresh — Delegate must give reasons for rejecting significant evidence — Must consider whether individual's ability to participate in clandestine activities has been neutralized — Should consider alternatives to refoulement — Request for amicus curiae rejected — Constitutional issues not dealt with in absence of proper evidentiary record.*

**Mohamed Zeki Mahjoub** (*demandeur*)

c.

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada** (*défendeurs*)

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

Cour fédérale, juge Dawson—Toronto, 17 décembre 2004; Ottawa, 31 janvier 2005.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Contrôle judiciaire de la décision d'une représentante du ministre de refouler le demandeur vers l'Égypte — L'attestation de sécurité a été jugée raisonnable — Le demandeur était membre présumé d'un groupe terroriste, le Vanguard of Conquest, qui vise le renversement par la force du gouvernement de l'Égypte — Il s'agissait de savoir si la représentante a commis une erreur en concluant en l'existence de «circonstances exceptionnelles» justifiant le refoulement impliquant un risque de torture — Le demandeur a invoqué la Charte et le droit international — La demande a été accueillie et l'affaire renvoyée pour nouvelle décision — On a pris en compte le principe énoncé par la C.S.C. dans Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — La représentante s'est fondée sur la décision du juge de la C.F. à l'audience relative au caractère raisonnable de l'attestation et sur le résumé public du rapport secret en matière de sécurité — L'emploi du demandeur auprès d'Oussama ben Laden a suscité des doutes chez la représentante — Celle-ci a conclu que le demandeur constituait un danger sérieux pour la sécurité du Canada — Elle a aussi conclu qu'il pourrait être victime de violations des droits de la personne s'il était refoulé — Elle doutait qu'on puisse se fier aux assurances données par le gouvernement de l'Égypte dans des notes diplomatiques — Elle n'a pas retenu comme option le maintien de la détention du demandeur — La décision de la représentante dépendait des faits et ne pouvait être annulée que si elle était manifestement déraisonnable — La représentante n'étant saisie que de l'énoncé circonstancié du SCRS, elle n'a pas pu apprécier de manière indépendante le danger pour la sécurité — La question en litige différerait de celle devant être tranchée par le juge de la C.F. à l'audience relative au caractère raisonnable, lors de laquelle la véracité des faits n'était pas mise en question — La représentante n'a pas suivi le principe énoncé par la C.S.C. dans Suresh — Elle devait formuler des motifs pour rejeter d'importants éléments de preuve — Elle devait examiner si on a empêché l'intéressé de s'adonner à des activités clandestines à l'avenir — Elle*

This was an application for judicial review of the Minister's delegate's decision to remove a Convention refugee to Egypt although he would there be at substantial risk of ill-treatment and human rights abuses. The Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration (the Ministers) had each signed a security certificate, evincing their opinion that applicant belonged to an inadmissible class. It was their belief that he will instigate the subversion by force of the Egyptian government and is a member of the Vanguard of Conquest (VOC), an Al Jihad (AJ) faction which engages in terrorism. Nadon J. found the certificate reasonable. The delegate noted that, in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Supreme Court of Canada had "endorsed" a procedure for balancing the danger presented by the individual against the risk to him if deported. The delegate took into consideration the determination of Nadon J. and the public summary of the security intelligence report, which suggested that applicant is a high-ranking member of VOC, an Islamic terrorist organization. The delegate found this report persuasive. She also noted that, contrary to applicant's submission that he had never even been charged with an offence anywhere, according to Amnesty International, he had been charged in Egypt of belonging to an armed group and sentenced *in absentia*. Furthermore, CSIS reported that he was indicted by Egypt's Higher Military Court, convicted and sentenced *in absentia* to 15 years for establishing terrorist training camps in foreign countries. She considered the applicant's submission that he was the victim of false accusations due to his religious beliefs but found no reason to deviate from Nadon's conclusion. The delegate noted the applicant's admission that he had been employed by Usama bin Laden although he denied knowledge of any terrorist agenda. In the end, she was convinced that the applicant did present a substantial danger to Canadian security as a senior member of an organization responsible for attacks on military, diplomatic and civilian targets around the world. Finally, the delegate pointed out that Usama bin Laden has identified Canada as an Al-Qaida target.

On the other side of the balancing exercise, the delegate considered whether there were "substantial grounds" to

*devait considérer des solutions de remplacement au refoulement — La demande de nomination d'un amicus curiae a été rejetée — On n'a pas traité des questions constitutionnelles en l'absence d'une preuve valable.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision d'une représentante du ministre de renvoyer un réfugié au sens de la Convention vers l'Égypte, bien qu'il risque fortement d'y être victime de mauvais traitements et de violations des droits de la personne. Le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (les ministres) ont chacun signé une attestation de sécurité disant que le demandeur appartenait à une catégorie non admissible. Ils avaient la conviction que le demandeur inciterait au renversement par la force du gouvernement de l'Égypte et qu'il est membre de Vanguard of Conquest (VOC), une aile du Al Jihad (AJ) qui commet des actes de terrorisme. Le juge Nadon a conclu que l'attestation était raisonnable. La représentante a fait observer que, dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour suprême du Canada avait «avalisé» un processus consistant à mettre en balance le danger que constitue l'intéressé et le risque auquel l'expose son expulsion. La représentante a pris en compte la décision du juge Nadon et le résumé public du rapport secret en matière de sécurité, qui laisse entendre que le demandeur est un membre haut placé du VOC, une organisation terroriste islamiste. La représentante a estimé le rapport convaincant. Elle a également signalé que, contrairement à la prétention du demandeur selon laquelle il n'avait jamais été inculpé d'une infraction où que ce soit dans le monde, ce dernier, selon Amnesty Internationale, avait été accusé, en Égypte, d'être membre d'un groupe armé et condamné *in absentia*. Le SCRS a en outre rapporté que le demandeur avait été mis en accusation par le plus haut tribunal militaire égyptien, puis déclaré coupable et condamné, *in absentia*, à 15 années d'emprisonnement pour avoir établi à l'étranger des camps d'entraînement pour terroristes. La représentante s'est penchée sur la prétention du demandeur selon laquelle il avait été victime de fausses accusations en raison de ses croyances religieuses, mais elle a conclu qu'il n'y avait aucun motif d'en arriver à une conclusion différente de celle du juge Nadon. Elle a souligné que le demandeur avait admis avoir travaillé pour Oussama ben Laden, tout en niant avoir eu connaissance de ses visées terroristes. Elle était convaincue en bout de ligne que le demandeur constituait un danger sérieux pour la sécurité du Canada, puisqu'il était membre de premier rang d'une organisation impliquée dans des attaques visant des cibles militaires, diplomatiques et civiles à travers le monde. Elle a signalé, finalement, qu'Oussama ben Laden avait désigné le Canada comme cible d'Al-Qaida.

Vers l'autre pôle de la mise en balance, la représentante a examiné s'il y avait des «motifs substantiels» étayant la

support applicant's assertion that he will be at risk if returned to Egypt. She found credible reports that, while not officially sanctioned by government, torture is sometimes carried out at Egyptian detention centres by state security force members. An Amnesty International bulletin advised that, in Egypt, suspected members of armed Islamic groups are frequently tortured. The delegate concluded that, should applicant be refouled, he would be taken into custody to stand trial and might suffer human rights abuses within a short time of detention. She doubted that the Egyptian government would honour assurances given in the form of diplomatic notes that, if returned, applicant would be dealt with in accordance with constitutional and human rights laws. That said, the delegate concluded that applicant poses an extraordinary danger to Canada and so was caught by Act, paragraph 115(2)(b). Because of comments by the Federal Court of Appeal in *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* about indefinite duration of custody, continued detention was not an option.

The Ministers applied, under Act, section 87, for an order authorizing, on national security grounds, the non-disclosure to applicant and his counsel of the information considered by the Minister's delegate. This was supported by a confidential affidavit and upon the affiant's examination by the Court, it was disclosed that the confidential information did not contain the entire, original security intelligence report supporting issuance of the security certificate. All it contained was the CSIS conclusions and beliefs concerning applicant. Not before the Court were confidential documents referred to in footnotes. The Ministers' section 87 application was, however, granted.

Applicant's position was that the Minister's delegate erred in concluding that there existed "exceptional circumstances" such as to justify his refoulement to a place where he would be subjected to cruel, unusual treatment, contrary to Charter, section 12. He also relied on the section 15 guarantee of equality in that his removal was based upon his non-citizenship. Applicant further argued that, under international law, return to torture is prohibited.

*Held*, the application should be allowed and the matter remitted for redetermination by another delegate.

prétention du demandeur selon laquelle il courrait un risque si on devait le renvoyer en Égypte. Elle a jugé dignes de foi des rapports portant que des membres des forces de sécurité de l'Égypte recouraient parfois à la torture dans des centres de détention égyptiens, bien que le gouvernement n'approuve pas cela officiellement. En Égypte, selon un bulletin d'Amnistic Internationale, les personnes soupçonnées de faire partie de groupes islamiques armés sont fréquemment victimes de torture. La représentante a conclu qu'en cas de refoulement, le demandeur serait placé sous garde pour subir un procès et pourrait être victime de violations des droits de la personne peu après sa mise en détention. Elle a mis en doute la volonté du gouvernement de l'Égypte d'honorer les assurances données sous la forme de notes diplomatiques et portant qu'en cas de renvoi, les droits constitutionnels et les droits de la personne que la loi garantit au demandeur seraient respectés. Cela étant dit, la représentante a conclu que le demandeur constituait un danger exceptionnel pour le Canada et qu'il était donc visé par l'alinéa 115(2)b) de la Loi. En raison des commentaires formulés par la Cour d'appel fédérale dans *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)* sur la détention d'une durée indéterminée, la représentante n'a pas retenu comme option le maintien de la détention.

Les ministres ont demandé, en application de l'article 87 de la Loi, une ordonnance interdisant de divulguer au demandeur et à ses avocats, pour des motifs de sécurité nationale, les renseignements examinés par la représentante du ministre. Un affidavit confidentiel a été produit à l'appui de la demande et, après interrogatoire de l'auteur de l'affidavit par la Cour, on a appris que ces renseignements confidentiels n'étaient qu'en partie ceux figurant dans le rapport secret en matière de sécurité présenté à l'origine pour obtenir la délivrance de l'attestation de sécurité. Il s'agissait uniquement de convictions et de conclusions du SCRS concernant le demandeur. Les documents confidentiels auxquels des notes renvoyaient n'ont pas été soumis à la Cour. La demande présentée par les ministres en application de l'article 87 a cependant été accueillie.

Le demandeur a soutenu que la représentante du ministre avait commis une erreur en concluant que des «circonstances exceptionnelles» justifiaient le refoulement vers un lieu où il subirait un traitement cruel ou inusité, ce qui irait à l'encontre de l'article 12 de la Charte. Il a également fait valoir le droit à l'égalité prévu à l'article 15, son renvoi reposant sur le fait qu'il n'était pas citoyen canadien. Il a soutenu, en outre, que le droit international interdit le renvoi impliquant un risque de torture.

*Jugement*: la demande doit être accueillie et l'affaire renvoyée à un autre représentant pour qu'il rende une nouvelle décision.

Given that this case turned on its facts, the Court must adopt a deferential approach and reverse the delegate's decision only if patently unreasonable as made arbitrarily, in bad faith, disregarding appropriate considerations or unsupported by the evidence. While, in *Suresh*, the Supreme Court left open for some future case a determination of the "ambit of an exceptional discretion to deport to torture, if any", certain principles were articulated. In an application of the principles established in *Suresh* to the matter at bar, the decisive issue was the delegate's conclusion that the danger posed by applicant met the exceptional circumstances test. Thus, the court's inquiry should be directed to whether there is evidence which supports the delegate's finding of danger to Canadian security. The delegate's conclusion was not supported by the evidence and so her decision had, in its entirety, to be set aside. She could not have properly balanced the competing interests in the absence of a proper foundation for her decision as to the danger posed by applicant. All she had to go on was the narrative prepared by CSIS; she was therefore in no position to conduct an independent assessment of the threat risk. Furthermore, the conclusions of CSIS and Nadon J. upon which the delegate relied were not directed primarily at assessing the national security risk that applicant may present. In reviewing the reasonableness of a security certificate, at issue is whether there are "reasonable grounds to believe" certain facts and not the truth of those facts. The delegate contravened the Supreme Court's teaching in *Suresh* when she conflated a finding that applicant was a person described in section 19 of the former Act with a finding that he was a danger to Canadian security. The discretion conferred by Act, subsection 115(2) cannot be exercised absent evidence upon which it can be concluded that the person concerned poses a danger to the security of Canada. Reliance may not be placed on the fact that the individual is one described in what is now subsection 34(1) of the Act. That does not mean that all of the original security intelligence information has to be reviewed, but the delegate must consider and weigh all of the evidence submitted and decide whether it is reliable. Reasons must be given for rejecting significant evidence. The danger posed must be articulated before the competing interests are weighed. Alternatives to refoulement—such as deportation to a third country or continued detention—should be considered.

Applicant's request for the appointment of an *amicus curiae* to serve when applicant and his counsel are excluded was rejected for the reasons given by the Federal Court in

Comme cette affaire dépendait des faits d'espèce, la Cour devait faire preuve de retenue, ne devant intervenir que si la décision était manifestement déraisonnable parce qu'elle a été prise arbitrairement ou de mauvaise foi, sans tenir compte de facteurs pertinents ou sans être étayée par la preuve. Quoique, dans *Suresh*, la Cour suprême ait déclaré que c'était dans une décision ultérieure que serait définie «[l']étendue du pouvoir discrétionnaire exceptionnel d'expulser une personne risquant la torture dans le pays de destination», elle n'en a pas moins énoncé certains principes. Si on applique en l'espèce les principes établis dans *Suresh*, la question déterminante était la conclusion de la représentante portant que le danger que constitue le demandeur satisfaisait au critère des circonstances exceptionnelles. Il y avait alors lieu pour la Cour de se demander, s'il existait une preuve étayant la conclusion de la représentante quant au danger pour la sécurité du Canada. La conclusion de la représentante n'était pas étayée par la preuve, de sorte que sa décision dans son ensemble devait être annulée. En l'absence d'un fondement valable de sa conclusion quant au danger que constitue le demandeur, la représentante ne pouvait pondérer de façon appropriée les intérêts antagonistes. Elle ne disposait que de l'exposé circonstancié du SCRS; elle ne pouvait donc apprécier de manière indépendante le danger que constituait le demandeur. En outre, ni les conclusions du SCRS ni celles du juge Nadon sur lesquelles la représentante s'est fondée n'avaient pour objet premier l'appréciation du risque pour la sécurité nationale pouvant être occasionné par le demandeur. Lors de l'examen du caractère raisonnable d'une attestation de sécurité, il s'agit de décider s'«il y a raisonnablement lieu de croire» certains faits, et non si ceux-ci sont véridiques. La représentante s'est écartée du principe énoncé par la Cour suprême dans *Suresh* en assimilant la conclusion selon laquelle le demandeur était une personne visée à l'article 19 de l'ancienne Loi à une autre conclusion selon laquelle celui-ci constituait un danger pour la sécurité du Canada. Le pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 115(2) de la Loi ne peut être exercé en l'absence d'éléments de preuve permettant de conclure que l'intéressé constitue un danger pour la sécurité du Canada. On ne peut pas se fier sur le fait que l'intéressé est une personne visée au paragraphe 34(1) de la Loi actuelle. Cela ne veut pas dire qu'il faut examiner l'ensemble des renseignements contenus dans le rapport secret original, mais que le représentant doit prendre en compte et apprécier tous les éléments de preuve dont il dispose et décider s'ils sont fiables. Il convient d'indiquer les motifs du rejet d'éléments d'importance. Il faut énoncer la nature du danger avant de mettre en balance les intérêts antagonistes. Il y aurait lieu de considérer les solutions de refoulement, comme le renvoi vers un pays tiers ou le maintien de la détention.

La requête du demandeur visant la nomination d'un *amicus curiae* pour qu'il soit présent lorsque lui-même et ses avocats ne le seraient pas a été rejetée pour les motifs précisés par la

*Harkat (Re)*. Such an appointment was unnecessary and would have been contrary to Parliament's intent.

The constitutional issues raised by applicant were not dealt with. While the Supreme Court of Canada has left open the question of whether deportation to torture can ever be justified, there are powerful *indicia* that this is fundamentally unacceptable and shocks the Canadian conscience. Upon redetermination, a decision in applicant's favour may be given. If not favourable, there would then be a proper evidentiary record to support a determination of the constitutional issues. It was most important that there exist evidence to inform the assessment of exceptional circumstances and the danger said to be posed to our society.

#### 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, 12, 15.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(e) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (f) (as am. *idem*).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(1), 78, 87, 115.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416; 2004 FC 1717.

##### CONSIDERED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, [2001] 4 F.C. 644; (2001), 212 F.T.R. 42; 2001 FCT 1095; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171; 77 C.R.R. (2d) 144; 7 Imm. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 40 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th)

Cour fédérale dans *Harkat (Re)*. Une telle nomination n'était pas nécessaire et ne serait pas conforme à l'intention du législateur.

La Cour n'a pas traité des questions constitutionnelles soulevées par le demandeur. Bien que la Cour suprême du Canada ait laissé ouverte la question de savoir s'il peut exister des circonstances quelconques justifiant l'expulsion impliquant un risque de torture, d'importants indices laissent croire que cela est fondamentalement inacceptable et choque la conscience des Canadiens. En cas de renvoi pour nouvelle décision, il pourrait en découler une décision favorable au demandeur. En cas de résultat défavorable, une preuve valable existera pour étayer une décision sur des questions constitutionnelles. Il importe particulièrement qu'une preuve sous-tende l'appréciation des circonstances exceptionnelles et du danger auquel ferait face notre société.

#### 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, 12, 15.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(e) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (f) (mod., *idem*).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(1), 78, 87, 115.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 CSC 1; *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416; 2004 CF 1717.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, [2001] 4 C.F. 644; (2001), 212 F.T.R. 42; 2001 CFPI 1095; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171; 77 C.R.R. (2d) 144; 7 Imm. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 40 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R.

141; 180 N.R. 1; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; (1999), 244 A.R. 201; 180 D.L.R. (4th) 1; [2000] 2 W.W.R. 180; 75 Alta. L.R. (3d) 1; 139 C.C.C. (3d) 321; 28 C.R. (5th) 207; 69 C.R.R. (2d) 1; 248 N.R. 101.

APPLICATION for judicial review of decision by Minister's delegate that Convention refugee be refouled to Egypt, even though there was a substantial risk of him being subjected to torture. Application granted, matter remitted for redetermination.

APPEARANCES:

*John R. Norris* and *Barbara L. Jackman* for applicant.  
*Mielka Visnic* and *Donald A. MacIntosh* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

*Ruby & Edwardh*, Toronto, and *Jackman & Associates*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

[1] DAWSON J.: Mr. Mohamed Zeki Mahjoub is an Egyptian national who came to Canada in December 1995. In October 1996, he was found to be a Convention refugee.

[2] In the spring of 2000, the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration (together the Ministers) each signed a security certificate, evincing their opinion that Mr. Mahjoub is a member of the inadmissible classes of persons described in subparagraph 19(1)(e)(ii) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11], clauses 19(1)(e)(iv)(B) [as am. *idem*] and 19(1)(e)(iv)(C) [as am. *idem*], subparagraph 19(1)(f)(ii) [as am. *idem*] and clause 19(1)(f)(iii)(B) [as am. *idem*] of the then *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (former Act). Such opinion was certified by the Ministers to have been based upon a security intelligence report received and considered by them. That security intelligence report, in turn, expressed the belief of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service) that

(4th) 141; 180 N.R. 1; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; (1999), 244 A.R. 201; 180 D.L.R. (4th) 1; [2000] 2 W.W.R. 180; 75 Alta. L.R. (3d) 1; 139 C.C.C. (3d) 321; 28 C.R. (5th) 207; 69 C.R.R. (2d) 1; 248 N.R. 101.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'une représentante du ministre de refouler vers l'Égypte un réfugié au sens de la Convention, même s'il risquait fortement d'y être soumis à la torture. Demande accueillie; affaire renvoyée pour nouvelle décision.

ONT COMPARU:

*John R. Norris* et *Barbara L. Jackman* pour le demandeur.  
*Mielka Visnic* et *Donald A. MacIntosh* pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Ruby & Edwardh*, Toronto et *Jackman & Associates*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

[1] LA JUGE DAWSON: M. Mohamed Zeki Mahjoub est un ressortissant égyptien arrivé au Canada en décembre 1995. En octobre 1996, on l'a reconnu être un réfugié au sens de la Convention.

[2] Au printemps 2000, le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (les ministres) ont chacun signé une attestation de sécurité faisant état de leur opinion selon laquelle M. Mahjoub appartient à l'une des catégories non admissibles visées au sous-alinéa 19(1)e(ii) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11], aux divisions 19(1)e(iv)(B) [mod., *idem*] et 19(1)e(iv)(C) [mod., *idem*], à l'alinéa 19(1)f(ii) [mod., *idem*] et à la division 19(1)f(iii)(B) [mod., *idem*] de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi). Les ministres ont attesté que cette opinion se fondait sur un rapport secret en matière de sécurité qu'ils avaient reçu et examiné. Ce rapport, quant à lui, faisait état de la conviction du Service canadien du renseignement de

Mr. Mahjoub was a member of the inadmissible classes referred to above, and set out the grounds upon which CSIS relied in order to form the belief that Mr. Mahjoub:

(a) will, while in Canada, engage in, or instigate, the subversion by force of the Government of Egypt;

(b) is a member of the Vanguard of Conquest (VOC), a faction of Al Jihad (AJ). The VOC is an organization that there are reasonable grounds to believe will engage in, or instigate, the subversion by force of the Government of Egypt, and will engage in terrorism;

(c) is, and was, a member of the VOC, which is an organization that there are reasonable grounds to believe is, or was, engaged in terrorism; and

(d) has engaged in terrorism.

[3] Appendix A to these reasons sets out the subparagraphs and clauses of the former Act referred to above.

[4] The security certificate issued by the Ministers was found to be reasonable by Mr. Justice Nadon, then a judge of this Court. See: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, [2001] 4 F.C. 644 (T.D.).

[5] By a decision dated July 22, 2004, a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) decided that Mr. Mahjoub should be removed to Egypt, pursuant to paragraph 115(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), notwithstanding that Mr. Mahjoub “could be at substantial risk of ill-treatment and human rights abuses such that it would preclude his removal based on section 115(1) of the Act”.

[6] Mr. Mahjoub brings this application for judicial review of that decision.

#### APPLICABLE LEGISLATION

[7] Subsection 115(1) of the Act generally prohibits the government from returning (“refouler”) a protected

sécurité (SCRS ou le Service) quant au fait que M. Mahjoub appartenait aux catégories non admissibles mentionnées ci-dessus et énonçait les motifs sur lesquels le SCRS s’était fondé pour croire que M. Mahjoub:

a) pendant son séjour au Canada, travaillera ou incitera au renversement par la force du gouvernement égyptien;

b) est membre de Vanguard of Conquest (VOC), une aile du Al Jihad ou Jihad islamique (AJ). Le VOC est une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle travaillera ou incitera au renversement par la force du gouvernement égyptien et qu’elle commettra des actes de terrorisme;

c) est et était membre du VOC, une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle commet ou a commis des actes de terrorisme;

d) a commis des actes de terrorisme.

[3] À l’annexe A des présents motifs figurent les sous-alinéas et divisions susmentionnés de l’ancienne Loi.

[4] Le juge Nadon, alors membre de notre Cour, a jugé raisonnable la délivrance par les ministres de l’attestation de sécurité. Voir: *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Mahjoub*, [2001] 4 C.F. 644 (1<sup>re</sup> inst.).

[5] Le 22 juillet 2004, une représentante du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le ministre) a rendu la décision portant qu’en application de l’alinéa 115(2)b) de la *Loi sur l’immigration et le statut de réfugié*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), M. Mahjoub devait être renvoyé vers l’Égypte, quoiqu’il [TRADUCTION] «pourrait être si grandement exposé au risque de mauvais traitements et de violations des droits de la personne que son renvoi puisse être interdit en vertu du paragraphe 115(1) de la Loi».

[6] M. Mahjoub introduit la présente demande de contrôle judiciaire de cette décision.

#### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[7] L’objet général du paragraphe 115(1) de la Loi est d’interdire au gouvernement de renvoyer (refouler) une



person, including a Convention refugee, to a country where he or she would be at risk of persecution or torture or cruel or unusual treatment or punishment. Subsection 115(2) of the Act sets out certain exceptions to that general principle. At issue in this case is the provision which renders the general protective provision inapplicable to a person who is inadmissible on grounds of security if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of a danger posed to the security of Canada.

[8] Section 115 of the Act is as follows:

**115.** (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

(3) A person, after a determination under paragraph 101(1)(e) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

## THE ISSUES

[9] Mr. Mahjoub frames the issues to be decided in this application to be:

1. Did the Minister's delegate err in law in ignoring or misinterpreting evidence?

personne protégée, notamment un réfugié au sens de la Convention, vers un pays où elle risque la persécution, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités. Certaines exceptions à ce principe général sont énoncées au paragraphe 115(2) de la Loi. L'objet du présent litige, c'est la disposition qui rend la disposition de protection générale inapplicable à l'interdit de territoire pour raison de sécurité si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison du danger qu'il constitue pour la sécurité du pays.

[8] Voici l'article 115 de la Loi:

**115.** (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire:

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

(3) Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)e), être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[9] M. Mahjoub énonce de la manière qui suit les questions à trancher dans le cadre de la présente demande.

1. La représentante du ministre a-t-elle commis une erreur de droit en faisant abstraction d'éléments de preuve ou en les interprétant mal?

2. Did the Minister's delegate err in law in concluding that there were "exceptional circumstances" to justify Mr. Mahjoub's "refoulement" to Egypt? More specifically, Mr. Mahjoub argues that:

(i) "exceptional circumstances" equate to "exceptional conditions". At common law, in the context of the division of powers, that concept has been limited to "extreme crises" and that threshold has not been met in this case.

(ii) a return to torture or other form of cruel treatment or punishment would breach the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], and Canada does not face circumstances which would permit the state to justify an infringement of section 7 of the Charter.

(iii) returning Mr. Mahjoub to Egypt would subject him to cruel and unusual treatment, so as to violate the guarantee contained in section 12 of the Charter.

(iv) Mr. Mahjoub's removal to torture would violate his right to equality protected by section 15 of the Charter because such removal is premised on the fact that he is not a Canadian citizen.

(v) international law prohibits both torture and return to torture, and under international law, no exceptional circumstances exist that would allow for derogation from the fundamental prohibition against return to torture.

#### THE DECISION OF THE MINISTER'S DELEGATE

[10] In my view, this application turns upon its facts, and specifically upon the reasons for the delegate's decision and the nature of the record before the delegate. I will, therefore, review in some detail the reasons given by the delegate for her decision.

2. La représentante du ministre a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que des «circonstances exceptionnelles» justifiaient le «refoulement» de M. Mahjoub vers l'Égypte? M. Mahjoub fait valoir particulièrement les éléments suivants:

i) les «circonstances exceptionnelles» équivalent à des «conditions exceptionnelles», lesquelles en common law, en contexte de partage de pouvoirs, ont été restreintes aux seules «crises extraordinaires» —or, ce seuil n'a pas été atteint en l'espèce;

ii) un renvoi impliquant un risque de torture ou de toute autre forme de traitement ou peine cruel violerait les principes de justice fondamentale protégés par l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], et le Canada ne se trouve pas dans des circonstances où l'État serait justifié d'enfreindre cet article;

iii) renvoyer M. Mahjoub vers l'Égypte l'exposerait à un risque de traitement cruel ou inusité, en contravention des droits garantis par l'article 12 de la Charte;

iv) le renvoi impliquant un risque de torture de M. Mahjoub violerait son droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la Charte, ce renvoi reposant sur le fait qu'il n'est pas citoyen canadien;

v) le droit international interdit tant la torture que le renvoi impliquant un risque de torture, et il ne prévoit aucune circonstance exceptionnelle permettant de déroger au principe fondamental d'interdiction de la torture.

#### LA DÉCISION DE LA REPRÉSENTANTE DU MINISTRE

[10] À mon avis, la présente demande est fonction des faits d'espèce et, plus particulièrement, des motifs de la décision de la représentante ainsi que de la nature de la preuve dont elle était saisie. Je vais, par conséquent, examiner de manière assez détaillée les motifs énoncés par la représentante dans sa décision.

[11] The Minister's delegate, in her lengthy written decision, began by reviewing the circumstances concerning Mr. Mahjoub's arrival in Canada, the determination that he was a Convention refugee, the issuance of the security certificate, the conclusion of this Court that the security certificate was reasonable, the making of a deportation order against Mr. Mahjoub, and the notification to Mr. Mahjoub that the Department of Citizenship and Immigration intended to seek the opinion of the Minister as to whether Mr. Mahjoub should not be allowed to remain in Canada on the basis that he constitutes a danger to Canada's security.

[12] After setting out section 115 of the Act, the Minister's delegate observed that, in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, the Supreme Court of Canada "endorsed" a procedure for making a determination under what is now subsection 115(2) of the Act. Such procedure was said to require the Minister to balance the danger posed by the person named in the security certificate against the risk to that person if removed from Canada. The Minister's delegate then turned to this balancing exercise.

#### 1. Danger to the security of Canada

[13] The Minister's delegate began by stating "I have completed a thorough review of the evidence before me in the case of Mr. Mahjoub in order to determine whether or not he poses a danger to the security of Canada pursuant to Section 115(2) of the Act". She then considered the nature of the VOC and the AJ.

##### (i) The VOC and the AJ

[14] The delegate considered Mr. Justice Nadon's decision on the reasonableness of the certificate, noting his statement [at paragraph 48] that "I am satisfied that there are reasonable grounds to believe that the AJ and the VOC have engaged in terrorism, and that there are reasonable grounds to believe that the respondent was and is a member of one or more of these organizations". The delegate also reviewed the public summary of the

[11] Dans sa longue décision écrite, la représentante du ministre a commencé par examiner les circonstances entourant l'arrivée de M. Mahjoub au Canada, la décision portant qu'il était un réfugié au sens de la Convention, la délivrance de l'attestation de sécurité, la conclusion de notre Cour selon laquelle l'attestation était raisonnable, le prononcé d'une ordonnance d'expulsion à l'encontre de M. Mahjoub et l'avis donné à ce dernier quant au fait que le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration entendait demander au ministre s'il estimait que, parce qu'il constitue un danger pour la sécurité du Canada, M. Mahjoub ne devrait pas y demeurer.

[12] Après avoir exposé l'article 115 de la Loi, la représentante du ministre a fait observer que, dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, la Cour suprême du Canada avait «avalisé» un processus de prise de décision en vertu de ce qui est maintenant le paragraphe 115(2) de la Loi. Le ministre devait, en vertu de cette procédure, mettre en balance le danger que constitue la personne désignée dans l'attestation de sécurité et le risque auquel cette personne serait exposée en cas de renvoi du Canada. La représentante a ensuite procédé à un tel exercice de mise en balance.

#### 1. Le danger pour la sécurité du Canada

[13] La représentante du ministre a commencé par déclarer: [TRADUCTION] «J'ai examiné de façon approfondie la preuve qu'on m'a présentée dans l'affaire de M. Mahjoub, en vue de décider si celui-ci constitue ou non un danger pour le Canada aux termes du paragraphe 115(2) de la Loi.» Elle s'est ensuite penchée sur la nature du VOC et de l'AJ.

##### i) Le VOC et l'AJ

[14] La représentante a examiné la décision du juge Nadon [au paragraphe 48] quant au caractère raisonnable de l'attestation, soulignant à cet égard la déclaration suivante: «Je suis convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'AJ et le VOC se sont livrés à des actes de terrorisme et que le défendeur était et est membre de l'une ou de plusieurs de ces organisations.» La représentante a également passé en revue le résumé

security intelligence report which described the various activities and terrorist attacks with which the AJ and the VOC have been linked since 1987. The delegate noted that Mr. Mahjoub did not present any evidence or submissions that the AJ or VOC were not organizations that engage in, or had engaged in, terrorism.

[15] On this basis, the delegate concluded that there are reasonable grounds to believe the AJ and the VOC are organizations that have engaged in, and continue to engage in, terrorism.

(ii) Mr. Mahjoub's involvement with the VOC and the AJ

[16] The delegate took note of the fact that, during his security certificate hearing in 2000, Mr. Mahjoub denied having any involvement with the AJ or the VOC, and that he had repeated this denial. The delegate observed that Mr. Mahjoub offered no additional evidence to support this claim.

[17] The delegate referred to the public, Federal Court summary of the security intelligence report where, at paragraph 43, it stated:

The Service has concluded that Mohamed Zeki MAHJOUR is a high-ranking member of the Islamic terrorist organization VOC, a faction of the AJ, and has engaged in terrorism. The Service further concludes that MAHJOUR is far more involved and important to the AJ/VOC than he has admitted to Canadian authorities. As a member of the Shura Council, MAHJOUR will normally participate in the decision-making process of the VOC and therefore be responsible for authorizing all terrorist operations carried out by the VOC along with the other Shura Council members.

[18] The delegate indicated that, after reviewing the security intelligence report "and the evidence it presents in support of their [*sic*] conclusion that Mr. Mahjoub is a high-ranking member of the VOC", she found the report persuasive.

[19] The delegate noted that Mr. Mahjoub had submitted that he had never been charged or convicted of

public du rapport secret en matière de sécurité, où étaient décrites diverses activités et attaques terroristes auxquelles l'AJ et le VOC ont été liés depuis 1987. La représentante a fait remarquer que M. Mahjoub n'avait pas présenté d'éléments de preuve ou d'observations visant à établir que l'AJ ou le VOC n'étaient pas des organisations qui commettent ou qui ont commis des actes de terrorisme.

[15] La représentante a conclu, sur ce fondement, qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que l'AJ et le VOC étaient des organisations qui ont commis et qui continueront de commettre des actes de terrorisme.

ii) Les liens de M. Mahjoub avec le VOC et l'AJ

[16] La représentante a relevé le fait que, pendant l'audience relative à son attestation de sécurité en 2000, M. Mahjoub avait nié, à plusieurs reprises, tout lien avec le VOC et l'AJ. La représentante a fait remarquer que M. Mahjoub n'avait produit aucun élément de preuve additionnel au soutien de cette prétention.

[17] La représentante a cité le résumé public, de la Cour fédérale, du rapport secret en matière de sécurité, où l'on déclare ce qui suit au paragraphe 43:

[TRADUCTION] Le Service a conclu que Mohamed Zeki MAHJOUR est un membre haut placé de l'organisation islamiste terroriste VOC, une aile de l'AJ, et qu'il a commis des actes de terrorisme. Le Service conclut en outre que M. MAHJOUR a des liens beaucoup plus étroits avec l'AJ et le VOC et qu'il en est un membre beaucoup plus important qu'il ne l'a admis aux autorités canadiennes. En tant que membre du Conseil Shura, M. MAHJOUR prend couramment part au processus décisionnel du VOC, et il lui incombe donc, comme à tous les autres membres du Conseil, d'autoriser ou non l'ensemble des opérations terroristes menées par le VOC.

[18] La représentante a déclaré qu'après examen du rapport secret en matière de sécurité [TRADUCTION] «et de tous les éléments de preuve qui y sont présentés pour étayer la conclusion portant que M. Mahjoub est un membre haut placé du VOC», elle estimait ce rapport convaincant.

[19] La représentante a signalé que M. Mahjoub avait prétendu n'avoir jamais été inculpé ou déclaré coupable

any offence anywhere in the world. However, she considered information from Amnesty International indicating that Mr. Mahjoub was charged in Egypt as being a member of an armed group and sentenced *in absentia* in April 1999. She observed that the Service had also reported that Mr. Mahjoub was indicted by Egypt's Higher Military Court and found guilty and sentenced *in absentia* to 15 years of imprisonment for inciting violent operations in Egypt and setting up training camps in foreign states with a view to carrying out terrorist operations. Based on this information, the delegate concluded that Mr. Mahjoub had been charged with an offence in Egypt, specifically related to terrorist activities.

[20] The delegate considered Mr. Mahjoub's submission that he was a victim of false accusations and persecution because of his religious beliefs. However, the delegate saw no reason to reach a different conclusion from Justice Nadon that there are reasonable grounds to believe that Mr. Mahjoub is a member of a terrorist organization, and that he poses a danger to the security of Canada.

(iii) Links to terrorist figures and organizations

[21] The delegate went on to note that she had reviewed information that further linked Mr. Mahjoub to terrorist organizations and personnel, in particular Usama bin Laden, Mubarak Al-Duri, Al-Zawaheri, and the Khadr family. The delegate cited part of paragraph 43 of the public summary of the security intelligence report as follows:

The Service's information demonstrates that the vast preponderance of MAHJOUR's contacts are with individuals associated with the international Islamic terrorist milieu, especially individuals linked to the AJ/VOC. The Service also believes that the degree of MAHJOUR's dedication to the cause, and MAHJOUR's support for the AJ/VOC's terrorist agenda, is such that he would resort to violence and would direct others to resort to violence if he was ordered to do so by leaders such as Osama bin Laden, AJ leader, Tharwat Salah

de la moindre infraction où que ce soit à travers le monde. Elle avait toutefois pu examiner des renseignements d'Amnistie Internationale mentionnant que M. Mahjoub avait été accusé, en Égypte, d'être membre d'un groupe armé et condamné *in absentia* en avril 1999. Elle a ajouté que, selon le Service, M. Mahjoub avait également été mis en accusation par le plus haut tribunal militaire égyptien, puis déclaré coupable et condamné, *in absentia*, à 15 années d'emprisonnement pour avoir incité la réalisation d'opérations violentes en Égypte et l'établissement de camps d'entraînement dans des États étrangers en vue de la réalisation d'opérations terroristes. La représentante a conclu, sur la foi de ces renseignements, que M. Mahjoub avait été inculpé en Égypte d'une infraction, liée plus particulièrement à des activités terroristes.

[20] La représentante s'est penchée sur la prétention de M. Mahjoub selon laquelle il avait été victime de fausses accusations et de persécution en raison de ses croyances religieuses. Elle a toutefois estimé qu'il n'y avait aucun motif raisonnable d'en arriver à une conclusion différente de celle du juge Nadon portant qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Mahjoub est membre d'une organisation terroriste et qu'il constitue un danger pour la sécurité du Canada.

iii) Liens avec des terroristes et des organisations terroristes

[21] La représentante a ensuite déclaré avoir examiné des renseignements qui établissaient encore plus de liens entre M. Mahjoub et des terroristes et des organisations terroristes, tout particulièrement avec Oussama ben Laden, Mubarak Al-Duri, Al-Zawaheri ainsi que la famille Khadr. La représentante a cité à cet égard l'extrait suivant du paragraphe 43 du résumé public du rapport secret en matière de sécurité:

[TRADUCTION] D'après les renseignements recueillis par le Service, M. MAHJOUR est essentiellement en rapport avec des personnes associées au milieu international du terrorisme islamiste, particulièrement des personnes liées à l'AJ et au VOC. Le Service estime également que le degré de dévouement de M. MAHJOUR à la cause et son soutien au plan d'action terroriste de l'AJ et du VOC sont si importants que celui-ci recourrait à la violence ou inciterait d'autres personnes à la violence si le lui ordonnaient des chefs tels que

Shihatah, and VOC leader, Ahmad Hassan Agiza.

[22] The delegate noted that, by his own statements, Mr. Mahjoub had confirmed his links with Usama bin Laden and the Khadr family. In an affidavit filed in the Federal Court, Mr. Mahjoub had stated that he was employed by Usama bin Laden, had met with bin Laden on several occasions, and that his supervisor was Mubarak Al-Duri. Mr. Mahjoub's affidavit explained that he was a mere employee of Usama bin Laden and was unaware of any terrorist agenda. However, the delegate noted the fact that Mr. Mahjoub had no experience, yet was hired by bin Laden to supervise a project that covered one million acres with 4,000 employees under his supervision, at a rate of pay of \$1,500 U.S. per month, when the average wage in Sudan was \$150 U.S. per month. This was said by the delegate to suggest that Mr. Mahjoub's relationship with bin Laden was more significant. As well, while initially denying that he had any knowledge of Mr. Ahmed Saeed Khadr, Mr. Mahjoub had resided with the in-laws of Mr. Khadr when he first arrived in Canada, and later admitted that he knew Mr. Khadr.

[23] The delegate stated that she arrived at a similar conclusion to Justice Nadon that Mr. Mahjoub's explanation regarding his relationship with Usama bin Laden and Mubarak Al-Duri did not explain his true connection with these individuals. The delegate noted that she had no reason not to follow Justice Nadon's conclusion that Mr. Mahjoub's explanations were attempts to conceal any links to persons or organizations which have engaged, or will engage, in terrorism.

(iv) Conclusion with respect to danger to the security of Canada

[24] The delegate stated that, "[o]n review of the totality of the evidence", it was her opinion that Mr. Mahjoub poses a substantial danger to the security of Canada. She stated that Mr. Mahjoub "is [a] senior member of the AJ and the VOC", which explicitly

Oussama ben Laden, le dirigeant de l'AJ—Tharwat Salah Shihatah—ou le dirigeant du VOC—Ahmad Hassan Agiza.

[22] La représentante a fait remarquer que M. Mahjoub avait lui-même confirmé par ses déclarations ses liens avec Oussama ben Laden et la famille Khadr. Dans son affidavit déposé à la Cour fédérale, M. Mahjoub a déclaré qu'il avait travaillé pour Oussama ben Laden et qu'il l'avait rencontré plusieurs fois, et que Mubarak Al-Duri était son superviseur. M. Mahjoub a expliqué dans son affidavit qu'il était un simple employé d'Oussama ben Laden et qu'il n'avait pas connaissance de ses visées terroristes. La représentante a toutefois relevé le fait que, d'après ses dires, M. Mahjoub n'avait alors acquis aucune expérience et, malgré cela, ben Laden l'aurait embauché pour superviser un projet visant un territoire d'un million d'acres et faisant appel à 4 000 employés sous ses ordres, moyennant un salaire de 1 500 \$US par mois, soit 10 fois plus que le salaire mensuel moyen au Soudan. Cela laissait croire, la représentante a-t-elle souligné, que la relation entre ben Laden et M. Mahjoub était plus étroite que celui-ci ne l'avait déclaré. De même, alors qu'au départ il avait nié connaître M. Ahmed Saeed Khadr, M. Mahjoub a en fait habité chez des parents par alliance de ce dernier lorsqu'il est arrivé au Canada; il a d'ailleurs ensuite admis connaître M. Khadr.

[23] La représentante a déclaré en être arrivée à une conclusion similaire à celle du juge Nadon, soit que n'étaient pas exactes les explications données par M. Mahjoub au sujet de ses relations avec Oussama ben Laden et Mubarak Al-Duri. Selon la représentante, il n'y avait aucun motif pour qu'elle s'écarte de la conclusion du juge Nadon selon laquelle M. Mahjoub avait tenté, par ses explications, de dissimuler tout lien qu'il pouvait avoir avec des personnes ou des organisations qui se sont livrées ou qui se livreront à des actes de terrorisme.

iv) La conclusion quant au danger pour la sécurité du Canada

[24] La représentante a déclaré «qu'après avoir examiné l'ensemble de la preuve», elle estimait que M. Mahjoub constitue un danger sérieux pour la sécurité du Canada. Elle a ajouté que M. Mahjoub «est un membre de premier rang de l'AJ et du VOC», lesquels

advocate violence as a means to establish an Islamic state and have been involved in attacks on military, diplomatic and civilian targets around the world. The delegate also noted that the AJ and the VOC have direct links to Usama bin Laden and Al-Qaida. Public documents reveal that Usama bin Laden has named Canada as a legitimate Al-Qaida target. The CSIS investigation concluded that AJ and VOC activities in Canada are in support of the organizations' objective of creating an Islamic state by force.

## 2. Risk to Mr. Mahjoub if returned to Egypt

[25] The delegate then turned to the other half of the balancing exercise. She stated that she had considered evidence of the type referred to by the Supreme Court of Canada in the following quote from *Suresh* [at paragraph 39]:

The threshold question here is in large part a fact-driven inquiry. It requires consideration of the human rights record of the home state, the personal risk faced by the claimant, any assurances that the claimant will not be tortured and their worth and, in that respect, the ability of the home state to control its own security forces, and more. It may also involve a reassessment of the refugee's initial claim and a determination of whether a third country is willing to accept the refugee.

[26] The delegate referred to Mr. Mahjoub's claim that he will be tortured if returned to Egypt and noted that there must be "substantial grounds" for risk. The delegate then considered the following factors.

### (i) Human rights record in Egypt

[27] The U.S. Department of State, Amnesty International, and Human Rights Watch have reported that, while not officially sanctioned by the government, some members of the state security forces in Egypt continue to commit human rights violations, including

préconisent explicitement le recours à la violence comme moyen d'établir un État islamique et ont été impliqués dans des attaques visant des cibles militaires, diplomatiques et civiles à travers le monde. La représentante a également fait remarquer que l'AJ et le VOC ont des liens directs avec Oussama ben Laden et Al-Qaida. Selon des documents publics, Oussama ben Laden a désigné le Canada comme cible légitime d'Al-Qaida. Le SCRS a conclu après enquête que les activités de l'AJ et du VOC au Canada visent à favoriser l'objectif de ces organisations, soit la création par la force d'un État islamique.

## 2. Le risque auquel M. Mahjoub est exposé en cas de renvoi vers l'Égypte

[25] La représentante s'est ensuite tournée vers l'autre pôle de la mise en balance. Elle a déclaré avoir pris en compte des éléments semblables à ceux mentionnés par la Cour suprême du Canada dans le passage suivant de l'arrêt *Suresh* [au paragraphe 39]:

En l'espèce, la réponse à cette question dépend en grande partie des faits. Elle exige la prise en considération des antécédents du pays d'origine en matière de respect des droits de la personne, des risques personnels courus par le demandeur, de toute assurance que l'intéressé ne sera pas torturé et de la valeur de telles assurances—et, à cet égard, de la capacité du pays d'origine de contrôler ses propres forces de l'ordre—, ainsi que de bien d'autres considérations. Il peut également comporter la réévaluation de la demande initiale du réfugié et l'examen de la question de savoir si un pays tiers est disposé à l'accueillir.

[26] Eu égard à la prétention de M. Mahjoub selon laquelle il sera victime de torture en cas de renvoi vers l'Égypte, la représentante a souligné la nécessité de «motifs substantiels» pour qu'on considère s'il y a un risque. Elle a ensuite pris en compte les facteurs qui suivent.

### i) Antécédents de l'Égypte en matière de droits de la personne

[27] Selon le département d'État américain, Amnistie Internationale et Human Rights Watch, certains membres des forces de sécurité de l'Égypte continuent, bien que le gouvernement n'approuve pas cela officiellement, de commettre des violations des droits de la personne, sous

torture in detention centres throughout the country. The delegate accepted these reports as being credible as they related to the general situation regarding human rights violations in Egypt. The delegate also accepted as credible statutory declarations provided by Amnesty International and an expert in Islamic law, which declarations provided evidence of human rights abuses against individuals alleged to be members of armed Islamic groups.

(ii) Personal risk faced by Mr. Mahjoub

[28] Mr. Mahjoub submitted that he would be tortured and killed if returned to Egypt. The delegate considered Mr. Mahjoub's Personal Information Form in which he stated that he had previously been tortured in Egypt because he was a suspected member of the Muslim Brotherhood. In earlier submissions, Mr. Mahjoub had asserted that other alleged members of armed Islamic groups who are returned to Egypt are tortured and sentenced to death, so that he too would be tortured and killed.

[29] The delegate took into account an Amnesty International bulletin relating to Mr. Mahjoub which stated that suspected members of armed Islamic opposition groups are frequently tortured. The bulletin referred to individuals who were sentenced *in absentia* by the Supreme Military Court for being members of an armed Islamic group, and noted two members of this group who were returned to Egypt from Sweden were held for more than a month in *incommunicado* detention.

[30] On the issue of the risk faced by Mr. Mahjoub, the delegate concluded:

I accept that Mr. Mahjoub was charged with being a member of an armed Islamic group and sentenced *in absentia* by the Supreme Military Court in April 1999 as reported by Amnesty International and noted above. By this sentencing, Egyptian authorities have made it clear that they believe that Mr. Mahjoub is a member of a terrorist organization who poses a serious danger to their security. I believe that Mr. Mahjoub will be taken into custody upon his return to Egypt to stand

la forme par exemple de torture pratiquée dans les divers centres de détention du pays. La représentante a jugé ces rapports dignes de foi pour ce qui est de la situation générale en Égypte en matière de violation des droits de la personne. Elle a également jugé digne de foi le compte rendu de mesures législatives présenté par Amnistie Internationale et un spécialiste du droit islamique, compte rendu qui atteste de violations des droits de la personne visant de présumés membres de groupes islamiques armés.

ii) Risque personnel auquel M. Mahjoub est exposé

[28] M. Mahjoub a soutenu qu'il serait torturé et tué si on le renvoyait vers l'Égypte. La représentante a pris en compte le Formulaire de renseignements personnels de M. Mahjoub, où ce dernier déclarait avoir déjà été torturé en Égypte parce qu'on le soupçonnait d'être un membre des Frères musulmans. M. Mahjoub avait en outre déclaré précédemment que d'autres membres présumés de groupes islamiques armés avaient été torturés et condamnés à mort lorsqu'on les avait renvoyés vers l'Égypte, de sorte qu'il serait lui aussi torturé et tué dans un tel cas.

[29] La représentante a aussi pris en compte le bulletin d'Amnistie Internationale ayant trait à M. Mahjoub, lequel précisait que les personnes soupçonnées de faire partie de groupes islamiques armés d'opposition sont fréquemment victimes de torture. Le bulletin faisait état de personnes condamnées *in absentia* par le plus haut tribunal militaire parce qu'elles étaient membres d'un groupe islamique armé, et du fait que deux membres de ce groupe renvoyés de Suède vers l'Égypte avaient été détenus pendant plus d'un mois, sans contact avec l'extérieur.

[30] La représentante a conclu comme suit au sujet du risque auquel M. Mahjoub serait exposé:

[TRADUCTION] J'estime véridique qu'on a accusé M. Mahjoub d'être membre d'un groupe islamique armé et que le plus haut tribunal militaire l'a condamné *in absentia* en avril 1999, tel qu'Amnistie Internationale l'a rapporté et tel qu'on l'a déjà mentionné. En déclarant M. Mahjoub ainsi coupable, les autorités égyptiennes ont clairement démontré qu'elles l'estimaient être membre d'une organisation terroriste qui expose la sécurité de leur pays à un grave danger. Je suis d'avais



trial for cases in which he is accused of acts leading to threats against Egyptian security. In consideration of the reports regarding human rights violations in Egypt towards members of the VOC and AJ, it is my opinion that on the balance of probabilities, Mr. Mahjoub could suffer ill-treatment and human rights abuses soon after he is detained.

(iii) Assurances received from the Arab Republic of Egypt

[31] The delegate noted that the Canadian government had received assurances from Egypt that Mr. Mahjoub would be accorded his constitutional rights if returned to Egypt. These assurances took the form of diplomatic notes received by the Canadian government on three separate occasions. In them, Egyptian officials confirmed that Mr. Mahjoub, if returned to Egypt, would be treated in full conformity with constitutional and human rights laws.

[32] Mr. Mahjoub had argued that these assurances would not be respected, and submitted general reports concerning human rights abuses in Egypt, as well as reports from Amnesty International, Human Rights Watch, and an expert in Islamic law. The reports documented the experience of other Egyptians accused of similar terrorist activities who were sent back to Egypt from other countries and who, notwithstanding assurances, were subjected to alleged human rights abuses, ill-treatment and *incommunicado* detention.

[33] The delegate reviewed the reports and concluded that they presented a credible basis for calling into question the extent to which the Egyptian government would honour its assurances.

(iv) Conclusion with respect to the risk faced by Mr. Mahjoub

[34] The delegate concluded that she believed that Mr. Mahjoub would be taken into custody upon his return to

que M. Mahjoub sera placé sous garde, s'il est renvoyé vers l'Égypte, pour y subir un procès à l'égard de faits dont il est accusé quant à une menace pour la sécurité de l'Égypte. Sur la foi des rapports relatifs aux violations des droits de la personne subies en Égypte par les membres du VOC et de l'AJ, je conclus, selon la règle de la prépondérance de la preuve, que M. Mahjoub pourrait être victime de mauvais traitements et de violations des droits de la personne peu après sa mise en détention.

iii) Assurances obtenues de la République arabe d'Égypte

[31] La représentante a mentionné que le gouvernement canadien s'était vu donner par le gouvernement égyptien l'assurance que les droits constitutionnels de M. Mahjoub seraient respectés si celui-ci était renvoyé vers l'Égypte. Ces assurances ont pris la forme de notes diplomatiques reçues en trois occasions distinctes par le gouvernement canadien. Les représentants du gouvernement de l'Égypte y confirmaient qu'en cas de renvoi de M. Mahjoub vers leur pays, la totalité des droits constitutionnels et des droits de la personne que la loi lui garantit seraient respectés.

[32] M. Mahjoub a soutenu que ces assurances ne seraient pas respectées, faisant valoir à cet égard des rapports de nature générale sur les violations des droits de la personne en Égypte ainsi que des rapports d'Amnistie Internationale, de Human Rights Watch et d'un spécialiste du droit musulman. Ces rapports faisaient état de la situation d'autres Égyptiens accusés d'activités terroristes similaires, qui ont été retournés en Égypte et qui, malgré les assurances données, auraient été victimes de violations des droits de la personne et de mauvais traitements et auraient été détenus sans contact avec l'extérieur.

[33] La représentante a passé ces rapports en revue, puis a conclu qu'ils constituaient un fondement crédible pour mettre en doute la volonté du gouvernement égyptien d'honorer les assurances données.

iv) Conclusion quant au risque auquel M. Mahjoub serait exposé

[34] La représentante a conclu qu'à son avis, M. Mahjoub serait placé sous garde en cas de renvoi vers

Egypt to stand trial for cases in which he is accused of acts leading to threats against Egyptian security. Because Mr. Mahjoub is believed to be a member of the AJ and charged with acts of terrorism in Egypt, and considering the evidence of human rights abuses in that country, the delegate concluded that, on a balance of probabilities, Mr. Mahjoub could suffer ill-treatment and human rights abuses soon after he is detained.

3. Weighing the risk to Mr. Mahjoub against the danger to Canada

[35] The Minister's delegate concluded that Mr. Mahjoub could be at substantial risk of ill-treatment and human rights abuses such that would preclude his removal based on subsection 115(1) of the Act. However, it was her opinion that Mr. Mahjoub should not be allowed to remain in Canada because he is a danger to the security of Canada so as to fall within the provisions of paragraph 115(2)(b) of the Act. This was based upon her conclusion that Mr. Mahjoub poses an extraordinary danger to Canada because he is a senior member of the AJ and VOC and as such would normally participate in authorizing terrorist operations. The delegate rejected continued detention as an option because of comments made by the Federal Court of Appeal in *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171, at paragraph 14 that "custody cannot . . . be of indefinite duration, at least not without good reason". The delegate did not consider whether the avoidance of torture would constitute good reason. Any form of release was viewed as risking "Mr. Mahjoub being available to further a potential terrorist threat".

[36] Before leaving the delegate's decision, I note for completeness that the delegate did not have before her, and did not consider, the Court's reasons given with respect to Mr. Mahjoub's detention review. As well, the delegate did refer to the best interests of Mr. Mahjoub's

l'Égypte et qu'il y subirait un procès pour des actes dont il est accusé quant à une menace pour la sécurité de l'Égypte. Elle a conclu selon la règle de la prépondérance de la preuve que, compte tenu de la preuve relative aux violations de droits de la personne en Égypte et puisque M. Mahjoub est estimé être un membre de l'AJ et qu'on l'a accusé d'avoir perpétré des actes de terrorisme en Égypte, celui-ci pourrait être victime de mauvais traitements et de violations des droits de la personne peu après sa mise en détention.

3. Mise en balance du risque couru par M. Mahjoub et du danger pour le Canada

[35] La représentante du ministre a conclu qu'il se pouvait que M. Mahjoub coure un risque si important de mauvais traitements et de violations de droits de la personne que son renvoi soit interdit par le paragraphe 115(1) de la Loi. Elle estimait, toutefois, que M. Mahjoub ne devrait pas être présent au Canada en raison du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada, les dispositions de l'alinéa 115(2)b) de la Loi recevant de la sorte application. Cela découlait de sa conclusion selon laquelle M. Mahjoub constitue un danger exceptionnel pour le Canada puisqu'il est un membre haut placé de l'AJ et du VOC et qu'à ce titre, il prendrait part couramment à des décisions en vue d'autoriser des opérations terroristes. La représentante n'a pas retenu comme option le maintien de la détention, en raison des commentaires formulés par la Cour d'appel fédérale dans *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171 (paragraphe 14 [[2000] A.C.F. n° 1114]) et selon lesquels la «détention ne peut être d'une durée indéterminée, du moins en l'absence d'une bonne raison». La représentante ne s'est pas demandée à cet égard si le fait d'éviter la torture pouvait constituer une bonne raison. Toute forme de mise en liberté était considérée comme un risque «que M. Mahjoub puisse constituer une menace en termes d'éventuels actes terroristes».

[36] Avant d'en finir avec la décision de la représentante, je ferai remarquer par souci d'exhaustivité que celle-ci n'était pas saisie des motifs énoncés par la Cour dans le cadre du contrôle de la détention de M. Mahjoub et qu'elle n'a pas examiné ces motifs. La

Canadian children. That consideration is not relevant to the view I take of this application and, therefore, I do not describe her reasons on that issue in any detail.

#### THE TRIBUNAL RECORD AND THE MINISTERS' SECTION 87 APPLICATION

[37] The Director of Security Review of Citizenship and Immigration Canada filed in Court certified copies of the tribunal record, containing all of the open-source material considered by the Minister's delegate. The Ministers then applied, pursuant to section 87 of the Act, for an order authorizing the non-disclosure to Mr. Mahjoub and his counsel of the information considered by the Minister's delegate where the disclosure of such information would be injurious to national security or to the safety of any person (confidential information). Sections 87 and 78 of the Act (to which section 87 refers) are contained in Appendix B to these reasons.

[38] The Ministers' section 87 application was supported by both a public and a confidential affidavit. In the confidential affidavit, the affiant set out the basis for his view that disclosure of the confidential information would be injurious to national security or to the safety of any person. All parties filed public motion records that set out their written submissions with respect to the section 87 application.

[39] On November 26, 2004, the Court heard the public submissions of counsel for the parties and then, in the absence of Mr. Mahjoub and his counsel, heard the submissions of counsel for the Ministers based upon the confidential record.

[40] Thereafter, on December 2, 2004, the Court examined the affiant of the confidential affidavit in the absence of Mr. Mahjoub and his counsel. The examination was directed to confirming the content of the confidential information before the Minister's delegate and to probing the confidential evidence that disclosure of the confidential information would be

représentante a fait allusion, par ailleurs, à l'intérêt supérieur des enfants canadiens de M. Mahjoub. Cela est sans pertinence eu égard à mes conclusions en l'espèce et, par conséquent, je ne préciserai pas les motifs de la représentante à cet égard.

#### LE DOSSIER DU TRIBUNAL ET LA DEMANDE DES MINISTRES PRÉSENTÉE EN VERTU DE L'ARTICLE 87

[37] La directrice de l'examen sécuritaire de Citoyenneté et Immigration Canada a produit à la Cour des copies certifiées du dossier du tribunal, qui renfermait tous les documents de source non secrète examinés par la représentante du ministre. Les ministres ont ensuite demandé, en application de l'article 87 de la Loi, une ordonnance interdisant de divulguer à M. Mahjoub et à ses avocats les renseignements examinés par la représentante et dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (renseignements confidentiels). Les articles 87 ainsi que 78 (auquel renvoie l'article 87) de la Loi figurent à l'annexe B des présents motifs.

[38] Un affidavit public et un affidavit confidentiel ont été produits à l'appui de la demande des ministres présentée en vertu de l'article 87. L'auteur de l'affidavit confidentiel y expliquait pourquoi selon lui la divulgation des renseignements confidentiels porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Chacune des parties a déposé un dossier de requête public où figuraient ses observations écrites relativement à la demande présentée en vertu de l'article 87.

[39] Le 26 novembre 2004, la Cour a entendu les exposés des avocats des parties puis, en l'absence de M. Mahjoub et de ses avocats, elle a entendu les exposés des avocats des ministres se fondant sur le dossier confidentiel.

[40] Plus tard, soit le 2 décembre 2004, la Cour a interrogé l'auteur de l'affidavit confidentiel, toujours en l'absence de M. Mahjoub et de ses avocats. L'interrogatoire visait à confirmer la teneur des renseignements confidentiels présentés à la représentante du ministre et à examiner la preuve confidentielle servant à démontrer que la divulgation des renseignements

injurious to national security or to the safety of any person. During the course of the Court's examination of the affiant, it was disclosed that the confidential information did not consist of the entire, original security intelligence report that supported the issuance of the security certificate. Rather, the delegate had before her only the narrative portion of the security intelligence report that set out the Service's conclusions and beliefs concerning Mr. Mahjoub and which contains numerous footnotes that reference other confidential documents. Not before the delegate, and therefore not before the Court on this application for judicial review, were the confidential documents referred to in the footnotes which are contained in confidential appendices to the security intelligence report. Those documents set out the detailed information that the Service relied upon to come to its conclusions and beliefs.

[41] This fact was communicated to counsel by the Court's order of December 3, 2004. By such order, the Court also confirmed that credible evidence had satisfied the Court that disclosure of any portion of the confidential information not already summarized and provided to Mr. Mahjoub would be injurious to the national security of Canada or to the safety of any person. Accordingly, the Ministers' section 87 application was allowed.

## ANALYSIS

### (i) Standard of review

[42] Both the decision whether Mr. Mahjoub constitutes a danger to the security of Canada and the decision whether Mr. Mahjoub faces a substantial risk of torture if deported to Egypt are in large part fact-driven inquiries. As such, the Court must adopt a deferential approach to these questions, and intervene to set aside the delegate's decision only if patently unreasonable. This means that, in order for the Court to intervene, it must be satisfied that the decision was made arbitrarily, or in bad faith, or without regard to the appropriate factors, or the decision cannot be supported on the evidence. The Court is not to re-weigh the factors considered or interfere simply because the Court would

confidentiels porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. On a appris au cours de l'interrogatoire de l'auteur de l'affidavit par la Cour, que ne constituaient pas des renseignements confidentiels tous ceux figurant dans le rapport secret en matière de sécurité présenté à l'origine pour obtenir la délivrance de l'attestation de sécurité. La représentante n'a plutôt été saisie que de l'énoncé circonstancié figurant au rapport et précisant les convictions et conclusions du Service au sujet de M. Mahjoub, accompagné de nombreuses notes de bas de page renvoyant à d'autres documents confidentiels. Ces derniers documents, figurant dans des annexes confidentielles du rapport secret, n'ont pas été soumis à la représentante—et non plus à la Cour, par conséquent, dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. Ces documents renferment les renseignements détaillés sur lesquels le Service s'est fondé pour en arriver à ses convictions et conclusions.

[41] Ce fait a été communiqué aux avocats des parties au moyen de l'ordonnance du 3 décembre 2004 de la Cour. La Cour confirmait également par l'ordonnance que des éléments de preuve dignes de foi l'avaient convaincue que la divulgation d'une partie quelconque des renseignements confidentiels non encore résumés et communiqués à M. Mahjoub porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. La demande présentée par les ministres en application de l'article 87 a par conséquent été accueillie.

## ANALYSE

### i) Norme de contrôle judiciaire

[42] Tant la décision quant à savoir si M. Mahjoub constitue un danger pour la sécurité du Canada, que celle quant à savoir si M. Mahjoub est exposé à un risque important de torture en cas de renvoi vers l'Égypte dépendent en grande partie des faits. La Cour doit faire preuve de retenue face à ces questions et intervenir pour annuler la décision de la représentante uniquement si elle est manifestement déraisonnable. Cela veut dire que, pour intervenir, la Cour doit être convaincue que la décision a été rendue arbitrairement ou de mauvaise foi, sans tenir compte de facteurs pertinents ou sans qu'elle soit étayée par la preuve. La Cour ne doit pas soupeser de nouveau les différents facteurs ni intervenir

have reached a different conclusion. See: *Suresh*, at paragraphs 29 and 39.

(ii) Principles governing the exercise of discretion

[43] Given that the Court is obliged to determine whether the Minister's delegate exercised her decision-making power within the constraints imposed by the Act and the Constitution, it is helpful to review the principles enunciated by the Supreme Court in *Suresh*. While at paragraph 78 of its reasons, the Court left for future cases the determination of the "ambit of an exceptional discretion to deport to torture, if any", the Court did articulate the following principles:

- Canadian jurisprudence does not suggest that Canada may never deport a person to face treatment that would be unconstitutional if imposed directly by Canada on Canadian soil. The approach is one of balancing competing interests. Whether there is a real possibility of an adverse effect on Canada if the individual remained in Canada must be weighed and balanced against the possible injustice to the individual if deported;
- the better view of international law is that it rejects deportation to torture, even where national security interests are at stake;
- both domestic and international jurisprudence suggest that torture is so abhorrent that it will almost always be disproportionate to the interests on the other side of the balance, even security interests. This suggests that, barring extraordinary circumstances, deportation to torture will generally violate the principles of fundamental justice that are guaranteed by section 7 of the Charter;
- one of the factors to be evaluated by the decision maker is the degree of probability of prejudice to national security;
- reference, in section 19 of the former Act, to membership in a terrorist movement should not be

uniquement parce qu'elle en serait arrivée à une autre conclusion. Voir: *Suresh*, aux paragraphes 29 et 39.

ii) Principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire

[43] La Cour devant décider si la représentante du ministre a exercé ou non son pouvoir décisionnel dans les limites imposées par la Loi et la Constitution, il sera utile de passer en revue les principes énoncés par la Cour suprême dans *Suresh*. Quoiqu'au paragraphe 78 de ses motifs, la Cour suprême ait déclaré que c'était dans des décisions ultérieures que serait définie «[l']étendue du pouvoir discrétionnaire exceptionnel d'expulser une personne risquant la torture dans le pays de destination», elle n'en a pas moins énoncé les principes suivants:

- la jurisprudence canadienne ne dit pas que le Canada ne peut jamais expulser une personne vers un pays où elle risque un traitement qui serait inconstitutionnel s'il était infligé directement par le Canada, en sol canadien. La démarche appropriée consiste à pondérer des intérêts antagonistes. La possibilité réelle d'un effet préjudiciable pour le Canada si l'intéressé y demeure présent doit être mise en balance avec l'injustice qu'il pourrait subir s'il était expulsé;
- l'interprétation qui s'impose est que le droit international rejette les expulsions impliquant un risque de torture, même lorsque des considérations de sécurité nationale sont en jeu;
- la jurisprudence, tant nationale qu'internationale, tend à indiquer que la torture est une pratique si répugnante qu'elle supplantera dans pratiquement tous les cas les autres considérations qui sont mises en balance, même les considérations de sécurité. Cela laisse entendre que, sauf circonstances extraordinaires, une expulsion impliquant un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par l'article 7 de la Charte;
- l'un des facteurs que le décisionnaire doit apprécier est le degré de probabilité d'une atteinte à la sécurité nationale;
- il ne faut pas assimiler l'appartenance à un mouvement terroriste mentionnée à l'article 19 de l'ancienne Loi au

conflated with “danger to the security of Canada”. The phrase “danger to the security of Canada” must mean something more than a person described in section 19 of the former Act;

- subject to that qualification [at paragraph 85], a “fair, large and liberal interpretation in accordance with international norms must be accorded to ‘danger to the security of Canada’ in deportation legislation”. The determination of what constitutes a “danger to the security of Canada” is highly fact-based and political in a general sense. Where [at paragraph 85] “the Minister is able to show evidence that reasonably supports a finding of danger to the security of Canada”, the Minister’s decision should not be interfered with;

- to return a refugee to torture requires evidence of a serious threat to national security. The threat must be grounded on objectively reasonable suspicion based on evidence.

(iii) Application of these principles to this application

[44] In view of the delegate’s acceptance of Mr. Mahjoub’s submission that he would be taken into custody upon his return to Egypt, and her conclusion that Mr. Mahjoub could suffer ill-treatment and human rights abuses soon after that detention, the decisive issue is the delegate’s further conclusion that the danger posed by Mr. Mahjoub to Canada is such as to meet the test of exceptional circumstances referred to by the Supreme Court in *Suresh*.

[45] Assuming, without deciding, that there is some ambit of an exceptional discretion to deport to torture, the Court’s inquiry is therefore properly directed to whether there is evidence that reasonably supports the delegate’s finding of danger to the security of Canada.

[46] In this regard, the delegate’s decision with respect to the danger posed by Mr. Mahjoub was based upon the following:

fait de constituer un «danger pour la sécurité du Canada». Cette dernière expression ne s’entend pas uniquement d’une personne visée à l’article 19 de l’ancienne Loi;

- cette réserve exprimée [au paragraphe 85], «dans le contexte des dispositions régissant l’expulsion, il faut interpréter l’expression “danger pour la sécurité du Canada” d’une manière large et équitable, et en conformité avec les normes internationales». Décider ce qui constitue un «danger pour la sécurité du Canada» dépend en grande partie des faits et ressortit à la politique, au sens large. Si [au paragraphe 85] le «ministre peut produire une preuve étayant raisonnablement la conclusion que l’intéressé constitue un danger pour la sécurité du Canada», les tribunaux ne doivent pas intervenir et modifier sa décision;

- on ne peut refouler un réfugié vers un pays où il risque la torture que s’il est établi que la sécurité nationale est gravement menacée. La menace doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve.

iii) Application de ces principes à la présente demande

[44] Comme la représentante a prêté foi à la prétention de M. Mahjoub selon laquelle il serait placé en détention s’il retournait en Égypte et compte tenu de sa conclusion portant que, peu après, M. Mahjoub pourrait être victime de mauvais traitements et de violations des droits de la personne, la question déterminante est la conclusion additionnelle de la représentante selon laquelle le danger que constitue M. Mahjoub pour le Canada est tel que cela satisfait au critère des circonstances exceptionnelles mentionné par la Cour suprême dans *Suresh*.

[45] Si l’on présume, sans trancher la question, qu’il existe un certain pouvoir discrétionnaire exceptionnel qui permet l’expulsion impliquant un risque de torture, il y a alors lieu pour la Cour de se demander s’il existe une preuve étayant raisonnablement la conclusion de la représentante quant au danger pour la sécurité du Canada.

[46] À cet égard, la conclusion de la représentante relativement au danger que constitue M. Mahjoub se fondait sur les éléments suivants:

- Justice Nadon concluded that there are reasonable grounds to believe that the AJ and the VOC have engaged in terrorism and there are reasonable grounds to believe that Mr. Mahjoub was, and is, a member of one or more of these organizations.
- CSIS concluded that the VOC and the AJ have engaged in terrorism.
- CSIS concluded that Mr. Mahjoub is a high-ranking member of the VOC, which is a faction of the AJ.
- the delegate found persuasive the security intelligence report “and the evidence it presents” in support of CSIS’ conclusion that Mr. Mahjoub is a high-ranking member of the VOC.
- Mr. Mahjoub was charged with an offence in Egypt relating to terrorist activities.
- CSIS concluded that Mr. Mahjoub has significant contacts with terrorist figures and organizations and Mr. Mahjoub confirmed some association with Usama bin Laden and the Khadr family. The delegate believed these relationships were more significant than Mr. Mahjoub admitted.
- Justice Nadon concluded, and she agreed, that Mr. Mahjoub attempted to conceal his links to persons or organizations which have engaged or will engage in terrorism.
- Le juge Nadon a conclu qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que l’AJ et le VOC ont commis des actes de terrorisme, et que M. Mahjoub est et était membre de ces organisations.
- Le SCRS a conclu que l’AJ et le VOC ont commis des actes de terrorisme.
- Le SCRS a conclu que M. Mahjoub est un membre haut placé du VOC, une aile de l’AJ.
- La représentante a jugé persuasif le rapport secret en matière de sécurité [TRADUCTION] «ainsi que les éléments de preuve qu’on y présente» à l’appui de la conclusion du SCRS portant que M. Mahjoub est un membre haut placé du VOC.
- M. Mahjoub a été inculpé en Égypte d’une infraction relative à des activités terroristes.
- Le SCRS a conclu que M. Mahjoub avait des liens importants avec des terroristes et des organisations terroristes et qu’il a confirmé l’existence de certains liens avec Oussama ben Laden et la famille Khadr. La représentante était d’avis que ces relations étaient plus étroites que M. Mahjoub ne l’admettait.
- Le juge Nadon a conclu, et la représentante était également d’avis, que M. Mahjoub avait tenté de dissimuler ses liens avec des personnes ou des organisations qui se sont livrées ou qui se livreront à des actes de terrorisme.

[47] For the following reasons, I have concluded that the delegate’s conclusion as to the danger posed by Mr. Mahjoub, premised as it was on the above-listed factors, was not supported on the evidence before the decision maker. As a result, such decision was patently unreasonable. It follows that the entire decision must be set aside because, without a proper foundation for the decision as to the danger said to be posed by Mr. Mahjoub, the delegate could not properly balance the competing interests.

[48] Turning to my reasons for this conclusion, first, *Suresh* makes it clear that a conclusion with respect to “danger to the security of Canada” requires evidence of

[47] Pour les motifs qui vont suivre, je conclus que la conclusion de la représentante quant au danger que constitue M. Mahjoub, qui se fondait sur les facteurs susmentionnés, n’était pas étayée par la preuve dont elle était saisie. Cette conclusion était donc manifestement déraisonnable. Il s’ensuit que la décision dans son ensemble doit être annulée puisqu’en l’absence d’un fondement valable de la conclusion quant au danger que M. Mahjoub constituerait, la représentante n’a pu pondérer de façon appropriée les intérêts antagonistes.

[48] Le premier motif de ma conclusion, c’est qu’il découle clairement de *Suresh* que, pour conclure en un «danger [. . .] pour la sécurité du Canada», il faut la

a serious threat to national security. While the delegate referred to the security intelligence report and “the evidence it presents”, there was only the narrative prepared by CSIS before the decision maker. She lacked the confidential reference appendices to the security intelligence report that set out the detailed information relied upon by CSIS. Without that information, the delegate could make no independent and proper assessment of the degree to which Mr. Mahjoub poses a threat to Canada’s security.

[49] Second, to the extent that the delegate relied upon the opinion or conclusions of CSIS and Mr. Justice Nadon, neither the security intelligence report prepared by CSIS, nor the decision of Justice Nadon, were directed primarily to assessing the nature or extent of the risk to national security posed by Mr. Mahjoub. Neither was directed to assessing the seriousness of the danger to Canadian security that Mr. Mahjoub may present.

[50] The security intelligence report is, as noted above, a narrative statement of the Service’s grounds to believe that Mr. Mahjoub was a person who is a member of the inadmissible classes of person described in the subparagraphs and clauses of subsection 19(1) of the former Act listed in paragraph 2 above. The Ministers have certified their belief, based upon the security intelligence report as a whole, including the reference documents, that Mr. Mahjoub is a person described in those subparagraphs and clauses of the former Act. Such certification was then referred to this Court for determination of the reasonableness of the security certificate. It was in that context that Mr. Justice Nadon made his findings and determined the security certificate to be reasonable.

[51] As for Justice Nadon’s findings, when reviewing the reasonableness of a security certificate, at issue is whether there are “reasonable grounds to believe” certain facts. The issue is not whether those facts are true. Thus, at paragraphs 18 and 19 of his decision as to the reasonableness of the security certificate Mr. Justice Nadon wrote:

preuve d’une grave menace pour la sécurité nationale. Bien que la représentante ait fait état du rapport secret en matière de sécurité et des «éléments de preuve qu’on y présente», elle n’était saisie que de l’énoncé circonstancié établi par le SCRS. Elle ne disposait pas des annexes confidentielles auquel renvoie le rapport secret et où figurent les renseignements détaillés sur lesquels le SCRS s’est fondé. Sans ces renseignements, la représentante ne pouvait apprécier de manière valable et indépendante la mesure dans laquelle M. Mahjoub constitue un danger pour la sécurité du Canada.

[49] Il faut souligner, comme deuxième motif, que la représentante s’est fondée sur les opinions ou conclusions du SCRS et du juge Nadon. Or, ni le rapport secret en matière de sécurité établi par le SCRS ni la décision du juge Nadon n’avaient pour objet premier d’apprécier la nature ou le degré du risque pour la sécurité nationale occasionné par M. Mahjoub. Ni le rapport ni la décision ne visaient non plus à évaluer la gravité du danger pour la sécurité du Canada que pourrait constituer M. Mahjoub.

[50] Le rapport secret en matière de sécurité consiste, on l’a déjà dit, en un exposé circonstancié des motifs faisant croire au Service que M. Mahjoub était membre de l’une des catégories non admissibles de personnes visées aux sous-alinéas et divisions du paragraphe 19(1) de l’ancienne Loi mentionnés au paragraphe 2 ci-dessus. Les ministres ont attesté qu’ils croyaient sur la foi du rapport secret en son entier, y compris les documents auxquels il renvoie, que M. Mahjoub est une personne visée aux sous-alinéas et divisions concernés de l’ancienne Loi. On a ensuite saisi la Cour de cette attestation de sécurité pour qu’elle se prononce sur son caractère raisonnable. C’est dans ce contexte que le juge Nadon a tiré ses conclusions et a statué que l’attestation de sécurité était raisonnable.

[51] En ce qui concerne les conclusions du juge Nadon, lors de l’examen du caractère raisonnable d’une attestation, il s’agit de trancher s’«il y a raisonnablement lieu de croire» certains faits, et non si ceux-ci sont véridiques. Le juge Nadon a ainsi émis les commentaires suivants (aux paragraphes 18 et 19 de sa décision) sur le caractère raisonnable de l’attestation de sécurité:



In *Attorney General of Canada v. Jolly* [1975] F.C. 216 (C.A.), Thurlow J.A. (as he then was), explains the burden resting upon the Minister with regard to the expression “reasonable grounds to believe”, in the following terms, at pages 225 and 226:

But where the fact to be ascertained on the evidence is whether there are reasonable grounds for such a belief, rather than the existence of the fact itself, it seems to me that to require proof of the fact itself and proceed to determine whether it has been established is to demand the proof of a different fact from that required to be ascertained. It seems to me that the use by the statute of the expression “reasonable grounds for believing” implies that the fact itself need not be established and that evidence which falls short of proving the subversive character of the organization [page 657] will be sufficient if it is enough to show reasonable grounds for believing that the organization is one that advocates subversion by force, etc. In a close case the failure to observe this distinction and to resolve the precise question dictated by the statutory wording can account for a difference in the result of an inquiry or an appeal.

Then, at pages 228 and 229, he adds the following:

Subsection 5(1) does not prescribe a standard of proof but a test to be applied for determining admissibility of an alien to Canada, and the question to be decided was whether there were reasonable grounds for believing, etc., and not the fact itself of advocating subversion by force, etc. No doubt one way of showing that there are no reasonable grounds for believing a fact is to show that the fact itself does not exist. But even when *prima facie* evidence negating the fact itself had been given by the respondent there did not arise an onus on the Minister to do more than show that there were reasonable grounds for believing in the existence of the fact. In short as applied to this case it seems to me that even after prima facie evidence negating the fact had been given it was only necessary for the Minister to lead evidence to show the existence of reasonable grounds for believing the fact and it was not necessary for him to go further and establish the fact itself of the subversive character of the organization. This, in the circumstances of this case, in my opinion, invalidates the Board’s decision.

I am of the view that in determining whether the Minister and the Solicitor General have proved that there are reasonable grounds to believe that a person is a person described in subparagraph 19(1)(c.1)(ii), paragraph 19(1)(c.2), (d), (e), (f), (g), (j), (k) or (l) or subparagraph 19(2)(a.1)(ii), the applicable

Dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.), le juge Thurlow (alors juge de la Cour d’appel fédérale), explique aux pages 225 et 226 le fardeau qui incombe au ministre en ce qui a trait à l’expression «il y a raisonnablement lieu de croire»:

Toutefois, lorsque la preuve a pour but d’établir s’il y a raisonnablement lieu de croire que le fait existe et non d’établir l’existence du fait lui-même, il me semble qu’exiger la preuve du fait lui-même et en arriver à déterminer s’il a été établi, revient à demander la preuve d’un fait différent de celui qu’il faut établir. Il me semble aussi que l’emploi dans la loi de l’expression «il y a raisonnablement lieu de croire» implique que le fait lui-même n’a pas besoin d’être établi et que la preuve qui ne parvient pas à établir le caractère subversif de l’organisation sera suffisante si elle démontre qu’il y a raisonnablement lieu de croire que cette organisation préconise le renversement par la force, etc. Dans une affaire dont la solution est incertaine, l’omission de faire cette distinction et de trancher la question précise dictée par le libellé de la loi peut expliquer la différence dans les résultats d’une enquête ou d’un appel.

Le juge Thurlow poursuit ensuite en ces termes aux pages 228 et 229:

Le paragraphe 5(1) ne prévoit pas un type de preuve mais un critère à appliquer pour déterminer l’admissibilité d’un étranger au Canada, et la question à trancher consistait à déterminer s’il y avait raisonnablement lieu de croire qu’on préconisait le renversement par la force, etc., et non pas si on le préconisait effectivement, etc. Indubitablement, apporter la preuve de l’inexistence d’un fait constitue une façon de démontrer qu’il n’y a pas raisonnablement lieu de croire en l’existence de ce fait. Mais, même lorsque l’intimé avait fourni un commencement de preuve déniait l’existence du fait lui-même, il n’en résultait pas qu’il incombait au Ministre de démontrer autre chose que l’existence de motifs raisonnables de croire à l’existence du fait. En résumé, à la lumière de cette affaire, il me semble que, même après le commencement de preuve déniait le fait lui-même, le Ministre était simplement tenu d’apporter des preuves démontrant l’existence de motifs raisonnables de croire le fait et il ne lui était pas nécessaire d’aller plus avant et d’établir l’existence réelle du caractère subversif de l’organisation. Selon moi, dans les circonstances de l’affaire, cela rend invalide la décision de la Commission.

Je suis d’avis que, pour décider si la ministre et le solliciteur général ont prouvé qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’une personne est une personne appartenant à une catégorie décrite au sous-alinéa 19(1)(c.1)(ii), à l’alinéa 19(1)(c.2), (d), (e), (f), (g), (j), (k) ou (l) ou au sous-alinéa

standard is that of the balance of probability. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101 (F.C.T.D.), Rothstein J. (as he then was) makes the following remarks at paragraphs 2-3, with which I agree entirely:

In section 40.1 proceedings, determinations involving paragraphs 19(1)(e) and (f) require proof of the existence of “reasonable grounds to believe certain facts” as opposed to the existence of the facts themselves. Where there are reasonable grounds to believe that a person is a member of an organization, there must also be reasonable grounds to believe that the organization is engaged in subversion or terrorism. See *Farahi-Mahdavi* (1993), 63 F.T.R. 120 (T.D.), at paras. 11 and 12. Proof of reasonable grounds to believe requires that the evidence demonstrates an objective basis for the reasonable grounds. See *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at p. 1385.

The standard of proof is proof on a balance of probabilities. See *Farahi-Mahdavi*, supra, and *Al Yamani v. Canada* (1995), 103 F.T.R. 105 (T.D.), at paras. 64 and 65. [Underlining added.]

[52] In the result, Justice Nadon considered the existence of reasonable grounds for the Ministers’ belief and made no decision as to the nature or extent of the risk Mr. Mahjoub poses to Canada’s security.

[53] By failing to have before her any of the underlying detailed information that may have enabled the delegate to assess the danger Mr. Mahjoub may pose to national security, and by instead relying upon: (i) the grounds put forth by CSIS in the security intelligence report to support its view that Mr. Mahjoub was a person described in subsection 19(1) of the former Act; and (ii) Mr. Justice Nadon’s conclusion that the security certificate was reasonable, the Minister’s delegate conflated a finding that Mr. Mahjoub was a person described in section 19 of the former Act with a finding that he was a danger to the security of Canada. This is contrary to the express statement of the Supreme Court of Canada in *Suresh* that “danger to the security of Canada” means something more than that a person is described in subsection 19(1) of the former Act.

19(2)a.1)(ii), la norme qui s’applique est celle de la prépondérance des probabilités. Dans l’affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Rothstein (alors juge de la Section de première instance de la Cour fédérale) formule les remarques suivantes auxquelles je souscris pleinement, aux paragraphes 2 et 3:

Dans les procédures fondées sur l’article 40.1, les décisions se rapportant aux alinéas 19(1)e) et f) exigent la preuve de l’existence de «motifs raisonnables de croire» certains faits par opposition à l’existence des faits eux-mêmes. Lorsqu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’une personne est membre d’une organisation, il doit également exister des motifs raisonnables de croire que l’organisation commet des actes de subversion ou de terrorisme. Voir *Farahi-Mahdavi* (1993), 63 F.T.R. 120, aux paragraphes 11 et 12. Pour que l’existence de pareils motifs soit établie, les motifs doivent avoir un fondement objectif. Voir *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, à la page 1385.

La norme de preuve est celle de la prépondérance des probabilités. Voir *Farahi-Mahdavi*, supra, et *Al Yamani v. Canada* (1995), 103 F.T.R. 105, aux paragraphes 64 et 65. [Non souligné dans l’original.]

[52] Par la suite, le juge Nadon a examiné si la conviction du ministre reposait sur l’existence de motifs raisonnables, et il ne s’est pas prononcé sur la nature ou l’importance du risque que M. Mahjoub constitue pour la sécurité du Canada.

[53] La représentante n’a disposé d’aucun des renseignements détaillés sous-tendant le rapport et qui auraient pu lui permettre d’évaluer le danger que M. Mahjoub pourrait constituer pour la sécurité nationale. Elle s’est plutôt fondée (i) sur les motifs avancés par le SCRS dans le rapport secret en matière de sécurité pour étayer son opinion selon laquelle M. Mahjoub était une personne visée au paragraphe 19(1) de l’ancienne Loi, et (ii) sur la conclusion du juge Nadon portant que l’attestation de sécurité était raisonnable. En agissant de la sorte, la représentante du ministre a assimilé une conclusion selon laquelle M. Mahjoub était une personne visée à l’article 19 de l’ancienne Loi à une autre selon laquelle celui-ci constituait un danger pour la sécurité du Canada. Cela va à l’encontre de la déclaration explicite de la Cour suprême du Canada dans *Suresh* selon laquelle l’expression «danger pour la sécurité du

[54] Given the principles enunciated by the Supreme Court in *Suresh*, I conclude that anyone exercising discretion under subsection 115(2) of the Act must have evidence before him or her that allows the decision maker to conclude that the person concerned poses a danger to the security of Canada. The decision maker cannot rely simply upon the fact that the person is described in what is now subsection 34(1) of the Act. The decision maker must carefully analyse all of the relevant evidence before him or her. I do not suggest that all of the original security intelligence information is to be reviewed. The delegate must consider all of the evidence before him or her relating to the danger posed to Canada's security, and weigh the factors which go to the reliability of that information. For example: does the source of the evidence have any personal interest in the outcome; what has been the reliability of any other information provided by the source; is the information corroborated?

[55] Conflicting evidence relating to danger must be weighed and reasons given for rejecting evidence of significance. The effect of the passage of time, and the effect of the person's apprehension and detention, should be considered so that not just the person's past actions but their future behaviour may be assessed. It may be, for example, that the fact of apprehension and disclosure of a person's associations or activities will neutralize their future ability to conduct clandestine activities. At the end, after considering these and other relevant factors, the nature of the danger posed by the person concerned should be articulated. By articulating the nature of the danger posed, the decision maker may, at the final stage of the analysis, properly balance the competing interests. For example, the decision maker would be able to weigh against the nature of the danger posed alternatives to refoulement, such as return to a third country, or, as Mr. Mahjoub suggested, continued detention.

Canada» ne s'entend pas uniquement d'une personne visée au paragraphe 19(1) de l'ancienne Loi.

[54] Compte tenu des principes énoncés par la Cour suprême dans *Suresh*, je conclus que quiconque exerce le pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 115(2) de la Loi doit disposer d'éléments de preuve lui permettant de conclure que l'intéressé constitue un danger pour la sécurité du Canada. Le décisionnaire ne peut simplement se fier sur le fait que l'intéressé est une personne visée au paragraphe 34(1) de la Loi actuelle. Il doit analyser avec soin tous les éléments de preuve pertinents dont il est saisi. Je ne veux pas laisser entendre qu'il faut examiner l'ensemble des renseignements dans le rapport secret original. Le représentant doit prendre en compte tous les éléments de preuve dont il ou elle dispose au sujet du danger que l'intéressé constitue pour la sécurité du Canada, et apprécier les facteurs ayant trait à la fiabilité de ces renseignements. Il doit se demander par exemple si la source de la preuve a un intérêt personnel quelconque dans l'issue de l'affaire, si les autres renseignements fournis, le cas échéant, par cette source étaient fiables et si le renseignement transmis est corroboré.

[55] Il convient d'apprécier les éléments de preuve contradictoires relatifs au danger et d'indiquer les motifs du rejet d'éléments d'importance. Le passage du temps et les conséquences de l'arrestation et de la détention de l'intéressé devraient être pris en compte de manière à ce que puissent être appréciés non seulement ses actes passés mais aussi ses comportements futurs. Il se peut ainsi que le fait d'arrêter l'intéressé et de divulguer ses liens ou ses activités vienne l'empêcher pour l'avenir de s'adonner à des activités clandestines. Après l'examen de ces facteurs et d'autres encore qui sont pertinents, il faudrait énoncer en bout de ligne quelle est la nature du danger que constitue l'intéressé. Lorsqu'il énonce cette nature, le décisionnaire peut, à l'étape finale de l'analyse, mettre en balance de façon appropriée les intérêts antagonistes. Le décideur pourrait, par exemple, compte tenu de la nature du danger, considérer des solutions de remplacement au refoulement, comme le renvoi vers un pays tiers ou, tel que M. Mahjoub l'a suggéré, le maintien de la détention.

[56] In short, the decision maker must have before him or her cogent evidence upon which to assess and then articulate the danger the person concerned poses to the security of Canada. Once such danger has been determined it must be weighed and balanced against the possible injustice to the person concerned if deported.

[57] This is not to say that the decision maker must repeat or duplicate the exercise performed by the designated judge who considered the reasonableness of the security certificate. They are different decisions. A person exercising discretion under subsection 115(2) of the Act must consider the relevant evidence before the decision maker and then apply that evidence to the test articulated by the Supreme Court in *Suresh*.

[58] Before leaving this issue, I have noted that the delegate also relied upon the fact that Mr. Mahjoub had been charged with an offence in Egypt, her disbelief of Mr. Mahjoub's explanation concerning his relationship with Usama bin Laden and the Khadr family and her conclusion that Mr. Mahjoub attempted to conceal his links with terrorists. Those findings alone do not support the delegate's conclusion as to the nature of the threat posed by Mr. Mahjoub to Canada's security.

(iv) The request for the appointment of an *amicus curiae*

[59] In the written submissions relating to the section 87 application, filed on Mr. Mahjoub's behalf at the hearing of such application, Mr. Mahjoub sought the appointment of an *amicus curiae* to be present when Mr. Mahjoub and his counsel were not. No formal motion was brought, nor was any evidentiary basis provided for this request. The request was argued on the basis that "the legislation does not preclude the presence of [an] independent counsel to ensure that the person concerned's interests are protected. In the absence of a bar on the participation of independent counsel, or an *amicus curiae*, one should be present to ensure that Mr. Mahjoub's interests are protected in the secret proceeding".

[56] En bref, le décisionnaire doit disposer d'éléments de preuve convaincants lui permettant d'apprécier puis d'énoncer le danger que l'intéressé constitue pour la sécurité du Canada. Une fois le danger établi, celui-ci doit être apprécié et mis en balance avec l'injustice que pourrait subir l'intéressé en cas d'expulsion.

[57] Cela ne veut pas dire que le décisionnaire doit répéter ou copier l'exercice auquel s'est adonné le juge désigné qui s'est prononcé sur le caractère raisonnable de l'attestation de sécurité. Il s'agit là de décisions différentes. La personne qui exerce un pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 115(2) de la Loi doit prendre en compte les éléments de preuve pertinents dont elle dispose, puis appliquer à cette preuve les critères énoncés par la Cour suprême dans *Suresh*.

[58] Avant d'en finir avec cette question, je relève que la représentante s'est également fondée sur le fait qu'on avait inculpé M. Mahjoub d'une infraction en Égypte, qu'elle ne croyait pas l'explication de M. Mahjoub au sujet de ses relations avec Oussama ben Laden et la famille Khadr et qu'elle avait conclu que M. Mahjoub avait tenté de dissimuler ses liens avec des terroristes. Ces éléments seuls n'étaient pas la conclusion de la représentante quant à la nature de la menace que constitue M. Mahjoub pour la sécurité du Canada.

iv) La demande de nomination d'un *amicus curiae*

[59] Dans ses observations écrites relatives à la demande visée à l'article 87 et produites en son nom à l'audience qui s'y rapporte, M. Mahjoub a demandé la nomination d'un *amicus curiae* qui soit présent lorsque lui-même et ses avocats ne le seraient pas. Aucune requête en bonne et due forme n'a été présentée non plus qu'aucun élément de preuve à l'appui de la demande. Ce qu'on a fait valoir c'est que [TRADUCTION] «la loi n'empêche pas la présence d'un conseiller indépendant pour assurer la protection des intérêts de la personne concernée. En l'absence d'interdiction visant la participation d'un conseiller indépendant, ou d'un *amicus curiae*, un tel conseiller ou intervenant devrait être présent pour assurer la protection des intérêts de M. Mahjoub pendant le déroulement de la procédure secrète».

[60] Counsel for Mr. Mahjoub advised that this request was precipitated by the recent request made in another proceeding by Mr. Harkat where Mr. Harkat sought the appointment of an *amicus curiae* in relation to proceedings to determine the reasonableness of a security certificate issued in respect of Mr. Harkat.

[61] For reasons to be delivered later, Mr. Mahjoub's request for the appointment of an *amicus curiae* was dismissed by the Court's order of December 3, 2004.

[62] As for the reasons for dismissing such request, in *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416 (F.C.), I gave detailed reasons for dismissing Mr. Harkat's request. As more fully developed in those reasons, Mr. Mahjoub's request was dismissed because:

(i) such appointment was not necessary or required in order for the Court to exercise the jurisdiction conferred upon it by the Act;

(ii) such appointment was not necessary in order for the Court to be able to provide Mr. Mahjoub with a hearing that conformed to the requirements of fundamental justice;

(iii) such appointment would not be in accordance with Parliament's intent as expressed in the Act;

(iv) the request was made late in the proceeding and would result in further delay; and

(v) the procedure set out in the Act provides the designated judge with the power and flexibility required in order to assess properly both the section 87 application and the confidential information considered by the Minister's delegate.

(v) Conclusion and certification of a question

[63] For the reasons set out above, this application for judicial review will be allowed and the matter will be remitted for redetermination in accordance with these reasons by another delegate of the Minister. In view of that conclusion, I have not considered it advisable to deal

[60] Ce qui avait déclenché cette demande, selon les avocats de M. Mahjoub, c'était la récente demande présentée par M. Harkat dans une autre affaire, en vue de la nomination d'un *amicus curiae* dans le cadre de la procédure portant sur le caractère raisonnable de l'attestation de sécurité délivrée à son égard.

[61] Pour des motifs qui seront prononcés à une date ultérieure, la demande de M. Mahjoub en vue de la nomination d'un *amicus curiae* a été rejetée par une ordonnance de la Cour du 3 décembre 2004.

[62] Quant aux motifs du rejet d'une telle demande, j'ai énoncé des motifs détaillés pour le rejet de la demande de M. Harkat dans *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416 (C.F.). Tel qu'il est précisé dans cette décision, la demande de M. Harkat a été rejetée parce que:

i) une telle nomination n'était pas nécessaire ou requise pour que la Cour soit en mesure d'exercer la compétence qui lui est conférée par la Loi;

ii) une telle nomination n'était pas nécessaire pour que la Cour puisse tenir une audience qui s'accorde avec les principes de justice fondamentale;

iii) une telle nomination ne serait pas conforme à l'intention du législateur, telle qu'elle apparaît dans le texte législatif;

iv) la demande a été présentée tardivement durant l'instance et conduirait à un délai additionnel;

v) la procédure exposée dans la Loi donne au juge désigné le pouvoir et la faculté d'apprécier valablement tant la demande visée à l'article 87 que les renseignements confidentiels examinés par la représentante du ministre.

(v) Conclusion et certification d'une question

[63] Pour les motifs susmentionnés, la présente demande de contrôle judiciaire sera accueillie et l'affaire sera renvoyée à un autre représentant du ministre pour qu'il rende une nouvelle décision en tenant compte des présents motifs. Comme j'en suis arrivée à cette

with the constitutional issues raised by Mr. Mahjoub.

[64] I acknowledge an issue of importance has been raised which I do not decide: whether circumstances would ever justify deportation to face torture. The Supreme Court of Canada has left the issue open by not excluding the possibility that, in exceptional circumstances, such deportation may be justified, either as a consequence of the balancing process required by section 7 of the Charter or under section 1 of the Charter. There are, however, powerful *indicia* that deportation to face torture is conduct fundamentally unacceptable; conduct that shocks the Canadian conscience and therefore violates fundamental justice in a manner that cannot be justified under section 1 of the Charter. Those *indicia* were canvassed by the Supreme Court in *Suresh* and include: Canadian domestic law prohibits torture; section 12 of the Charter prohibits cruel and unusual treatment or punishment (reflecting that, within Canada, torture is seen to be so repugnant that it can never be an appropriate punishment); extraditing a person to face torture has been found to be inconsistent with fundamental justice; and, a strong argument exists that international law prohibits deportation to torture, even where national security interests are at stake.

[65] The Supreme Court has, however, cautioned that Charter issues should not be decided where it is not necessary to do so, and has stressed that Charter issues are to be decided on a proper evidentiary record. See, for example, *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at paragraphs 6 to 12 for authority that unnecessary issues of law should not be decided (particularly constitutional issues) and *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paragraph 38 for authority as to the importance of a proper factual foundation to support the determination of the constitutionality of legislative provisions. By remitting this matter for redetermination, it is possible that a decision will be made that is favourable to Mr. Mahjoub. If the result is not favourable to Mr. Mahjoub, then there

conclusion, je n'ai pas estimé indiqué de traiter des questions constitutionnelle soulevées par M. Mahjoub.

[64] Je reconnais qu'a été soulevée une question importante que je m'abstiendrai de trancher: se pourrait-il que des circonstances quelconques justifient l'expulsion impliquant un risque de torture? La Cour suprême du Canada a laissé la question ouverte en n'excluant pas la possibilité qu'une telle expulsion puisse se justifier dans des circonstances exceptionnelles, par suite de la mise en balance d'intérêts en application de l'article 7 de la Charte, ou par le biais de l'analyse fondée sur son article premier. D'importants indices laissent croire, toutefois, que l'expulsion impliquant un risque de torture est fondamentalement inacceptable. Cela choque la conscience des Canadiens et contrevient par conséquent à la justice fondamentale d'une manière ne pouvant se justifier en vertu de l'article premier de la Charte. La Cour suprême a recensé ces indices dans *Suresh*. Parmi ceux-ci, il y a le fait que le droit interne canadien interdit la torture; que l'article 12 de la Charte interdit les traitements ou peines cruels et inusités (ce qui fait ressortir que la torture répugne tellement aux Canadiens qu'elle ne peut jamais constituer une peine appropriée); que l'expulsion impliquant un risque de torture a été jugé incompatible avec la justice fondamentale; qu'on peut soutenir avec force que le droit international interdit l'expulsion impliquant un risque de torture, même lorsque des considérations de sécurité nationale sont en jeu.

[65] La Cour suprême a toutefois souligné que les questions liées à la Charte ne devraient pas être tranchées lorsque cela n'est pas nécessaire, et qu'elles doivent être tranchées au moyen d'une preuve appropriée. Se reporter, par exemple, à *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, aux paragraphes 6 à 12, où l'on a statué qu'il n'y a pas lieu de trancher des questions de droit (particulièrement des questions constitutionnelles) lorsque cela n'est pas nécessaire. Se reporter également à *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au paragraphe 38, qui a souligné l'importance d'un fondement factuel valable pour étayer les décisions sur la constitutionnalité de mesures législatives. Si l'affaire était renvoyée pour que soit rendue une nouvelle

will be a proper evidentiary record to support the determination of the constitutional issues. It is, in my view, particularly important that there be evidence to inform the assessment of exceptional circumstances and the danger said to be posed to our society, as contemplated by the Supreme Court in *Suresh*.

[66] Counsel requested the opportunity to review these reasons before making submissions about the certification of any serious question of general importance. Accordingly, counsel for the Ministers may serve and file correspondence proposing certification of a question within seven days of receipt of these reasons. Thereafter, counsel for Mr. Mahjoub will have five days from receipt of the Ministers' correspondence to serve and file a responsive submission. Any reply submission may be served and filed by counsel for the Ministers within three days of receipt of Mr. Mahjoub's submission.

[67] Following consideration of those submissions, an order will issue allowing the application for judicial review, remitting this matter for redetermination in accordance with these reasons by another delegate of the Minister, and dealing with the issue of certification of a question.

#### APPENDIX A

Subparagraph 19(1)(e)(iii), clauses 19(1)(e)(iv)(B) and 19(1)(e)(iv)(C), subparagraph 19(1)(f)(ii) and clause 19(1)(f)(iii)(B) of the former Act:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons, who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

...

décision, il pourrait en découler une décision favorable à M. Mahjoub. En cas de résultat défavorable, une preuve valable existera pour étayer une décision sur des questions constitutionnelles. Il importe particulièrement, selon moi, qu'une preuve sous-tende l'appréciation des circonstances exceptionnelles et du danger auquel fait face notre société, tel que l'a prévu la Cour suprême dans *Suresh*.

[66] Les avocats ont demandé d'avoir l'occasion d'examiner les présents motifs avant de présenter des observations sur la certification d'une question grave de portée générale. Les avocats des ministres pourront, par conséquent, signifier et produire, dans les sept jours de la réception des présents motifs, la correspondance dans laquelle ils proposent la certification d'une question. Les avocats de M. Mahjoub pourront ensuite, dans les cinq jours de la réception de la correspondance des ministres, signifier et produire leurs propres observations en guise de réplique. Dans les trois jours de la réception de ces observations, les avocats des ministres pourront signifier et produire à leur tour leurs observations en guise de réplique.

[67] Par suite de l'examen de ces observations, une ordonnance sera rendue ayant pour effet d'accueillir la demande de contrôle judiciaire, de renvoyer l'affaire à un autre représentant du ministre pour qu'il rende une nouvelle décision en tenant compte des présents motifs, et de traiter de la certification d'une question.

#### ANNEXE A

Sous-alinéa 19(1)e)(iii), divisions 19(1)e)(iv)(B) et 19(1)e)(iv)(C), alinéa 19(1)f)(ii) et division 19(1)f)(iii)(B) de l'ancienne Loi:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut:

[...]

(e) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) will engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(ii) will, while in Canada, engage in or instigate the subversion by force of any government,

(iii) will engage in terrorism, or

(iv) are members of an organization that there are reasonable grounds to believe will

(A) engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(B) engage in or instigate the subversion by force of any government, or

(C) engage in terrorism;

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have engaged in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(ii) have engaged in terrorism, or

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

(A) acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada, or

(B) terrorism,

except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.

## APPENDIX B

Sections 78 and 87 of the Act:

**78.** The following provisions govern the determination:

(a) the judge shall hear the matter;

(b) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the

e) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

(i) soit commettront des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(ii) soit, pendant leur séjour au Canada, travailleront ou inciteront au renversement d'un gouvernement par la force,

(iii) soit commettront des actes de terrorisme,

(iv) soit sont membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle:

(A) soit commettra des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(B) soit travaillera ou incitera au renversement d'un gouvernement par la force,

(C) soit commettra des actes de terrorisme;

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

(i) soit se sont livrées à des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(ii) soit se sont livrées à des actes de terrorisme,

(iii) soit sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée:

(A) soit à des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(B) soit à des actes de terrorisme,

le présent alinéa ne visant toutefois pas les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

## ANNEXE B

Articles 78 et 87 de la Loi:

**78.** Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire:

a) le juge entend l'affaire;

b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la



opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(d) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;

(e) on each request of the Minister or the Solicitor General of Canada made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(f) the information or evidence described in paragraph (e) shall be returned to the Minister and the Solicitor General of Canada and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;

(g) the information or evidence described in paragraph (e) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

(i) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(j) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

...

**87.** (1) The Minister may, in the course of a judicial review, make an application to the judge for the non-disclosure of any information with respect to information protected under subsection 86(1) or information considered under section 11, 112 or 115.

divulgarion porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;

e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;

g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;

h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile—même inadmissible en justice—et peut fonder sa décision sur celui-ci.

[ . . . ]

**87.** (1) Le ministre peut, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, demander au juge d'interdire la divulgation de tout renseignement protégé au titre du paragraphe 86(1) ou pris en compte dans le cadre des articles 11, 112 ou 115

(2) Section 78, except for the provisions relating to the obligation to provide a summary and the time limit referred to in paragraph 78(d), applies to the determination of the application, with any modifications that the circumstances require.

(2) L'article 78 s'applique à l'examen de la demande, avec les adaptations nécessaires, sauf quant à l'obligation de fournir un résumé et au délai.

A-436-03  
2005 FCA 139

A-436-03  
2005 CAF 139

**Elders Grain Company Limited and Carling O’Keefe  
Breweries of Canada Limited (*Appellants*)**

**Elders Grain Company Limited et Les Brasseries  
Carling O’Keefe du Canada Limitée (*appelantes*)**

v.

c.

**The Vessel M/V *Ralph Misener* and the Owners and  
All Others Interested in the Vessel M/V *Ralph  
Misener* and Misener Holding Limited and Misener  
Shipping (*Respondents*)**

**Le navire M/V *Ralph Misener* et les propriétaires et  
toutes les autres personnes ayant un droit sur le  
navire M/V *Ralph Misener* et Misener Holdings  
Limited et Misener Shipping (*intimés*)**

**INDEXED AS: ELDERS GRAIN CO. v. RALPH MISENER (THE)  
(F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: ELDERS GRAIN CO. c. RALPH MISENER (LE)  
(C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Décary and  
Létourneau J.J.A.—Montréal, February 17; Ottawa, April  
15, 2005.

Cour d’appel fédérale, juge en chef Richard, juges  
Décary et Létourneau, J.C.A.—Montréal, 17 février;  
Ottawa, 15 avril 2005.

*Maritime Law — Carriage of Goods — Appeal from F.C. judgment dismissing appellants’ action for damages for loss of alfalfa pellets cargo and allowing respondents’ counterclaim — Clean bill of lading establishing rebuttable prima facie presumption of good condition of cargo — When carrier unable to ascertain apparent pre-shipment condition of goods, or where damage caused by hidden condition, clean bill of lading insufficient to establish prima facie case — Trial Judge not erring in finding prima facie case not established in light of evidence, i.e. Captain’s vision obscured by thick cloud of dust upon loading — Finding that spontaneous combustion probable cause of fire not palpable and overriding error — Trial Judge not erring in applying House of Lords’ broad definition of “dangerous” to find alfalfa pellets dangerous cargo, and appellants responsible for loss suffered and liable for damages caused because carrier not made aware of goods’ nature, character — Appeal dismissed.*

*Droit maritime — Transport de marchandises — Appel d’un jugement de la C.F. rejetant la poursuite en dommages-intérêts intentée par les appelantes à la suite de la perte de leur cargaison de granulés de luzerne et accueillant la demande reconventionnelle des intimés — Un connaissance net constitue une présomption prima facie réfutable du bon état de la cargaison — Lorsque le transporteur ne peut vérifier l’état apparent des marchandises avant l’expédition ou lorsqu’un dommage est causé par une source non apparente, un connaissance net n’est pas une preuve prima facie suffisante — Le juge de première instance n’a pas commis d’erreur en concluant que le bien-fondé de la poursuite n’était pas établi à première vue à la lumière de la preuve, celle-ci indiquant qu’un épais nuage de poussière avait nui à la vision du capitaine au moment du chargement — Il n’y avait aucune erreur manifeste et dominante dans la conclusion selon laquelle l’incendie avait été probablement causé par la combustion spontanée — Le juge de première instance n’a pas commis d’erreur en appliquant la définition large de «dangereuse» établie par la Chambre des lords pour conclure que les granulés de luzerne constituaient une cargaison dangereuse et que les appelantes étaient responsables de la perte subie et des dommages causés parce qu’elles n’avaient pas informé le transporteur de la nature et du caractère des marchandises — Appel rejeté.*

*Practice — Evidence — Admissibility of rebuttal evidence — Federal Courts Rules, r. 281, requiring appellants to serve rebuttal expert report 30 days before trial, which they did not do — Within Judge’s discretion to determine order of evidence, refuse to grant leave to submit rebuttal evidence.*

*Pratique — Preuve — Admissibilité d’une contre-preuve — La règle 281 des Règles des Cours fédérales exigeait que les appelantes signifient la contre-preuve d’expert 30 jours avant le début de l’instruction, ce qu’elles n’ont pas fait — Le juge de première instance avait le pouvoir discrétionnaire de décider de l’ordre de présentation de la preuve et de refuser d’accorder l’autorisation de présenter la contre-preuve d’un expert.*

This was an appeal from a Federal Court judgment dismissing the appellants' action for damages due to the loss of their cargo of alfalfa pellets, and allowing the respondents' counterclaim, finding that the appellants were liable for all damages and expenses caused to the respondents. The loss was the result of a fire which was discovered when the cargo was unloaded. The appellants argued that the trial Judge erred in his conclusions regarding (1) whether the respondents successfully rebutted the *prima facie* presumption of good condition of the cargo established by the clean bill of lading, (2) the cause of the loss, (3) the dangerous nature of the goods, and (4) the proper order of evidence at trial.

*Held*, the appeal should be dismissed.

After reviewing the relevant case law pertaining to the applicable standard of review, the Court found that conclusion (2) was a question of fact subject to a standard of palpable and overriding error. Conclusions (1) and (3) were questions of mixed fact and law, the questions of law being reviewable on a correctness standard, and the questions of fact being subject to a standard of palpable and overriding error. As for conclusion (4), it was subject to judicial discretion.

(1) The law regarding bills of lading acting as *prima facie* proof of the apparent order and condition of the cargo is found in Article III, Rule 4 of the Hague-Visby Rules. However, these clean bill of lading serve simply as rebuttable proof of the presence or absence of visible damage at the time of loading, and a carrier is expected to perform only such examination as is reasonable and practical under the circumstances. A clean bill of lading will be insufficient to establish a *prima facie* case when the apparent condition of the goods cannot be ascertained, or where the damage is caused by a hidden condition. In the case at hand, the Captain and the First Mate's vision of the cargo, which was being loaded at high speed, was obscured by a thick cloud of dust. The trial Judge did not err in finding that under these circumstances, the bill of lading did not constitute *prima facie* evidence that the cargo was loaded in good order and condition.

(2) The trial Judge considered the evidence, including the appellants' theory that a cigarette may have caused the loss, but preferred the respondents' expert evidence that pointed to spontaneous combustion as the probable cause of the fire. This finding of fact did not contain a palpable and overriding error.

Il s'agissait de l'appel d'un jugement par lequel la Cour fédérale avait rejeté la poursuite en dommages-intérêts intentée par les appelantes à la suite de la perte de leur cargaison de granulés de luzerne et avait accueilli la demande reconventionnelle des intimés, concluant que les appelantes étaient responsables de tous les dommages et frais causés aux intimés. La perte a été causée par un incendie qui a été découvert pendant le déchargement de la cargaison. Les appelantes prétendaient que le juge de première instance avait tiré des conclusions erronées relativement: 1) à la question de savoir si les intimés avaient réussi à réfuter la présomption *prima facie* de bon état de la cargaison établie par le connaissement net, 2) à la cause de la perte, 3) à la nature dangereuse des marchandises et 4) à l'ordre de présentation de la preuve au procès.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Après avoir passé en revue la jurisprudence pertinente concernant la norme de contrôle applicable, la Cour a indiqué que la conclusion 2) était une question de fait assujettie à la norme de l'erreur manifeste et dominante. Les conclusions 1) et 3) étaient des questions mixtes de fait et de droit, la norme de la décision correcte s'appliquant aux questions de droit et celle de l'erreur manifeste et dominante aux questions de fait. Quant à la conclusion 4), elle était assujettie au pouvoir discrétionnaire judiciaire.

1) Le droit relatif aux connaissements constituant une preuve *prima facie* de l'état apparent de la cargaison est prévu à la règle 4 de l'article III des Règles de La Haye-Visby. Toutefois, les connaissements nets servent simplement de preuve réfutable de la présence ou de l'absence de dommages visibles au moment du chargement, et un transporteur doit effectuer seulement un examen raisonnable et pratique dans les circonstances. Lorsque l'état apparent des marchandises ne peut être vérifié ou lorsqu'un dommage est causé par une source non apparente, un connaissement net ne sera pas une preuve *prima facie* suffisante. En l'espèce, même si le capitaine et le premier lieutenant pouvaient voir la cargaison, qui a été chargée rapidement, un épais nuage de poussière nuisait à leur vision. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que, dans ces circonstances, le connaissement ne constituait pas une preuve *prima facie* que la cargaison était en bon état et conditionnement lors de son chargement.

2) Le juge de première instance a examiné la preuve, y compris la thèse des appelantes selon laquelle une cigarette avait pu causer la perte, mais a préféré se fier à la preuve d'expert des intimés, qui indiquait que la combustion spontanée était la cause probable de l'incendie. Cette conclusion de fait ne contenait aucune erreur manifeste et dominante.

(3) Whether the cargo was dangerous was a mixed question of law and fact which required finding the legal definition of “dangerous” and then applying it to the facts. The trial Judge relied on the House of Lords’ finding that the word “dangerous” as used in Article IV, Rule 6 of the Hague-Visby Rules was to be given a broad meaning and not to be restricted only to goods of an inflammable or explosive nature. Applying this definition to the appellants’ cargo, the Judge found that alfalfa pellets were a dangerous cargo, and that the appellants were responsible for the loss they suffered and liable for the damages and expenses caused to the vessel and her owners, because they had shipped goods of a dangerous nature without making the carrier aware of the goods’ nature and character, contrary to Article IV, Rule 6 of the Hague-Visby Rules.

Had the respondents known about the nature of the cargo, they would have taken adequate precautions as evidenced by their conduct after learning of the dangerous nature of the alfalfa pellets. At the time the incident occurred (1989), it was sufficient under *Dangerous Bulk Materials Regulations*, subsection 10(1) for the respondents to have onboard the 1984 edition of the *Canadian Code of Safe Practice for Solid Bulk Cargoes*, which did not classify alfalfa pellets as dangerous material. It could not be said that the respondents ought to have known of the dangerous character of the pellets.

The trial Judge did not err in his interpretation and application of the law and in his findings of fact. Furthermore, adopting a construction of Article IV, Rule 6 that is congruent with that given to it by the United States Court of Appeals and the House of Lords promotes the important goal of maintaining international uniformity in maritime law.

(4) The trial Judge held that the appellants did not have the right to call their expert to testify in reply to the respondents’ experts. The *Federal Courts Rules* provide that no expert testimony is admissible unless it has been reduced to writing and served on all parties in accordance with rule 279 or 281. The appellants did not comply with rule 281, which required them to serve a rebuttal expert report at least 30 days before trial, and the trial Judge ruled that expert testimony at this point in the proceeding was inadmissible. It was within the Judge’s discretion to determine the order of evidence and to refuse to grant leave for the submission of rebuttal evidence at trial.

3) La question de savoir si la cargaison était dangereuse était une question mixte de droit et de fait qui exigeait qu’on trouve la définition juridique de l’adjectif «dangereuse» et qu’on l’applique ensuite aux faits. Le juge de première instance s’est appuyé sur la conclusion de la Chambre des lords selon laquelle on devait donner au mot «dangereuse» employé à la règle 6 de l’article IV des Règles de La Haye-Visby un sens large et non limité à des marchandises de nature inflammable ou explosive. En appliquant cette définition à la cargaison des appelantes, le juge de première instance a décidé que les granulés de luzerne constituaient une cargaison dangereuse et que les appelantes étaient responsables de la perte qu’elles avaient subie, des dommages causés au navire et aux propriétaires de celui-ci et des frais afférents parce qu’elles avaient expédié des marchandises dangereuses sans informer le transporteur de leur nature et de leur caractère, contrairement à la règle 6 de l’article IV des Règles de La Haye-Visby.

S’ils avaient été informés de la nature dangereuse de la cargaison, les intimés auraient pris les précautions nécessaires, comme le montre ce qu’ils ont fait après avoir appris que les granulés de luzerne étaient dangereux. À l’époque où l’incident est survenu (1989), il suffisait, suivant le paragraphe 10(1) du *Règlement sur les matériaux dangereux en vrac*, que les intimés aient à bord du navire l’édition de 1984 du *Code canadien des règles pratiques pour la sécurité du transport des cargaisons solides en vrac*, lequel ne plaçait pas les granulés de luzerne dans la catégorie des marchandises dangereuses. On ne pouvait pas dire que les intimés auraient dû connaître le caractère dangereux des granulés.

Le juge de première instance n’a pas commis d’erreur dans la façon dont il a interprété et appliqué le droit et dans ses conclusions de fait. En outre, l’adoption d’une interprétation de la règle 6 de l’article IV conforme à celles de la Cour d’appel des États-Unis et de la Chambre des lords assure la promotion de l’important objectif que constitue l’application uniforme du droit maritime partout dans le monde.

4) Le juge de première instance a décidé que les appelantes n’avaient pas le droit de faire témoigner leur expert en réplique aux experts des intimés. Les *Règles des Cours fédérales* prévoient que le témoignage d’un expert n’est admissible que s’il a été consigné par écrit et signifié à toutes les parties en conformité avec les règles 279 ou 281. Les appelantes ne se sont pas conformées à la règle 281, laquelle exigeait que la contre-preuve de l’expert soit signifiée au moins 30 jours avant le début de l’instruction, et le juge de première instance a conclu que le témoignage d’expert était inadmissible à cette étape de l’instance. Le juge avait le pouvoir discrétionnaire de décider de l’ordre de présentation de la preuve et de refuser d’accorder l’autorisation de présenter une contre-preuve au procès.

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), 4 (as am. *idem*, s. 16), 22(1) (as am. *idem*, s. 31).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 274, 275, 279, 281.  
*Dangerous Bulk Materials Regulations*, SOR/87-24, s. 10.  
*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968 and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979*, being Schedule 3 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, Art. III, Rules 3, 4, Art. IV, Rules 2, 3, 6 (Hague-Visby Rules).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33.

CONSIDERED:

*Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014; (2001), 204 D.L.R. (4th) 257; [2001] 11 W.W.R. 1; 156 B.C.A.C. 161; 94 B.C.L.R. (3d) 199; 19 R.F.L. (5th) 396; 275 N.R. 52; 2001 SCC 60; *Effort Shipping Co. Ltd. v. Linden Management S.A.*, [1998] A.C. 605 (H.L.).

REFERRED TO:

*R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631; (2003), 225 D.L.R. (4th) 624; [2004] 4 W.W.R. 1; 177 Man. R. (2d) 72; 174 C.C.C. (3d) 97; 10 C.R. (6th) 205; 305 N.R. 158; 2003 SCC 30; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; (1997), 142 D.L.R. (4th) 595; 112 C.C.C. (3d) 289; 4 C.R. (5th) 139; 41 C.R.R. (2d) 189; 98 O.A.C. 81; 207 N.R. 321; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *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) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321;

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Bruxelles le 25 août 1924, protocole de Bruxelles conclu le 23 février 1968 et du protocole supplémentaire de Bruxelles conclu le 21 décembre 1979*, qui constituent l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, art. III, règles 3, 4, art. IV, règles 2, 3, 6 (Règles de La Haye-Visby).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 4 (mod., *idem*, art. 16), 22(1) (mod., *idem*, art. 31).  
*Règlement sur les matériaux dangereux en vrac*, DORS/87-24, art. 10.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 274, 275, 279, 281.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE:

*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 CSC 33.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014; (2001), 204 D.L.R. (4th) 257; [2001] 11 W.W.R. 1; 156 B.C.A.C. 161; 94 B.C.L.R. (3d) 199; 19 R.F.L. (5th) 396; 275 N.R. 52; 2001 CSC 60; *Effort Shipping Co. Ltd. v. Linden Management S.A.*, [1998] A.C. 605 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631; (2003), 225 D.L.R. (4th) 624; [2004] 4 W.W.R. 1; 177 Man. R. (2d) 72; 174 C.C.C. (3d) 97; 10 C.R. (6th) 205; 305 N.R. 158; 2003 CSC 30; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; (1997), 142 D.L.R. (4th) 595; 112 C.C.C. (3d) 289; 4 C.R. (5th) 139; 41 C.R.R. (2d) 189; 98 O.A.C. 81; 207 N.R. 321; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321;

*Francosteel Corp. v. Fednav Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 184 (F.C.T.D.); *Wirth Ltd. v. Belcan, N.V.* (1996), 112 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *American Risk Management Inc. v. APL Co. Pte. Ltd.* (2002), 224 F.T.R. 249; 2002 FCT 1023; *Produits Alimentaires Grandma Ltée v. Zim Israel Navigation Co.* (1988), 86 N.R. 39 (F.C.A.); *Senator Linie GMBH & Co. KG v. Sunway Line, Inc.*, 291 F.3d 145 (2nd Cir. 2002).

*Francosteel Corp. c. Fednav Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 184 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Wirth Ltd. c. Belcan N.V.* (1996), 112 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *American Risk Management Inc. c. APL Co. Pte. Ltd.* (2002), 224 F.T.R. 249; 2002 CFPI 1023; *Produits Alimentaires Grandma Ltée c. Zim Israel Navigation Co.* (1988), 86 N.R. 39 (C.A.F.); *Senator Linie GMBH & Co. KG c. Sunway Line, Inc.*, 291 F.3d 145 (2nd Cir. 2002).

## AUTHORS CITED

Canada. Department of Transport. Marine Safety Directorate. *Canadian Code of Safe Practice for Solid Bulk Cargoes*, TP 5761 E. Ottawa: Department of Transport, 1984.  
International Maritime Organization. *Code of Safe Practice for Solid Bulk Cargoes* (BC Code), 1987 edition.  
Tetley, William. "The Burden and Order of Proof in Marine Cargo Claims", online: <<http://upload.mcgill.ca/maritimelaw/burden.pdf>>.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Ministère des Transports. Sécurité maritime. *Code canadien des règles pratiques pour la sécurité du transport des cargaisons solides en vrac*, TP 5761 F. Ottawa: Ministère des Transports, 1984.  
Organisation maritime internationale. *Recueil de règles pratiques pour la sécurité du transport des cargaisons solides en vrac* (Recueil BC), édition 1987.  
Tetley, William. «The Burden and Order of Proof in Marine Cargo Claims», en ligne: <<http://upload.mcgill.ca/maritimelaw/burden.pdf>>.

APPEAL from a judgment of the Federal Court (2003 FC 837; [2003] F.C.J. No. 1073 (QL)) dismissing the appellants' action for damages for the loss of their cargo of alfalfa pellets and allowing the respondents' counterclaim, finding that the appellants were liable for all damages and expenses caused to the respondents. Appeal dismissed.

APPEL d'un jugement de la Cour fédérale (2003 CF 837; [2003] A.C.F. n° 1073 (QL)) rejetant la poursuite en dommages-intérêts intentée par les appelantes à la suite de la perte de leur cargaison de granulés de luzerne et accueillant la demande reconventionnelle des intimés, les appelantes étant responsables de tous les dommages et frais causés aux intimés. Appel rejeté.

## APPEARANCES:

*Normand Laurendeau* and *D. Andrew Penhale* for appellants.  
*John G. O'Connor* and *Jean Grégoire* for respondents.

## ONT COMPARU:

*Normand Laurendeau* et *D. Andrew Penhale* pour les appelantes.  
*John G. O'Connor* et *Jean Grégoire* pour les intimés.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Robinson, Sheppard, Shapiro*, Montréal, for appellants.  
*Langlois Gaudreau O'Connor*, Québec, for respondents.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Robinson, Sheppard, Shapiro*, Montréal, pour les appelantes.  
*Langlois Gaudreau O'Connor*, Québec, 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*

[1] RICHARD C.J.: This is an appeal from a judgment of Justice Nadon, then sitting as a judge of the Federal Court, dated July 7, 2003 (2003 FC 837) dismissing the

[1] LEJUGE EN CHEF RICHARD: Il s'agit de l'appel d'un jugement rendu en date du 7 juillet 2003 (2003 CF 837) par lequel le juge Nadon, siégeant alors comme juge de

appellants' action for damages due to the loss of their cargo and allowing the respondents' counterclaim.

[2] On May 31, 1989, the appellants' cargo of alfalfa pellets was unloaded from the respondents' vessel, the M/V *Ralph Misener*, in Québec City. During the unloading, it was discovered that the cargo was on fire. The fire department succeeded in extinguishing the fire with water and chemicals.

[3] The appellants are claiming damages for their lost cargo and pointing to the clean bill of lading issued by the ship's captain as proof that the cargo was in good condition when it was loaded on the ship in Thunder Bay.

[4] The appellants claim that the trial Judge erred in his conclusion that the respondents successfully rebutted the *prima facie* presumption of good condition of the cargo established by the clean bill of lading. The appellants also argue that the trial Judge erred in his conclusions regarding the cause of the fire, and the dangerous nature of the goods. Furthermore, the appellants assert that they were prejudiced when their expert was not permitted to testify in reply.

[5] In their counterclaim, the respondents are claiming damages for their losses and maintain that the alfalfa pellets were "dangerous materials" that spontaneously self-ignited during unloading. The respondents argue that the appellants had a strict duty to warn them of the dangerous nature of the cargo. By failing to warn, the appellants are liable for the damage to the respondents' vessel.

#### Standard of Review

[6] It is settled law that an appeal is not a trial *de novo*. The role of an appellate court is not to write a better judgment than the trial judge but to review his or her reasons in light of the arguments of the parties and the

la Cour fédérale, a rejeté la poursuite en dommages-intérêts intentée par les appelantes à la suite de la perte de leur cargaison et a accueilli la demande reconventionnelle des intimés.

[2] Le 31 mai 1989, la cargaison de granulés de luzerne des appelantes a été débarquée du navire des intimés, le M/V *Ralph Misener*, à Québec. Pendant le déchargement, on a découvert que la cargaison était en feu. Les pompiers ont réussi à éteindre l'incendie avec de l'eau et des produits chimiques.

[3] Les appelantes réclament des dommages-intérêts pour la perte de leur cargaison et font valoir que la délivrance d'un connaissement net par le capitaine du navire prouve que la cargaison était en bon état lorsqu'elle a été chargée à bord du navire à Thunder Bay.

[4] Les appelantes soutiennent que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que les intimés ont réussi à réfuter la présomption *prima facie* de bon état de la cargaison établie par le connaissement net. Elles soutiennent également que les conclusions du juge de première instance concernant la cause de l'incendie et la nature dangereuse des marchandises sont erronées. Elles font valoir en outre que le fait que leur expert n'a pas été autorisé à témoigner en réplique leur a causé un préjudice.

[5] Dans leur demande reconventionnelle, les intimés réclament des dommages-intérêts pour les pertes qu'ils ont subies et soutiennent que les granulés de luzerne sont des [TRADUCTION] «marchandises dangereuses» qui peuvent s'enflammer spontanément pendant leur déchargement. Ils prétendent que les appelantes avaient l'obligation stricte de les avertir de la nature dangereuse de la cargaison. Comme elles ne les ont pas avertis, les appelantes doivent les indemniser pour les dommages causés à leur navire.

#### Norme de contrôle

[6] Il est bien établi en droit qu'un appel n'est pas un procès *de novo*. Le rôle des cours d'appel n'est pas de rédiger de meilleurs jugements que le juge de première instance, mais de contrôler les motifs à la lumière des



relevant evidence. Therefore, this Court must give consideration to the standard of review applicable to the various issues which arise on this appeal: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235.

[7] In *Housen*, the Supreme Court of Canada set out the standards of review to be used by an appellate court in regards to the following types of questions: (1) questions of law; (2) questions of fact; (3) inferences of fact, and (4) questions of mixed fact and law.

[8] The standard of review for pure questions of law is correctness and an appellate court is therefore free to replace the opinion of the trial judge with its own.

[9] The standard of review for findings of fact is that such findings are not to be reversed unless it can be established that the trial judge made a “palpable and overriding error”.

[10] Justice Bastarache in *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, at paragraph 15 defined a palpable and overriding error as one “that gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion.” In short, a palpable and overriding error is an obvious deficiency in the trial judge’s findings of fact that affects the outcome of the trial.

[11] Accordingly, this Court must review the trial Judge’s decision on a standard of correctness for pure questions of law. Regarding findings of fact and inferences of fact, this Court must exercise the utmost deference, disturbing the trial Judge’s decision only in the presence of palpable and overriding error.

[12] A determination that involves the application of a legal test to a set of facts is a question of mixed fact and law. That determination is subject to a standard of palpable and overriding error unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of the legal test or its

arguments des parties et de la preuve pertinente. En conséquence, je dois me demander quelle norme de contrôle s’applique aux différentes questions soulevées par l’appel: *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235.

[7] Dans l’arrêt *Housen*, la Cour suprême a établi les normes de contrôle qui doivent être utilisées par les cours d’appel à l’égard de chacune des catégories de questions suivantes: 1) les questions de droit; 2) les questions de fait; 3) les inférences de fait; 4) les questions mixtes de fait et de droit.

[8] La norme de contrôle applicable aux pures questions de droit est celle de la décision correcte et les cours d’appel ont ainsi toute latitude pour substituer leur opinion à celle des juges de première instance.

[9] Pour ce qui est de la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait, ces conclusions ne peuvent être infirmées que s’il est établi que le juge de première instance a commis une «erreur manifeste et dominante».

[10] Le juge Bastarache a défini l’erreur manifeste et dominante, au paragraphe 15 de l’arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, comme une erreur qui «donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d’examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée». En résumé, une erreur manifeste et dominante est un défaut évident dans les conclusions de fait du juge de première instance qui a une incidence sur l’issue du procès.

[11] Par conséquent, la Cour doit contrôler la décision du juge de première instance en appliquant la norme de la décision correcte aux pures questions de droit. En ce qui concerne les conclusions de fait et les inférences de fait, la Cour doit faire preuve de la plus grande retenue et ne modifier la décision du juge de première instance que si elle y décèle une erreur manifeste et dominante.

[12] Une décision impliquant l’application d’un critère juridique à un ensemble de faits constitue une question mixte de fait et de droit. Elle est assujettie à la norme de l’erreur manifeste et dominante, à moins que le juge de première instance n’ait clairement commis une erreur de principe isolable en déterminant le critère juridique

application, in which case the error may amount to an error of law: *Housen*, at paragraph 37; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, at paragraph 45.

[13] The trial Judge's decision regarding the procedure to be followed at trial was a discretionary one. An appellate court is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the trial judge. However, if the decision was based on an error of law or if the appellate court reaches the clear conclusion that there has been a wrongful exercise of discretion in that no weight, or no sufficient weight, has been given to relevant considerations or that the trial judge considered irrelevant factors or failed to consider relevant factors, then an appellate court is entitled to exercise its own discretion: *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at paragraph 49. See also *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paragraph 39; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at pages 404-405; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 76-77.

[14] The appellants maintain that the trial Judge erred in his conclusions regarding (1) whether the respondents successfully rebutted the *prima facie* presumption of good condition of the cargo established by the clean bill of lading, (2) the cause of the loss, (3) the dangerous nature of the goods, and (4) the proper order of evidence at trial.

[15] The cause of the fire can only be determined by weighing the evidence. It is thus a question of fact and may be disturbed only if a palpable and overriding error is discovered.

[16] The question of whether the cargo was dangerous material requires applying the relevant law to the facts and is thus a question of mixed fact and law. So too is the question regarding the rebuttal of the *prima facie* presumption of good condition of the cargo. Since the questions of law can be separated from the facts, the questions of law must be reviewed on a correctness

applicable ou en appliquant ce critère, auquel cas l'erreur peut constituer une erreur de droit: *Housen*, au paragraphe 37; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, au paragraphe 45.

[13] La décision du juge de première instance concernant la procédure à suivre au procès en était une de nature discrétionnaire. Une cour d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge de première instance. Toutefois, si la décision était fondée sur une erreur de droit ou si la cour d'appel conclut que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, parce qu'on n'a pas accordé suffisamment d'importance, ou qu'on en n'a pas accordé du tout, à des considérations pertinentes ou que le juge de première instance a pris en compte des facteurs non pertinents ou qu'il a omis de prendre en compte des facteurs pertinents, la cour d'appel peut alors exercer son propre pouvoir discrétionnaire: *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, au paragraphe 49. Voir également les arrêts *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 39; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, aux pages 404 et 405; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 76 et 77.

[14] Les appelantes prétendent que le juge de première instance a tiré des conclusions erronées relativement: 1) à la question de savoir si les intimés ont réussi à réfuter la présomption *prima facie* de bon état de la cargaison établi par le connaissement net, 2) à la cause de la perte, 3) à la nature dangereuse des marchandises et 4) à l'ordre de présentation de la preuve au procès.

[15] La cause de l'incendie ne peut être déterminée que par l'appréciation de la preuve. Il s'agit donc d'une question de fait et la décision ne peut être modifiée que si une erreur manifeste et dominante est décelée.

[16] Pour déterminer si la cargaison contenait des marchandises dangereuses, il faut appliquer le droit pertinent aux faits. Il s'agit donc d'une question mixte de fait et de droit. Il en est de même de la question concernant la réfutation de la présomption *prima facie* de bon état de la cargaison. Les questions de droit pouvant être séparées des faits, la Cour doit les examiner en

standard, while the trial Judge's findings of fact must be reviewed for palpable and overriding error.

[17] The order of presentation of evidence at a trial is set out in the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2) and is subject to judicial discretion.

#### Relevant statutory provisions

The Hague Rules (incorporated into Canadian law as the schedule to the *Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C., 1985 c. C-27 (now the Hague-Visby Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968 and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979*], incorporated as Schedule 3 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6))

#### Article III, Rule 3

3. After receiving the goods into his charge, the carrier, or the master or agent of the carrier, shall, on demand of the shipper, issue to the shipper a bill of lading showing among other things

(a) the leading marks necessary for identification of the goods as the same are furnished in writing by the shipper before the loading of such goods starts, provided such marks are stamped or otherwise shown clearly upon the goods if uncovered, or on the cases or coverings in which such goods are contained, in such a manner as should ordinarily remain legible until the end of the voyage;

(b) either the number of packages or pieces, or the quantity, or weight, as the case may be, as furnished in writing by the shipper;

(c) the apparent order and condition of the goods:

Provided that no carrier, master or agent of the carrier shall be bound to state or show in the bill of lading any marks, number, quantity, or weight which he has reasonable ground for suspecting not accurately to represent the goods actually received or which he has had no reasonable means of checking.

fonction de la norme de la décision correcte, tout en examinant les conclusions de fait du juge de première instance afin de découvrir si une erreur manifeste et dominante a été commise.

[17] L'ordre de présentation de la preuve au procès est énoncé dans les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2) et il est assujéti au pouvoir discrétionnaire judiciaire.

#### Dispositions législatives pertinentes

Règles de La Haye (incorporées au droit canadien dans l'annexe de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.R.C. (1985), ch. C-27 (maintenant les Règles de La Haye-Visby [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Bruxelles le 25 août 1924, protocole de Bruxelles conclu le 23 février 1968 et du protocole supplémentaire de Bruxelles conclu le 21 décembre 1979*] incorporées à l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6))

#### Règle 3 de l'article III

3. Après avoir reçu et pris en charge les marchandises, le transporteur ou le capitaine ou agent du transporteur devra, sur demande du chargeur, délivrer au chargeur un connaissance portant, entre autres choses:

a) les marques principales nécessaires à l'identification des marchandises telles qu'elles sont fournies par écrit par le chargeur avant que le chargement de ces marchandises ne commence, pourvu que ces marques soient imprimées ou apposées clairement de toute autre façon sur les marchandises non emballées ou sur les caisses ou emballages dans lesquels les marchandises sont contenues, de telle sorte qu'elles devraient normalement rester visibles jusqu'à la fin du voyage;

b) ou le nombre de colis, ou de pièces, ou la quantité ou le poids, suivant les cas, tels qu'ils sont fournis par écrit par le chargeur;

c) l'état et le conditionnement apparents des marchandises. Cependant, aucun transporteur, capitaine ou agent du transporteur ne sera tenu de déclarer ou de mentionner, dans le connaissance, des marques, un nombre, une quantité ou un poids dont il a une raison sérieuse de soupçonner qu'ils ne représentent pas exactement les marchandises actuellement reçues par lui, ou qu'il n'a pas eu des moyens raisonnables de vérifier.

## Article III, Rule 4

4. Such a bill of lading shall be *prima facie* evidence of the receipt by the carrier of the goods as therein described in accordance with paragraphs 3(a), (b) and (c).

## Article IV, Rule 2

2. Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from

...

(b) fire, unless caused by the actual fault or privity of the carrier;

...

(g) any other cause arising without the actual fault and privity of the carrier, or without the fault or neglect of the agents or servants of the carrier, but the burden of proof shall be on the person claiming the benefit of this exception to show that neither the actual fault or privity of the carrier nor the fault or neglect of the agents or servants of the carrier contributed to the loss or damage.

## Article IV, Rule 3

3. The shipper shall not be responsible for loss or damage sustained by the carrier or the ship arising or resulting from any cause without the act, fault or neglect of the shipper, his agents or his servants.

## Article IV, Rule 6

6. Goods of an inflammable, explosive or dangerous nature to the shipment whereof the carrier, master or agent of the carrier has not consented, with knowledge of their nature and character, may at any time before discharge be landed at any place or destroyed or rendered innocuous by the carrier without compensation, and the shipper of such goods shall be liable for all damages and expenses directly or indirectly arising out of or resulting from such shipment.

If any such goods shipped with such knowledge and consent shall become a danger to the ship or cargo, they may in like manner be landed at any place or destroyed or rendered innocuous by the carrier without liability on the part of the carrier except to general average, if any.

## Règle 4 de l'article III

4. Un tel connaissance vaudra présomption, sauf preuve contraire, de la réception par le transporteur des marchandises telles qu'elles y sont décrites, conformément aux alinéas 3a), b) et c).

## Règle 2 de l'article IV

2. Ni le transporteur ni le navire ne seront responsables pour perte ou dommage résultant ou provenant:

[. . .]

b) d'un incendie, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur;

[. . .]

g) de toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute des agents ou préposés du transporteur, mais le fardeau de la preuve incombera à la personne réclamant le bénéfice de cette exception et il lui appartiendra de montrer que ni la faute personnelle ni le fait du transporteur n'ont contribué à la perte ou au dommage.

## Règle 3 de l'article IV

3. Le chargeur ne sera pas responsable des pertes ou dommages subis par le transporteur ou le navire et qui proviendraient ou résulteraient de toute cause quelconque sans qu'il y ait acte, faute ou négligence du chargeur, de ses agents ou préposés.

## Règle 6 de l'article IV

6. Les marchandises de nature inflammable, explosive ou dangereuse, à l'embarquement desquelles le transporteur, le capitaine ou l'agent du transporteur n'auraient pas consenti, en connaissant la nature ou leur caractère, pourront à tout moment, avant déchargement, être débarquées à tout endroit ou détruites ou rendues inoffensives par le transporteur, sans indemnité, et le chargeur de ces marchandises sera responsable de tout dommage et dépenses provenant ou résultant directement ou indirectement de leur embarquement.

Si quelqu'une de ces marchandises embarquées à la connaissance et avec le consentement du transporteur devenait un danger pour le navire ou la cargaison, elle pourrait de même façon être débarquée ou détruite ou rendue inoffensive par le transporteur, sans responsabilité de la part du transporteur, si ce n'est du chef d'avaries communes, s'il y a lieu.

*Dangerous Bulk Materials Regulations, SOR/87-24*

10. (1) Every master, owner or person in charge of a ship shall keep on board

(a) a copy of

(i) the IMO Code, or

(ii) the 1984 edition of the *Code of Safe Practice for Solid Bulk Cargoes*, TP 5761, published by the Department of Transport; and

(b) in an accessible place and available to all concerned, information giving the necessary data for the safe carriage of the dangerous materials being carried, which data shall include

(i) a cargo stowage plan indicating the location of all cargo on board, and

(ii) for every dangerous material carried,

(A) the technical name and hazard class of the material as set out in Schedule I,

(B) an outline of the action to be taken should the dangerous materials catch fire or become involved in a fire, including a list of the equipment carried on board the ship to be used by the people fighting the fire, and

(C) a list of the precautions to be taken to avoid accidental personal injury.

(2) Where the information necessary for the safe transportation of the dangerous materials is not available or where the Dangerous Materials Shipping Statement is not available, the master or owner of the ship or person in charge shall refuse to transport the dangerous materials.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, [ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 4 (as am. *idem*, s. 16), 22(1) (as am. *idem*, s. 31)].

## Section 4

4. The division of the Federal Court of Canada called the Federal Court—Trial Division is continued under the name “Federal Court” in English and “Cour fédérale” in French. It is continued as an additional court of law, equity and admiralty in and for Canada, for the better administration of the laws of Canada and as a superior court of record having civil and criminal jurisdiction.

*Règlement sur les matériaux dangereux en vrac, DORS/87-24*

10. (1) Le capitaine, le propriétaire ou la personne responsable du navire doit conserver à bord du navire:

a) un exemplaire de l'un des codes suivants:

(i) le Code OMI,

(ii) le *Code des règles pratiques pour la sécurité du transport des cargaisons solides en vrac*, TP 5761, publié par le ministère des Transports, édition 1984;

b) à un endroit facilement accessible et à la portée de tous les intéressés, les données nécessaires au transport en toute sécurité des matériaux dangereux à bord, y compris:

(i) un plan d'arrimage qui indique l'emplacement de la cargaison complète,

(ii) pour chacun des matériaux dangereux transportés:

(A) l'appellation technique du matériau et la classification qui lui a été attribuée par rapport au risque qu'elle représente, selon l'annexe I,

(B) les mesures à prendre ainsi que l'équipement se trouvant à bord et devant être utilisé si le matériau dangereux prend feu ou est menacé directement par un incendie,

(C) les précautions à prendre pour que personne ne soit blessé accidentellement.

(2) Le capitaine, le propriétaire ou la personne responsable du navire doit refuser de transporter des matériaux dangereux s'il ne dispose pas des données nécessaires pour assurer leur transport en toute sécurité ou ne peut obtenir la déclaration d'expédition de matériaux dangereux.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 4 (mod. *idem*, art. 16), 22(1) (mod. *idem*, art. 31)].

## Article 4

4. La section de la Cour fédérale du Canada, appelée la Section de première instance de la Cour fédérale, est maintenue et dénommée «Cour fédérale» en français et «Federal Court» en anglais. Elle est maintenue à titre de tribunal additionnel de droit, d'équité et d'amirauté du Canada, propre à améliorer l'application du droit canadien, et continue d'être une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale.

## Subsection 22(1)

**22.** (1) The Federal Court has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

*Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106 (now the Federal Courts Rules)*

## Rule 274

**274.** (1) Subject to subsection (2), at the trial of an action, unless the Court directs otherwise,

- (a) the plaintiff shall make an opening address and then adduce evidence;
- (b) when the plaintiff's evidence is concluded, the defendant shall make an opening address and then adduce evidence; and
- (c) when the defendant's evidence is concluded, the plaintiff may adduce reply evidence.

## Rule 275

**275.** The Court may give directions at trial concerning the method of proving a fact or of adducing evidence.

## Rule 279

**279.** Unless the Court orders otherwise, no evidence in chief of an expert witness is admissible at the trial of an action in respect of any issue unless

...

- (b) an affidavit, or a statement in writing signed by the expert witness and accompanied by a solicitor's certificate, that sets out in full the proposed evidence, has been served on all other parties at least 60 days before the commencement of the trial; and
- (c) the expert witness is available at the trial for cross-examination.

## Paragraphe 22(1)

**22.** (1) La Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas—opposant notamment des administrés—où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d'une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

*Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106 (maintenant Règles des Cours fédérales)*

## Règle 274

**274.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), à l'instruction d'une action, sauf directives contraires de la Cour:

- a) le demandeur fait un bref exposé préliminaire, puis présente sa preuve;
- b) une fois que le demandeur a présenté sa preuve, le défendeur fait un bref exposé préliminaire, puis présente sa preuve;
- c) après que le défendeur a présenté sa preuve, le demandeur peut présenter une contre-preuve.

## Règle 275

**275.** La Cour peut donner à l'instruction des directives sur la façon de prouver un fait ou de présenter un élément de preuve.

## Règle 279

**279.** Sauf ordonnance contraire de la Cour, le témoignage d'un témoin expert recueilli à l'interrogatoire principal n'est admissible en preuve, à l'instruction d'une action, à l'égard d'une question en litige que si les conditions suivantes sont réunies:

[. . .]

- b) un affidavit ou une déclaration signée par le témoin expert et certifiée par un avocat, qui reproduit entièrement le témoignage, a été signifié aux autres parties au moins 60 jours avant le début de l'instruction;
- c) le témoin expert est disponible à l'instruction pour être contre-interrogé.

## Rule 281

**281.** Except with leave of the Court, no expert evidence to rebut evidence in an affidavit or statement served under paragraph 279(b) is admissible unless an affidavit, or a statement in writing signed by the expert witness and accompanied by a solicitor's certificate, setting out the rebuttal evidence has been served on all other parties at least 30 days before the commencement of the trial.

## Burden of proof regarding condition of cargo at time of loading

[18] The appellants submitted that since the master of the vessel issued a clean bill of lading, there was a presumption that the alfalfa pellets had been received in good order and condition and that, consequently, the burden of explaining the loss fell on the respondents.

[19] The trial Judge rejected this submission. Based on the evidence, he found [at paragraph 21] that "[a]lthough the bill of lading is clean, it is clear that it was extremely difficult, if not impossible, for those on board the vessel to properly observe the condition of the alfalfa pellets as they were being loaded onto the vessel at Thunder Bay."

[20] In coming to this conclusion, the trial Judge had to consider a question of law, i.e., the presumption of good condition of cargo evidenced by the issuance of a clean bill of lading, and then apply the law to the facts in the case.

[21] The law regarding bills of lading acting as *prima facie* proof of the apparent order and condition of the cargo is found in Article III, Rule 4 of the Hague-Visby Rules, which provides that a bill of lading issued in accordance with Article III, Rule 3 is *prima facie* evidence of receipt by the carrier of the goods as described on the bill of lading.

[22] Accordingly, in maritime claims, the plaintiff discharges the initial burden of demonstrating that the goods were tendered for delivery in apparent good condition by adducing a clean bill of lading: *Francosteel Corp. v. Fednav Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 184 (F.C.T.D.).

## Règle 281

**281.** Sauf avec l'autorisation de la Cour, une contre-preuve visant à réfuter la preuve contenue dans l'affidavit ou la déclaration visé à l'alinéa 279b) n'est admissible que si un affidavit ou une déclaration signée par le témoin expert et certifiée par un avocat énonçant la contre-preuve a été signifié aux autres parties au moins 30 jours avant le début de l'instruction.

## Fardeau de la preuve concernant l'état de la cargaison au moment du chargement

[18] Les appelantes ont fait valoir que, comme le capitaine du navire a délivré un connaissement net, les granulés de luzerne sont présumés avoir été reçus en bon état et, en conséquence, il revient aux intimés d'expliquer la perte.

[19] Le juge de première instance a rejeté cette prétention. Se fondant sur la preuve, il a considéré [au paragraphe 21] que «[b]ien que le connaissement soit net, il est clair qu'il était extrêmement difficile, sinon impossible, pour les personnes à bord du navire d'observer convenablement la condition des granulés de luzerne pendant leur chargement à bord du navire à Thunder Bay».

[20] Pour tirer cette conclusion, le juge de première instance devait examiner une question de droit, à savoir la présomption de bon état de la cargaison établie par la délivrance d'un connaissement net, et appliquer ensuite le droit aux faits de l'affaire.

[21] Le droit relatif aux connaissements constituant une preuve *prima facie* de l'état apparent de la cargaison est prévu à la règle 4 de l'article III des Règles de La Haye-Visby. Selon cette disposition, un connaissement délivré conformément à la règle 3 de l'article III constitue une preuve *prima facie* de la réception par le transporteur des marchandises telles qu'elles y sont décrites.

[22] Ainsi, en matière maritime, le demandeur doit d'abord démontrer que les marchandises ont été remises au transporteur en bon état apparent afin d'être livrées en produisant un connaissement net: *Francosteel Corp. c. Fednav Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 184 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[23] Although a clean bill of lading is generally accepted as establishing *prima facie* proof of the apparently good condition of the cargo, it is a rebuttable presumption: *Wirth Ltd. v. Belcan, N.V.* (1996), 112 F.T.R. 81 (F.C.T.D.), at paragraph 65.

[24] Article III, Rule 3(c) requires the carrier to issue a bill of lading that shows only the apparent order and condition of the goods. In other words, the carrier is attesting that, upon a reasonable and practical examination of the cargo, no damage was visible: *Wirth Ltd.*

[25] Therefore, a clean bill of lading serves simply as rebuttable proof of the presence or absence of visible damage at the time of loading: *American Risk Management Inc. v. APL Co. Pte. Ltd.* (2002), 224 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at paragraph 17.

[26] In order to determine the apparent condition of the cargo, the carrier is expected to perform only such examination as is reasonable and practical under the circumstances. Therefore, when the apparent condition of the goods cannot be ascertained, such as when goods are shipped in packages that prevent any observation of the pre-shipment condition of the goods, a clean bill of lading will be insufficient to establish a *prima facie* case: *Francosteel Corp.*

[27] Furthermore, where the apparent condition of the cargo cannot be discerned because the damage is caused by a hidden condition, such as moisture, a clean bill of lading will not be enough to support the shipper's claim of the cargo's good condition: *Produits Alimentaires Grandma Ltée v. Zim Israel Navigation Co.* (1988), 86 N.R. 39 (F.C.A.), at paragraph 3.

[28] In the present case, both the Captain and the First Mate of the vessel testified that the cargo threw off a thick cloud of dust as it was being loaded into the vessel's No. 4 hold. They testified that although they could see the alfalfa pellets entering the hold, a thick cloud of dust obscured their vision.

[29] The trial Judge acknowledged that a clean bill of lading creates a rebuttable presumption that the carrier

[23] Un *connaissance net* constitue généralement une preuve *prima facie* du bon état apparent de la cargaison, mais il s'agit d'une présomption réfutable: *Wirth Ltd. c. Belcan, N.V.* (1996), 112 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 65.

[24] L'alinéa 3c) de l'article III exige que le transporteur délivre un *connaissance* qui atteste seulement l'état et le conditionnement apparents des marchandises. En d'autres termes, le transporteur atteste qu'aucun dommage n'était visible après un examen raisonnable et pratique de la cargaison: *Wirth Ltd.*

[25] Ainsi, un *connaissance net* sert tout simplement de preuve réfutable de la présence ou de l'absence de dommages visibles au moment du chargement: *American Risk Management Inc. c. APL Co. Pte. Ltd.* (2002), 224 F.T.R. 249 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 17.

[26] Pour déterminer l'état apparent de la cargaison, le transporteur doit effectuer seulement un examen raisonnable et pratique dans les circonstances. Par conséquent, lorsque l'état apparent des marchandises ne peut être vérifié, par exemple parce que l'emballage empêche toute observation à cet égard avant l'expédition, un *connaissance net* ne sera pas une preuve *prima facie* suffisante: *Francosteel Corp.*

[27] En outre, lorsque l'état apparent de la cargaison ne peut être discerné parce que le dommage est causé par une source non apparente, l'humidité par exemple, un *connaissance net* ne sera pas suffisant pour étayer la prétention du chargeur selon laquelle la cargaison était en bon état: *Produits Alimentaires Grandma Ltée c. Zim Israel Navigation Co.* (1988), 86 N.R. 39 (C.A.F.), au paragraphe 3.

[28] En l'espèce, le capitaine et le premier lieutenant du navire ont tous deux indiqué dans leur témoignage que la cargaison a laissé échapper un épais nuage de poussière au moment de son chargement dans la cale n° 4 du navire et que, même s'ils pouvaient voir les granulés de luzerne entrer dans la cale, un épais nuage de poussière nuisait à leur vision.

[29] Le juge de première instance a reconnu qu'un *connaissance net* crée une présomption réfutable que le



received the cargo in good order. However, after considering all the evidence, including the fact that the cargo was being loaded at a high speed, the trial Judge held that, under the circumstances, the clean bill of lading did not constitute *prima facie* evidence that the cargo was loaded in good order and condition.

[30] I can find no error in principle in the trial Judge's interpretation and application of the law nor can I find any palpable and overriding error in his findings of fact on this issue. Accordingly, I cannot disturb his decision on this matter.

#### Cause of the loss

[31] The trial Judge then turned to the cause of loss, stating [at paragraph 23] that in his view, "the evidence leads to one conclusion only, i.e. that spontaneous combustion of the alfalfa cargo is the true cause of the loss."

[32] In his examination of the facts surrounding the origin of the fire, the trial Judge considered the appellants' theory that a cigarette may have caused the loss. However, he discarded this theory in the face of the respondents' expert evidence that found, on the basis of laboratory experiments, that it was extremely unlikely that a discarded cigarette could have ignited the fire.

[33] The trial Judge preferred the respondents' expert evidence that pointed to spontaneous combustion as the probable cause of the fire, to that of the appellants' expert evidence, which rejected this possibility.

[34] After considering the expert evidence of both parties, the trial Judge came to the conclusion [at paragraph 41] that "the evidence is overwhelmingly in support of the view that the probable cause of the fire is the spontaneous combustion of the alfalfa pellets."

[35] I can discern no palpable and overriding error in the trial Judge's finding of fact that the cause of the loss was the spontaneous combustion of the alfalfa pellets.

transporteur a reçu la cargaison en bon état. Il a cependant statué, après avoir considéré toute la preuve, notamment le rythme rapide de chargement de la cargaison, que, dans les circonstances, le connaissance net ne constituait pas une preuve *prima facie* que la cargaison était en bon état et conditionnement lors de son chargement.

[30] Je ne peux déceler aucune erreur de principe dans la façon dont le juge de première instance a interprété et appliqué le droit. Je ne peux non plus trouver aucune erreur manifeste et dominante dans ses conclusions de fait relatives à cette question. Par conséquent, je ne modifierai pas sa décision sur ce point.

#### Cause de la perte

[31] Le juge de première instance s'est ensuite penché sur la cause de la perte, indiquant [au paragraphe 23] qu'à son avis «la preuve nous amène à une seule conclusion: la combustion spontanée de la cargaison de luzerne est la véritable cause de la perte».

[32] Dans son examen des faits entourant l'origine de l'incendie, le juge de première instance a considéré la thèse des appelantes selon laquelle une cigarette avait pu causer la perte. Il a cependant écarté cette thèse après avoir pris connaissance de la preuve d'expert des intimés qui a conclu, sur la foi d'expériences faites en laboratoire, qu'il était très peu probable qu'une cigarette jetée ait pu être à l'origine de l'incendie.

[33] Le juge de première instance a préféré la preuve d'expert des intimés, qui indiquait que la combustion spontanée était la cause probable de l'incendie, à celle des appelantes, qui a rejeté cette possibilité.

[34] Après avoir examiné avec soin la preuve d'expert des deux parties, le juge de première instance a conclu [au paragraphe 41] qu'«il existe une preuve écrasante au soutien de l'opinion selon laquelle la cause probable de l'incendie est la combustion spontanée des granulés de luzerne».

[35] Je ne peux déceler aucune erreur manifeste et dominante dans la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle la perte a été causée par la combustion spontanée des granulés de luzerne.

## Dangerous nature of the goods

[36] The trial Judge next considered the question of whether the cargo of alfalfa pellets was a dangerous cargo. He came to the conclusion [at paragraph 47] that “[t]he cargo was indeed dangerous. If not properly stored, it could ignite and hence cause the loss of the ship and of other cargos.”

[37] Determining whether a cargo is dangerous is a mixed question of law and fact that requires finding the legal definition of “dangerous” and then applying it to the facts.

[38] In arriving at the definition of “dangerous”, the trial Judge relied on the decision of the House of Lords in *Effort Shipping Co. Ltd. v. Linden Management S.A.*, [1998] A.C. 605 (H.L.) (*The Giannis NK*), in which it was held that the word “dangerous” as used in Article IV, Rule 6 of the Hague-Visby Rules was to be given a broad meaning and not to be restricted only to goods of an inflammable or explosive nature, or their like.

[39] Upon applying this definition to the appellants’ cargo, the trial Judge found that alfalfa pellets were a dangerous cargo. Based on this finding, the trial Judge concluded that the appellants were responsible for the loss which they suffered as a result of the fire because they had shipped goods of a dangerous nature without making the carrier aware of the goods’ nature and character, contrary to Article IV, Rule 6 of the Hague-Visby Rules.

[40] The trial Judge concluded [at paragraph 49] that the evidence was clear that “the plaintiffs failed to provide any instructions and/or information to the defendants with respect to their cargo and, more particularly, failed to inform the defendants of the inflammable nature of the alfalfa pellets. In these circumstances, I cannot but conclude that the plaintiffs are liable under Article IV, Rule 6.”

[41] Regarding the possibility that the cargo owner’s liability under Article IV, Rule 6 was qualified by the

## Nature dangereuse des marchandises

[36] Le juge de première instance a ensuite examiné la question de savoir si la cargaison de granulés de luzerne était dangereuse. Il est arrivé à la conclusion [au paragraphe 47] qu’«[i]l s’agissait en effet d’une cargaison dangereuse. Mal entreposée, elle pouvait s’enflammer et ainsi causer la perte du navire et d’autres cargaisons».

[37] Il faut, pour déterminer si une cargaison est dangereuse, trouver la définition juridique de l’adjectif «dangereuse» et l’appliquer ensuite aux faits car il s’agit d’une question mixte de droit et de fait.

[38] Le juge de première instance a utilisé la définition de «dangereuse» établie dans *Effort Shipping Co. Ltd. v. Linden Management S.A.*, [1998] A.C. 605 (C.L.) (*The Giannis NK*), où la Chambre des lords a statué que l’on devait donner au mot «dangereuse» employé à la règle 6 de l’article IV des Règles de La Haye-Visby un sens large et non limité à des marchandises de nature inflammable ou explosive ou à des marchandises semblables.

[39] En appliquant cette définition à la cargaison des appelantes, le juge de première instance a décidé que les granulés de luzerne constituaient une cargaison dangereuse. En se fondant sur cette constatation, il a conclu que les appelantes étaient responsables de la perte qu’elles avaient subie par suite de l’incendie parce qu’elles avaient expédié des marchandises dangereuses sans informer le transporteur de leur nature ou de leur caractère, contrairement à la règle 6 de l’article IV des Règles de La Haye-Visby.

[40] Le juge de première instance a conclu [au paragraphe 49] que la preuve démontrait clairement que «les demandereses n’ont pas donné de directives ni de renseignements aux défendeurs en ce qui concerne leur cargaison et, en particulier, n’ont pas informé les défendeurs de la nature inflammable des granulés de luzerne. Dans les circonstances, je ne peux que conclure à la responsabilité des demandereses en vertu de la règle 6 de l’article IV».

[41] Pour ce qui est de la possibilité que la responsabilité imputée au propriétaire d’une cargaison

provisions of Article IV, Rule 3, the trial Judge relied on the House of Lords decision in *The Giannis NK*.

[42] In *The Giannis NK*, the House of Lords held that Article IV, Rule 6 imposes upon the cargo owner a strict liability. A cargo owner who ships dangerous cargo without warning the carrier will be held liable for any damage done to the carrier or the carrier's property, regardless of whether or not the cargo owner was at fault. The House of Lords held that Article IV, Rule 6 is a freestanding provision covering the specific matter of dangerous goods and not subject to the other rules.

[43] This view of Article IV, Rule 6 has also been adopted by the United States Court of Appeals for the Second Circuit in *Senator Linie GMBH & Co. KG v. Sunway Line, Inc.*, 291 F.3d 145 (2nd Cir. 2002).

[44] The trial Judge held [at paragraph 53] that the appellants were "in breach of Article IV, Rule 6 of the Hague-Visby Rules for having shipped a dangerous cargo, the nature and character of which was unknown to the defendants. Consequently, the plaintiffs are liable for all damages and expenses caused to the vessel and her owners."

[45] The appellants argue that the respondents would have consented to the transport of the cargo even if they had been aware of its true nature, because, once they did become aware of the dangerous nature of the alfalfa pellets, that is, after the fire, they nevertheless consented to transport the cargo to Prescott for off-loading.

[46] However, this argument does not take into consideration the fact that once the respondents became aware of the dangerous nature of the cargo, they took the precautions necessary to prevent another fire. Therefore, rather than being evidence that the respondents would have accepted the cargo even if they had known of its dangerous nature, this is instead evidence that the carrier

par la règle 6 de l'article IV soit diminuée par les dispositions de la règle 3 de l'article IV, le juge de première instance s'est de nouveau référé à l'arrêt *The Giannis NK* de la Chambre des lords.

[42] Dans *The Giannis NK*, la Chambre des lords a statué que la règle 6 de l'article IV impose au propriétaire d'une cargaison une responsabilité stricte. Le propriétaire d'une cargaison qui expédie une cargaison dangereuse sans avertir le transporteur sera tenu responsable de tout dommage causé à ce dernier ou à ses biens, que le propriétaire de la cargaison soit fautif ou non. La Chambre des lords a statué que la règle 6 de l'article IV est une disposition autonome qui vise spécifiquement les marchandises dangereuses et qui n'est assujettie à aucune autre règle.

[43] Cette opinion concernant la règle 6 de l'article IV a aussi été adoptée par la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit dans *Senator Linie GMBH & Co. KG v. Sunway Line, Inc.*, 291 F.3d 145 (2nd Cir. 2002).

[44] Le juge de première instance a statué [au paragraphe 53] que les appelantes «ont contrevenu à la règle 6 de l'article IV des Règles de La Haye-Visby pour avoir expédié une cargaison dangereuse dont la nature et le caractère étaient inconnus des défendeurs. En conséquence, les demandresses sont responsables de tous dommages et de toutes dépenses occasionnés au navire et à ses propriétaires.»

[45] Les appelantes prétendent que les intimés auraient consenti au transport de la cargaison même s'ils avaient été au courant de la véritable nature des marchandises parce que, même après avoir appris que les granulés de luzerne présentaient un danger, c'est-à-dire après l'incendie, ils ont accepté de transporter la cargaison à Prescott, où elle allait être débarquée du navire.

[46] Cette prétention ne tient cependant pas compte du fait qu'après avoir été informés de la nature dangereuse de la cargaison, les intimés ont pris les précautions nécessaires pour éviter un autre incendie. Ce fait prouve non pas que les intimés auraient accepté la cargaison même s'ils avaient su qu'elle était dangereuse, mais plutôt que le transporteur aurait pris les précautions

would have taken adequate precautions if only they had been warned by the appellants of the dangerous nature of the cargo at the time of loading.

[47] The appellants also argue that the respondents ought to have been aware of the dangerous nature of the cargo. They claim that if the respondents had consulted the International Maritime Organization's *Practice for Solid Bulk Cargoes* (BC Code) [hereinafter] IMO Code for the year 1987, they would have found that alfalfa pellets were classified as dangerous goods.

[48] The respondents argue that at the time of the shipment, subsection 10(1) of the *Dangerous Bulk Materials Regulations* required masters to have on board either the IMO Code or the 1984 edition of the *Canadian Code of Safe Practice for Solid Bulk Cargoes*, TP 5761 E published by the Department of Transport. It was this latter publication that was on board the respondents' vessel when it took on the load of alfalfa pellets in 1989.

[49] While the IMO Code classified alfalfa pellets as dangerous material, the 1984 edition of the *Canadian Code of Safe Practice for Solid Bulk Cargoes* did not. The master of the vessel was under no obligation to have a copy of both the IMO Code and the *Canadian Code of Safe Practice for Solid Bulk Cargoes* on board. Consequently, relying only on the *Canadian Code of Safe Practice for Solid Bulk Cargoes*, the master of the vessel had no way of knowing of the dangerous nature of alfalfa pellets.

[50] Therefore, the appellants' claim that they had no duty to warn the respondents because the respondents ought to have known of the dangerous character of the alfalfa pellets is without merit.

[51] I can find no error in principle in the trial Judge's interpretation and application of the law nor any palpable

appropriées si seulement les appelantes les avaient informés de la nature dangereuse de la cargaison au moment du chargement.

[47] Les appelantes prétendent également que les intimés auraient dû savoir que la cargaison était dangereuse. Ils font valoir que les intimés auraient appris que les granulés de luzerne étaient considérés comme des marchandises dangereuses s'ils avaient consulté le *Recueil de règles pratiques pour la sécurité du transport des cargaisons solides en vrac* (Recueil BC) de l'Organisation maritime internationale [ci-après] Code OMI pour l'année 1987.

[48] Les intimés soutiennent de leur côté qu'à l'époque du transport de la cargaison, le paragraphe 10(1) du *Règlement sur les matériaux dangereux en vrac*, exigeait des capitaines qu'ils aient à bord de leur navire soit le Code OMI soit l'édition de 1984 du *Code canadien des règles pratiques pour la sécurité du transport des cargaisons solides en vrac*, TP 5761 F, publié par le ministère des Transports. C'est ce dernier document qui se trouvait à bord du navire des intimés lorsque les granulés de luzerne y ont été chargés en 1989.

[49] Contrairement au Code OMI, l'édition de 1984 du *Code canadien des règles pratiques pour la sécurité du transport des cargaisons solides en vrac* ne plaçait pas les granulés de luzerne dans la catégorie des marchandises dangereuses. Le capitaine du navire n'était pas tenu d'avoir à bord à la fois un exemplaire du Code OMI et un exemplaire du *Code canadien des règles pratiques pour la sécurité du transport des cargaisons solides en vrac*. En conséquence, comme il s'est fondé uniquement sur ce dernier code, le capitaine du navire n'avait aucun moyen de savoir que les granulés de luzerne étaient des marchandises dangereuses.

[50] Par conséquent, la prétention des appelantes selon laquelle elles n'avaient pas l'obligation d'avertir les intimés parce que ceux-ci auraient dû connaître le caractère dangereux des granulés de luzerne est sans fondement.

[51] Je ne peux déceler aucune erreur de principe dans la façon dont le juge de première instance a interprété et

and overriding error in his findings of fact. Therefore, I cannot disturb his decision on this issue. Furthermore, adopting a construction of Article IV, Rule 6 that is congruent with that given to it by the United States Court of Appeals and the House of Lords promotes the important goal of maintaining international uniformity in maritime law.

#### Order of evidence at trial

[52] Marine claims fall under the jurisdiction of the Federal Court by virtue of section 4 and subsection 22(1) of the *Federal Courts Act*. Like all proceedings before the Federal Court, marine claims are subject to the rules of procedure set out in the *Federal Courts Rules*.

[53] Subsection 274(1) sets out the order in which the evidence of the parties is to be presented. First the plaintiff presents its case in its entirety, followed by the defendant. When the defendant's evidence is concluded, the plaintiff may, in appropriate circumstances, adduce reply evidence.

[54] Rule 275 provides that the Court may give directions at trial concerning the method of proving a fact or of adducing evidence.

[55] When a party intends to call an expert witness, rule 279 requires that the expert's evidence must first have been reduced to a written statement and served on all other parties at least 60 days before the trial.

[56] Rule 281 requires that rebuttal expert evidence must also be reduced to a written statement and served on all parties at least 30 days before trial.

[57] Consequently, no expert testimony is admissible, be it in chief or in rebuttal, unless it has been reduced to writing and served on all parties in accordance with rule 279 or 281, except with leave of the Court.

[58] At trial, when counsel for the appellants indicated to the trial Judge that he intended to rest his case without

appliqué le droit ni d'erreur manifeste et dominante dans ses conclusions de fait. Par conséquent, je ne modifierai pas sa décision sur cette question. En outre, en conformant son interprétation de la règle 6 de l'article IV à celles de la Cour d'appel des États-Unis et de la Chambre des lords, la Cour assure la promotion de l'important objectif que constitue l'application uniforme du droit maritime partout dans le monde.

#### Ordre de présentation de la preuve au procès

[52] Les demandes en matière maritime relèvent de la compétence de la Cour fédérale en vertu de l'article 4 et du paragraphe 22(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Comme toutes les procédures devant la Cour fédérale, ces demandes sont assujetties aux règles de procédure prévues par les *Règles des Cours fédérales*.

[53] Le paragraphe 274(1) des Règles décrit l'ordre de présentation de la preuve des parties. Le demandeur expose d'abord l'ensemble de sa thèse, suivi du défendeur. Lorsque ce dernier a présenté sa preuve, le demandeur peut, dans les circonstances appropriées, présenter une contre-preuve.

[54] La règle 275 prévoit que la Cour peut donner à l'instruction des directives sur la façon de prouver un fait ou de présenter un élément de preuve.

[55] Si une partie entend appeler un expert à témoigner, la règle 279 exige que la preuve de l'expert soit exposée dans une déclaration écrite et signifiée à toutes les autres parties au moins 60 jours avant le début de l'instruction.

[56] La règle 281 exige que la contre-preuve d'un expert soit aussi exposée dans une déclaration écrite et signifiée à toutes les parties au moins 30 jours avant le début de l'instruction.

[57] Ainsi, le témoignage d'un expert—preuve ou contre-preuve—n'est admissible que s'il a été consigné par écrit et signifié à toutes les parties en conformité avec les règles 279 ou 281, sauf avec l'autorisation de la Cour.

[58] Au procès, lorsque l'avocat des appelantes lui a dit qu'il avait l'intention de terminer sa démonstration

calling his expert, the trial Judge indicated that he was of the opinion that counsel was required to present his case in its entirety, which included calling his expert, before resting. The trial Judge stated that it was likely that the respondents' counsel would object if counsel for the appellants attempted to call his expert in reply. Counsel for the respondents indicated that he would indeed object, especially since counsel for the appellants had not filed a rebuttal report, as required by the *Federal Court Rules, 1998* [now *Federal Courts Rules*].

[59] Counsel for the appellants agreed to call his expert to testify in chief, but indicated that he reserved the right to call upon him later in reply.

[60] Subsequently, counsel for the appellants did attempt to call his expert to testify in reply to the respondents' experts. The respondents objected, citing rule 281 of the *Federal Court Rules, 1998* in support of their contention that the appellants did not have the right to call their expert in reply because the appellants had not served a "rebuttal report" 30 days before trial as they were obliged to do.

[61] The trial Judge upheld the respondents' objection, stating that rule 281 clearly provided that no expert evidence to rebut evidence would be admissible unless an affidavit, or a statement in writing setting out the rebuttal evidence, had been served on the other party at least 30 days before the trial or with leave of the Court. Since the appellants had served no such statement, the trial Judge ruled that expert testimony at this point in the proceeding was inadmissible.

[62] The trial Judge noted that the appellants' expert had had over three months to read the reports of the respondents' experts. There was ample time to prepare and file a rebuttal report that responded to any of the points raised by the respondents' experts.

sans faire témoigner son expert, le juge de première instance a indiqué qu'il était d'avis que l'avocat devait exposer sa thèse en entier, ce qui incluait faire témoigner son expert. Il a ajouté que l'avocat des intimés formulerait probablement une objection si l'avocat des appelantes essayait de faire témoigner son expert en réplique. L'avocat des intimés a indiqué qu'il élèverait certainement une objection, étant donné en particulier que l'avocat des appelantes n'avait pas déposé un rapport en contre-preuve, comme l'exigeaient les *Règles de la Cour fédérale (1998)* [maintenant *Règles des Cours fédérales*].

[59] L'avocat des appelantes a accepté de faire témoigner son expert à l'interrogatoire principal, tout en indiquant qu'il se réservait le droit de le rappeler en réplique.

[60] Par la suite, l'avocat des appelantes a bien tenté de faire témoigner son expert en réplique aux experts des intimés, ce à quoi ces derniers se sont opposés au motif que, suivant la règle 281 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, les appelantes n'avaient pas le droit d'appeler leur expert en réplique parce qu'elles n'avaient pas signifié un «rapport en contre-preuve» au moins 30 jours avant le début de l'instruction comme elles étaient tenues de le faire.

[61] Le juge de première instance a maintenu l'objection des intimés, indiquant que la règle 281 prévoyait clairement qu'une contre-preuve d'expert n'était admissible que si un affidavit ou une déclaration écrite énonçant cette contre-preuve avait été signifié à l'autre partie au moins 30 jours avant le début de l'instruction ou avec l'autorisation de la Cour. Comme les appelantes n'avaient pas signifié une telle déclaration, le juge de première instance a conclu que le témoignage d'expert était inadmissible à cette étape de l'instance.

[62] Le juge de première instance a souligné que l'expert des appelantes avait bénéficié de plus de trois mois pour lire les rapports des experts des intimés et qu'il avait eu largement le temps de préparer et de déposer un rapport en contre-preuve pour répondre à l'un ou l'autre des points soulevés par les experts des intimés.

[63] Professor William Tetley, in “The Burden and Order of Proof in Marine Cargo Claims”, online: <http://upload.mcgill.ca/maritimelaw/burden.pdf>, at page 42, notes that neither party may delay adducing evidence on the grounds that it need only be proven at a later stage of the proceedings:

[I]n actually presenting their evidence in a common law court, however, the plaintiff and the defendant must abide by the rules of procedure governing pleading which apply in the court in which the trial is conducted. These court rules determine the order of proof *in the litigation process* (i.e. the manner and sequence in which each party to the lawsuit must adduce evidence in presenting their case). Common law court rules ordinarily require each party to a suit to set forth the *whole* of their case *at once*. First, the plaintiff adduces *all* of its evidence in support of his claim, after which the defendant adduces *all* of its evidence in support of their defence. Then the plaintiff may advance counterproof to contradict the carrier’s defence. Neither party may therefore validly delay adducing certain evidence at trial, on the ground that according to the order of proof contemplated by the Hague or Hague/Visby Rules, such and such a fact or allegation is for the other party to prove or need only be proven at a later stage of the proceedings.

[64] The trial Judge considered and rejected the arguments of counsel for the appellants that their claim and the respondents’ counterclaim should be treated as two separate proceedings within the same hearing. After weighing submissions from both parties, the trial Judge also decided against granting leave to the appellants to submit their expert report in rebuttal.

[65] It was within the trial Judge’s discretion to determine the order of evidence and to refuse to grant leave for the submission of rebuttal expert evidence at trial. Furthermore, it was in the interests of judicial economy to hear both the claim and the counterclaim at the same time, since there was a common body of evidence. It was always open to the appellants to apply for severance if they felt it was necessary to their case.

[63] Dans un article intitulé «The Burden and Order of Proof in Marine Cargo Claims» en ligne à: <http://upload.mcgill.ca/maritimelaw/burden.pdf>, le professeur William Tetley a écrit, à la page 42, qu’aucune partie ne peut retarder la présentation d’éléments de preuve parce qu’ils n’ont besoin d’être prouvés que plus tard au cours de l’instance:

[TRADUCTION] Lorsqu’ils présentent leur preuve devant une cour de common law, cependant, le demandeur et le défendeur doivent se conformer aux règles de procédure qui s’appliquent à la cour concernée. Ces règles fixent l’ordre de présentation de la preuve *dans le cadre de l’instance* (c’est-à-dire l’ordre dans lequel chaque partie à une poursuite doit présenter sa preuve et la manière dont elle doit le faire). Les règles des cours de common law exigent habituellement que chaque partie à une poursuite expose *l’ensemble* de sa thèse en *une seule fois*. En premier lieu, le demandeur présente *toute* sa preuve au soutien de sa demande, après quoi le défendeur présente *toute* sa preuve au soutien de sa défense. Le demandeur peut ensuite produire une contre-preuve qui contredit la défense du transporteur. Aucune partie ne peut ainsi valablement retarder la présentation de certains éléments de preuve au procès parce que, selon l’ordre de présentation de la preuve prévu par les Règles de La Haye ou les Règles de La Haye-Visby, tel fait ou telle allégation doit être prouvé par l’autre partie ou n’a besoin d’être prouvé que plus tard au cours de l’instance.

[64] Le juge de première instance a examiné et rejeté les arguments des avocats des appelantes selon lesquels leur demande et la demande reconventionnelle des intimés devraient être traitées comme deux instances distinctes dans le cadre de la même audience. Après avoir soupesé les observations des deux parties, il a également décidé de ne pas accorder aux appelantes l’autorisation de présenter le rapport de leur expert en contre-preuve.

[65] Le juge de première instance avait le pouvoir discrétionnaire de décider de l’ordre de présentation de la preuve et de refuser d’accorder l’autorisation de présenter la contre-preuve d’un expert au procès. En outre, c’est pour des raisons d’économie judiciaire que la demande et la demande reconventionnelle ont été entendues ensemble, la preuve étant commune aux deux. Il était toujours loisible aux appelantes de demander que les deux demandes soient entendues séparément si elles le jugeaient nécessaire.

[66] Based on the record, the trial Judge judicially exercised his discretion. Therefore, there are no grounds on which to disturb his decision.

Conclusion

[67] The appellants have not succeeded in establishing any grounds on which to reverse the judgment of the trial Judge and accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

[66] Selon le dossier, le juge de première instance a exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, rien ne justifie une modification de sa décision.

Conclusion

[67] Les appelantes n'ont pas réussi à démontrer des motifs permettant d'infirmer le jugement du juge de première instance. Je rejeterais donc l'appel avec dépens.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je suis d'accord.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je suis d'accord.



DES-3-03  
2005 FC 248

DES-3-03  
2005 CF 248

**IN RE** a certificate pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, signed by the Minister of Immigration and the Solicitor General of Canada (the Ministers), S.C. 2001, c. 27 (the I.R.P.A.);

**IN RE** the filing of this certificate in the Federal Court of Canada pursuant to subsection 77(1) and sections 78 and 80 of the I.R.P.A.;

**IN RE** the warrant for the arrest and detention, and review of the reasons justifying continued detention, pursuant to subsections 82(1) and 83(1) and (3) of the I.R.P.A.;

**IN RE** the fourth review of the detention of Adil Charkaoui (Mr. Charkaoui) pursuant to subsections 83(2) and (3) of the I.R.P.A.

*INDEXED AS: CHARKAOUI (RE) (F.C.)*

Federal Court, Noël J.—Montréal, January 10, 11 and February 7; Ottawa, February 17, 2005.

*Citizenship and Immigration — Detention Review — Fourth review since detention under Ministers' certificate (IRPA, s. 77(1)) — Reasonableness of certificate not yet determined — Detainee allegedly member of organization linked to Al-Qaida — Testified for first time at fourth detention review — Gave reasons for going to Morocco, Turkey — Denied going to Afghanistan — Called polygraphist as witness but evidence rejected by Court — Standard of proof at detention review — Why designated judge at detention review in better position than Ministers when initial decisions made — Function of designated judge under s. 83(3) — Meaning of phrases "danger to national security", "danger . . . to the safety of any person" — Main question: does danger still exist? — Danger, once imminent, might later be neutralized — Release can be granted subject to conditions but not if detainee still a danger — Matters taken into account at fourth review — If danger imminent when detained, neutralized by now — Release ordered subject to numerous conditions, Court reserving right to cancel release should circumstances make this necessary — Conditions to be reviewed every three months.*

**DANS L'AFFAIRE CONCERNANT** un certificat en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, signé par le Ministre de l'immigration et le Solliciteur général du Canada (les Ministres), L.C. 2001, ch. 27 (la L.I.P.R.);

**DANS L'AFFAIRE CONCERNANT** le dépôt de ce certificat à la Cour fédérale du Canada en vertu du paragraphe 77(1) et des articles 78 et 80 de la L.I.P.R.;

**DANS L'AFFAIRE CONCERNANT** le mandat pour l'arrestation et la mise en détention ainsi que le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention en vertu des paragraphes 82(1), 83(1) et 83(3) de la L.I.P.R.;

**ET DANS L'AFFAIRE** concernant la quatrième revue de la détention de M. Adil Charkaoui (M. Charkaoui) en vertu des paragraphes 83(2) et 83(3) de la L.I.P.R.;

*RÉPERTORIÉ: CHARKAOUI (RE) (C.F.)*

Cour fédérale, juge Noël—Montréal, 10 et 11 janvier et 7 février; Ottawa, 17 février 2005.

*Citoyenneté et Immigration — Examen des motifs de la détention — Quatrième examen depuis la détention au titre du certificat des ministres (LIPR, art. 77(1)) — Il n'a pas encore été statué sur le caractère raisonnable ou non du certificat — La personne détenue était prétendument membre d'une organisation liée à Al-Qaida — Elle a témoigné pour la première fois au quatrième examen des motifs de sa détention — Elle a donné des raisons pour expliquer son voyage au Maroc et en Turquie — Elle a nié être allée en Afghanistan — Elle a appelé un polygraphiste comme témoin, mais le témoignage de celui-ci a été rejeté par la Cour — Norme de preuve devant être appliquée dans l'examen des motifs d'une détention — Raison pour laquelle le juge désigné qui est saisi d'un examen des motifs d'une détention est en meilleure position que les ministres lorsque les décisions initiales ont été prises — Fonction du juge désigné, selon l'art. 83(3) — Signification de l'expression «danger pour la sécurité nationale» et de l'expression «danger pour [. . .] la sécurité d'autrui» — Principale question: un danger existe-t-il encore? — Un danger autrefois imminent peut plus tard être neutralisé — La libération peut être accordée sous réserve de conditions, mais non si la personne détenue constitue encore un danger —*

*Questions prises en compte au quatrième examen — Si le danger était imminent lorsque la personne a été détenue, il est maintenant neutralisé — Ordonnance de libération de la personne détenue, sous réserve de nombreuses conditions, la Cour se réservant le droit d'annuler la libération si les circonstances devaient l'exiger — Les conditions seront réévaluées tous les trois mois.*

This was the fourth review of Adil Charkaoui's detention pursuant to a certificate signed by the Minister of Immigration and Solicitor General pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, subsection 77(1). Although he was detained in May 2003 and IRPA, paragraph 78(c) requires that certificate matters are to be handled expeditiously, a hearing as to the certificate's reasonableness has not yet taken place due to constitutional and other motions as well as to certain agreements between the parties.

It was alleged that Mr. Charkaoui was a member of an organization linked to Al-Qaida, which was responsible for attacks in Casablanca and Madrid, that he was indoctrinated in Montréal by a Libyan imam and gave money and a laptop computer to the terrorist organization.

At this fourth hearing, Mr. Charkaoui testified for the first time. He had gone to Morocco in 1996 to see his fiancée and again in 1998 to get married. In 1999, he travelled to Turkey for a martial arts competition. In 1999, he returned to Morocco to visit his wife, who was waiting to receive her Canadian permanent resident status. It was on a 2000-2001 return to Morocco with his wife that he first encountered problems with security authorities, in Canada, Morocco and, on his return, in New York, where he was detained overnight by the FBI. He denied ever going to Afghanistan. He also denied that there is a Libyan imam in Montréal.

Mr. Charkaoui called as a witness a polygraphist who had administered a polygraph test. Upon review of the computerized polygraph tracing, it appeared that Mr. Charkaoui was telling the truth in saying that he was not, and never had been, a terrorist network member. Several reasons were advanced for the Ministers as to why the testimony of the polygraphist, should not be accepted.

At detention reviews every six months after the first review the designated judge must analyse the old and new evidence, applying the same "reasonable grounds" standard applicable to reviewing the decision by the Ministers to issue an arrest warrant. However this is similar to the balance of probabilities.

Il s'agissait du quatrième examen des motifs de la détention d'Adil Charkaoui, fondée sur un certificat signé par le ministre de l'Immigration et par le solliciteur général en application du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Il avait été mis en détention en mai 2003, et l'alinéa 78c) de la LIPR requiert que la procédure relative au certificat soit conduite d'une manière expéditive, mais l'audience concernant le caractère raisonnable ou non du certificat n'a toujours pas eu lieu, en raison de requêtes de nature constitutionnelle ou autre ainsi qu'en raison de certaines ententes conclues entre les parties.

On a fait valoir que M. Charkaoui était membre d'une organisation liée à Al-Qaida, laquelle aurait signé les attentats survenus à Casablanca et à Madrid, qu'il avait été endoctriné à Montréal par un imam libyen et qu'il avait donné de l'argent et un ordinateur portable à l'organisation terroriste.

Lors de cette quatrième audience, M. Charkaoui a témoigné pour la première fois. Il s'est rendu au Maroc en 1996 pour voir sa fiancée, et de nouveau en 1998 pour se marier. En 1999, il s'est rendu en Turquie pour un concours d'arts martiaux. En 1999, il est retourné au Maroc pour visiter son épouse, qui attendait de recevoir le statut de résident permanent au Canada. C'est lors d'un retour au Maroc en 2000-2001 avec son épouse qu'il a rencontré pour la première fois des difficultés avec les services de sécurité, et cela au Canada et au Maroc, et, à son retour, à New York, où il fut détenu durant une nuit par le FBI. Il a nié être jamais allé en Afghanistan. Il a aussi nié qu'il existe un imam libyen à Montréal.

M. Charkaoui a assigné comme témoin un polygraphiste qui lui avait administré un test polygraphique. Après examen du tracé polygraphique informatisé, il est apparu que M. Charkaoui disait la vérité lorsqu'il affirmait qu'il n'était pas et n'avait jamais été membre d'un réseau terroriste. Plusieurs raisons ont été avancées pour les ministres au soutien de l'affirmation selon laquelle le témoignage du polygraphiste ne pouvait pas être accepté.

Durant l'examen des motifs de détention, qui doit avoir lieu tous les six mois après le premier examen, le juge désigné doit analyser la preuve ancienne et la preuve nouvelle, en recourant à la même norme des «motifs raisonnables» que celle qui est applicable à l'examen de la décision des ministres de décerner un mandat d'arrêt. Toutefois, cette norme se rapproche de la prépondérance de la preuve.

The key function of the designated judge under subsection 83(3) is to analyse the evidence and decide whether the individual is still a danger to national security or whether he is unlikely to appear at a proceeding or for removal. The meaning of the phrase “danger to the security of Canada” in the context of the former *Immigration Act*’s deportation provisions, discussed by the Supreme Court in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, is applicable to IRPA, subsection 83(3), wherein the phrase is “danger to national security”. There is another phrase in subsection 83(3): “danger . . . to the safety of any person” and, for detention review purposes, it would appear that the definition would be broader than the *Suresh* definition of “danger to the public” which was limited to a danger from those convicted of a serious offence. “Danger . . . to the safety of any person” includes awareness before the act occurs, which in itself broadens the concept of “danger to the public” to more than persons who have been convicted of a serious offence. The main question is whether a danger still exists. A danger may exist at one moment and not at another. The designated judge must weigh the evidence with this concern in mind. A danger once imminent might subsequently be neutralized. As for the phrase “is unlikely to appear at a proceeding or for removal”, it would seem that Parliament had in mind that a certain degree of probability, or improbability, be taken into account in weighing the evidence.

Division 6 of the IRPA provides, in subsection 58(3), for the possibility of release on conditions thought necessary, including a guarantee of compliance. But if the detainee is considered by the designated judge to still present a danger, release cannot be contemplated, even subject to exceptional conditions.

*Held*, Mr. Charkaoui should be released from detention subject to some 16 preventive conditions.

This decision was based upon the evidence submitted to date without reaching a conclusion as to Mr. Charkaoui’s credibility, which will be done upon the hearing on the reasonableness of the certificate.

Once the Ministers decide to have an individual arrested under IRPA, subsection 82(1) to prevent an event that might occur, within 48 hours from the commencement of preventive detention, the Chief Justice of the Federal Court, or a designated judge, is to review the reasons that would justify continued detention: Act, subsection 83(1). If detention is then upheld, it has to be re-evaluated every six months if the certificate remains to be ruled on. In *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528, this Court identified three concerns: travels to Morocco, trip to Pakistan and contacts with five particular

La fonction essentielle du juge désigné, en application du paragraphe 83(3), est d’analyser la preuve et de dire si la personne concernée constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou si elle se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi. Le sens de l’expression «danger pour la sécurité du Canada», dans le contexte des dispositions de l’ancienne *Loi sur l’immigration* relatives à l’expulsion, examinées par la Cour suprême dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, est applicable au paragraphe 83(3) de la LIPR, qui emploie l’expression «danger pour la sécurité nationale». Il y a une autre expression dans le paragraphe 83(3): «danger pour [. . .] la sécurité d’autrui» et, s’agissant de l’examen des motifs de la détention, il semblerait que cette expression est plus étendue que l’expression «danger pour le public», examinée dans l’arrêt *Suresh*, qui se limitait aux personnes déclarées coupables d’une infraction grave. L’expression «danger pour [. . .] la sécurité d’autrui» englobe la possibilité de prévenir l’acte avant qu’il ne survienne, ce qui en soi élargit la notion de «danger pour le public» au-delà des personnes déclarées coupables d’une infraction grave. La principale question est de savoir si un danger existe encore. Un danger peut exister à un certain moment et pas à un autre. Le juge désigné doit apprécier la preuve en ayant bien conscience de ce fait. Un danger autrefois imminent peut plus tard être neutralisé. S’agissant des mots «se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi», il semblerait que le législateur voulait qu’un certain degré de probabilité ou d’improbabilité soit pris en compte dans l’appréciation de la preuve.

La section 6 de la LIPR prévoit, en son paragraphe 58(3), la possibilité d’une libération assortie des conditions jugées nécessaires, notamment une garantie d’exécution. Mais si le juge désigné estime que la personne détenue constitue encore un danger, il ne saurait être question d’une libération, même assortie de conditions exceptionnelles.

*Jugement*: M. Charkaoui doit être libéré, sous réserve de quelque 16 conditions préventives.

Cette décision était fondée sur la preuve produite à ce jour, sans qu’il soit statué sur la crédibilité de M. Charkaoui, ce qui sera fait lorsqu’aura lieu l’audience relative au caractère raisonnable ou non du certificat.

Une fois que les ministres décident de faire arrêter une personne en vertu du paragraphe 82(1) de la LIPR afin d’empêcher un incident susceptible de se produire, le juge en chef de la Cour fédérale, ou un juge désigné par lui, doit, dans un délai de 48 heures à compter du début de la détention préventive, examiner les motifs propres à justifier le maintien en détention: paragraphe 83(1) de la Loi. Si la détention est alors confirmée, elle doit être réexaminée tous les six mois jusqu’à ce qu’il soit statué sur le certificat. Dans la décision *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528, la Cour avait recensé

individuals. Mr. Charkaoui declined to testify at the first three reviews. When it comes to national security, a colossal bail amount, as a condition of release, will not suffice. In view of the exceptional responsibility imposed by Parliament upon the designated judge, at the earlier reviews it could only be concluded that Mr. Charkaoui remained a threat to national security.

Turning to the fourth detention review, the Court had before it sworn statements of support for Mr. Charkaoui, not just from the Muslim community but also from the university, political, religious and union spheres. The Court had also to consider the support of his wife, family and Mr. Ouazzani, the largest contributor to the proposed bail. The Court did not accept the testimony of the polygraphist. Apart from his limited knowledge of the medical aspects of the test and questions as to its conduct, to conclude that polygraph evidence corroborated detainee's credibility would be an improper delegation of the judge's duty to decide on the detainee's credibility.

Detention reviews are questions of fact peculiar to each situation. In the case at bar, the imprisonment, the passage of time, media attention, family and community support, Mr. Charkaoui's testimony were all matters to be taken into account in assessing whether a danger still exists and whether he will appear at a proceeding or for removal. If a danger was imminent when he was put into preventive detention, it would by now have been neutralized. The media attention to his case is such that his conduct in public will have to be exemplary and above suspicion. The danger to national security and the safety of any person had decreased with the passage of time to the point where it had been neutralized.

Mr. Charkaoui was ordered released, subject to 16 conditions, among them: bail set at \$50,000; reside at a specified address (withheld to allow for family privacy) and remain there each day from 8:30 p.m. till 8:00 a.m. (except in case of medical emergency); not use a computer, cell phone, BlackBerry, fax machine, pager or portable transceiver; wear an electronic monitoring bracelet (if demanded by the Ministers); surrender his passport prior to release; not possess any weapon or explosive; not to leave the island of Montréal; refrain from communication with a list of five named individuals as well as someone known as "Abdeslam the Canadian" and anyone having a criminal record. The Court reserved the right to

trois sujets de préoccupation: les voyages au Maroc, le voyage au Pakistan et les contacts avec cinq personnes en particulier. M. Charkaoui avait refusé de témoigner lors des trois premiers examens des motifs de sa détention. Lorsqu'il s'agit de sécurité nationale, l'imposition d'un cautionnement, même considérable, comme condition d'une libération ne suffira pas. Au vu de la responsabilité exceptionnelle conférée par le législateur au juge désigné, la Cour ne pouvait que conclure, lors des premiers examens, que M. Charkaoui demeurait une menace pour la sécurité nationale.

S'agissant du quatrième examen des motifs de la détention, la Cour avait devant elle des déclarations assermentées qui appuyaient M. Charkaoui et qui venaient non seulement de la communauté musulmane, mais également du milieu universitaire, du milieu politique, du milieu religieux et du milieu syndical. La Cour devait aussi considérer l'appui apporté par son épouse, par sa famille et par M. Ouazzani, le plus important contributeur du cautionnement proposé. La Cour n'a pas accepté le témoignage du polygraphiste. Outre sa connaissance limitée des aspects médicaux du test et certains doutes sur le déroulement de ce test, conclure que la preuve polygraphique démontrait la crédibilité de la personne détenue reviendrait à déléguer indûment la tâche du juge, qui doit décider lui-même de la crédibilité de la personne détenue.

Les examens des motifs de détention font intervenir des faits qui sont propres à chaque cas particulier. En l'espèce, l'incarcération, le passage du temps, la médiatisation, la présence de la famille et le soutien de la collectivité, de même que le témoignage de M. Charkaoui, tous ces aspects devaient être pris en compte pour savoir si un danger existait encore et s'il était vraisemblable que M. Charkaoui se soustrairait à la procédure ou au renvoi. Si un danger était imminent lorsqu'il a été placé en détention préventive, ce danger est aujourd'hui neutralisé. La médiatisation de cette affaire est telle que M. Charkaoui devra montrer dans le public un comportement exemplaire et au-dessus de tout soupçon. Le danger pour la sécurité nationale et pour la sécurité d'autrui s'était atténué avec le passage du temps au point qu'il était maintenant neutralisé.

La libération de M. Charkaoui a été ordonnée, sous réserve de 16 conditions, à savoir: cautionnement fixé à 50 000 \$; devra demeurer à une adresse précisée (non divulguée afin de préserver la vie privée de la famille) et y demeurer chaque jour de 20 h 30 à 8 heures (sauf pour urgence médicale); ne pas utiliser un ordinateur, un téléphone cellulaire, un BlackBerry, un télécopieur, un télé-avertisseur ou un émetteur-récepteur portatif; porter un bracelet électronique (si les ministres l'exigent); remettre son passeport avant sa libération; ne pas posséder d'arme ou d'explosif; ne pas quitter l'île de Montréal; s'abstenir de communiquer avec une liste de cinq individus nommément désignés, ainsi qu'avec un individu appelé

cancel the release should circumstances warrant and, if necessary, following a decision on the certificate's reasonableness. Furthermore, the conditions will be reviewed at a hearing every three months.

«Abdeslam le Canadien» et toute personne ayant un casier judiciaire. La Cour s'est réservé le droit d'annuler la libération si les circonstances le justifiaient et, au besoin, après décision se rapportant au caractère raisonnable ou non du certificat. Par ailleurs, les conditions seront réexaminées au cours d'une audience qui aura lieu tous les trois mois.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 9, 12, 15.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 127 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 185).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 149.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 53 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 9, 58(3), 76 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 78, 80(1), 81, 82(1), 83, 84(1), 85.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 328 N.R. 201; 2004 FCA 421.

##### APPLIED:

*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32; (2003), 253 F.T.R. 22; 38 Imm. L.R. (3d) 56; 2003 FC 1419; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. 451; (2003), 236 D.L.R. (4th) 91; 315 N.R. 1; 2003 FCA 407; *Suresh (Re)*, [1998] F.C.J. No. 385 (T.D.) (QL).

##### REFERRED TO:

*Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528; (2003), 237 F.T.R. 143; 2003 FC 882; *Charkaoui (Re)* (2004), 247 F.T.R. 276; 39 Imm. L.R. (3d) 318; 2004 FC 107; *Charkaoui (Re)*, 2004 FC 1031; [2004] A.C.F. No. 1236 (QL); *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 149; [2005] A.C.F. No. 139 (QL); *Gauthier c. Assurances générales Desjardins inc.*, [2004] R.R.A. 517 (Que. Sup. Ct.); *Services financiers DaimlerChrysler c. Hébert*, [2003] R.R.A. 1482 (C.Q. (Civ. Div.)); *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; (1987), 43

#### 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. 7, 9, 12, 15.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 127 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 185).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 53 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 9, 58(3), 76 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 78, 80(1), 81, 82(1), 83, 84(1), 85.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 149.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION SUIVIE:

*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 328 N.R. 201; 2004 CAF 421.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32; (2003), 253 F.T.R. 22; 38 Imm. L.R. (3d) 56; 2003 CF 1419; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 CSC 1; *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 1 R.C.F. 451; (2003), 236 D.L.R. (4th) 91; 315 N.R. 1; 2003 CAF 407; *Suresh (Re)*, [1998] A.C.F. n° 385 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528; (2003), 237 F.T.R. 143; 2003 CF 882; *Charkaoui (Re)* (2004), 247 F.T.R. 276; 39 Imm. L.R. (3d) 318; 2004 CF 107; *Charkaoui (Re)*, 2004 CF 1031; [2004] A.C.F. n° 1236 (QL); *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 149; [2005] A.C.F. n° 139 (QL); *Gauthier c. Assurances générales Desjardins inc.*, [2004] R.R.A. 517 (C.S. Qué.); *Services financiers DaimlerChrysler c. Hébert*, [2003] R.R.A. 1482 (C.Q. (civ.)); *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; (1987), 43

D.L.R. (4th) 641; 36 C.C.C. (3d) 481; 60 C.R. (3d) 1; 79 N.R. 263; 9 Q.A.C. 293.

DETENTION REVIEW pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, subsections 83(2) and (3). Detainee to be released upon undertaking to comply with certain conditions.

APPEARANCES:

*J. Daniel Roussy* and *J. C. Luc Cadieux* for Solicitor General of Canada.  
*Daniel Latulippe* for Minister of Citizenship and Immigration.  
*Dominique Larochelle* and *Karine Giguère* for Adil Charkaoui.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for Solicitor General of Canada and Minister of Citizenship and Immigration.  
*Des Longchamps, Bourassa, Trudeau et Lafrance, Montréal*, for Adil Charkaoui.

*The following is the English version of the reasons for order and order rendered by*

NOËL J.:

INTRODUCTION

[1] This judgment has to do with the fourth review of the detention of Mr. Charkaoui as provided for in subsection 83(2) of the IRPA [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27]. For the purposes of this judgment, the undersigned has discussed the three preceding reviews of detention in the following judgments:

- *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528 (F.C.) (hereinafter *Charkaoui I*);
- *Charkaoui (Re)* (2004), 247 F.T.R. 276 (F.C.) (hereinafter *Charkaoui II*);
- *Charkaoui (Re)*, 2004 FC 1031; [2004] A.C.F. No. 1236 (QL) (hereinafter *Charkaoui III*).

D.L.R. (4th) 641; 36 C.C.C. (3d) 481; 60 C.R. (3d) 1; 79 N.R. 263; 9 Q.A.C. 293.

EXAMEN DES MOTIFS D'UNE DÉTENTION en application des paragraphes 83(2) et (3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La personne détenue sera libérée après s'être engagée à se conformer à certaines conditions.

ONT COMPARU:

*J. Daniel Roussy* et *J. C. Luc Cadieux* pour le solliciteur général du Canada.  
*Daniel Latulippe* pour le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.  
*Dominique Larochelle* et *Karine Giguère* pour Adil Charkaoui.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.  
*Des Longchamps, Bourassa, Trudeau et Lafrance, Montréal*, pour Adil Charkaoui.

*Voici les motifs de l'ordonnance et ordonnance rendus en français par*

LE JUGE NOËL:

INTRODUCTION

[1] La présente traite de la quatrième revue de la détention de M. Charkaoui tel que le paragraphe 83(2) de la LIPR [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27] le prévoit. Pour les fins de cette décision, le soussigné a traité des trois revues de détention précédentes dans les décisions suivantes:

- *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528 (C.F.) (ci-après *Charkaoui I*);
- *Charkaoui (Re)* (2004), 247 F.T.R. 276 (C.F.) (ci-après *Charkaoui II*);
- *Charkaoui (Re)*, 2004 CF 1031; [2004] A.C.F. n° 1236 (QL) (ci-après *Charkaoui III*);

For a clear understanding of the analysis of the concept of danger (which underlies the question of review of the detention), it is important to refer to these judgments.

Brief recapitulation of situation and updating of parties' evidence

[2] A certificate and a detention order were signed, issued and carried out in late May 2003 (see sections 76 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] and 81 of the IRPA).

[3] Although according to paragraph 78(c) the IRPA requires that a proceeding involving a certificate be handled "expeditiously" and informally, the hearing on the reasonableness of the certificate (see subsection 80(1) of the IRPA) has still not taken place (it is scheduled for the last week of February 2005), the reason being that several constitutional and other motions were filed and certain agreements made between the parties (i.e., proceeding to deal with the constitutional aspect first and then the certificate itself, a stay of proceedings, a change of counsel and so on).

[4] In view of this situation, there have been to date four hearings to review the detention (the most recent being the subject of this judgment), in addition to other hearings convened to dispose of a group of motions resulting from implementation of the record.

[5] So long as the constitutional test of the fundamental aspects of Division 9 of the IRPA has not been considered by the country's highest court, there will be challenges leading to delays and consequently several detention reviews. It will therefore be difficult to achieve the legislative objective of proceeding "expeditiously" so long as the constitutional question has not been settled.

[6] For the purposes of this detention review, the parties referred to the evidence filed at the three prior reviews and to that presented at this hearing.

[7] It is important to mention that the Ministers submitted additional evidence at a hearing on January 5, 2005 which took place in the absence of Mr. Charkaoui

Pour bien comprendre l'analyse de la notion de danger (qui est à la base de l'étude aux fins de la revue de la détention) il serait important de référer à ces décisions.

Brève récapitulation de la situation et mise à jour de la preuve des parties

[2] Un certificat et une ordonnance de mise en détention furent signés, émis et exécutés à la fin mai 2003 (voir les articles 76 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] et 81 de la LIPR).

[3] Bien que la LIPR, selon l'alinéa 78c), demande que la procédure concernant le certificat soit traitée de façon «expéditive» et sans formalisme, l'audience concernant la raisonabilité du certificat (voir le paragraphe 80(1) de la LIPR) n'a toujours pas eu lieu (elle est prévue pour la dernière semaine de février 2005); la raison étant que plusieurs requêtes d'ordre constitutionnel et autres ont été présentées et que certaines ententes entre les parties eurent lieu (i.e., procéder à traiter de l'aspect constitutionnel en premier lieu et par la suite du certificat lui-même, suspension des procédures, changement d'avocates, etc.).

[4] Étant donné cette situation, il y a eu, en date de ce jour, quatre audiences pour revue de la détention (la dernière étant le sujet de la présente), en plus d'autres audiences convoquées pour déterminer un ensemble de requêtes découlant de l'application du dossier.

[5] Tant et aussi longtemps que le test constitutionnel des aspects fondamentaux de la section 9 de la LIPR n'aura pas été examiné par la plus haute cour du pays, il y aura des contestations qui amèneront des délais et en conséquence, plusieurs revues de la détention. Il sera donc difficile d'atteindre l'objectif législatif de procéder «de façon expéditive» tant que le débat constitutionnel n'aura pas été finalisé.

[6] Pour les fins de la présente revue de la détention, les parties se réfèrent à la preuve déposée lors des trois revues antérieures et à celle présentée lors de la présente audition.

[7] Il est important de noter que les ministres ont présenté de la preuve additionnelle lors d'une audition en date du 5 janvier 2005 qui a eu lieu en l'absence de M.

and his counsel (counsel for Mr. Charkaoui objected to the holding of the hearing). This additional evidence resulted in a summary of supplementary information released to Mr. Charkaoui's counsel on January 6, 2005 pursuant to paragraphs 78(e) and (h) of the IRPA. In addition, a summary of interviews on January 31 and February 2, 2002 by Mr. Charkaoui with representatives of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), as well as a summary of another interview with representatives of the Federal Bureau of Investigation (the FBI) on January 30, 2001, were given to counsel for Mr. Charkaoui and formed part of the Ministers' evidence. Counsel for Mr. Charkaoui objected to this additional evidence in a motion heard on January 18, 2005, but I dismissed their application to exclude it (see *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 149).

[8] For information purposes, at the hearing of January 5, 2005 from which Mr. Charkaoui and his counsel were excluded, I questioned two witnesses for several hours in order to check the reliability of the facts related, taking into account the source (or sources) of such facts, the type of source(s) and analysis of the documentation. This exercise made it possible for me to identify what could be released to Mr. Charkaoui in order to enable him to have sufficient information on the facts and allegations, while ensuring confidentiality for what was covered by national security, including the safety of any person (see paragraphs 78(b) and (h) of the IRPA).

[9] In short, the new summary disclosed the following:

- the inquiry regarding Mr. Charkaoui is continuing;
- the Moroccan authorities have identified Mr. Charkaoui as a member of the Groupe Islamique Combattant Marocain (the GICM);
- the GICM is a group linked to Al-Qaida and was allegedly responsible for the attacks of May 16, 2003 in Casablanca and March 11, 2004 in Madrid;
- on a trip to Afghanistan in early 1998, Mr. Charkaoui allegedly took military training and theological education at the Sharia institute in Khalden;

Charkaoui et de ses avocates (il y a eu objection à la tenue de l'audition par les avocates de M. Charkaoui). Cette preuve additionnelle a résulté en un sommaire de renseignements supplémentaires qui fut communiqué aux avocates de M. Charkaoui le 6 janvier 2005, le tout conformément aux alinéas 78e) et h) de la LIPR. En plus, un résumé d'entrevues les 31 janvier et 2 février 2002 par M. Charkaoui avec des représentants du Service canadien de renseignements de sécurité (le SCRS), ainsi qu'un résumé d'une autre avec des représentants du Federal Bureau of Investigation (le FBI) en date du 30 janvier 2001, furent communiqués aux avocates de M. Charkaoui et font partie de la preuve des ministres. Les avocates de M. Charkaoui se sont objectées à cette preuve additionnelle dans une requête entendue le 18 janvier 2005, mais le soussigné a rejeté leur demande d'exclusion (voir *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 149).

[8] Pour fins d'information, lors de l'audience du 5 janvier 2005 à l'exclusion de M. Charkaoui et de ses avocates, le soussigné a interrogé deux témoins pendant plusieurs heures dans le but de vérifier la fiabilité des faits relatés, tout en prenant en considération la source (ou les sources) de ceux-ci, du genre de source(s) et de l'analyse de la documentation. Ce travail a permis au soussigné d'identifier ce qui pouvait être communiqué à M. Charkaoui dans le but de lui permettre d'être suffisamment informé des faits et des allégations, tout en s'assurant de la confidentialité de ce qui est couvert sous la rubrique de sécurité nationale, y incluant la sécurité d'autrui (voir les alinéas 78b) et h) de la LIPR).

[9] En résumé, le nouveau sommaire révèle ce qui suit:

- l'enquête sur M. Charkaoui est continue;
- les autorités marocaines ont identifié M. Charkaoui comme étant membre du Groupe islamique combattant marocain (le GICM);
- le GICM est un groupe lié à Al-Qaida et il aurait signé les attentats du 16 mai 2003 à Casablanca et du 11 mars 2004 à Madrid;
- lors d'un voyage en Afghanistan au début de 1998, M. Charkaoui aurait suivi un stage militaire et une formation théologique à l'institut de charia à Khalden;



- the emir of the GICM, Noureddine Nafia, in prison in Morocco, disclosed that Mr. Charkaoui had been indoctrinated by a Libyan imam in Montréal;

- funds were allegedly collected to set up cells in various countries, namely Canada, Pakistan, Germany, France and the United Kingdom;

- Mr. Charkaoui maintained contact and sent the sum of \$2,000 (CAN) to the GICM, and allegedly gave a member of the GICM a laptop computer.

[10] At the public hearing, the Ministers did not call witnesses or enter any documentary evidence.

[11] Additionally, Mr. Charkaoui filed sworn statements which essentially expressed the desire of the signatories that Mr. Charkaoui be released and included the offer of a sum of money as a contribution to bail. Mr. Charkaoui's evidence included some 30 sworn statements, the content of which varied with the signatories. Examples of these are Mr. Charkaoui's family, his teachers, his classmates, his friends and persons supporting his cause. Some signatories offered to supervise him if the Court decided to release him on conditions. Additionally, he entered in evidence newspaper articles regarding the present proceedings. This brief summary does not indicate all of the evidence. To see all the evidence it is important to refer to the judgments in *Charkaoui I*, *Charkaoui II* and *Charkaoui III*.

[12] Additionally, and for the first time, Mr. Charkaoui testified briefly through questions from his counsel and in response to questions in cross-examination by counsel for the Ministers. Mr. Charkaoui's testimony resulted largely from answers to questions put by the Court.

[13] Mr. Charkaoui told the Court that the various lawyers he had consulted had recommended that he not testify where the situation involved a tribunal proceeding in secret, as his testimony would allow the opposing party to claim he was lacking in credibility or lying. This is the reason he decided not to testify at the first three preceding detention reviews, and instead asked other

- l'émir du GICM, Noureddine Nafia, détenu au Maroc, révèle que M. Charkaoui aurait été endoctriné à Montréal par un imam libyen;

- des fonds auraient été collectés pour implanter des cellules dans différents pays soient le Canada, le Pakistan, l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni;

- M. Charkaoui a maintenu contact et aurait transmis une somme de 2 000 \$ (CAN) au GICM et il aurait remis un ordinateur portable à un membre du GICM;

[10] Lors de l'audition publique, les ministres n'ont pas présenté de témoins ou déposé de la preuve documentaire.

[11] Par ailleurs, M. Charkaoui déposa des déclarations assermentées qui, essentiellement, exprimaient le désir des signataires que M. Charkaoui soit libéré et incluaient l'offre d'un montant d'argent à titre de contribution à une caution. La preuve de M. Charkaoui inclut environ une trentaine de déclarations assermentées dont le contenu varie selon les signataires. La famille de M. Charkaoui, des professeurs de celui-ci, des compagnons de classe, des amis et des personnes qui appuient sa cause en sont des exemples. Certains signataires se proposaient comme superviseur si la Cour optait pour une libération sous conditions. En plus, il déposa en preuve des articles de journaux concernant les présentes procédures. Ce bref résumé ne reflète pas l'ensemble de la preuve. Pour avoir une connaissance complète, il est important de se référer aux décisions *Charkaoui I*, *Charkaoui II* et *Charkaoui III*.

[12] De plus et pour la première fois, M. Charkaoui témoigna de façon succincte par l'entremise de questions de ses avocates et en réponse aux questions découlant du contre-interrogatoire des avocats des ministres. Le témoignage de M. Charkaoui résulte en très grande partie de réponses aux questions posées par la Cour.

[13] M. Charkaoui informa la Cour que les nombreux juristes qu'il avait consultés lui avaient recommandé de ne pas témoigner dans le contexte d'un tribunal qui utilise des procès secrets, car son témoignage allait permettre à la partie adverse de prétendre qu'il était peu crédible ou encore, menteur. C'est pour cette raison qu'il a décidé de ne pas témoigner lors des trois premières

individuals (his teachers, his friends, his family and so on) to do so for him. Recently, after the Federal Court of Appeal's judgment on the constitutionality of the security certificates—see *Charakaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299 (hereinafter *Charakaoui IV*)—he decided to testify to show his good faith.

[14] For the purposes of this detention review (see subsections 83(2) and (3) of the IRPA), Mr. Charkaoui's testimony can be summarized as follows:

[15] His travels:

- In 1996 he went to a suburb of New York for a martial arts competition with his Montréal-North karate team;

- In 1996 he went to Morocco to visit his fiancée, whom he had known since 1989, as well as childhood friends, friends in his neighbourhood and relatives;

- In 1997 he did not travel since he was taking additional courses to finish his bachelor's degree at the University of Montréal;

- From February to July 1998 he went to Pakistan, where among other things he attended an annual meeting of a Muslim group, "Adawaa Wa Tabligh", which often preached in the Montréal area. He travelled with someone from Alberta, whose name he does not remember and whom he has never seen again since his return to Canada;

- A few weeks after his return from Pakistan, Mr. Charkaoui went to Morocco to get married (in August and September, for about a month);

- In the spring of 1999, he went to Turkey for a martial arts competition and to visit the region;

- Later that year, he went to the U.S. for two or three days. He stayed with his aunt's husband, who was living in Astoria, near New York;

- In 1999 he went back to Morocco. His wife was still there since she was waiting to receive her Canadian

revues de détention précédentes, et qu'il a plutôt demandé à d'autres personnes (ses professeurs, ses amies, sa famille, etc.) de le faire pour lui. Récemment, après la décision de la Cour d'appel fédérale (voir *Charakaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299 (ci-après *Charakaoui IV*)) à l'égard de la constitutionnalité des certificats de sécurité, il décida de témoigner pour démontrer sa bonne foi.

[14] Pour les fins de la présente revue de détention (voir les paragraphes 83(2) et (3) de la LIPR), le soussigné résume le témoignage de M. Charkaoui de la façon suivante:

[15] Ses voyages:

- En 1996, il est allé dans la banlieue de New York pour une compétition d'arts martiaux avec son équipe de karaté de Montréal-Nord;

- En 1996, il est allé au Maroc pour visiter sa fiancée, qu'il connaît depuis 1989, ainsi que des amis d'enfance, des amis de son quartier, et de la parenté;

- En 1997, il n'a pas voyagé puisqu'il a pris des cours supplémentaires pour pouvoir finir son baccalauréat à l'Université de Montréal;

- De février à juillet 1998, il est allé au Pakistan où, entre autres, il a assisté à une réunion annuelle d'un groupe musulman, «Adawaa Wa Tabligh», qui prêchait souvent dans la région de Montréal. Il a voyagé avec quelqu'un d'Alberta, dont il ne se souvient pas du nom et qu'il n'a jamais revu depuis son retour au Canada;

- Quelques semaines après son retour du Pakistan, M. Charkaoui est allé au Maroc pour se marier (entre août et septembre, pour environ un mois);

- Au printemps 1999, il est allé en Turquie pour une compétition d'arts martiaux et pour visiter la région;

- Plus tard cette année-là, il est allé pendant deux ou trois jours aux États-Unis. Il est resté chez le mari de sa tante qui habitait à Astoria, près de New York;

- En 1999, il est retourné au Maroc. Son épouse restait toujours là puisqu'elle attendait de recevoir sa résidence

permanent resident status. He stayed in Morocco for a few months, and then left for Europe in order to buy fabrics and clothing for resale in Morocco to finance his return trip to Canada. He first went to Turkey, and then to Germany by plane. He then toured France and Spain by bus and train, before returning to Morocco in early January 2000. He returned to Canada with his wife in late February 2000;

- His last trip was in 2000-2001: in December 2000 he went back to Morocco with his wife, who was pregnant at the time (she subsequently had a miscarriage), for a few months to visit her family. It was at this time that Mr. Charkaoui began having problems with airport security services. Before leaving Canada, he was stopped by a corporal of the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP), who told him that his name appeared on a list of alleged terrorists. When he arrived in Morocco, he had other problems. He also said that a car of the DST (the Moroccan security service) was always parked in front of the house of his parents-in-law while he was there. On his return trip, he was detained by the FBI for a night in New York (where his plane had made a one-hour layover) and he was asked the names of all the persons he knew in the Montréal mosques and cafés (Mr. Charkaoui refused to accede to their request). The FBI agents also told him that "Ottawa" wanted to get in touch with him;

- Finally, Mr. Charkaoui said he had never been to Afghanistan.

[16] His contacts:

- Mr. Charkaoui knows no one by the name [TRANSLATION] "Abdeslam the Canadian";

- He knows Samir Ezzine (hereinafter Mr. Ezzine); he often saw him in the Montréal Muslim community and at the mosques, but did not know him very well before he financed the purchase of Mr. Charkaoui's pizzeria in 2001 (Mr. Ezzine gave him about \$9,000 equipment on credit and later worked with him for about a month and a half, until just after September 11, 2001). Mr. Charkaoui knows that Mr. Ezzine had been to Bosnia

permanente canadienne. Il est resté quelques mois au Maroc, puis ensuite il est parti pour l'Europe afin d'acheter des tissus et vêtements à revendre au Maroc afin de financer son voyage de retour au Canada. Tout d'abord, il est allé en Turquie, et ensuite en Allemagne par avion. Par la suite, il a fait le tour de la France et de l'Espagne en autocar et train, avant de revenir au Maroc au début janvier 2000. Il est retourné au Canada avec sa femme à la fin de février 2000;

- Son dernier voyage fut en 2000-2001. En décembre 2000, il est retourné au Maroc avec son épouse, qui était enceinte à ce moment-là (elle a fait une fausse-couche par la suite), pendant quelques mois pour visiter la famille de celle-ci. C'est à cette époque que M. Charkaoui a commencé à avoir des problèmes avec les services de sécurité à l'aéroport. Avant de quitter le Canada, il s'est fait arrêter par un caporal de la Gendarmerie Royale du Canada (la GRC) qui lui a dit que son nom figurait sur une liste de présumés terroristes. Arrivé au Maroc, il a eu d'autres problèmes. Aussi, il dit qu'une voiture de la DST (le service de sécurité marocain) était toujours stationnée devant la maison de ses beaux-parents pendant son séjour. Lors de son retour, il a été détenu une nuit à New York par le FBI (où son avion avait fait escale pour une heure) et on lui a demandé les noms de toutes les personnes qu'il connaissait dans les mosquées et cafés de Montréal (M. Charkaoui a refusé d'acquiescer à leur demande). Les agents du FBI lui ont aussi dit que "Ottawa" voulait le contacter;

- Finalement, M. Charkaoui mentionne n'être jamais allé en Afghanistan;

[16] Ses contacts:

- M. Charkaoui ne connaît pas quelqu'un du nom d'«Abdeslam le canadien»;

- Il connaît Samir Ezzine (ci-après, M. Ezzine); il le voyait souvent dans la communauté musulmane montréalaise et aux mosquées, mais ne le connaissait pas très bien avant que celui-ci finance l'achat de sa pizzeria en 2001 (M. Ezzine lui a fourni environ 9 000 \$ d'équipement sur crédit et a travaillé avec lui par la suite pour environ un mois et demi, jusqu'après le 11 septembre 2001). M. Charkaoui sait que M. Ezzine est

some years earlier with a humanitarian group (with Karim Saïd Atmani (hereinafter Mr. Atmani), and Mr. Abdallah Ouzghar (hereinafter Mr. Ouzghar), amongst others), but did not know any more about this trip;

- Mr. Charkaoui knows Moroccans and Algerians who are information technology consultants in Ottawa. He has been to Ottawa once or twice, in 2001 and 2002, and stayed with them when he was having interviews in the area;

- Mr. Charkaoui knows Raouf Hannachi (hereinafter Mr. Hannachi) since he did the call to prayers at the Assuna mosque in Montréal; however, he said he only knows him slightly. He knows Mr. Hannachi had been tortured in Tunisia, his country of origin, and he knew Mr. Hannachi was currently imprisoned by the Tunisian authorities, but he did not know whether Mr. Hannachi had been convicted of terrorist activity;

- Mr. Charkaoui had heard mention of an Arab man in Montréal who went to Bosnia with a humanitarian group (with Mr. Ezzine and Mr. Ouzghar), but had never met him. This man took Bosnian citizenship and stayed there to fight. He knows that after September 11, 2001, the man was deported from Bosnia to France, where he is currently being held as a terrorist. He believes this man was called "Karim" and agreed that it could be Karim Saïd Atmani, the name recognized by CSIS;

- All Mr. Charkaoui said about Samir Ait Mohammed was that he did not attend Montréal mosques;

- Mr. Charkaoui does not know Nouredine Nafia (hereinafter Mr. Nafia) and says he first saw this name when consulting documentary evidence CSIS had against him;

- Mr. Charkaoui knows Mr. Ouzghar and knows that he went to Bosnia with Mr. Atmani and Mr. Ezzine. He also read in the newspapers that France was requesting his extradition from Canada because he was being charged with trafficking in forged papers, but this application had been dismissed by an Ontario Superior Court judge;

- Abousfiane Abdelrazik (hereinafter Mr. Abdelrazik) is an acquaintance of Mr. Charkaoui. He saw him

allé en Bosnie il y a quelques années avec un groupe humanitaire (avec M. Karim Saïd Atmani (ci-après, M. Atmani) et M. Abdallah Ouzghar (ci-après, M. Ouzghar), entre autres), mais n'en sait pas plus;

- M. Charkaoui connaît des Marocains et des Algériens qui sont des représentants en informatique à Ottawa. Il est déjà allé à Ottawa une ou deux fois, en 2001 et 2002, et est demeuré chez ces gens lorsqu'il a passé des entrevues dans la région;

- M. Charkaoui connaît Raouf Hannachi (ci-après, M. Hannachi) puisqu'il faisait l'appel de la prière à la mosquée Assuna à Montréal. Cependant, il dit ne le connaître que superficiellement. Il sait que M. Hannachi avait déjà été torturé en Tunisie, son pays d'origine, et il sait que M. Hannachi est actuellement incarcéré par les autorités tunisiennes, mais il ignore si M. Hannachi a été trouvé coupable d'activités terroristes;

- M. Charkaoui a déjà entendu parler d'un homme arabe de Montréal qui est allé en Bosnie avec un groupe humanitaire (avec M. Ezzine et M. Ouzghar), mais il ne l'a jamais rencontré. Cet homme a pris la citoyenneté bosniaque et y est resté pour combattre. Il sait qu'après le 11 septembre 2001, cet homme fut renvoyé de Bosnie vers la France où il est actuellement détenu comme terroriste. Il croit que cet homme s'appelle «Karim» et est d'accord qu'il pourrait s'agir de Karim Saïd Atmani, le nom reconnu par la SCRS;

- Tout ce que M. Charkaoui a dit à propos de M. Samir Ait Mohammed est qu'il ne fréquentait pas les mosquées montréalaises;

- M. Charkaoui ne connaît pas Nouredine Nafia (ci-après, M. Nafia), et dit qu'il a vu ce nom pour la première fois en consultant la preuve documentaire que le SCRS détenait contre lui;

- M. Charkaoui connaît M. Ouzghar et sait qu'il est allé en Bosnie avec M. Atmani et M. Ezzine. Il a aussi lu dans les journaux que la France demandait son extradition du Canada parce qu'elle l'accusait de trafic de faux papiers, mais que cette demande fut rejetée par un juge de la Cour supérieure d'Ontario;

- Abousfiane Abdelrazik (ci-après, M. Abdelrazik) est une connaissance de M. Charkaoui. Il le voyait partout

everywhere in Montréal, since he was a man connected to the Montréal mosques, but did not know him very well before 2001. Mr. Charkaoui knows Mr. Abdelrazik was acquainted with Ahmed Ressam (hereinafter Mr. Ressam), and they in fact discussed the Ressam case together;

- Mr. Charkaoui does not know Mr. Ressam personally; however, he knows people who know him, and admits it was possible Mr. Ressam had seen him in Montréal without their meeting (for example, in a café). Mr. Ressam did not attend the Montréal mosques. In the Montréal Muslim community, many people think Mr. Ressam was recruited by the secret services to embarrass Canada and that Mr. Ressam was never part of the Al-Qaida network;

- Hicham Tahir (hereinafter Mr. Tahir) worked at Mr. Charkaoui's pizzeria. They met in 1995 or 1996 when Mr. Charkaoui first arrived in Montréal, since they often went to the same mosque and played soccer together;

- Mr. Charkaoui never met Abu Zubaida (hereinafter Mr. Zubaida), never used his services, money, clothing or anything else. He knows no one who knows him personally. He did not hear of Mr. Zubaida until after the September 11, 2001 attacks, and that was in the newspapers. He believes Mr. Zubaida had in fact died without ever being captured by the Americans, but that the American authorities use him to make accusations against other people;

- Mr. Charkaoui insists there is no Libyan imam in Montréal, something alleged by Mr. Nafia.

[17] His personal life:

- Mr. Charkaoui completed his baccalaureate studies at the University of Montréal in the spring of 1997. In September 1997, he began his Master's degree at the same faculty. During the first semester of his Master's degree (before he left for Pakistan), he held two jobs, trained in the martial arts and gave karate courses;

à Montréal, puisque c'est un homme affilié avec les mosquées montréalaises, mais ne le connaissait pas très bien avant 2001. M. Charkaoui sait que M. Abdelrazik connaissait Ahmed Ressam (ci-après, M. Ressam), et ils ont déjà discuté de l'affaire Ressam ensemble;

- M. Charkaoui ne connaît pas M. Ressam personnellement; pourtant, il connaît des gens qui le connaissent, et admet qu'il est possible que M. Ressam l'ait déjà vu à Montréal, sans qu'ils se rencontrent (i.e. dans un café). M. Ressam ne fréquentait pas les mosquées montréalaises. Parmi la communauté musulmane à Montréal, plusieurs personnes croient que M. Ressam fût recruté par les services secrets pour mettre le Canada dans l'embarras et que M. Ressam n'a jamais fait partie du réseau Al-Qaida;

- Hicham Tahir (ci-après, M. Tahir) a travaillé à la pizzeria de M. Charkaoui. Ils se sont rencontrés en 1995 ou 1996 lors de l'arrivée de M. Charkaoui à Montréal, puisqu'ils fréquentaient souvent la même mosquée et jouaient au soccer ensemble;

- M. Charkaoui n'a jamais rencontré Abu Zubaida (ci-après, M. Zubaida), jamais utilisé ses services ni son argent, ses vêtements ou quoi que ce soit. Il ne connaît personne qui le connaisse personnellement. Il n'a entendu parler de M. Zubaida qu'après les attentats du 11 septembre 2001 et ce, dans les journaux. Il croit que M. Zubaida est en fait décédé sans jamais avoir été capturé par les Américains, mais que les autorités américaines s'en servent pour porter des accusations contre d'autres;

- M. Charkaoui insiste qu'il n'y a pas d'imam libyen à Montréal, chose alléguée par M. Nafia;

[17] Sa vie personnelle:

- M. Charkaoui a terminé ses études de baccalauréat à l'Université de Montréal au printemps 1997. En septembre 1997, il a commencé sa maîtrise à la même faculté. Pendant le premier semestre de sa maîtrise (avant qu'il parte pour le Pakistan), il détenait deux emplois, s'entraînait aux arts martiaux et donnait des cours de karaté;

- In 2001, since he had found no employment in his field (teaching), he bought a pizzeria with his father's help. He sold it in March 2003 since he was in debt and found someone who was ready to buy it, and take over the debts which he owed. He found it too difficult to work at the pizzeria and do his Master's degree at the same time. His professor had also offered him part-time work as a researcher;

- Mr. Charkaoui prayed at several Montréal mosques, not one only;

- Mr. Charkaoui said he had never committed a crime. However, in March 1999, he pleaded guilty to attempted theft, for which he received an unconditional discharge. He says he was innocent, he had never tried to steal anything and could not defend himself since it cost too much;

- In 1999, on his trip to Morocco, he sold a laptop computer, which he had taken with him from Canada, to a neighbour who was an information technology consultant, since it was cheap for the neighbour. He did not take it with him on his travels to Europe.

[18] In addition, Mr. Charkaoui told the Court about his meeting with CSIS officers in the spring of 2001, at which time the officers told him they were conducting a security investigation concerning him in connection with his citizenship application. After that meeting he decided, out of [TRANSLATION] "pure curiosity", to find out more about the people whose names had been mentioned by CSIS as well as by the FBI (at the meeting earlier that year).

[19] Finally, Mr. Charkaoui opined at length about terrorism. He found it deplorable that a [TRANSLATION] "terrorist" prototype had developed over the years, that of a young Arab Muslim male who travelled a lot, and studied languages and the martial arts. He said he knew many innocent people who had been suspected of being terrorists, often on account of this prototype. He also told the Court that he found it difficult to understand how anyone [TRANSLATION] "who was in a medieval country in a cave" (namely, Usama bin Laden in Afghanistan) could have perpetrated an attack on the scale of September 11, 2001 in the U.S. Mr. Charkaoui noted that

- En 2001, puisqu'il ne trouvait pas d'emploi dans son domaine (enseignement), il a acheté une pizzeria avec l'aide de son père. Il l'a vendue en mars 2003 puisqu'il était endetté et avait trouvé quelqu'un qui était prêt à l'acheter ainsi que les dettes à sa charge. Il trouvait trop difficile de travailler à la pizzeria et de faire sa maîtrise en même temps. Aussi, son professeur lui avait offert un emploi à temps partiel comme chercheur;

- M. Charkaoui priait à plusieurs mosquées à Montréal, non pas à une seule;

- M. Charkaoui dit n'avoir jamais commis de crime. Cependant, en mars 1999, il a plaidé coupable à une tentative de vol pour laquelle il a reçu un absolution inconditionnelle. Il se dit innocent, qu'il n'a jamais tenté de voler quelque chose, et qu'il ne pouvait se défendre puisque ça coûtait trop cher;

- En 1999, lors de son voyage au Maroc, il a vendu un ordinateur portable, qu'il avait amené avec lui du Canada, à un voisin qui était représentant d'informatique, puisque c'était bon marché pour le voisin. Il ne l'avait pas amené avec lui lors de ses voyages en Europe;

[18] De plus, M. Charkaoui a raconté à la Cour l'histoire de sa rencontre au printemps 2001 avec des agents du SCRS, lors de laquelle les agents lui ont dit qu'ils faisaient une enquête de sécurité sur lui dans le cadre de sa demande de citoyenneté. Après cette rencontre, il a décidé, par «pure curiosité», d'en savoir plus sur les gens dont les noms avaient été mentionnés par le SCRS ainsi que par le FBI (lors de la rencontre plus tôt cette année-là).

[19] Finalement, M. Charkaoui a amplement opiné sur le terrorisme. Il trouve déplorable qu'un prototype de «terroriste» se soit développé au cours des années, soit celui d'un jeune homme arabe et musulman qui voyage beaucoup, qui étudie les langues et les arts martiaux. Il dit connaître beaucoup de gens innocents qui ont été soupçonnés d'être des terroristes, souvent en raison de ce prototype. Il a aussi raconté à la Cour comment il concevait difficilement que quelqu'un «qui se trouve dans un pays moyenâgeux dans une grotte» (c'est-à-dire, Oussama ben Laden en Afghanistan) ait pu perpétrer un attentat de l'ampleur du 11 septembre 2001 aux

in December 2000 he was searched by the FBI at JFK airport when he was accompanied by his pregnant wife, but 19 young Arab men were able to board aircraft on September 11, 2001 without difficulty. He found it strange that the 19 passports of these men had been found but the black boxes of the four aircraft were still missing. From his reading, his study on the Internet and the newspapers, Mr. Charkaoui is not convinced that the attacks were committed by Muslims; he says it is equally likely they were carried out by neo-conservatives and religious authorities in the U.S.

[20] Mr. Charkaoui called a polygraphist, John Galianos (hereinafter Mr. Galianos). However, Mr. Galianos was never recognized as an expert witness for the purposes of his testimony. Briefly, Mr. Galianos prepared five questions with Mr. Charkaoui's counsel which they felt identified the principal concerns in the case. Mr. Charkaoui subsequently took the polygraph test. The questions and answers were as follows:

[TRANSLATION]

(a) On the allegations in the security certificate filed against you, do you intend to speak the truth in answering each question in this test?

Answer: "YES".

(b) Have you ever participated in a terrorist training camp?

Answer: "NO".

(c) Have you ever been a member of a terrorist network?

Answer: "NO".

(d) Are you a member of a terrorist network?

Answer: "NO".

(e) Have you ever planned to commit a crime with one or more members of Al-Qaeda?

Answer: "NO".

Two polygraphists (Donald Bourque and Jacques Gagné) reviewed and analysed the procedure, the technique used and the computerized polygraph tracing. They concluded Mr. Charkaoui was telling the truth. They were not present at the polygraph test and did not testify.

États-Unis. M. Charkaoui a fait remarquer qu'en décembre 2000, il fût fouillé par le FBI à l'aéroport JFK lorsqu'il était accompagné de sa femme enceinte mais que 19 jeunes hommes arabes ont pu monter à bord d'avions le 11 septembre 2001 sans problème. Il trouve curieux le fait que les 19 passeports de ces hommes aient été retrouvés mais que les boîtes noires des quatre avions sont toujours manquantes. D'après ses lectures et ses études sur l'Internet et dans les journaux, M. Charkaoui n'est pas convaincu que ces attentats aient été commis par des musulmans; il dit que c'est aussi probable qu'ils furent perpétrés par les néo-conservateurs et autorités religieuses des États-Unis.

[20] M. Charkaoui fit entendre un polygraphiste, M. John Galianos (ci-après M. Galianos). Cependant, M. Galianos n'a jamais été reconnu comme expert pour les fins de son témoignage. Succinctement, M. Galianos a élaboré avec les avocates de M. Charkaoui cinq questions qui, pour eux, cernaient les préoccupations du dossier. Par la suite, M. Charkaoui a subi l'examen du polygraphe. Les questions et réponses sont les suivantes:

a) Concernant les allégations du certificat (*sic*) de sécurité déposé contre vous, avez-vous l'intention de dire la vérité en répondant à chaque question de ce test?

Réponse: «OUI»

b) Avez-vous déjà participé à un camp d'entraînement terroriste?

Réponse: «NON»

c) Avez-vous déjà été membre d'un réseau terroriste?

Réponse: «NON»

d) Êtes-vous membre d'un réseau terroriste?

Réponse: «NON»

e) Avez-vous déjà planifié de commettre un crime avec un ou des membres d'Al-Qaïda?

Réponse: «NON»

Deux polygraphistes (MM. Donald Bourque et Jacques Gagné) ont révisé et analysé la procédure, la technique suivie et les tracés polygraphiques informatisés. Ils ont conclu que M. Charkaoui disait la vérité. Ceux-ci n'étaient pas présents lors de l'examen polygraphique et n'ont pas témoigné.

[21] Briefly, and for information purposes, Mr. Galianos testified as follows: He became a member of the Sûreté du Québec in 1968. In 1976, he was chosen to take a course to become a polygraphist (previously, there was no polygraphist in the Sûreté du Québec), a position which he held until his retirement in 1993. He subsequently formed his own company, Galianos Polygraphe Expert Inc., which conducts polygraph tests in the private sector. In the 1980s, he helped form the first polygraph school in Ottawa and on several occasions helped with the training of officers of the RCMP, the Sûreté du Québec and various police colleges in Canada, among others.

[22] According to Mr. Galianos, the polygraph gives a more exact idea of whether someone is lying, since when a person lies there are psycho-physiological reactions which the polygraph can record. Mr. Galianos said the margin of error was between 5 and 10 percent.

[23] Mr. Galianos was approached by Mr. Charkaoui's counsel, who gave him a one-page document regarding the security certificate and told him a little about the background to the matter. He also did a little research on the Internet. As is customary, he prepared the five questions for the test with Mr. Charkaoui's counsel.

[24] Subsequently, on November 17, 2003, he went to Rivière-des-Prairies to meet Mr. Charkaoui and administer the polygraph test. He asked for Mr. Charkaoui's version of the facts and put several questions to him regarding terrorism and the allegations against him. He showed him the five questions so he could be prepared. In all, Mr. Galianos said he spent three hours with Mr. Charkaoui, most of the time being used for the informal discussion before the test, or the "pre-test", an important stage to ensure that the polygraph test produces the best possible result.

[25] That is a summary of the parties' evidence as submitted, and it was assessed in light of the obligations imposed by subsection 83(3) of the IRPA

[21] Sommairement et à titre d'information, M. Galianos témoigna de la façon suivante: Il est devenu membre de la Sûreté du Québec en 1968. En 1976, il a été choisi pour suivre un cours pour devenir polygraphiste (auparavant, il n'y avait pas de polygraphiste dans la Sûreté du Québec), un poste qu'il a comblé jusqu'à sa retraite en 1993. Par la suite, il a fondé sa propre compagnie, Galianos Polygraphe Expert Inc., qui fait des examens de polygraphe dans le domaine privé. Dans les années '80, il a aidé à former la première école de polygraphie à Ottawa, et a assisté à plusieurs reprises avec la formation des agents de la GRC, la Sûreté du Québec, et quelques collèges de police au Canada, entre autres.

[22] Selon M. Galianos, le polygraphe permet d'avoir une idée plus précise de savoir si quelqu'un est menteur ou non, puisque quand quelqu'un ment, il y a des réactions psycho-physiologiques que le polygraphe peut enregistrer. M. Galianos dit que la marge d'erreur est entre 5 et 10 pour cent.

[23] M. Galianos a été approché par les avocates de M. Charkaoui qui lui ont donné un document d'une page concernant le certificat de sécurité et lui ont raconté un peu l'historique des faits. Il a aussi fait un peu de recherche sur l'Internet. Tel qu'à l'habitude, il a formulé les cinq questions pour les fins de l'examen avec les avocates de M. Charkaoui.

[24] Par la suite, en date du 17 novembre 2003, il s'est rendu à Rivière-des-Prairies pour rencontrer M. Charkaoui et lui faire passer l'examen du polygraphe. Il a demandé la version des faits de M. Charkaoui et lui a posé plusieurs questions concernant le terrorisme et les allégations contre lui. Il lui a montré les cinq questions pour qu'il puisse se préparer. En tout, M. Galianos dit avoir passé trois heures avec M. Charkaoui, la plupart de ce temps étant dédié à la discussion informelle avant l'examen, ou le «pré-test», étape importante pour s'assurer du meilleur résultat possible à l'examen de polygraphe.

[25] Ceci résume la preuve des parties telle que présentée et c'est à la lumière des obligations imposées par le paragraphe 83(3) de la LIPR que le soussigné l'évalua.



Parties' arguments

[26] The Ministers argued that the standard applicable to determining ongoing danger involves applying that of "reasonable grounds" (see *Charkaoui IV*, paragraph 103, and *Charkaoui I*, paragraph 39). In their submission, the ongoing danger found to exist three times (see *Charkaoui I*, *Charkaoui II* and *Charkaoui III*) is still present, even in view of the new evidence submitted by Mr. Charkaoui.

[27] Counsel for the Ministers maintained that, in view of the evidence heard at the hearings when he and his counsel were not present, Mr. Charkaoui perjured himself in his testimony. At the public hearings, counsel could not be more specific for reasons of national security. Also, the testimony of the polygraphist Galianos could not be accepted for several reasons: the questions chosen did not reflect the Court's concerns, they were not appropriate for a polygraph test, they contained duplications and the control question was not relevant. Additionally, Mr. Galianos did not have the necessary knowledge to understand the content of such a test (he could not explain why the changes in the sweat glands were recorded in ohms, not in pH, or why it was important to record them; he did not know when he measured breathing whether it was the rhythm or volume of air that was important; he did not know the blood pressure of a normal person or whether pressure was measured in millimeters or some other measure, and did not check Mr. Charkaoui's blood pressure before administering the test). Finally, counsel for the Ministers filed precedents (*Gauthier c. Assurances générales Desjardins inc.*, [2004] R.R.A. 517 (Que. Sup. Ct.) and *Services financiers DaimlerChrysler c. Hébert*, [2003] R.R.A. 1482 (C.Q. (Cir. Div.))), in which Mr. Galianos' credibility was questioned. Consequently, the Ministers submitted that no credibility should be accorded to Mr. Galianos. Further, the Ministers submitted that the concerns identified in *Charkaoui I* and restated in *Charkaoui II* and *Charkaoui III* continue to exist, and the new evidence does not diminish them. Lastly, the Ministers added that conditional release was not an option in view of the danger associated with Mr. Charkaoui and that no supervision plan or conditions had been submitted on the basis of which the Court could decide whether to release him.

Les prétentions des parties

[26] Les ministres plaident que la norme applicable à l'évaluation de la dangerosité continue se fait en appliquant celle du motif raisonnable (voir *Charkaoui IV* au paragraphe 103 et *Charkaoui I* au paragraphe 39). Selon leurs prétentions, la détermination du danger continu faite à trois reprises (voir *Charkaoui I*, *Charkaoui II* et *Charkaoui III*) demeure, et ce, même à la lumière de la nouvelle preuve présentée par M. Charkaoui.

[27] Les avocats des ministres prétendent que lors de son témoignage, M. Charkaoui s'est parjuré à la lumière de la preuve entendue lors des auditions sans la présence de ce dernier et de ses avocates. En audience publique, les avocats ne pouvaient pas être plus précis pour des raisons de sécurité nationale. Aussi, le témoignage du polygraphiste Galianos ne peut être retenu pour plusieurs raisons: les questions choisies ne reflètent pas les préoccupations de la Cour, elles ne sont pas appropriées pour les fins d'un test de polygraphe, elles contiennent des dédoublements, la question contrôle n'avait aucune pertinence. Par ailleurs, M. Galianos n'avait pas la connaissance pertinente pour comprendre le contenu d'un tel test (il ne pouvait pas expliquer pourquoi les changements au niveau des glandes sudoripares (les sueurs) sont enregistrés en ohms et non pas en ph, ni pourquoi c'était important de les enregistrer; il ne savait pas quand il mesurait la respiration, si c'était le rythme ou le volume d'air qui était important; il ne connaissait pas la pression sanguine d'une personne normale, ni si la mesure de la pression se faisait en millimètres ou d'une autre mesure, et n'a pas évalué la pression sanguine de M. Charkaoui avant de lui faire passer le test). En dernier lieu, les avocats des ministres ont déposé de la jurisprudence (*Gauthier c. Assurances générales Desjardins inc.*, [2004] R.R.A. 517 (C.S. Qué.), et *Services financiers DaimlerChrysler c. Hébert*, [2003] R.R.A. 1482 (C.Q. (civ.))) dans laquelle la crédibilité de M. Galianos fut remise en question. Conséquemment, les ministres soumettent que le soussigné ne devrait pas accorder de crédibilité à M. Galianos. De plus, pour les ministres, les préoccupations identifiées dans *Charkaoui I* et reprises dans *Charkaoui II* et *Charkaoui III* demeurent et la nouvelle preuve ne les atténuent pas. En dernier lieu, les ministres ajoutent qu'une libération sous conditions n'est pas envisageable étant donné le danger

associé à M. Charkaoui et qu'aucun plan de supervision ou de conditions n'a été soumis pouvant permettre à la Cour de trancher sur une remise en liberté.

[28] Mr. Charkaoui's counsel asked the Court to analyse the evidence as a whole in the four detention reviews, and added that with the testimony of Mr. Charkaoui and the polygraphist Mr. Galianos the evidence was conclusive that their client presented no danger. Further, the financial commitments (for contribution toward bail) and supervision by the signatories should be taken into account to determine satisfactory conditions of release. They added that the detention prevented Mr. Charkaoui from looking after his two young children and he was unable to earn any income to discharge his responsibilities as the father of a family. They mentioned that he had undertaken under oath to comply with [TRANSLATION] "any conditions of release it shall please the Court to order". Finally, he argued that continuing the detention without release on bail contravened sections 7, 9, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (hereinafter the Charter).

[28] Les avocates de M. Charkaoui demande à la Cour d'analyser l'ensemble de la preuve concernant les quatre révisions de la détention et ajoutent qu'avec les témoignages de M. Charkaoui et du polygraphiste M. Galianos, la preuve est concluante quant à l'absence de dangerosité associée à leur client. De plus, les engagements monétaires (à titre de participation pour la caution) et de supervision des signataires sont à prendre en considération pour établir des conditions de libération satisfaisante. On ajoute que la détention empêche M. Charkaoui de s'occuper de ses deux jeunes enfants et qu'il est dans l'impossibilité de gagner un revenu pour assumer ses obligations de père de famille. On précise qu'il s'est engagé sous serment à respecter «toutes conditions de libération qu'il plaira à la Cour de lui ordonner.» En dernier lieu, il plaide que la continuation de la détention sans libération sous caution contrevient aux articles 7, 9, 12 et 15 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] (ci-après la Charte).

#### Points at issue

[29] There are two questions to be answered:

(1) In light of the evidence submitted by the Ministers in the hearings held at the four detention reviews, the finding by the Court on three occasions that Mr. Charkaoui was still a danger to national security or the safety of any person or was unlikely to appear at a proceeding or for removal, and the evidence submitted by the latter since the first review, including the recent evidence, is Mr. Charkaoui still a danger to national security or the safety of any person, or is he unlikely to appear at a proceeding or for removal?

(2) Assuming that the danger has been neutralized and that, based on the most recent evidence, Mr. Charkaoui is not unlikely to appear at a proceeding or for removal,

#### Les questions en litige

[29] Il y a deux questions à trancher:

1) Tenant compte de la preuve présentée par les ministres dans le cadre des auditions tenues lors des quatre revues de la détention, de la détermination du tribunal à trois reprises que M. Charkaoui était toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi, et de la preuve de ce dernier présentée depuis la première révision y incluant la récente preuve, est-ce que M. Charkaoui demeure toujours un danger à la sécurité nationale ou à celle d'autrui ou se soustraira-t-il vraisemblablement à la procédure ou au renvoi?

2) Dans l'hypothèse où le danger est neutralisé et que M. Charkaoui ne se soustraira vraisemblablement pas à la procédure ou au renvoi à la lumière de la plus récente

should conditional release as provided for in section 85 and Division 6 [ss. 54-61] of the IRPA be considered?

## APPLICABLE LAW

### Standard of review

[30] In a detention review, the Court assesses the evidence on the basis of the reasonable grounds standard. At the time of the decision by the Ministers to issue a warrant for the arrest and detention of the person mentioned in the certificate, the said decision by the Ministers must be taken provided the latter have reasonable grounds to believe that the person in question is a danger to national security or the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal (see subsection 82(1) of the IRPA). It is logical to assume that in subsequent reviews by a designated judge, the same standard will be used. This is what was found in *Charkaoui I*, at paragraph 39, and what the Court of Appeal confirmed in *Charkaoui IV*, at paragraph 103, *per* Létourneau J.A.:

The “reasonable grounds” standard requires more than suspicions. It also requires more than a mere subjective belief on the part of the person relying on them. The existence of reasonable grounds must be established objectively, that is, that a reasonable person placed in similar circumstances would have believed that reasonable grounds existed, in the case of an arrest, to make the arrest: *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at page 250.

The reasonable grounds standard is the one applicable to reviewing the decision by the Ministers to issue an arrest warrant and to proceed to arrest the person concerned.

[31] However, at detention reviews every six months after the first review (provided for in subsection 83(2) of the IRPA), the designated judge must analyse the old and new evidence as he is in a better position to do so than the Ministers, since he has received new evidence from the parties. He does so by applying the same “reasonable grounds” standard, but this is similar to the balance of probabilities. In *Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32 (F.C.) (hereinafter *Charkaoui V*), this point was dealt with exhaustively in paragraphs 125, 126 and 128:

preuve, y a-t-il lieu d’envisager une libération avec conditions tel que le prévoit l’article 85 et la section 6 [art. 54 à 61] de la LIPR?

## LE DROIT APPLICABLE

### La norme de preuve

[30] Lors d’une revue de détention, la Cour évalue la preuve en tenant compte de la norme de preuve de motifs raisonnables. Au moment de la décision ministérielle d’émettre un mandat pour l’arrestation et la mise en détention de la personne visée par le certificat, ladite décision des ministres doit être prise en autant que ceux-ci ont des motifs raisonnables de croire que la personne visée constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou qu’il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi (voir paragraphe 82(1) de la LIPR). Il est logique de penser que lors de révisions subséquentes par un juge désigné, la même norme sera utilisée. C’est ce que le soussigné constatait dans *Charkaoui I* au paragraphe 39 et que la Cour d’appel sous la plume du juge Létourneau, J.C.A. confirmait dans *Charkaoui IV* au paragraphe 103:

La norme des «motifs raisonnables» requiert plus que des soupçons. Elle exige aussi plus qu’une simple croyance subjective de la part de celui qui les invoque. L’existence des motifs raisonnables doit être établie objectivement, c’est-à-dire qu’une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait cru à l’existence de motifs raisonnables, dans le cas d’une arrestation, de procéder à l’arrestation: *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, à la page 250.

La norme de preuve de motifs raisonnables est celle applicable pour la revue de la décision ministérielle d’émettre un mandat d’arrestation et de procéder à l’arrestation de la personne intéressée.

[31] Toutefois, lors de revues de détention à tous les six mois après la première révision (prévue au paragraphe 83(2) de la LIPR), le juge désigné doit analyser l’ancienne et la nouvelle preuve car il est en meilleure position pour le faire que les ministres, ayant reçu de la nouvelle preuve des parties. Il le fait en ayant recours à la même norme de «motifs raisonnables» mais celle-ci se rapproche de la prépondérance de la preuve. Dans l’arrêt *Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32 (C.F.) (ci-après *Charkaoui V*), ce sujet fut traité de façon exhaustive aux paragraphes 125, 126 et 128:

With respect, I believe that a designated judge assessing the reasonableness of a certificate or the necessity of continued detention could well be in a more advantageous position than the Ministers are in when they make the initial decisions. In addition to examining the information that the Ministers had when they made their decisions, the designated judge has access to any other evidence (paragraphs 78(d) and 78(e) of the IRPA), can hear and see witnesses called by the Ministers and the person concerned, can examine additional documentation that might even be unfavourable to the Ministers' case (*Ruby, supra*) and can hear each party's arguments at the hearing. At the request of a party, the designated judge can even receive into evidence anything he believes is appropriate, even if normally inadmissible, and may base the decision on that evidence (paragraph 78(j) of the IRPA). In short, depending on the evidence tendered, a designated judge may be in a better position than the Ministers were in when they made their decisions.

Parliament has chosen standards other than the preponderance of evidence standard because this is what national security demands. Cases involving national security must be approached differently from others. In this case, the security of Canada, the safety of its citizens and the protection of its democratic system are at stake. The state must therefore use extraordinary methods of protection and inquiry, as illustrated by the schemes established by the *Canadian Security Intelligence Service Act* and other statutes. Situations and entities that pose a threat to national security are often difficult to detect and are designed to strike where society is most vulnerable. Attacks against national security can have tragic consequences. People who pose a danger to national security are often on a "mission" for which they are prepared to die. They are difficult to identify and their borderless networks are often difficult to infiltrate. They strike when least expected. Where national security is involved, we must do everything possible to avert catastrophe. The emphasis must be on prevention. After all, the security of the state and the public are at stake. Once certain acts are perpetrated, it could be too late. In my opinion, national security is such an important interest that its protection warrants the use of standards other than the preponderance of evidence standard. Having said this, we will see that the "reasonableness" and "reasonable grounds to believe" standards comport [*sic*] requirements that come close to the preponderance of evidence standard.

Avec égards, j'estime que la situation dans laquelle le juge désigné se trouve lorsqu'il détermine le caractère raisonnable du certificat ou la nécessité de maintenir la détention peut s'avérer plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les ministres lorsqu'ils prennent les décisions initiales. Le juge désigné a l'avantage d'avoir examiné les renseignements que les ministres possédaient lors de leurs décisions tout en ayant la possibilité d'obtenir des renseignements supplémentaires (alinéas 78d) et 78e) de la LIPR), d'entendre et de voir les témoins produits par les ministres et par la personne concernée, d'avoir de la documentation additionnelle qui peut même être défavorable à la thèse des ministres (arrêt *Ruby*, précité) et d'entendre les arguments de chacune des parties lors de l'audience. À la demande de l'une des parties, le juge désigné peut même admettre en preuve tout élément normalement inadmissible qu'il juge utile et prendre en considération ces éléments dans sa décision (alinéa 78j) de la LIPR). Bref, selon la preuve présentée, le juge désigné peut se trouver dans une meilleure position que les ministres lorsqu'ils ont pris leurs décisions.

Le législateur a choisi des normes autres que la prépondérance de la preuve parce que c'est ce qui requiert la protection de la sécurité nationale. La façon dont doivent être abordées les questions liées à la sécurité nationale diffère de l'approche que l'on adopte face aux autres litiges de tous les jours. En l'espèce, les enjeux sont la sécurité de l'État et celle de ses citoyens, ainsi que la protection de notre système démocratique. L'État doit donc utiliser des moyens de protection et d'enquête qui sont hors de l'ordinaire, comme le démontre les régimes institués notamment en vertu de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Les situations et les entités qui menacent la sécurité nationale sont souvent difficilement détectables et ont pour objectif de frapper là où la société est la plus vulnérable. Les attentats à la sécurité nationale peuvent avoir des conséquences tragiques. Les personnes qui constituent une menace à la sécurité nationale ont souvent une «mission» pour laquelle elles sont prêtes à se sacrifier, elles sont difficilement identifiables et les réseaux sans frontière dont elles font partie sont très difficiles à percer. Elles frappent à des moments où on s'en attend le moins. Dans le domaine de la sécurité nationale, on doit tout faire pour tenter d'éviter la catastrophe. L'accent doit être mis sur la prévention. En effet, ce qui est en jeu, c'est notamment la sécurité de l'État et de sa population. Une fois certains gestes posés, il peut être trop tard. L'importance de l'intérêt en jeu, soit la sécurité nationale, me semble justifier le recours à des normes autres que la prépondérance de la preuve. Cela dit, comme nous le verrons, les normes du «caractère raisonnable» et des «motifs raisonnables de croire» comportent des exigences qui se rapprochent de la norme de la prépondérance de la preuve.

These standards do not require that the designated judge seek proof of the existence of the facts. Rather, they require that the judge analyse the evidence as a whole and determine whether it provides reasonable grounds to believe there are reasons justifying the inadmissibility, arrest warrant and continued detention. While the preponderance of the evidence is not the standard, there must nevertheless be a serious possibility that the facts exist based on reliable, credible evidence. In *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.), at paragraph 60, the standards contemplated in the IRPA are compared to the preponderance of evidence standard:

As for whether there were “reasonable grounds” for the officer’s belief, I agree with the Trial Judge’s definition of “reasonable grounds” (*supra*, at paragraph 27, page 658) as a standard of proof that, while falling short of a balance of probabilities, nonetheless connotes “a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence.” See *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (F.C.A.).

[32] As mentioned above, the logic followed in that judgment was affirmed by the Court of Appeal (see the quotation contained in paragraph 30 hereof).

[33] Accordingly, from the outset of the detention review and thereafter, the standard of review has been that of reasonable grounds to believe. It is on the basis of that standard that I will analyse the evidence to make the appropriate findings.

#### Legal duties arising from detention review (subsection 83(3) of the IRPA)

[34] The first detention review is subject to subsection 83(1) of the IRPA. Subsections 83(2) and (3) of the IRPA set out the basic duties applicable to subsequent appearances by the detainee. For the purposes of analysis, they are set out here:

83. . . .

(2) The permanent resident must, until a determination is made under subsection 80(1), be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review and at any other times that the judge may authorize.

(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

Ces normes n’exigent pas que le juge désigné recherche la preuve de l’existence des faits mais plutôt qu’il analyse l’ensemble de la preuve en se demandant si celle-ci permet d’avoir une croyance raisonnable qu’il existe des motifs justifiant l’interdiction de territoire, le mandat d’arrestation et le maintien de la détention. Bien que les normes ne soient pas la prépondérance de la preuve, il doit tout de même exister à la lumière d’éléments fiables et fondés, une possibilité sérieuse que ces faits existent. Dans l’arrêt *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.) au paragraphe 60, les normes prévues dans la LIPR sont comparés avec la prépondérance de la preuve:

Quant à savoir s’il existait des «motifs raisonnables» étayant la croyance de l’agent, je souscris à la définition que le juge de première instance donne à l’expression «motifs raisonnables» (affaire précitée, paragraphe 27, page 658). Il s’agit d’une norme de preuve qui, sans être une prépondérance des probabilités, suggère néanmoins «la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuve digne de foi». Voir *Le Procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.).

[32] Tel que mentionné précédemment, la logique suivie dans cette décision fut confirmée par la Cour d’appel (voir la citation contenue au paragraphe 30 de la présente).

[33] Donc, dès le début de la révision de la détention et par la suite, la norme de preuve est celle de motifs raisonnables de croire. C’est à la lumière de cette norme que le soussigné analysera la preuve dans le but de faire les déterminations appropriées.

#### Les obligations légales découlant d’une revue de la détention (paragraphe 83(3) de la LIPR)

[34] La première révision de détention est assujettie au paragraphe 83(1) de la LIPR. Les paragraphes 83(2) et 83(3) de la LIPR établissent les obligations de base applicables aux comparutions supplémentaires du détenu. Pour les fins de l’analyse, ils sont reproduits ici:

83. [. . .]

(2) Tant qu’il n’est pas statué sur le certificat, l’intéressé comparait au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle, ou sur autorisation du juge.

(3) L’intéressé est maintenu en détention sur preuve qu’il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou qu’il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

For the sake of completeness, I add the following subsection, 84(1): “The Minister may, on application by a permanent resident or a foreign national, order their release from detention to permit their departure from Canada”.

[35] The key function of the designated judge under subsection 83(3) is to analyse the evidence and decide whether the person concerned is still a danger to national security or the safety of any person or whether he or she is unlikely to appear at a proceeding or for removal. This requires evidence based on reasonable grounds. (For argument’s sake, it might be that the form of detention could change despite the existence of danger, but the point does not have to be dealt with in this proceeding. It will probably be the subject of another judgment.)

[36] The courts have previously had to discuss and interpret the phrase “danger to the security of Canada” in connection with the deportation provisions of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the old Act) and the application of section 53 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43]. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 90, the Supreme Court concluded:

... that a person constitutes a “danger to the security of Canada” if he or she poses a serious threat to the security of Canada, whether direct or indirect, and bearing in mind the fact that the security of one country is often dependent on the security of other nations. The threat must be “serious”, in the sense that it must be grounded on objectively reasonable suspicion based on evidence and in the sense that the threatened harm must be substantial rather than negligible.

There does not seem to be any reason whatever why this definition would not apply to subsection 83(3) of the IRPA, which uses similar wording, namely “danger to national security”.

[37] The other phrase in subsection 83(3), “danger . . . to the safety of any person”, does not appear to have been dealt with specifically. *Suresh*, makes a distinction at paragraph 84 between “danger to the security of Canada” and “danger to the public”, found in section 53 of the old Act. The latter concept is similar to the phrase

J’y ajoute à titre de complément le paragraphe suivant, 84(1): «[I]e Ministre peut, sur demande, mettre le résident permanent ou l’étranger en liberté s’il veut quitter le Canada».

[35] L’obligation clé du juge désigné, en vertu du paragraphe 83(3), est d’analyser la preuve et de déterminer si la personne intéressée constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou celle d’autrui ou encore si celle-ci évitera vraisemblablement la procédure ou le renvoi. Ceci nécessite une preuve sur la base de motifs raisonnables. (À titre d’argument, il se pourrait que la forme de détention puisse changer et ce, malgré la présence de danger mais le sujet n’a pas à être abordé dans le présent dossier. Ce sera probablement le sujet d’une autre décision.)

[36] Les Cours ont déjà eu à traiter et à interpréter l’expression «danger à la sécurité du Canada» dans le contexte des dispositions de l’expulsion sous le régime de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l’ancienne Loi) et l’application de l’article 53 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43] *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*. En effet, la Cour suprême dans l’arrêt, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 90, concluait:

[...] qu’une personne constitue un «danger pour la sécurité du Canada» si elle représente, directement ou indirectement, une grave menace pour la sécurité du Canada, et il ne faut pas oublier que la sécurité d’un pays est souvent tributaire de la sécurité d’autres pays. La menace doit être «grave», en ce sens qu’elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve, et en ce sens que le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable.

Il ne semble pas y avoir quelque raison que ce soit voulant que cette définition ne s’applique pas au paragraphe 83(3) de la LIPR qui se réfère à un vocabulaire semblable, c’est-à-dire «danger pour la sécurité nationale».

[37] L’autre expression du paragraphe 83(3), «danger pour [...] la sécurité d’autrui», ne semble pas avoir été traitée spécifiquement. L’arrêt *Suresh*, au paragraphe 84, fait une distinction entre «danger pour la sécurité du Canada» et «danger pour le public» que l’on retrouve à l’article 53 de l’ancienne Loi. Ce dernier concept

“danger . . . to the safety of any person” contained in subsection 83(3) of the IRPA. In *Suresh*, the Supreme Court limited the phrase “danger to the public” to persons who had been convicted of a serious offence.

[38] Having noted that, it appears that the concept “danger to any person”, for the purposes of a detention review, applies when the evidence discloses facts to support a serious likelihood of direct or indirect participation in the design and/or planning of terrorist activities. One of the purposes of Division 9 and paragraph 3(h) of the IRPA is “to protect the health . . . of Canadians and to maintain the security of Canadian society”. In order to carry out these obligations, it is important to be forewarned of situations which have a serious likelihood of occurrence, rather than to suffer the painful consequences of an actual occurrence. Danger to the safety of any person includes awareness before the act occurs, which in itself broadens the concept of “danger to the public” to more than persons who have been convicted of a serious offence. This seems to me to be the meaning that should be given to the phrase “danger . . . to the safety of any person” included in subsection 83(3) of the IRPA.

[39] The point which these two phrases have in common is determining whether the danger to national security or the safety of any person still exists. Parliament has asked the designated judge to analyse the evidence by considering whether the danger still exists. Accordingly, this means that it may exist at one moment and not at another. The designated judge must therefore weigh the evidence with this concern in mind. There is thus a possibility that danger may be imminent but subsequently be neutralized. It seems to the Court that this is what Parliament intended to be the role of the designated judge.

[40] The other phrase in subsection 83(3) of the IRPA that should be taken into account in analysing the evidence is whether the person in question “is unlikely to appear at a proceeding or for removal”. Use of the wording “*vraisemblablement*” in the French version and “is unlikely to appear” in the English indicates that Parliament intended a certain degree of probability, or improbability, to be taken into account

s’apparente à l’expression «danger pour [. . .] la sécurité d’autrui» que l’on retrouve au paragraphe 83(3) de la LIPR. La Cour suprême dans *Suresh*, limite l’expression «danger pour le public» aux personnes ayant été déclarées coupables d’un crime grave.

[38] Ayant noté ceci, il apparaît que la notion «danger pour autrui» pour les fins de révision de la détention, se concrétise lorsque la preuve révèle des faits appuyant la sérieuse possibilité de participation directe ou indirecte à la conceptualisation et/ou de planification d’activités terroristes. L’un des objectifs de la section 9 et de l’alinéa 3h) de la LIPR est «de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité». Dans le but d’assumer ces obligations, il est important de prévenir les situations qui peuvent sérieusement avoir lieu plutôt que de vivre les tristes conséquences de l’actualisation d’un tel événement. Le danger à la sécurité d’autrui inclut la possibilité de prévenir avant l’actualisation de l’acte, ce qui en soi, élargit le concept de «danger pour le public» à plus qu’aux personnes qui ont été trouvées coupables d’un crime grave. Ceci me semble être le sens à donner à l’expression «danger pour [. . .] la sécurité d’autrui» inclut au paragraphe 83(3) de la LIPR.

[39] Le point commun entre ces deux expressions est à savoir si le danger à la sécurité nationale ou celle d’autrui existe toujours. Le législateur demande au juge désigné d’analyser la preuve en s’interrogeant si le danger est toujours existant. Ceci veut donc dire qu’il peut exister à un certain moment et non à un autre moment. On exige donc que le juge désigné évalue la preuve avec cette préoccupation à l’esprit. Il y a donc possibilité qu’il y ait imminence d’un danger mais que par la suite, celui-ci soit neutralisé. Il me semble que c’est ce que le législateur entend du rôle du juge désigné.

[40] L’autre expression du paragraphe 83(3) de la LIPR à prendre en considération lors de l’analyse de la preuve est si la personne visée «se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi». L’utilisation du vocabulaire «vraisemblablement» dans la version française et de «*is unlikely to appear*» dans la version anglaise démontre que le législateur voulait qu’un certain degré de probabilité ou encore d’impro-

in weighing the evidence.

The possibility of imposing conditions for preventive purposes

[41] Section 85 of the IRPA reads as follows:

85. In the case of an inconsistency between sections 82 to 84 and the provisions of Division 6, sections 82 to 84 prevail to the extent of the inconsistency.

[42] Division 6 of the IRPA, under the heading “Detention and Release”, provides in subsection 58(3) for the possibility of release on conditions thought necessary, including a guarantee of compliance. The same point was discussed in *Charkaoui I*, at paragraph 66:

There is provision in subsection 58(3) of Division 6 of the Act (Detention and Release) for release with the posting of a guarantee for compliance. This division applies through section 85 of the Act, which states that in the case of an inconsistency between sections 82 to 84 and the provisions of Division 6, sections 82 to 84 prevail to the extent of the inconsistency. Thus, since sections 82 to 84 do not cover any terms that may be linked to a release prior to the hearing on the certificate, *a contrario*, that are not inconsistent on this specific point, subsection 58(3) may serve as a base reference on release and the conditions therefor.

The legislative situation has not altered since this provision was drafted, and no other argument was submitted to support reconsideration of the proposed approach.

[43] In considering a conditional release, the designated judge must be satisfied, on reasonable grounds, that the person concerned is not a danger to national security or the safety of any person. If there is a danger, he cannot consider release, even with exceptional conditions. He does not have that discretion. In *Charkaoui IV*, Létourneau J.A., concluding that the detention referred to in sections 82-84 of the IRPA was justified, noted at paragraphs 120 and 121:

Finally, the lack of discretion of the designated judge when there is a danger to national security or the safety of any person may be justified by the nature of the activities contemplated in section 34 of the IRPA, including terrorist activities.

babilité soit pris en considération dans le cadre de l'évaluation de la preuve.

La possibilité (ou non) d'envisager l'imposition de conditions pour fin de prévention

[41] L'article 85 de la LIPR se lit ainsi:

85. Les articles 82 à 84 l'emportent sur les dispositions incompatibles de la section 6.

[42] La section 6 de la LIPR sous le titre «Détenation et mise en liberté» prévoit au paragraphe 58(3) la possibilité d'une libération avec conditions estimées nécessaires y incluant une garantie d'exécution. Dans *Charkaoui I*, au paragraphe 66, le même sujet fut traité:

Une libération avec la remise d'une garantie d'exécution est prévue au paragraphe 58(3) de la section 6 de la Loi (Détenation et liberté). Cette section s'applique par le biais de l'article 85 de la Loi qui indique que les articles 82 à 84 l'emportent sur les dispositions incompatibles de la section 6. Donc, puisque les articles 82 à 84 ne couvrent pas les conditions pouvant se rattacher à une libération avant l'audition sur le certificat, *a contrario*, n'ayant pas d'incompatibilité sur ce point spécifique, le paragraphe 58(3) peut servir de référence de base sur la remise en liberté et ses conditions.

La situation législative n'a pas changé depuis la rédaction de ce texte ou encore aucun autre argument a été présenté pouvant permettre une réévaluation de la démarche proposée.

[43] Pour envisager une libération avec conditions, le juge désigné doit, sur la base de motifs raisonnables, être satisfait que la personne intéressée n'est pas un danger pour la sécurité nationale ou celle d'autrui. S'il y a danger, il ne peut pas envisager la libération, même avec des conditions hors de l'ordinaire. Il n'a pas cette discrétion. Dans *Charkaoui IV*, le juge Létourneau, J.C.A., tout en concluant que la détention prévue aux articles 82 à 84 de la LIPR était justifiée, précisait aux paragraphes 120 et 121:

Enfin, l'absence de discrétion du juge désigné lorsqu'il y a danger pour la sécurité nationale ou d'autrui peut se justifier par la nature des activités envisagées à l'article 34 de la LIPR, dont notamment les activités terroristes.



Whatever the case, the detention of a permanent resident awaiting the determination of the reasonableness of the security certificate issued against him is not an unjustified measure where there is proof of a danger to national security or that he might not appear at the proceedings taken against him.

[44] It is within this legal framework that I intend to analyse and make the appropriate findings.

#### Analysis

[45] In order to fully cover the issues arising from this detention review, I intend to answer the following questions:

- From the start of the proceedings to the finding on the third detention review, was there a danger to national security or the safety of any person, or was Mr. Charkaoui unlikely to appear at a proceeding or for removal, if applicable?

- In connection with the fourth detention review, is there still a danger to national security or the safety of any person, or is Mr. Charkaoui unlikely to appear at a proceeding or for removal, if applicable?

- If the danger has been neutralized, should preventive conditions be considered? If so, what are they?

#### Caution

[46] This analysis and the consequent findings are undertaken in light of the evidence submitted to date. I do not intend to decide on Mr. Charkaoui's credibility, which I will do when the hearing on the reasonableness of the certificate takes place and all the evidence has been presented. In order to answer the questions mentioned in paragraph 45, I intend to devote my analysis to the concept of "danger to national security" or "danger to the safety of any person" and whether it is likely that Mr. Charkaoui will appear at a proceeding or for removal, if necessary. A ruling on the reasonableness of the certificate will be made subsequently.

Quoiqu'il en soit, la détention d'un résident permanent en attente de la détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité émis contre lui n'est pas une mesure injustifiée lorsqu'il y a preuve d'un danger pour la sécurité nationale ou qu'il se soustraira aux procédures entreprises contre lui.

[44] C'est avec cette toile de fond à coloration juridique que j'entends analyser et faire les déterminations appropriées.

#### L'analyse

[45] Pour bien couvrir l'ensemble de la problématique découlant de la présente revue de la détention, j'entends répondre aux questions suivantes:

- Depuis le début des procédures jusqu'à la détermination concernant la troisième revue de la détention, y avait-t-il danger à la sécurité nationale ou à celle d'autrui ou encore, M. Charkaoui se serait-il vraisemblablement soustrait à la procédure ou au renvoi, s'il y a lieu?

- Dans le cadre de la quatrième revue de la détention, y-a-t-il toujours un danger à la sécurité nationale ou à celle d'autrui ou encore, M. Charkaoui se soustraira-t-il vraisemblablement à la procédure ou au renvoi, s'il y a lieu?

- Si le danger est neutralisé, y-a-t-il lieu d'envisager des conditions préventives? Dans l'affirmative, lesquelles?

#### Mise en garde

[46] La présente analyse et les déterminations faites en conséquence, le sont à la lumière de la preuve présentée à ce jour. Je n'ai pas l'intention de décider de la crédibilité de M. Charkaoui, ce que je ferai lorsque l'audition concernant la raisonabilité du certificat aura lieu et que toute la preuve aura été présentée. Pour répondre aux questions mentionnées au paragraphe 45, j'entends dédier mon analyse à la notion de «danger à la sécurité nationale» ou celle «d'autrui» et à la vraisemblance ou l'invraisemblance que M. Charkaoui se soustraira à la procédure ou au renvoi, si tel est le cas. La détermination sur la raisonabilité du certificat se fera ultérieurement.

From the start of the proceedings to the finding on the third detention review, was there a danger to national security or the safety of any person, or was Mr. Charkaoui unlikely to appear at a proceeding or for removal, if applicable?

[47] When the Ministers signed the warrant for the arrest and detention of Mr. Charkaoui, they did so not in order to lay charges or eventually secure a conviction, but to make an arrest and detention that would prevent events that might occur. This tool, given to the Ministers by Parliament pursuant to subsection 82(1) of the IRPA, is intended, *inter alia*, to “maintain the security of Canadian society” (see paragraph 3(1)(h), “Objectives—immigration”, of the IRPA), as well as national security. As we saw earlier, this decision is based on “reasonable grounds to believe”. In *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. 451 (F.C.A.), at paragraph 21, Létourneau J.A. himself characterized the detention as preventive:

Determining the dangerousness of a detained person generally involves a question of fact. The question of whether this dangerousness is sufficient to warrant preventive detention, that is, detention while awaiting a decision on the main issue . . . .

[48] Once this decision has been made, Parliament has provided for quick action by the courts through the Chief Justice of the Federal Court or a judge designated by him. The action must be taken within 48 hours of the start of the preventive detention, when the designated judge undertakes review of the reasons in support of continued detention (see subsection 83(1) of the IRPA). As indicated earlier, he makes his analysis and determination using the “reasonable grounds” standard (see paragraphs 29-32 hereof).

[49] Once this first determination upholds the detention, the designated judge must re-evaluate the preventive detention once every six months or by authorization, so long as he has not ruled on the certificate. He does this using the “reasonable grounds”

Depuis le début des procédures jusqu’à la détermination concernant la troisième revue de la détention, y avait-il danger à la sécurité nationale ou à celle d’autrui ou encore, M. Charkaoui se serait-il vraisemblablement soustrait à la procédure ou au renvoi, s’il y a lieu?

[47] Lors de la signature par les ministres du mandat pour l’arrestation et la mise en détention de M. Charkaoui, ceux-ci le faisaient non pas dans un but de porter des accusations ou encore éventuellement d’en arriver à une condamnation, mais plutôt de procéder à une arrestation et à une détention préventive d’événements qui pourraient survenir. Cet outil confié par le législateur aux ministres par l’entremise du paragraphe 82(1) de la LIPR a entre autres comme objectif de «garantir leur sécurité», soit celle des Canadiens (voir l’alinéa 3(1)h), «Objet en matière d’immigration» de la LIPR ainsi que la sécurité nationale. Tel que vu précédemment, cette décision se fait sur une base de motifs raisonnables de croire. Le juge Létourneau, J.C.A. dans *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 1 R.C.F. 451 (C.A.F.), au paragraphe 21 qualifiait lui-même la détention comme étant préventive:

La détermination de la dangerosité d’un détenu implique en général une question de fait. Celle de savoir si cette dangerosité est suffisante pour justifier une détention préventive, i.e. une détention en attente d’une décision sur une question principale [. . .]

[48] Une fois cette décision prise, le législateur a prévu l’intervention rapide du judiciaire par l’entremise du juge en chef de la Cour fédérale ou encore du juge qu’il a désigné. L’implication doit se faire dans les 48 heures suivant le début de la détention préventive lorsque le juge désigné entreprend le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention (voir le paragraphe 83(1) de la LIPR). Il fait son analyse et la détermination utilisant la norme des motifs raisonnables tel que vu précédemment (voir les paragraphes 29 à 32 de la présente).

[49] Une fois cette première détermination maintenant la détention, le juge désigné doit réévaluer la détention préventive une fois dans les six mois ou sur autorisation, tant qu’il n’aura pas statué sur le certificat. Il le fait en utilisant la norme de motifs raisonnables et en se

standard and considering whether the danger to national security or the safety of any person still exists, or whether the person concerned is unlikely to appear at a proceeding or for removal, if applicable.

[50] This is what has been done on three occasions since the preventive detention began. Each time, it has been determined that there were reasonable grounds to believe Mr. Charkaoui was still a danger to national security or the safety of any person or would try to avoid appearing at the proceeding and/or for removal (see *Charkaoui I*, paragraph 65; *Charkaoui II*, paragraphs 16, 17 and 18; *Charkaoui III*, paragraph 38).

[51] In *Charkaoui I*, I identified three concerns for Mr. Charkaoui that arose from the record and required explanations. Those concerns are:

- the respondent's life from 1992 to 1995 (in Morocco) and from 1995 to 2000 (in Canada), including his travels;
- the respondent's trip to Pakistan from February to July 1998;
- Mr. Charkaoui's contact with, *inter alia*, Mr. Abdelrazik, Mr. Mohammed, Mr. Atmani, Mr. Hannachi and Mr. Ouzghar.

I associated these concerns with the concept of danger to national security or the safety of any person or with the likelihood that Mr. Charkaoui would try to avoid appearing at a proceeding and/or for removal, if applicable.

[52] These concerns were not specifically addressed by Mr. Charkaoui at the first three detention reviews. He chiefly limited himself to submitting evidence requesting his release on conditions, including an amount as bail. Certain witnesses (Abdurahman Khadr (hereinafter Mr. Khadr), Mr. Ezzine, and so on) testified, but this testimony did not address all the concerns identified. Although asked to testify several times, Mr. Charkaoui refused to do so. The Court indicated that danger could not be assessed in a "vacuum" and urged the parties to participate fully (see *Charkaoui III*, paragraph 41). In *Charkaoui IV*, Létourneau J.A. took occasion to make

demandant si le danger à la sécurité nationale ou à celle d'autrui existe toujours ou encore si la personne intéressée se soustraira à la procédure ou au renvoi, s'il y a lieu.

[50] C'est ce que le soussigné a fait à trois reprises depuis le début de la détention préventive. À chaque fois, il a été déterminé qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Charkaoui était toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il tenterait d'éviter la procédure et/ou le renvoi (voir *Charkaoui I*, paragraphe 65; *Charkaoui II*, paragraphes 16, 17 et 18; *Charkaoui III*, paragraphe 38).

[51] Dès *Charkaoui I*, j'identifiais pour M. Charkaoui trois préoccupations qui découlaient du dossier et qui nécessitaient des explications. Ces préoccupations sont:

- la vie de l'intimé de 1992 à 1995 (au Maroc) et de 1995 à 2000 (au Canada) y incluant les voyages;
- le voyage de l'intimé au Pakistan de février à juillet 1998;
- les contacts de M. Charkaoui avec entre autres, M. Abdelrazik, M. Mohammed, M. Atmani, M. Hannachi, M. Ouzghar.

J'associais ces préoccupations à la notion de danger à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ou encore à la vraisemblance ou pas que M. Charkaoui tenterait d'éviter la procédure et/ou le renvoi, s'il y a lieu.

[52] Ces préoccupations ne furent pas abordées spécifiquement par M. Charkaoui lors des trois premières revues de la détention. Il s'est limité en grande partie à soumettre de la preuve demandant une libération avec conditions y incluant un montant à titre de caution. Certains témoins (Abdurahman Khadr (ci-après, M. Khadr), M. Ezzine, etc.) ont témoigné mais ces témoignages ne répondaient pas à l'ensemble des préoccupations identifiées. M. Charkaoui, bien qu'invité à plusieurs reprises à témoigner, refusait de le faire. La Cour informa qu'un danger ne s'évaluait pas dans un «vacuum» et invitait les parties à participer pleinement

the following comment on Mr. Charkaoui's testimony, at paragraph 16: "To date, the appellant has not deigned to do so", that is, has not deigned to testify.

[53] Moreover, how can a designated judge assess the existence of danger and the possibility of a conditional release if the person concerned does not tell him, *inter alia*, that he intends to comply with the conditions? How can a designated judge assess the trust which he must have in the person concerned in order to consider the possibility of a conditional release? In national security, the mere suggestion of conditions for release (including a colossal sum for bail) will not suffice. The designated judge must have all the information necessary at his disposal for him to be able to fully perform his function, taking into account the exceptional responsibility entrusted to him by Parliament.

[54] Taking into account the evidence at the disposal of the Court when the first three decisions were made, the question in issue (evaluation of the danger and so on), the burden duly discharged by the Ministers, and the limited relevant evidence submitted by Mr. Charkaoui for the purposes of a detention review, it could only be concluded that Mr. Charkaoui was still a danger to national security or the safety of any person or was unlikely to appear at a proceeding or for removal.

In connection with the fourth detention review, is there still a danger to national security or the safety of any person, or is Mr. Charkaoui unlikely to appear at a proceeding or for removal, if applicable?

[55] As was done in the past (see the *Charkaoui I*, *Charkaoui II* and *Charkaoui III* judgments), the Court has reviewed the documentary evidence submitted, including the sworn statements. The latter were largely limited to giving support to Mr. Charkaoui's cause and contributing a sum of money for bail. The signatories of these statements did not come only from the Muslim community in Montréal but also from the province of Quebec and elsewhere. This type of support came from

(voir *Charkaoui III*, paragraphe 41). Dans *Charkaoui IV*, le juge Létourneau, J.C.A. se permettait le commentaire suivant concernant le témoignage de M. Charkaoui au paragraphe 16: «À ce jour, l'appelant n'a pas daigné le faire»; i.e. n'a pas daigné témoigner.

[53] D'ailleurs, comment un juge désigné peut-il évaluer l'existence d'un danger et la possibilité d'une libération avec conditions si la personne intéressée ne l'informe pas, entre autres, qu'il entend respecter les conditions? Comment un juge désigné peut-il évaluer la confiance qu'il doit avoir à l'égard de la personne intéressée pour envisager une possibilité de libération avec conditions? En sécurité nationale, la simple suggestion de conditions pour fin de libération (y incluant une caution monétaire faramineuse) ne suffit pas. Le juge désigné doit avoir à sa disposition tous les éléments nécessaires pour pouvoir assumer pleinement son rôle en tenant compte des responsabilités exceptionnelles que le législateur lui a confiées.

[54] Tenant compte du moment où les trois premières décisions ont été prises de la preuve à la disposition de la Cour, de la question en litige (l'évaluation du danger, etc.), du fardeau dûment assumé par les ministres, du peu de preuve pertinente présentée par M. Charkaoui pour les fins d'une revue de détention, le soussigné ne pouvait que conclure que M. Charkaoui était toujours un danger à la sécurité nationale ou à celle d'autrui ou encore qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

Dans le cadre de la quatrième revue de la détention, y-a-t-il toujours un danger à la sécurité nationale ou à celle d'autrui ou encore, M. Charkaoui se soustraira-t-il vraisemblablement à la procédure ou au renvoi, s'il y a lieu?

[55] Comme il a été fait dans le passé (voir les décisions *Charkaoui I*, *Charkaoui II* et *Charkaoui III*), la Cour a révisé la preuve documentaire présentée y incluant les déclarations assermentées. Ces dernières se limitent en grande partie à accorder à M. Charkaoui un appui à sa cause et à contribuer un montant d'argent pour fin de caution. Les signataires de ces déclarations ne proviennent pas seulement de la communauté musulmane de Montréal mais aussi de la province de Québec et de

several walks of life, including the university, political, religious and trade union spheres. It came from all kinds of people. In short, part of the community indicated a measure of support for Mr. Charkaoui.

[56] The statements made by the Charkaoui family in general and the testimony of the father informed the Court of their full human and financial support and proposed a plan of supervision if conditional release was considered. Although it might be expected that the members of Mr. Charkaoui's family would rally around him in such circumstances, the fact remains that their persistence and devotion to the effort were edifying and entirely to the family's credit. There is potentially a peaceful, and possibly safe, sanctuary.

[57] The statement and testimony by Larbi Ouazzani demonstrated credibility and seriousness regarding the conditional release option. His answers reflected a trustworthiness and confidence which the Court must take into account. He is the largest financial contributor to the bail offered for Mr. Charkaoui.

[58] The presence in Court of Mr. Charkaoui's wife, whom he has known since 1989, and the fact that Mr. Charkaoui and his wife are the father and mother of two young children (aged 4 years, and 17 months) are facts which the Court cannot help but consider.

[59] For a better understanding of the sworn statements, the Court refers the reader to the analysis made in the *Charkaoui I*, *Charkaoui II* and *Charkaoui III* judgments.

[60] On the testimony by Mr. Ezzine, Mr. Khadr and other witnesses, I reserve comments, if necessary, for the determination of the reasonableness of the certificate.

[61] The testimony of Mr. Galianos, the polygraphist, is summarized in paragraphs 20-23 hereof.

l'extérieur. Ce type d'appui provient de plusieurs milieux, incluant les milieux universitaire, politique, religieux et syndical. Il provient de toute sorte de monde. Bref, une partie de la communauté indique un certain appui à M. Charkaoui.

[56] Les déclarations provenant de la famille Charkaoui en général ainsi que le témoignage du père informent la Cour de leur plein appui humain et monétaire, et proposent un plan de supervision si une libération avec conditions est envisagée. Bien qu'on puisse s'attendre à ce que les membres d'une famille se rallient en de telles circonstances, il demeure que leur persistance, leur dévouement dans la démarche sont édifiants et tout à l'honneur de la famille. On y retrouve potentiellement un sanctuaire de quiétude et possiblement de sécurité.

[57] La déclaration et les témoignages de M. Larbi Ouazzani démontrent de la crédibilité et du sérieux quant à l'option d'une libération avec conditions. Ses réponses reflétaient une confiance et une assurance que la Cour ne peut que prendre en considération. Il est le plus important contributeur monétaire à titre de caution offerte en faveur de M. Charkaoui.

[58] La présence à la Cour de l'épouse de M. Charkaoui, qu'il connaît depuis 1989, et le fait que M. Charkaoui et son épouse soient père et mère de deux jeunes enfants (âgés de quatre ans et de 17 mois) sont des faits en soi que la Cour ne peut que constater.

[59] Pour une meilleure compréhension de ces déclarations assermentées, la Cour réfère le lecteur à l'analyse qui a été faite dans les décisions *Charkaoui I*, *Charkaoui II* et *Charkaoui III*.

[60] En ce qui concerne les témoignages de M. Ezzine, M. Khadr et des autres témoins, le soussigné réserve ses commentaires, si nécessaires, pour les fins de la détermination concernant la raisonabilité du certificat.

[61] Quant au témoignage de M. Galianos, polygraphiste, celui-ci est résumé aux paragraphes 20 à 23 de la présente.

[62] However, the Court does not accept Mr. Galianos' testimony for the following reasons:

- The questions chosen did not reflect the concerns arising from the evidence as a whole. To take a simple example, it was not thought necessary to consider whether Mr. Charkaoui had in fact gone to Afghanistan, a matter of importance;
- The control question, which is essential to ensure some accuracy in the test, appeared to be insignificant in the circumstances and could not serve as the standard for the following questions;
- The conduct of the test, including the preparation, which is an important part, appears questionable. The Court notes that for reference purposes the witness referred only to notes on a slip of paper to explain what took place;
- The assessment of the witness' credibility in *Gauthier*, and *Services financiers DaimlerChrysler*, adds nothing to the situation;
- The limited knowledge of the medical aspects of the test (blood pressure, sweat glands, the effect which drugs might have on the test) as well as some of the more technical aspects of the test (ohms versus pH, whether pressure was measured in millimetres, and so on) might raise questions.

[63] In any case, in proceedings such as the one at bar, seeking to give a certain weight to this kind of testimony and to conclude from it that it corroborates the credibility to be given to Mr. Charkaoui's position or to his testimony, is clearly an improper delegation of the judge's function of deciding himself on the credibility to be given to the position of a party and to testimony. (See for other reasons the Supreme Court's position in *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, and in particular the comments by McIntyre J. for the majority.)

[64] At this point, Mr. Charkaoui's testimony (summarized in paragraphs 15-18 of this judgment) does not alter the decisions taken in the preceding three

[62] Cependant, la Cour ne retient pas le témoignage de M. Galianos pour les raisons suivantes:

- les questions choisies ne reflètent pas les préoccupations découlant de l'ensemble de la preuve. À titre de simple exemple, on n'a pas cru bon demander si M. Charkaoui était déjà allé en Afghanistan, sujet d'importance;
- la question contrôle, élément essentiel pour assurer une certaine véracité au test, apparaît non significative dans les circonstances et ne permet pas d'être la norme pour les questions à venir;
- le déroulement du test, y incluant la préparation, partie importante, m'apparaît discutable. La Cour note qu'à titre de référence, le témoin se référait qu'à de simple notes sur un bout de papier pour expliquer ce qui s'était passé;
- l'évaluation de la crédibilité du témoin faite dans les arrêts *Gauthier*, et *Services financiers DaimlerChrysler*, n'ajoute pas à la situation;
- le peu de connaissances concernant les aspects médicaux du test (la pression sanguine, les glandes sudoripares, l'effet que les drogues pourraient avoir sur l'examen) ainsi que sur certains des aspects plutôt techniques de l'examen (ohms versus ph, si la pression se mesurait en millimètres ou non, etc.) peut soulever des interrogations;

[63] De toute façon, dans le cadre des présentes procédures, vouloir donner un certain poids à ce genre de témoignage et d'en déduire qu'il corrobore la crédibilité à donner à la position de M. Charkaoui ou encore à son témoignage, est clairement une délégation inappropriée de la tâche du juge de décider lui-même de la crédibilité à accorder à la position d'une partie et à des témoignages. (Voir pour d'autres raisons la position de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, et en particulier les propos du juge McIntyre pour la majorité.)

[64] À ce moment-ci, le témoignage de M. Charkaoui (résumé aux paragraphes 15 à 18 de la présente décision) ne change pas les décisions prises lors des trois revues de

detention reviews. Having said that, and as mentioned above, I do not intend to decide here on the reasonableness of the certificate, only to determine whether Mr. Charkaoui is still a danger and is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

[65] His testimony enabled me to have a somewhat better understanding of the concerns identified earlier (see paragraph 51 hereof) and Mr. Charkaoui's position in response to those concerns. The Court will only be in a position to take a full and final position following the hearing on the reasonableness of the certificate.

[66] To repeat, the detention is a preventive one to guard against events which could threaten national security or the safety of any person, or to ensure the presence of the person concerned at proceedings and/or for removal, if applicable.

[67] Detention reviews are questions of fact peculiar to each situation. In the case at bar, the imprisonment, the passage of time, the media attention to the proceedings, the presence of the family, the community support, and the testimony of the person concerned are examples of situations to be taken into account in assessing whether a danger still exists or whether it is likely the person will not appear at a proceeding and/or for removal, if applicable.

[68] Mr. Charkaoui has been in preventive detention since May 21, 2003. Twenty-one months have elapsed and the second anniversary of his arrest is not far off. During this period, his contacts with the outside world have been extremely limited and his comings and goings have been limited to the prison setting. If a danger was imminent, it goes without saying it has been neutralized as a result.

[69] Further, his contacts with certain individuals before his arrest, which could have been problematic at that time as such, should no longer be so. Certain contacts have been interrupted for about 21 months, which should neutralize what should be neutralized.

détention précédentes. Ayant dit ceci et tel que mentionné précédemment, mon intention n'est pas de décider par la présente de la raisonabilité du certificat mais seulement de déterminer si M. Charkaoui demeure toujours un danger et s'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

[65] Son témoignage a permis au soussigné de comprendre un peu mieux les préoccupations identifiées précédemment (voir le paragraphe 51 de la présente) et la position de M. Charkaoui en réponse à ces préoccupations. Ce n'est que suite à l'audition sur la raisonabilité du certificat que la Cour sera en position de prendre position de façon complète et définitive.

[66] À titre de rappel, il s'agit d'une détention préventive d'événements qui pourraient mettre en péril la sécurité nationale ou celle d'autrui ou qui permettrait encore d'assurer la présence de la personne intéressée lors des procédures et/ou au renvoi, si tel est le cas.

[67] Les revues de détention sont des questions de faits propre à chaque situation. Dans notre cas, l'incarcération, le passage du temps, la médiatisation des procédures la présence de la famille, le ralliement de la communauté et le témoignage du principal intéressé, sont des exemples de situations à prendre en considération lorsqu'on a à évaluer si un danger existe toujours ou encore s'il est vraisemblable qu'une personne se soustraira à la procédure et/ou au renvoi, si tel est le cas.

[68] M. Charkaoui est détenu de façon préventive depuis le 21 mai 2003. Vingt et un mois se sont écoulés et le deuxième anniversaire de son arrestation pointe à l'horizon. Pendant cette période, ses contacts furent extrêmement limités avec le monde extérieur et ses allées et venues étaient limitées à l'institution carcérale. S'il y avait imminence d'un danger, il va de soi qu'il est neutralisé en conséquence.

[69] De plus, ses contacts avec certains individus avant son arrestation et qui pouvaient être en soi problématiques à ce moment-là ne devraient plus l'être. Il y a eu interruption de certains contacts pendant environ 21 mois, ce qui devrait neutraliser ce qui devrait l'être.

[70] Mr. Charkaoui's journeys have ceased since his last voyage to Morocco, ending in January 2001. If the journeys were a source of concern, they should no longer be so as he has not travelled for over four years.

[71] The presence of Mr. Charkaoui's father and mother and of his wife and two children on the same floor in an apartment building is a situation to be taken into account.

[72] The media attention given to the proceeding and to Mr. Charkaoui means that his conduct in public will have to be exemplary and above suspicion.

[73] The support given to him by part of the community requires Mr. Charkaoui to act so as not to disappoint them.

[74] If Parliament intended the designated judge to assess whether there was still any danger, it also imposed an assessment of how the danger might evolve. The imminence of danger may decline with the passage of time.

[75] That is my finding. The danger to national security and the safety of any person has decreased with the passage of time and the interaction of the group of circumstances mentioned above. I would even say that at the time of this assessment, the danger has been neutralized.

[76] As regards his attendance at proceedings and/or for removal (if necessary), I conclude that for the reasons mentioned above it is unlikely he would not appear at the proceeding and/or for removal. I would add that the family presence (father, mother, wife and two children) is, as we know from everyday life, an engaging and absorbing aspect of personal affairs. Mr. Charkaoui's testimony on this point was useful to me.

[77] In summary, considering the evidence as a whole, I conclude on the basis of "reasonable grounds to believe" that the danger associated with Mr. Charkaoui has been neutralized and it is not unlikely that he will not appear at a proceeding and/or for removal (if necessary). This is what subsection 83(3) requires of the designated

[70] Les voyages de M. Charkaoui sont terminés depuis son dernier voyage au Maroc se terminant en janvier 2001. Si ceux-ci étaient source de préoccupation, ils ne devraient plus l'être car il n'a pas voyagé depuis plus de quatre ans.

[71] La présence du père et de la mère de M. Charkaoui ainsi que de son épouse et de ses deux enfants sur un même étage dans un immeuble à plusieurs logis est une situation à prendre en considération.

[72] La médiatisation de la procédure et de M. Charkaoui assujettit ce dernier à avoir dans le public un comportement exemplaire au-dessus de tout soupçon.

[73] Le ralliement d'une partie de la communauté à son égard oblige M. Charkaoui à se comporter de telle façon qu'il ne décevra pas.

[74] Si le législateur voulait que le juge désigné évalue s'il y avait toujours un danger, il imposait donc une évaluation de l'évolution du danger. De l'imminence d'un danger, il se peut que celui-ci décline avec le passage du temps.

[75] C'est la détermination que je fais. Le danger à la sécurité nationale et à celle d'autrui s'est atténué avec le passage du temps et l'interaction d'un concours de circonstances mentionné ci-haut. Je dirais même que le danger est neutralisé au moment de la présente évaluation.

[76] Concernant sa présence lors des procédures et/ou du renvoi (si tel est le cas), je conclus qu'il est invraisemblable qu'il se soustraira à la procédure et/ou au renvoi pour les raisons mentionnées ci-haut. J'ajoute que la présence familiale (père, mère, épouse et ses deux enfants) est un élément humain impliquant et attachant que la vie de tous les jours enseigne. Le témoignage de M. Charkaoui fut utile pour le soussigné sur ce point.

[77] Sommairement, ayant à l'esprit la preuve dans son ensemble, je conclus sur une base de motifs raisonnables de croire que le danger associé à M. Charkaoui est neutralisé et qu'il ne se soustraira vraisemblablement pas à la procédure et/ou au renvoi, (si tel est le cas). C'est ce que le paragraphe 83(3) requiert



judge in a detention review. In order to ensure that the danger continues to be neutralized, I invite the reader to read the following.

If the danger has been neutralized, should preventive conditions be considered? If so, what are they?

[78] The Court has already mentioned that it was reserving a ruling on the reasonableness of the certificate and this could not be done before the end of the scheduled hearings, once all the evidence has been submitted. At this point, the Court limits its conclusions to the questions of danger and of appearance when proceedings are held, as well as, if necessary, for removal. As it has not heard all the evidence, and to ensure continued neutralization of the danger, the Court intends to impose conditions most of which are accepted by Mr. Charkaoui. In the opinion of the Court, the conditions are preventive. This is not the first such occasion. In *Suresh (Re)*, [1998] F.C.J. No. 385 (T.D.) (QL), my brother Teitelbaum J. released Mr. Suresh on conditions after validating the Ministers' certificate.

[79] At the hearing, indicating that I was putting forward a hypothesis, I asked counsel to agree on conditions to suggest to the Court if the latter concluded that release was appropriate.

[80] The parties did not agree and each submitted his conditions.

[81] After indicating that Mr. Charkaoui was still a danger, the Ministers told the Court that the conditions they were suggesting would not suffice to design an adequate supervision plan, that would make it possible to ensure there was no danger to national security. The conditions they were proposing accordingly vary between remaining in the apartment except for medical emergencies or attendance at court, and prohibiting Mr. Charkaoui and immediate members of his family from using means of communication.

[82] On the other hand, Mr. Charkaoui considered that certain conditions submitted by the Ministers amounted to house arrest, which infringed his personal dignity, unnecessarily threatened his private life, his liberty and

du juge désigné lors d'une revue de la détention. Dans le but de s'assurer que le danger demeure neutralisé, le soussigné invite le lecteur à lire ce qui suit.

Si le danger est neutralisé, y-a-t-il lieu d'envisager des conditions préventives? Dans l'affirmative, lesquelles?

[78] La Cour a déjà mentionné qu'elle réservait la détermination de la raisonabilité du certificat et ceci ne pourra pas être fait avant la fin des auditions prévues, une fois que toute la preuve aura été déposée. À ce moment-ci, la Cour limite ses conclusions aux questions du danger et de la présence lors de l'actualisation des procédures et si nécessaire, au renvoi. N'ayant pas entendu toute la preuve et dans le but d'assurer une continuation de neutralité associée au danger, la Cour entend imposer des conditions dont la très grande partie est acceptée par M. Charkaoui. Ces conditions sont pour le soussigné des conditions préventives. Ceci n'est pas une première. Dans l'arrêt *Suresh (Re)*, [1998] A.C.F. n° 385 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), mon collègue le juge Teitelbaum avait libéré M. Suresh avec conditions et ce, après avoir validé l'attestation des ministres.

[79] Lors de l'audition, le soussigné, en indiquant qu'il s'agissait d'une hypothèse, a demandé aux avocats de s'entendre sur des conditions à suggérer à la Cour si celle-ci concluait qu'une libération était de mise.

[80] Les parties ne se sont pas entendues et chacune a soumis ses conditions.

[81] Après avoir indiqué que M. Charkaoui était toujours un danger, les ministres ont informé la Cour que les conditions qu'ils suggéraient ne suffiraient pas à conceptualiser un plan de supervision suffisant, qui permettrait d'assurer l'absence de danger pour la sécurité nationale. Les conditions qu'ils proposent varient donc entre demeurer dans l'appartement sauf pour urgence médicale ou présence à la Cour et l'interdiction à M. Charkaoui et les membres immédiats de la famille d'utiliser les moyens de communication.

[82] En contrepartie, M. Charkaoui considère que certaines conditions soumises par les ministres équivalent à une détention à domicile, portant atteinte à sa dignité humaine, mettant en péril sans nécessité la vie

the dignity of third parties against whom no allegation or charge had been made, and deprived his family of tools of communication necessary for life.

[83] By the combined effect of section 85 and subsection 58(3) of the IRPA and its regulations, the Court must make a decision and select the preventive conditions to attach to Mr. Charkaoui's release, taking into account the conclusion that the danger has been neutralized, but also with the purpose of ensuring that such neutrality should continue, subject to a final determination on the reasonableness of the certificate to be made later.

[84] In the event that a conditional release was the Court's conclusion, the Ministers asked for a hearing pursuant to paragraph 78(e) of the IRPA, and counsel for Mr. Charkaoui objected, arguing that paragraph 78(e) did not apply. In a teleconference call with counsel for the parties, the objection was dismissed on the basis that subsection 83(1) of the IRPA authorizes such a hearing, Parliament having provided that section 78 applied to control of the detention "with any modifications that the circumstances require". In arriving at a ruling on the conditions, I have taken into account the concerns relating to national security raised by the Ministers.

[85] Mr. Charkaoui may be released provided he accepts in writing each of the conditions set out below and acknowledges that the breach of any one of the conditions will result in his detention. The document to be signed by Mr. Charkaoui will be prepared by his counsel and submitted to the Ministers for their prior approval. If agreement is not reached, an application may be made to the Court for decision. The release shall not take place until the document has been signed and filed in court. If necessary, the Court will sign an order to that effect. The conditions may be revised on request, depending on the circumstances.

[86] The preventive conditions are as follows:

1. Bail in the amount of \$50,000, \$25,000 of which will be entered in the Registry of the Court before release and \$25,000 will be deposited by March 31, 2005 at the latest, pursuant to rule 149 of the *Federal Courts Rules*,

privée, la liberté et la dignité de tiers qui ne sont visés par aucun reproche ni aucune accusation, et privent la famille d'outils de communication nécessaires à la vie.

[83] Par l'interaction de l'article 85 et du paragraphe 58(3) de la LIPR et ses règlements, la Cour doit trancher et choisir les conditions préventives à être associées à la libération de M. Charkaoui. Elle le fait en tenant compte de la conclusion de neutralité du danger mais aussi en ayant à l'esprit l'objectif que cette neutralité demeure, le tout sujet à une détermination finale concernant la raisonnablement du certificat qui se fera plus tard.

[84] Dans l'hypothèse où la mise en liberté avec conditions était la conclusion du tribunal, les ministres ont demandé une audition selon l'alinéa 78e) de la LIPR et les avocates de M. Charkaoui s'y sont objectées prétendant que l'alinéa 78e) ne s'appliquait pas. Lors d'une conférence téléphonique avec les avocats des parties, l'objection fut rejetée sur la base que le paragraphe 83(1) de la LIPR autorisait une telle audition, le législateur ayant prévu que l'article 78 s'appliquait au contrôle de la détention «avec les adaptations nécessaires». Pour en arriver à la détermination des conditions, j'ai pris en considération les préoccupations reliées à la sécurité nationale soulevées par les ministres.

[85] M. Charkaoui pourra être libéré en autant qu'il accepte par écrit chacune des conditions énoncées ci-après et qu'il reconnaisse que le bris de l'une des conditions enclenche sa détention. Le document à être signé par M. Charkaoui sera préparé par ses avocates et soumis aux ministres pour leur accord préalable. S'il y a désaccord, sur demande, la Cour sera appelée à trancher. La libération ne pourra pas avoir lieu avant que le document soit signé et déposé à la Cour. Si nécessaire, la Cour signera une ordonnance à cet effet. Les conditions pourront être révisées sur demande selon les circonstances.

[86] Les conditions préventives sont les suivantes:

1. Une caution au montant de 50 000 \$ dont 25 000 \$ doivent être déposés au greffe de la Cour avant la mise en libération et 25 000 \$ à être déposés au plus tard le 31 mars 2005, le tout conformément à la règle 149 des

SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2). If this order is breached, the amount will become payable to the Attorney General of Canada following an order by the Court.

2. Residing at — (the address is deleted to give the family as much privacy as possible) with his wife and children and being at that address between 8:30 p.m. and 8:00 a.m. each day of the week, except for a medical emergency in his family. If Mr. Charkaoui has to be away from the apartment during the hours permitted, he must be accompanied at all times by his father or mother or by Larbi Ouazzani. The latter and Mohammed Charkaoui (Mr. Charkaoui's father) will have the responsibility for and supervision of Mr. Charkaoui and will have to ensure that he complies fully with the preventive conditions of release. Before Mr. Charkaoui is released, they will each be required to sign a document in which they accept responsibility. This document will be drawn up by Mr. Charkaoui's counsel and must be approved by the Ministers, and the document will then be deposited with the Court Registry. If the parties do not agree, the Court will intervene on application. At the end of each month, they will be required to file a report in the Court Registry. They may be requested to report to the Court on their supervision. Counsel for Mr. Charkaoui may accompany him outside in order to prepare him for any hearings before the Court.

3. Mr. Charkaoui must not directly or indirectly use a cellular telephone or computer of any kind, including hand-held message terminals such as the Blackberry, fax machines, pagers and portable transceivers. However, he may use a conventional telephone, but only the one at his apartment.

4. At the Ministers' request, an electronic monitoring device bracelet (GPS) will be worn by Mr. Charkaoui.

5. Mr. Charkaoui will allow employees of the Canada Border Services Agency or any peace officer access to his residence at any time.

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2). S'il y a bris à la présente ordonnance, ce montant deviendra payable au procureur général du Canada suite à une ordonnance de la Cour;

2. Demeurer au — (l'adresse est retirée pour donner dans la mesure du possible, une vie privée à la famille) avec son épouse et ses enfants et s'y trouver obligatoirement entre 20h30 et 8h00 et ce, chaque jour de la semaine sauf pour urgence médicale de sa famille. Si M. Charkaoui doit être à l'extérieur de l'appartement pendant les heures permises, il doit être constamment accompagné de son père ou de sa mère ou encore, de M. Larbi Ouazzani. Ce dernier ainsi que M. Mohammed Charkaoui (le père de M. Charkaoui) auront la responsabilité et la supervision de M. Charkaoui et devront s'assurer qu'il respecte intégralement les conditions préventives de la libération. Avant que M. Charkaoui soit libéré, ils devront chacun signer un document dans lequel ils acceptent les responsabilités. Ce document sera préparé par les avocates de M. Charkaoui et devra être approuvé par les ministres, et par la suite le document devra être déposé au greffe de la Cour. Si les parties ne s'entendent pas, sur demande, la Cour interviendra. Ils devront obligatoirement déposer au greffe de la Cour un rapport à chaque fin de mois. Ceux-ci pourront être appelés à rendre compte à la Cour de leur supervision. Les avocates de M. Charkaoui pourront l'accompagner à l'extérieur aux fins de le préparer pour toutes audiences devant la Cour;

3. M. Charkaoui ne doit pas utiliser directement ou indirectement de téléphone cellulaire ou encore d'ordinateur, de quel que type que ce soit, notamment des terminaux de messagerie comme le Blackberry, des télécopieurs, des télé-avertisseurs, et des émetteur-récepteurs portatifs. Toutefois, il pourra utiliser le téléphone conventionnel mais seulement celui de son appartement;

4. À la demande des ministres, un bracelet offrant des fonctions GPS (electronic monitoring device) devra être porté par M. Charkaoui;

5. M. Charkaoui permettra en tout temps l'accès de son domicile aux employés de l'Agence des services frontaliers du Canada ou à tout agent de la paix;

6. Mr. Charkaoui undertakes to be present at hearings of the Court and at any place determined for removal (if applicable).

7. Before release, Mr. Charkaoui will surrender his passport and any other travel document to an officer of the Canada Border Services Agency. The Ministers will inform him as to the name of such officer.

8. Mr. Charkaoui undertakes not to possess any weapon, imitation weapon or explosive and chemical substances.

9. When he goes out, Mr. Charkaoui undertakes not to leave the island of Montréal.

10. Mr. Charkaoui undertakes not to communicate directly or indirectly with the following persons:

- Abousofiane Abdelrazik;
- Raouf Hannachi;
- Samir Ait Mohammed;
- Abdellah Ouzghar;
- Karim Saïd Atmani;
- the Ottawa individual known as "Abdeslam the Canadian";
- any person with a criminal record.

This list may be amended by the parties on application to the Court. Further, Mr. Charkaoui shall not knowingly associate with any persons who represent a threat to national security. It goes without saying that Mr. Charkaoui's counsel may communicate with such persons in preparing the Court record, if necessary.

11. Mr. Charkaoui undertakes to keep the peace and to be of good conduct.

12. Mr. Charkaoui acknowledges that if he does not observe each of the preventive conditions, he will again be incarcerated following an order by the Court.

6. M. Charkaoui s'engage à être présent lors des auditions de la Cour et à l'endroit déterminé pour fin de renvoi (si tel est le cas);

7. M. Charkaoui, avant sa libération, devra remettre son passeport ainsi que tout autre document de voyage à un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada. Les ministres l'informeront du nom de cet agent;

8. M. Charkaoui s'engage à ne pas être en possession d'une arme, d'une imitation d'arme ou de substances explosives et chimiques;

9. Lors des sorties, M. Charkaoui s'engage à ne pas quitter l'île de Montréal;

10. M. Charkaoui s'engage à ne pas communiquer directement ou indirectement avec les personnes suivantes:

- Abousofiane Abdelrazik;
- Raouf Hannachi;
- Samir Ait Mohammed;
- Abdellah Ouzghar;
- Karim Saïd Atmani;
- l'individu d'Ottawa connu sous le nom de «Abdeslam le Canadien»; et,
- toute personne ayant un casier judiciaire;

Cette liste pourra être amendée par les parties sur demande à la Cour. De plus, M. Charkaoui ne devra pas s'associer avec toutes personnes qui représentent une menace à la sécurité nationale et ce, en connaissance de cause. Il va de soi que les avocates de M. Charkaoui pourront communiquer avec ces personnes pour la préparation du dossier de Cour, s'il y a lieu;

11. M. Charkaoui s'engage à garder la paix et à avoir une bonne conduite;

12. M. Charkaoui reconnaît que s'il ne respecte pas chacune des conditions préventives, il sera à nouveau détenu suite à une ordonnance de la Cour;

13. The preventive conditions may be amended, depending on the circumstances, at the parties' request. However, the Court reserves the right at any time to cancel the release and preventive conditions if circumstances warrant, and more particularly, if necessary, after the decision on the reasonableness of the certificate (if applicable) or that on the legality of the Minister's decision. Having said that, the Court will review the preventive conditions at a hearing every three months, and the period for review may change with time.

14. Mr. Charkaoui will be required to report at a specific place once a week (or more often) to an officer of the Border Services Agency to be identified.

15. Before taking a decision on a change of address, Mr. Charkaoui will discuss the matter with the Court. Leave may subsequently be considered.

16. A breach of this order will constitute an offence within the meaning of section 127 [as am. by R.S.C., 1985 (1st supp.), c. 27, s. 185] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

[87] The Court reserves jurisdiction following determination of the reasonableness of the certificate (if applicable) and the legality of the Minister's decision.

[88] The Ministers may request a hearing in the absence of Mr. Charkaoui and his counsel if review of information or evidence is necessary, and the disclosure of the latter might threaten national security or the safety of any person, pursuant to paragraph 78(d) of the IRPA.

FOR THESE REASONS, THE COURT MAKES THE FOLLOWING ORDER:

- Mr. Charkaoui is released provided he signs a document to be prepared by Mr. Charkaoui's counsel and approved by counsel for the Ministers, in which he undertakes to comply with each of the preventive conditions, and certain of them are met before release. The preventive conditions are the following:

13. Les conditions préventives peuvent être amendées selon les circonstances sur demande des parties. Toutefois, la Cour se réserve le droit à tout moment d'annuler la libération et les conditions préventives si les circonstances le justifient et de façon plus précise, si nécessaire, après la décision concernant la raisonabilité du certificat (s'il y a lieu) ou celle au sujet de la légalité de la décision du ministre. Ayant dit ceci, le soussigné révisera en audition à chaque trois mois les conditions préventives, le délai de révision pourra changer avec le temps;

14. M. Charkaoui devra se présenter à un endroit déterminé, une fois la semaine (ou plus) à l'agent de l'Agence des services frontaliers à être identifié;

15. Avant de prendre une décision concernant un changement d'adresse, M. Charkaoui devra en discuter avec la Cour. Par la suite, une autorisation pourra être envisagée;

16. Un bris à la présente ordonnance constitue une infraction au sens de l'article 127 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 185] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

[87] Le soussigné réserve sa juridiction suite à la détermination de la raisonabilité du certificat (s'il y a lieu) et celle concernant la légalité de la décision du ministre.

[88] Les ministres pourront demander une audience en l'absence de M. Charkaoui et de ses avocates si l'examen de renseignements ou éléments de preuve est requis et que la divulgation de ceux-ci porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, le tout selon l'alinéa 78d) de la LIPR.

POUR CES MOTIFS, LA COUR ORDONNE CE QUI SUIVIT:

- M. Charkaoui soit mis en liberté en autant qu'il signe un document à être préparé par les avocates de M. Charkaoui et approuvé par les avocats des ministres dans lequel il s'engage à respecter chacune des conditions préventives et que certaines de celles-ci soient actualisées avant sa libération. Les conditions préventives sont les suivantes:

1. Bail in the amount of \$50,000, \$25,000 of which will be entered in the Registry of the Court before release and \$25,000 will be deposited by March 31, 2005 at the latest, pursuant to rule 149 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2). If this order is breached, the amount will become payable to the Attorney General of Canada following an order by the Court.
  2. Residing at — (the address is deleted to give the family as much privacy as possible) with his wife and children and being at that address between 8:30 p.m. and 8:00 a.m. each day of the week, except for a medical emergency in his family. If Mr. Charkaoui has to be away from the apartment during the hours permitted, he must be accompanied at all times by his father or mother or by Larbi Ouazzani. The latter and Mohammed Charkaoui (Mr. Charkaoui's father) will have the responsibility and supervision of Mr. Charkaoui and will have to ensure that he complies fully with the preventive conditions of release. Before Mr. Charkaoui is released, they will each be required to sign a document in which they accept responsibility. This document will be drawn up by Mr. Charkaoui's counsel and must be approved by the Ministers, and the document will then be deposited with the Court Registry. If the parties do not agree, the Court will intervene on application. At the end of each month, they will be required to file a report in the Court Registry. They may be requested to report to the Court on their supervision. Counsel for Mr. Charkaoui may accompany him outside in order to prepare him for any hearings before the Court.
  3. Mr. Charkaoui must not directly or indirectly use a cellular telephone or computer of any kind, including hand-held message terminals such as the Blackberry, fax machines, pagers and portable transceivers. However, he may use a conventional telephone, but only the one at his apartment.
1. Une caution au montant de 50 000 \$ dont 25 000 \$ doivent être déposés au greffe de la Cour avant la mise en libération et 25 000 \$ à être déposés au plus tard le 31 mars 2005, le tout conformément à la règle 149 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2). S'il y a bris à la présente ordonnance, ce montant deviendra payable au procureur général du Canada suite à une ordonnance de la Cour;
  2. Demeurer au — (l'adresse est retirée pour donner dans la mesure du possible, une vie privée à la famille) avec son épouse et ses enfants et s'y trouver obligatoirement entre 20h30 et 8h00 et ce, chaque jour de la semaine sauf pour urgence médicale de sa famille. Si M. Charkaoui doit être à l'extérieur de l'appartement pendant les heures permises, il doit être constamment accompagné de son père ou de sa mère ou encore, de M. Larbi Ouazzani. Ce dernier ainsi que M. Mohammed Charkaoui (le père de M. Charkaoui) auront la responsabilité et la supervision de M. Charkaoui et devront s'assurer qu'il respecte intégralement les conditions préventives de la libération. Avant que M. Charkaoui soit libéré, ils devront chacun signer un document dans lequel ils acceptent les responsabilités. Ce document sera préparé par les avocates de M. Charkaoui et devra être approuvé par les ministres, et par la suite le document devra être déposé au greffe de la Cour. Si les parties ne s'entendent pas, sur demande, la Cour interviendra. Ils devront obligatoirement déposer au greffe de la Cour un rapport à chaque fin de mois. Ceux-ci pourront être appelés à rendre compte à la Cour de leur supervision. Les avocates de M. Charkaoui pourront l'accompagner à l'extérieur aux fins de le préparer pour toutes audiences devant la Cour;
  3. M. Charkaoui ne doit pas utiliser directement ou indirectement de téléphone cellulaire ou encore d'ordinateur, de quel que type que ce soit, notamment des terminaux de messagerie comme le Blackberry, des télécopieurs, des télé-avertisseurs, et des émetteur-récepteurs portatifs. Toutefois, il pourra utiliser le téléphone conventionnel mais seulement celui de son appartement;

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>4. At the Ministers' request, an electronic monitoring device bracelet (GPS) will be worn by Mr. Charkaoui.</p> <p>5. Mr. Charkaoui will allow employees of the Canada Border Services Agency or any peace officer access to his residence at any time.</p> <p>6. Mr. Charkaoui undertakes to be present at hearings of the Court and at any place determined for removal (if applicable).</p> <p>7. Before release, Mr. Charkaoui will surrender his passport and any other travel document to an officer of the Canada Border Services Agency. The Ministers will inform him as to the name of such officer.</p> <p>8. Mr. Charkaoui undertakes not to possess any weapon, imitation weapon and explosive and chemical substances.</p> <p>9. When he goes out, Mr. Charkaoui undertakes not to leave the island of Montréal.</p> <p>10. Mr. Charkaoui undertakes not to communicate directly or indirectly with the following persons:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Abousofiane Abdelrazik;</li> <li>- Raouf Hannachi;</li> <li>- Samir Ait Mohammed;</li> <li>- Abdellah Ouzghar;</li> <li>- Karim Saïd Atmani;</li> <li>- the Ottawa individual known as "Abdeslam the Canadian";</li> <li>- any person with a criminal record.</li> </ul> | <p>4. À la demande des ministres, un bracelet offrant des fonctions GPS (electronic monitoring device) devra être porté par M. Charkaoui;</p> <p>5. M. Charkaoui permettra en tout temps l'accès de son domicile aux employés de l'Agence des services frontaliers du Canada ou à tout agent de la paix;</p> <p>6. M. Charkaoui s'engage à être présent lors des auditions de la Cour et à l'endroit déterminé pour fin de renvoi (si tel est le cas);</p> <p>7. M. Charkaoui, avant sa libération, devra remettre son passeport ainsi que tout autre document de voyage à un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada. Les ministres l'informeront du nom de cet agent;</p> <p>8. M. Charkaoui s'engage à ne pas être en possession d'une arme, d'une imitation d'arme ou de substances explosives et chimiques;</p> <p>9. Lors des sorties, M. Charkaoui s'engage à ne pas quitter l'île de Montréal;</p> <p>10. M. Charkaoui s'engage à ne pas communiquer directement ou indirectement avec les personnes suivantes:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Abousofiane Abdelrazik;</li> <li>- Raouf Hannachi;</li> <li>- Samir Ait Mohammed;</li> <li>- Abdellah Ouzghar;</li> <li>- Karim Saïd Atmani;</li> <li>- l'individu d'Ottawa connu sous le nom de «Abdeslam le Canadien»; et,</li> <li>- toute personne ayant un casier judiciaire;</li> </ul> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

This list may be amended by the parties on application to the Court. Further, Mr. Charkaoui shall not knowingly associate with any persons who represent a threat to national security. It goes without saying that Mr. Charkaoui's counsel may

Cette liste pourra être amendée par les parties sur demande à la Cour. De plus, M. Charkaoui ne devra pas s'associer avec toutes personnes qui représentent une menace à la sécurité nationale et ce, en connaissance de cause. Il va de soi que les avocats

- communicate with such persons in preparing the Court record, if necessary.
11. Mr. Charkaoui undertakes to keep the peace and to be of good conduct.
12. Mr. Charkaoui acknowledges that if he does not observe each of the preventive conditions, he will again be incarcerated following an order by the Court.
13. The preventive conditions may be amended, depending on the circumstances, at the parties' request. However, the Court reserves the right at any time to cancel the release and preventive conditions if circumstances warrant, and more particularly, if necessary, after the decision on the reasonableness of the certificate (if applicable) or that on the legality of the Minister's decision. Having said that, the Court will review the preventive conditions at a hearing every three months, and the period for review may change with time.
14. Mr. Charkaoui will be required to report at a specific place once a week (or more often) to an officer of the Border Services Agency to be identified.
15. Before taking a decision on a change of address, Mr. Charkaoui will discuss the matter with the Court. Leave may subsequently be considered.
16. A breach of this order will constitute an offence within the meaning of section 127 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.) c. 27, s. 185] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.
- de M. Charkaoui pourront communiquer avec ces personnes pour la préparation du dossier de Cour, s'il y a lieu;
11. M. Charkaoui s'engage à garder la paix et à avoir une bonne conduite;
12. M. Charkaoui reconnaît que s'il ne respecte pas chacune des conditions préventives, il sera à nouveau détenu suite à une ordonnance de la Cour;
13. Les conditions préventives peuvent être amendées selon les circonstances sur demande des parties. Toutefois, la Cour se réserve le droit à tout moment d'annuler la libération et les conditions préventives si les circonstances le justifient et de façon plus précise, si nécessaire, après la décision concernant la raisonnable du certificat (s'il y a lieu) ou celle au sujet de la légalité de la décision du ministre. Ayant dit ceci, le soussigné révisera en audition à chaque trois mois les conditions préventives, le délai de révision pourra changer avec le temps;
14. M. Charkaoui devra se présenter à un endroit déterminé, une fois la semaine (ou plus) à l'agent de l'Agence des services frontaliers à être identifié;
15. Avant de prendre une décision concernant un changement d'adresse, M. Charkaoui devra en discuter avec la Cour. Par la suite, une autorisation pourra être envisagée;
16. Un bris à la présente ordonnance constitue une infraction au sens de l'article 127 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 185] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.



# 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/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/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.*

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### STATUS IN CANADA

#### *Convention Refugees*

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board (Panel) determining applicant neither “Convention refugee” within meaning of Immigration and Refugee Protection Act, s. 96, nor “person in need of protection” pursuant to Act, s. 97—Applicant citizen of Democratic Republic of Congo, alleging well-founded fear of persecution based on perceived political opinions—Panel reviewed all evidence, determined applicant’s story not credible—Panel disregarded explanation given by applicant at hearing for simple reason “the information he submitted to the Canadian authorities [for visa application] may be easy to verify”—However, nothing in record indicating Panel verified information—Panel should have advocated proactive approach and done more than accept one version of facts for simple reason could be verified—Panel should have attempted to verify first version especially since easy to verify, but not doing so—Application allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.

MULIRI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6501-03, 2004 FC 1139, Harrington J., order dated 17/8/04, 9 pp.)

## COPYRIGHT

### INFRINGEMENT

Action in which plaintiff Eros-Équipe de recherche opérationnelle en santé Inc. (Eros) suing defendants Conseillers en gestion et informatique CGI inc. (CGI), Régie régionale de la santé et des services sociaux de Québec (Régie de Québec) jointly and severally and Régie régionale de la santé et des services sociaux de la Montérégie (Montérégie) for infringement of its copyright under Copyright Act (Act) with respect to use of literary work titled *Classification (des bénéficiaires) par types (des programmes) en milieu de soins prolongés* (CTMSP)—Defendants Régie de Québec and Montérégie both corporations created pursuant to Quebec Act

## COPYRIGHT—Continued

respecting health services and social services—Eros business for evaluation, design, realization and implementation of management systems in health field—Eros alleged Régie de Québec infringing copyrights by authorizing reproduction of significant portions of CTMSP forms when SIBPA software (information system for non-independent bénéficiaires) designed by CGI; by authorizing translation of CTMSP into data processing language by CGI; by reproducing CTMSP work at time of use of SIBPA; by authorizing use of infringing SIBPA software, and consequently reproduction of CTMSP at time of use; and by placing infringing work in circulation so as to injure Eros, by offering software to all boards—Eros alleged Montérégie reproduced its CTMSP work in using SIBPA—It alleged CGI reproduced significant portions of its CTMSP work in designing SIBPA—By incorporating CTMSP forms in SIBPA software CGI reproduced them, but in data processing language—Régie de Québec alleged could not be held responsible for damages caused by design of SIBPA since could rely on benefit of immunity of Crown in right of province—When Régie de Québec acts in specific mandate from Department of Social Affairs (DSA) (now ministère de la Santé et des Services Sociaux), status as agent obvious, enjoys Crown immunity (*R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551)—Copyright Act not stating applies to Crown—Accordingly necessary to analyse provisions of Act to determine whether Crown can be made subject to Act by implication—Crown, agents cannot take advantage of legislative provisions, then ignore resulting burdens—DAS made use of provisions of Act—Close nexus between benefit provided by exclusive licence, namely right to use work to exclusion of any other person, and burden not to infringe rights assigning party has chosen not to assign, here right to electronic application of work—DAS, agents therefore bound by provisions of Act, cannot rely on Crown immunity—Régie de Québec exceeded mandate conferred by DAS when infringing Eros’ copyrights, consequently lost immunity—Civil law cannot be source of defendant’s fault in case of copyright infringement, since Act provides what acts can be infringement of copyright, what remedies available—

**COPYRIGHT—Continued**

Evidence conclusive Régie de Québec aware of Eros' copyrights—Eros maintained each of defendants infringed copyrights, either by performing one of acts mentioned in Act, s. 3 or by authorizing them—Act, s. 27(1) provides infringement of copyright for any person to do, without consent of owner of copyright, anything that by Act only owner of copyright has right to do—S. 27(2) states distribution of work that infringes copyright of another person also infringement of copyright—Criteria for determining whether reproduction of substantial part of work qualitative— Defendants admitted guide for using SIBPA software reproduces substantial parts of CTMSP forms, which clearly indicates defendants appropriated gist of CTMSP work— CTMSP forms contained in Régie de Québec software word for word, in infringement of Act, ss. 3(1)(a), 27(1)—Régie de Québec accordingly authorized infringing acts by defendant CGI, predecessors— Anyone authorizing infringement commits infringing act in same way as entity which performs act—CGI, Régie de Québec therefore jointly, severally liable for these acts— Montérégie did not participate in design of SIBPA, but admitted it used this software, as did several other regional boards—Reproduction of work by Régie de Québec, Montérégie on computers infringement of plaintiff's copyright—Aside from reproduction on screen, evidence showed SIBPA generated printed reports which were themselves reproductions of substantial parts of CTMSP forms, another infringement of Eros' copyright—S. 27(2)(c) provides infringement when any person distributes disputed work so as to prejudicially affect owner of copyright—Evidence clearly showed defendants Régie de Québec, CGI "distributed" SIBPA software, several boards used it—Since copyrights relating to CTMSP duly registered, CGI must rebut presumption it had reasonable grounds to suspect work protected—Mere fact never problem of infringement before not meaning infringement not something to be considered when form incorporated in new software word for word, especially when copyright notice reproduced at several places in document—Therefore reasonable to believe copyright existed on CTMSP work and CGI did not rebut presumption created by Act, s. 39—Régie de Québec, CGI infringed plaintiff's copyright within meaning of Act, s. 27(2)(c) by distributing disputed work in manner prejudicial to Eros—Act, s. 34 indicates remedies available to injured copyright holder and s. 35 deals with damages to which entitled to remedy infringement—On losses relating to electronic exploitation of CTMSP, amount of \$200,000 reasonable for cost of designing SIBPA—To this amount Court added \$70,000 to allow for amounts spent by Régie de Québec to make subsequent modifications to SIBPA software, totalling \$270,000—Then necessary to apply Eros' beneficiary margin of 53.72%, to obtain amount of profits lost, which comes to \$312,729—Eros would have received expenses for

**COPYRIGHT—Concluded**

annual maintenance of its electronic CTMSP software—At undisputed rate of 17%, this represents annual amount of profit loss of \$53,164, amount which will have to be increased in accordance with Consumer Price Index from 1986, date of infringement, to 1992, date SIBPA ceased to be used by defendants—On losses associated with loss of earnings on sales of PLAISIR software (electronic planning of nursing care required), this head of damages based on assumption infringing software SIBPA partly took over market for PLAISIR software—Question as to how plaintiff could sell product and then continue to make purchaser pay for using product—Inevitable CTMSP software would have competed with Eros' PLAISIR product—Since Court must avoid overlaps and duplications, Eros cannot claim for both damages relating to use of PLAISIR and damages relating to computerization of CTMSP—Eros claimed damages against Montérégie based on its use of SIBPA software—Eros did not show cessation of use of PLAISIR in Montérégie directly related to use of SIBPA—In case at bar appropriate to award nominal damages of \$10,000 to plaintiff—Eros also claimed punitive damages from defendants—As regards Régie de Québec, Montérégie and CGI, absence of evidence of malicious intent or intent to injure eliminated possibility of punitive damages—Eros entitled to interest at 5% rate from date action served, namely April 1988—Finally, CGI appealed in warranty based on failure of Régie de Québec to perform duty of information in contract for design of SIBPA—Régie de Québec not opposing appeal in warranty for damages caused by actions of CGI's predecessors either before or after action filed—Appeal in warranty allowed against Régie de Québec for damages which CGI ordered to pay in this case, with costs against Régie de Québec—Action allowed—Court ruled *inter partes* original literary work CTMSP protected work, plaintiff sole owner of copyrights therein—Copyright Act, R.S.C. c 1985, c. C-42, ss. 3 (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1993, c. 23, s. 2; c. 44, s. 55; 1997, c. 24, s. 3), 27 (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 15)—An Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-4.2.

EROS-ÉQUIPE DE RECHERCHE OPÉRATIONNELLE EN SANTÉ INC. V. CONSEILLERS EN GESTION ET INFORMATIQUE C.G.I. INC. (T-687-88, 2004 FC 178, Tremblay-Lamer J., order dated 3/2/04, 78 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS ACT**

Appeal under Customs Act, s. 68, from decision of Canadian International Trade Tribunal (CITT) ([2003] C.I.T.T. No. 51 (QL)) upholding decision of Commissioner increasing by approximately 200% value for duty of certain merchandise imported between 1998 and 1999 by AAI Canada

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

—Meaning of “carries on business” in Valuation for Duty Regulations—CITT had to determine whether AAi Canada met definition of term “purchaser in Canada” in Customs Act, s. 45, Valuation for Duty Regulations, s. 2.1—AAi Canada met definition if, during relevant period, it carried on business in Canada, had its management and control in Canada, or had fixed place of business in Canada through which it carried on business—CITT concluded AAi Canada not carrying on business because AAi U.S. so significantly involved in affairs of AAi Canada that business really conducted by AAi U.S.—Supreme Court of Canada, in *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367 stated meaning of “carrying on a business” may differ depending on context in which it is used—Uncontradicted evidence AAi Canada buying and selling goods on its own account for profit—CITT’s decision based solely on significant degree of *de facto* control exercised by AAi U.S. over affairs of AAi Canada—CITT adopted principle corporation not carrying on business if its affairs subject to significant *de facto* control by parent corporation—No authority for such proposition—No merit to Commissioner’s submission corporation should not be treated as real purchaser of goods if cannot sell goods without approval of foreign parent—Nothing in Customs Act requiring or permitting that approach—Appeal allowed—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 68 (as am. by S.C. 1995, c. 41, s. 20; 1999, c. 17, s. 127)—Valuation for Duty Regulations, SOR/86-792, s. 2.1 (as enacted by SOR/97-443, s. 2).

AAI.FOSTERGRANT OF CANADA CO. V. CANADA (COMMISSIONER, CUSTOMS AND REVENUE AGENCY) (A-396-03, 2004 FCA 259, Sharlow J.A., judgment dated 14/7/04, 10 pp.)

**EMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of decision by Tax Court of Canada Deputy Judge (Judge) amounts advanced by applicant to two employees, but reimbursed by Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST), for periods of reassignment to precautionary cessation of work, insurable earnings within meaning of Employment Insurance Act (Act)—Ms. Lachambre and Trudel nurses employed by applicant—Ms. Lachambre assigned to floating staff full time, but that does not mean she worked full time—Ms. Trudel assigned to preadmission clinic with part-time schedule altered by letter on December 6, 2000—Distinction must be made between general assignment to position, work unit and special, daily assignment to duties in that position, unit—In short, when applicant unable to provide work consistent with safety requirements imposed by pregnancies, employees made use of entitlement to special leave under collective agreement, which corresponded to precautionary cessation of work under Act respecting Occupational Health and Safety (AOHS)—Right

**EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

exercised on daily basis as authorized by clause 20.21 of agreement, depending on availability of work, in keeping with full-time assignment for Ms. Lachance, part-time one for Ms. Trudel—Whether amounts paid by employer to employees on precautionary cessation of work, subsequently reimbursed by third party insurer (CSST), insurable earnings—Short reasons given by judge in support of conclusion these were insurable earnings not supporting conclusion—First, conclusion both employees capable of doing some work completely ignores existence of right to precautionary cessation conferred on them, exercise of right and legal impact which exercise could have on nature, status of amounts paid as result of it—In short, two employees’ availability for, capacity to perform work still relevant facts, but not really helpful in deciding point at issue—Secondly, Judge relied as justification on fact work actually done in case at bar—Such conclusion partly right, partly wrong—If one considers part was wrong, one has to recognize it cannot support conclusion amounts paid insurable earnings because work done—Ruling by Judge ignores exercise of right to precautionary cessation by two employees, legal consequences resulting therefrom—Lack of work done not basis for concluding insurable earnings—Lack of work done in case at bar only raising question of insurability of amounts paid, not providing answer—Act, s. 2(1) defines insurable earnings as “the total amount of the earnings, as determined in accordance with Part IV, that an insured person has from insurable employment”—In its ordinary meaning “earnings”, regardless of whether insurable, refers to remuneration, salary, income, money received for service or work—AOHS, s. 36 deals with earnings of employee in usual sense, replacement indemnity when employee exercises precautionary cessation of work right, entitled to indemnity—Amounts at issue not insurable earnings within meaning of Act—To begin with, group plan established by AOHS legally legislative insurance plan covering indemnities for pregnant person, not part of contract of employment concluded between applicant and employees, financed by contributions from employers—Second, for income from employer to be earnings, it must have been paid pursuant to labour, employment contract—Amounts paid by CSST here not paid pursuant to contract of employment between employees, CSST—Further, amounts from CSST legally classified by AOHS as “income replacement indemnity”—Not in nature of earnings—Amounts paid as income replacement indemnities under legislative insurance plans payments by third party insurer that do not constitute insurable earnings—Application allowed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 2(1) “insurable earnings”—Act respecting Occupational Health and Safety, R.S.Q., c. S-21.

CITÉ DE LA SANTÉ DE LAVAL V. M.N.R. (A-661-02, 2004 FCA 119, Létourneau J.A., judgment dated 23/3/04, 22 pp.)

**FOOD AND DRUGS**

Motion for interlocutory order requiring respondents to allow requests for special access to drug 714-X made by physicians, without further requirements, conditions, within 24 hours of receipt of such requests for access—In 1989, applicant diagnosed with disease of immune system called mastocytosis, rare disease for which as yet no medication—Food and Drug Regulations (Regulations), s. C.08.010 creating discretionary authority, not obligation, to issue authorizations for special access—Applicant asked Court to order respondents to issue authorizations for special access—Obvious relief sought by applicant *mandamus*—Court may, in context of application for *mandamus*, order performance of public duty but cannot dictate appropriate result when authority conferred by enabling provision discretionary—Issuance of writ of *mandamus* not possible in such circumstances, for it would constitute in fact interim declaration of right—Moreover, Court cannot order respondents to allow requests for access to 714-X “without further requirements or conditions”, for such order would violate provisions of Regulations which stipulate conditions that must be met by physician requesting access before Director General can exercise discretion—Motion dismissed—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.010.

DELISLE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-698-04, 2004 FC 788, Tremblay-Lamer J., order dated 31/5/04, 7 pp.)

**PAROLE**

Judicial review of decision of Appeal Division of National Parole Board (NPB) dismissing appeal and upholding decision of first instance, explaining decision consistent with Corrections and Conditional Release Act—Applicant serving life sentence for non-capital murder since 1969—Whether NPB, Appeal Division erred in law by not analysing correctly risk applicant represented at time of application for conditional release—Whether NPB rendered decision that amounts to cruel, unusual punishment within meaning of Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12—Criterion of reasonableness of decision applies to decisions of Appeal Division, Board—Whether Appeal Division’s decision reasonable—Standard of reasonableness *simpliciter* applying herein—Court’s intervention not warranted since reasons advanced by Board, upheld by Appeal Division can withstand more extend examination—Board, Appeal Division had to weigh number of factors in order to reach reasonable decision—In this case two main considerations at stake: protection of society and search for least restrictive determination consistent with first consideration—According to case management team’s report (2003), and most recent psychological assessment (2001), applicant presented only low risk of recidivism—Applicant citing in submissions *Steele v.*

**PAROLE—Continued**

*Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385—In that case, Supreme Court indicating indeterminate sentence *per se* not contrary to Charter—Applicant here sentenced to life for murder committed in 1969—Whether denial of parole can be justified in light of evidence, circumstances—Necessary to apply carefully criteria set out in Act, only guarantees of possible release in indeterminate sentence case—Act, s. 101 provides, on one hand, protection of society paramount consideration, on other hand, parole boards make least restrictive determination consistent with protection of society—Appears that Board took these criteria into account—Board thought applicant still needed minimum security supervision, relied on evidence in record in so deciding—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 101—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. 12.

FOURNIER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1846-03, 2004 FC 1124, Harrington J., order dated 12/8/04, 15 pp.)

Judicial review of National Parole Board Appeal Division’s (Appeal Division) decision upholding decision of National Parole Board (Board) denying applicant parole for deportation pursuant to Corrections and Conditional Release Act (Act), s. 102—Applicant 44-year-old first-time federal offender serving aggregate of 14 years, 8 months for (a) conspiracy to import and traffic narcotic; (b) sale of prohibited weapon; (c) laundering proceeds of crime; (d) conspiracy of traffic; and (e) uttering death threats—Ordered deported and declared to be danger to public—Denied parole by Board due to involvement with “Traditional Organized Crime”—Appeal Division acknowledging perhaps not member of organized crime in legal sense, but involved in large-scale criminal activities of international nature—Applicant arguing Appeal Division considered and treated him as if participant in or contributor to, activities of criminal organization despite no conviction on this ground and no opportunity to adequately defend against that allegation—Criminal Code, s. 467(1) defining “criminal organization”, “serious offence”—S. 467.11 making it a crime to participate in activity of criminal organization—Correctional Services having internal policy dealing with membership in criminal gangs—Policy setting out criteria for identifying those involved in organized crime, including judicial finding, and procedural rights to allow challenge to finding person gang member—*De Luca v. Canada (Attorney General)* (2003), 231 F.T.R. 8 (F.C.T.D.) holding cannot be treated as member of “criminal organization” unless there is conviction—Board cannot do so either directly or indirectly unless there is such court finding—Loose use of term “organized crime” resulted in Board, Appeal Division treating

**PAROLE—Concluded**

applicant as if member of criminal organization, thus doing indirectly something could not do directly—No legal definition of “organized crime” in Act—Impossible to know what “organized crime” means in legal sense or what Appeal Division meant by use of term—Error of law in this case to inquire into, apply legal test of “member of organized crime” where no such definition exists or use of these words never made clear—Also error to apply or adopt such terms as “Traditional Organized Crime, and “Traditional Organized Crime Affiliation” without indicating what is understood by those terms—Unfair to use terms susceptible of different meanings, without indicating in what manner terms are understood—Applicant denied procedural fairness—Application allowed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 102—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 467(1) “criminal organization”, “serious offence”, 467.11 (as enacted by S.C. 2001, c. 32, s. 27).

COSCIA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-308-04, 2004 FC 1004, Phelan J., order dated 20/7/04, 11 pp.)

**PENSIONS**

Applicant member of Canadian Armed Forces from 1949 to 1996, date he retired—Currently suffering from disco-lumbar illness which he attributes to 4,000 flying hours as navigator during military service—Under Pension Act, pensions awarded to members of Forces on application in event of disability—In 1996 applicant filed application for disability pension pursuant to Act, s. 21(1), (2)—Application rejected (first decision)—Applicant applied to Veterans Board for review, Board upheld first decision—Decision appealed to appeal panel, which upheld first decision—After obtaining two medical reports, applicant filed application for review with appeal panel—Board accepted new medical evidence, but concluded applicant’s disco-lumbar illness not related to military service, hence application for judicial review at bar—Applicable standard of review in such cases that of patently unreasonable decision—Appeal panel’s decision patently unreasonable, should be reviewed—In application for judicial review, validity of impugned decision cannot be questioned on basis of new evidence which decision maker did not have available when decision made—New medical evidence submitted to appeal panel by applicant establishing direct causal link between applicant’s illness, military service—If appeal panel decides not to attach any weight to new evidence, must indicate reasons in decision—Appeal panel acted contrary to Act, s. 39 when arbitrarily disregarded two medical reports—Considering applicant’s new medical evidence decisive, appeal panel had to refer expressly in decision to any contrary evidence it preferred to accept in circumstances—Further, panel should have considered whether vibrations in aircraft could constitute micro-traumas, in which case not impossible several years could have elapsed before applicant

**PENSIONS—Concluded**

felt articular pain, osteoarthritic changes showed up on X-ray in 1994—Appeal panel acted perversely, arbitrarily in disregarding two medical reports, which makes decision patently unreasonable—Application allowed—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 21 (as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8; 2000, c. 12, s. 236; c. 34, s. 21; 2003, c. 12, s. 2), 39 (as am. by S.C. 1995, c. 18, s. 57).

DE QUOY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1044-03, 2004 FC 654, Martineau J., order dated 4/5/04, 10 pp.)

**PENITENTIARIES**

Judicial review of a decision by Chairperson of Donnacona Institution disciplinary court finding applicant guilty of disciplinary offence provided in Corrections and Conditional Release Act (Act), s. 40(h)—Applicant inmate at Donnacona penitentiary when on April 11, 2003, brawl in common room—Applicant, other inmate, Mr. Guindon, exchanged blows for short period of time—At disciplinary hearing applicant raised self-defence—Chairperson of court did not address it—Two fundamental errors of law, one in respect of reasonable doubt, other in respect of defence—According to Act, s. 43(3), person conducting hearing must be satisfied “beyond a reasonable doubt” inmate committed disciplinary offence in question—Expressing reasonable doubt in terms of credibility error of law—Court did not ask whether evidence made beyond reasonable doubt—As for defence raised, reasoning seems to be since applicant delivered blows, could not claim self-defence—Total misconception of meaning of “self-defence”—Self-defence not negating blows dealt or even intention to deliver blows, but rather justification—In *R. v. Kerr*, [2004] 2 S.C.R. 371, Supreme Court stating “self-defence does not negate *mens rea* of assault, but rather allows the accused to escape criminal liability on the basis of an acceptable motive”—Self-defence defined in Criminal Code, s. 34(1)—Applicant raised doubt regarding four elements defining self-defence—Claiming attacked from behind, in fact back badly injured—Submitting did not provoke attack; guards spoke about fact Mr. Guindon under surveillance, because feared might provoke incident—Nothing indicating applicant intended to cause death, grievous bodily injury—Finally, applicant stopped fighting when alarm sounded—Court could not disregard only defence raised by applicant—Application allowed—Corrections and Conditional Release Act, S.C., 1992, c. 20, ss. 40, 43(3)—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 34(1).

ZANTH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1839-03, 2004 FC 1113, Blais J., order dated 11/8/04, 14 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Under Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, s. 22, no costs awarded to or payable by any party

**PRACTICE—Continued**

except “for special reasons” in respect of application for judicial review, appeal introduced under Rules—“Special reasons” supporting award of costs—Only issue remaining between parties determination of amount of costs—Award of lump sum in lieu of costs meant to simplify assessment process, reduce cost in relatively simple matters—On occasion award also used to give party costs higher than maximum provided by Tariff when Court determines should be higher—In seeking appropriate costs award Court must be prudent in exercising discretion if only to prevent parties whose conduct not reprehensible from being ordered to pay costs of unforeseeable quantum—Court should be guided as much as possible by standards established in Tariff B table when awarding global sum in lieu of assessed costs—In this case, counsel did tremendous amount of work—Lump sum of \$65,000, covering proceedings at trial, on appeal appropriate—Appellant’s counsel gave particularly detailed breakdown appearing entirely reasonable—Awarded lump sum of \$80,550 in lieu of costs at trial, on appeal, including fees, disbursements, tax—Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/2002-232, s. 22—Federal Court Rules (1998), SOR/98-106, Tariff B.

MUGESERA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-316-01, A-317-01, 2004 FCA 157, Décarý, J.A., order dated 19/4/04, 11 pp.)

Appellant unsuccessful before Registrar of Trade-marks and before Federal Court concerning application for registration of trade-mark—Federal Court of Appeal dismissed appeal with costs—Respondent claiming double costs under Federal Court Rules, 1998 (Rules), r. 420 based on settlement offer dated June 11, 2002 which remained open until two minutes after commencement of hearing—Appellant arguing double costs not allowable because revocation two minutes into hearing inconsistent with phrase in r. 420(2) “a written offer to settle that is not revoked”—Pointing to serious potential for unfairness in r. 420(2)(a) identified in concurring opinion in *Francosteel Canada Inc. v. African Cape (The)*, [2003] 4 F.C. 284 (C.A.)—That opinion comparing Ontario Rule which requires plaintiff to make decision before beginning of hearing or bear risk of all subsequent costs incurred by defendant if fails to accept offer when should have—Majority opinion in *African Cape* confined itself to r. 400(1) considerations—Concurring opinion *obiter* because its consideration of operation of r. 420 could not intersect with consideration of r. 400(3)(e) concerning offer to settle as it affects Court’s discretion under r. 400(1) to decide entitlement to costs—Potential impact of Ontario Rule examined—Offer meets criteria of Ontario Rules of Civil Procedure, r. 49.10(2)(a), (b) and (c)—Difficult to appreciate how Ontario Rules could assist or work better, to induce settlement, than r. 420 in circumstances here—Criterion in Ontario Rules different from

**PRACTICE—Concluded**

r. 420(2)(a) because plaintiff obtains judgment as favourable as terms of offer to settle—That is irrelevant because concurring opinion in *African Cape*, addressed r. 420(2)(a), but here appellant did not obtain judgment—Rather, appellant failed to obtain judgment within meaning of r. 420(2)(b)—*Canadian Olympic Assn. v. Olymel, Société en Commandite* (2000), 8 C.P.R. (4th) 429 (F.C.T.D.) refusing doubling of costs in similar circumstances, distinguishable—Time limit in settlement offer not equating to revocation within meaning of r. 420—*Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser* (2002), 19 C.P.R. (4th) 524 (F.C.T.D.) confirmed entitlement under r. 420 to double costs as function of unrevoked settlement offer—Court therein agreed purpose of r. 420(1) to encourage settlement offers and avoid costs of trial—This conclusion implicitly recognizing reality of litigation that litigants, often for strategic reasons, do not want offers on table as hearing unfolds and that, if said strategy not available, might be less inclined to bother making offers at all—Expiry provision in settlement offer not effectively revocation of offer—Ontario Rules, r. 49.10(2)(b) distinguishing between concepts of withdrawal and expiry—R. 420 should not be generally taken as precluding application of its consequences to litigant so rigidly committed to position that there is or was never any possibility of compromise—Element of compromise not absolute requirement in all circumstances of settlement offers—Respondent granted access to doubling of costs—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 400, 420—Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 49.10(2) (as am. by O. Reg. 284/-01, s. 11).

ASTRAZENECA AB V. NOVOPHARM LTD. (A-668-01, 2004 FCA 258, Stinson A.O., assessment of costs dated 12/7/04, 29 pp.)

**PUBLIC WORKS**

Public Works—Monit International Inc. claiming \$106 million in damages from defendant—From 1974 to 1996, International Civil Aviation Organization (ICAO) tenant in plaintiff’s building in Montréal—Monit alleging that in 1992, in course of negotiations to extend rental through short-term lease, two calls for tender made with view to signing long-term lease, representatives of Public Works Canada (PWC) breached duties to it of collaboration, information, equity, good faith, diligence, commercial fair play—In May 1992, PWC published call for tenders to execute long-term lease with lessor—Monit submitted offer—PWC subsequently decided to cancel call for tenders, made second one in September 1992—Monit made second submission, which was rejected—Westcliff ultimately retained to construct building at 999 Université Street in Montréal—ICAO’s head office now located at that address—On April 26, 2001, upon consent of parties, order made damages to be determined once liability established—Defendant

**PUBLIC WORKS—Continued**

submitted awarding of contracts by Crown through calls for tenders pertains to public, administrative law, common law, case law applies—Plaintiff cited Madam Justice Thérèse Rousseau-Houle, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982: “The provinces have exclusive jurisdiction over property and civil rights, and are thereby alone empowered to regulate contracts. Accordingly, any civil or administrative contract must be governed in Quebec by provincial private law. This provincial private law is undeniably indigenous to us: it is therefore law that must fundamentally govern contracts of Government.”—Courts have expressed reservations about importing common law principles where civil law provides rules—Defendant acknowledged principle of *bona fide* negotiation, thought it complied with principle in all transactions with Monit—Analysis addressing three critical periods: (1) period preceding first call for tenders (period 1); (2) first call for tenders (period 2); and (3) second call for tenders (period 3)—Concerning period 1, Monit alleged defendant concealed documents from it—Therefore had to use Access to Information Act to obtain information needed to present evidence—Even at end of trial, still had not received all of requested documents to which entitled—Defendant cited privileges under Canada Evidence Act, ss. 37, 38 and 39—Plaintiff made no request to challenge Crown’s privileges, immunity cited in regard to witness Paradis—Defendant irreproachable on this point—Plaintiff then claiming not informed of Société du centre de conférences internationales de Montréal (SCCIM) activities, Cité internationale project until fall of 1991—Court found it curious company did not get wind of this before that time since, from 1989 on, there had been ample discussion of it in newspapers—Furthermore, recession raging in Montréal, vacancy rate in commercial buildings very high, SCCIM sizable project, probably biggest in Montréal in many years—ICAO Monit’s largest tenant—Regarding Monit’s intention to negotiate long-term lease, Court subscribed to argument negotiations must be conducted in good faith, informed by principles of loyalty and disclosure, not be broken off without cause—It must therefore determine whether PWC negotiated with plaintiff from May 1991 to issuing of first call for tenders—If not, principles of loyalty, disclosure, no interruption without cause do not apply—Court found PWC did not negotiate with Monit—Concerning request for 18-month renewal option at end of lease, Monit alleged swindle, conspiracy, dice loaded in advance, federal government had decided to house ICAO in Cité internationale—Court reached following conclusions: Monit not victim of swindling, conspiracy; not misled, adequately informed of situation by PWC; latter had no hidden agenda when it requested 18-month extension of lease; no promise made to Monit ICAO would remain in its building; renovations performed by Monit in normal course of landlord-tenant relations—Concerning first call for tenders, whether decision

**PUBLIC WORKS—Continued**

to reject Monit proposal consistent with specifications—Decision erroneous—By choosing to exercise short-term extension and deciding to eliminate Monit proposal, PWC unilaterally changed rules of game, which conflicts with terms and conditions set out in specifications—Monit complied with call for tenders documents by submitting proposal for lease commencing in 1994—Regarding duty to negotiate with Monit, cases on calls for tenders prohibit negotiation with only one of bidders after opening of bids—Negotiating would have violated principle of equality among bidders—Even if PWC had authority to negotiate, it had no obligation to do so—Reserve clause gives it wide latitude—In May 1992, in memo to Mr. Noble (former director general, Department of Foreign Affairs), Mr. Miller (former project manager at PWC) described steps to follow in selecting best bid—After determining which one was best, negotiations were to be held—Miller was planning to negotiate after opening of bids—However, four days before opening of bids, PWC received opinion from Department of Justice that this call for tenders was not call for proposals and there could be no negotiation—In conclusion, PWC should have considered Monit proposal and entered into negotiations with it following its June 1992 bid—Defendant did not have to award contract to Monit, but latter lost opportunity to obtain contract—To conclude on period 2, whether Monit waived its rights resulting from first call for tenders by agreeing to participate in second call for tenders—No evidence showing clearly that Monit waived or wanted to waive rights—No express or implied indication of such waiver—Also, Monit, prior to filing bid on November 15, 1992, unaware of all relevant facts that might have enabled it to waive rights pursuant to first call for tenders—Concerning second call for tenders, Monit learned on March 24, 1993 proposal disqualified as failed to obtain 70% passing mark on technical level—PWC representatives met with Monit’s representatives on September 29, 1992—Purpose of meeting to ensure Monit clearly understood second set of specifications, to discuss first proposal and inform company of strong and weak points, finally to enable it to successfully complete technical phase—Monit not misled, PWC did not hold out prospect to it of free ride from first phase to second—On contrary, it was given serious warnings, particularly concerning criteria as to schedule, security—Concerning questions and answers, requests for clarifications, plaintiff alleged criteria in each of categories unknown—Furthermore, cancellation by Miller of requests for clarification discriminated against it—Requests for clarification crossed out by Miller had no significant impact on evaluation of Monit proposal—Although true criteria unknown, unknown to all bidders, not only to Monit—Monit, like other bidders, obtained from PWC information needed for adequate preparation of proposal—Public authority need not disclose evaluation criteria, weighting factors—Authority may add criteria unknown to bidders, so long as all bidders treated in same way—Plaintiff cited inexperience of evaluators



**PUBLIC WORKS—Concluded**

—Work done without bias, prejudice, to best of ability, knowledge—Evaluators exercised judgment in comparing various proposals—At meeting of January 12, 1993, evaluators filed marks awarded to each of criteria in own sphere of activity—Main objective to determine final marks for each of proposals—Monit argued that because of obvious contradictions in testimony, PWC should not have added it to list of those who failed in categories of architecture, engineering, functionality—However, plaintiff's experts confirmed lack of discrimination, favouritism on part of evaluators—Concerning final aspect of period 3, proposal finally adopted, accepted, authorized by all decision-making bodies that of Westcliff on site on Université Street in Montréal—Plaintiff submitted that there was “arm-twisting” to persuade ICAO to move into Cité internationale where new building stands, Monit consequently treated unfairly—Preponderance of evidence established Pierre Martin (former consultant with ICAO) had no bias against Monit—Conclusions: During periods preceding first call for tenders, first call for tenders, second call for tenders, government, representatives had duty of fairness, good faith or diligence to plaintiff—Government, representatives did not breach duty of fairness, good faith, diligence to plaintiff for first and third periods, but breached duty for second period—In doing so, government incurred liability to plaintiff for second period—Neither defendant nor any of departments, representatives conspired to ensure ICAO would not remain in Monit building—During period preceding first call for tenders, defendant did not make misrepresentations to Monit concerning intentions in relation to long-term renewal of leases nor did she breach duty to act in good faith—Monit knew PWC would consider more than one option, consequently long-term renewal of leases not guaranteed in any way—During period of first call for tenders, Monit's proposal evaluated carefully, equitably, impartially by defendant, but latter should have considered Monit's proposal and initiated negotiations with it after finding proposal alone technically qualified—During period of second call for tenders, Monit's proposal evaluated carefully, equitably, impartially by defendant—During that period, defendant acted in accordance with duty of good faith toward everyone—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 140; 2002, c. 8, s. 183), 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141), 39.

MONIT INTERNATIONAL INC. v. CANADA (T-878-93, 2004 FC 75, Beaudry J., judgment dated 20/1/04, 110 pp.)

**RCMP**

Appellant Constable in Royal Canadian Mounted Police—Asserting new three-stage promotion process unfair because denying candidates access to examination results and

**RCMP—Concluded**

surrounding materials—Appellant wrote Corporal Job Simulation Exercise (JSE)—In accordance with Commissioner's Standing Orders (Dispute Resolution Process for Promotions and Job Requirements) (Promotions CSO), appellant requested and was denied access to material and information relating to JSE—RCMP Adjudicator dismissed appellant's complaints examination answers not correctly assessed; decision upheld by Federal Court—Appeal from that decision allowed—Federal Court Judge erred in finding Adjudicator not denying appellant participatory rights under principles of natural justice and procedural fairness by refusing him access to relevant information and documents necessary for him to obtain fair hearing—Role of Adjudicator under Promotions CSO to make decision on merits of each case—Decision on merits of appellant's case requiring Adjudicator to determine whether exam questions incorrectly marked, rather than determination of whether appellant treated fairly during examination process—Adjudicator to order appropriate corrective action if determines decision, act or omission in question erroneous and prejudiced complainant—Thus, Adjudicator, in present appeal, following finding marking of JSE erroneous, would change any answers on appellant's JSE found to be incorrectly marked, and change preferred ranking on Promotional Eligibility List—Requirement of written reasons for Adjudicator's decision, and lack of appeal or further review also indicating greater procedural protections warranted—Collectively, indicating duty of fairness requiring more than minimal level of procedural protection found by Judge—Case against appellant consisting of particulars of and rationale for marking of his JSE—Without that information, appellant unable to know case against him, and right to be heard rendered meaningless—Commissioner's Standing Orders (Dispute Resolution Process for Promotions and Job Requirements), SOR/2000-141.

SHEPHARD v. FORTIN (A-567-03, 2004 FCA 254, Malone J.A., judgment dated 8/7/04, 14 pp.)

**TRADE-MARKS****REGISTRATION**

Appeal from decision by Registrar of Trade-marks dismissing applicant's application for registration (application No. 743101), filed on December 9, 1993 for trade-mark “Ixel” in association with anti-depressants—On November 22, 1994 respondent filed opposition declaration based on s. 12(1)(d) of Trade-marks Act—On September 11, 1998 Registrar dismissed applicant's registration on account of risk of confusion between mark “Ixel” and respondent's registered trade-mark “Paxil”, but decision reversed on appeal on ground no reasonable risk of confusion between two marks—Appeal brought by respondent from that decision allowed on ground trial Judge and Registrar erred as to applicable test for



**TRADE-MARKS—Continued**

determining risk of confusion—In case at bar, applicable test whether more likely than not that, as first impression in mind of average Anglophone consumer with vague memory (parties agreed no risk of confusion for average Francophone consumer) there was tangible risk of confusion between marks “Ixel” and “Paxil”—According to S.C.C., in case of prescribed medication average consumer consists of physician prescribing medication, pharmacist (who is used to prescriptions) and patient (who first consulted his attending physician)—Factors to be considered in analysing risk of confusion set out in s. 6(5) of Act—Applicant must establish no reasonable risk of confusion between trade-marks in question at date of Registrar’s decision—(1) “Ixel” and “Paxil” unique words which have no connection with everyday language—Marks both possess inherent distinctiveness—(2) S. 50 of Act provides use of trade-mark by holder of licence can only be regarded as use of mark by owner if latter exercises some control, direct or indirect, over characteristics and quality of products with which mark used—Before Registrar, no admissible evidence filed that mark “Paxil” used in Canada by respondent—Latter did not show exercised effective control required by Act over product’s quality and nature and did not correct this deficiency in appeal at bar—Accordingly, fact “Paxil” most widely sold anti-depressant in Canada cannot operate in respondent’s favour—(3) “Ixel” and “Paxil” relate to identical wares—Fact two marks used in association with two anti-depressant medications increases risk of confusion—Factor favours respondent—(4) Although nature of business identical, fact remains that in field of prescription medications risk of confusion lessened since nature of transaction such that products will be delivered by meticulous professionals accustomed to making distinctions between names of various products—This factor favours applicant—(5) Degree of similarity to be analysed in terms of appearance, sound and ideas—As regards ideas suggested, no risk of confusion since marks distinctive and suggest no idea—Since marks have same visual appearance in English and French, this question (of appearance) settled (parties acknowledged no risk of confusion for average Francophone consumer)—As regards phonetics, since question one of general impression, comparison should be made in general terms: accordingly, Court should treat expert opinions with caution since their function precisely that of dissecting words—Expert opinions of limited value as do not deal with all factors which Court must take into account in assessing risk of confusion—Thus, none of experts considered impact of first impression or consumer’s inaccurate memory on risk of confusion, since these are psychological and not linguistic factors—Value of expert opinions lay simply in indicating where emphasis should be placed, and way in which words should be

**TRADE-MARKS—Concluded**

pronounced—Phonetically, risk of confusion not likely for average consumer—More likely than not use of two marks in same region and in same way will not entail tangible risk of confusion—Opposition dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 12(1)(d) (as am. By S.C. 1990, c. 20, s. 81).

PIERRE FABRE MÉDICAMENT V. SMITHKLINE BEECHAM CORP. (T-2093-98, 2004 FC 811, Tremblay-Lamer J., order dated 7/6/04, 17 pp.)

**VETERANS**

Judicial review of decision by Veterans Review and Appeal Board (Board) dismissing application for review of appeal panel decision, thereby denying applicant entitlement to pension—Appeal panel held that it lacked “necessary medical evidence to link complaint of arteritis of lower extremities to applicant’s service”—Board applied four-part test developed by Teitelbaum J, in *MacKay v. Canada (Attorney General)* (1997), 129 F.T.R. 286 (F.C.T.D.) to weigh new evidence adduced by applicant—Board created by Veterans Review and Appeal Board Act, since establishment, only review and appeal tribunal for veterans’ pensions—Under Act, s. 39, Board must accept evidence adduced by applicant that is uncontradicted, seems plausible—It must also draw every reasonable inference in favour of applicant—Assessment of evidence must always be done in light of Act, ss. 3, 39, which means that Board must accept any evidence adduced unless determines lacks plausibility, credibility, evidence contradicted by other evidence on record—Board concluded medical evidence credible—No contradictory medical evidence submitted—Board instead chose to ignore uncontradicted evidence on ground not relevant—But medical evidence in question of undeniable relevance as addressed to vascular problems in lower extremities, established potential link with military service—Evidence could serve as reasonable basis to support theory applicant’s afflictions attributable to military service—Under evidentiary rules in Act, s. 39 and interpretative rule in Act, s. 3, Board had to draw from evidence every reasonable inference in favour of applicant, accept any uncontradicted evidence presented to it by applicant that it considers and resolve in applicant’s favour any doubt as to whether applicant has established case—Board’s decision, as written, unreasonable, could not be immune to intervention of Court—Application for judicial review allowed—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, ss. 3, 39.

THÉRIAULT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1351-03, 2004 FC 978, Rouleau J., order dated 12/7/04, 14 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/caf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ALIMENTS ET DROGUES

Requête visant l'obtention d'une ordonnance interlocutoire ordonnant aux défendeurs de faire droit aux demandes d'accès spécial au médicament 714-X formulées par des médecins, sans autres exigences et conditions, et ce dans les 24 heures de la réception de ces demandes d'accès—En 1989, le demandeur fut diagnostiqué porteur d'une maladie du système immunitaire nommée mastocytose, une maladie rare pour laquelle il n'existe encore aucun médicament—L'art. 8.010 du Règlement des aliments et drogues (Règlement) crée un pouvoir discrétionnaire, et non l'obligation d'émettre des autorisations d'accès spécial—Le demandeur a demandé à la Cour d'ordonner aux défendeurs de délivrer les autorisations d'accès spécial—Il est évident que le redressement sollicité par le demandeur est un *mandamus*—La Cour peut, dans le cadre d'une demande de *mandamus*, ordonner l'exécution d'un devoir public mais elle ne peut dicter le résultat à atteindre lorsque le pouvoir conféré par la disposition habilitante est discrétionnaire—La délivrance d'un bref de *mandamus* n'est pas possible dans de telles circonstances car elle constituerait en fait une déclaration de droit provisoire—De plus, la Cour ne peut ordonner aux défendeurs de faire droit aux demandes d'accès au 714-X «sans autres exigences et conditions» car une telle ordonnance contreviendrait aux dispositions du Règlement qui stipulent certaines conditions devant être remplies par le médecin faisant la demande d'accès avant que le directeur général puisse exercer son pouvoir discrétionnaire—Requête rejetée—Règlement des aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.010.

DELISLE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-698-04, 2004 CF 788, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 31-5-04, 7 p.)

## ANCIENS COMBATTANTS

Contrôle judiciaire de la décision du Tribunal des anciens combattants (Tribunal) rejetant une demande de réexamen d'une décision du comité d'appel et refusant ainsi au

## ANCIENS COMBATTANTS—Suite

demandeur le droit à une pension—Le comité d'appel a conclu ne pas avoir eu «des preuves médicales nécessaires pour relier l'affection d'arthrite des membres inférieurs au service du demandeur»—Le Tribunal a appliqué le test en quatre parties, élaboré par le juge Teitelbaum dans la décision *MacKay c. Canada (Procureur général)* (1997), 129 F.T.R. 286 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), pour soupeser la nouvelle preuve présentée par le demandeur—Le Tribunal créé par la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), est, depuis sa création, le seul tribunal de révision et d'appel pour les pensions d'anciens combattants—Selon l'art. 39 de la Loi, le Tribunal doit accepter tout élément de preuve présenté par le demandeur qui n'est pas contredit et qui lui semble vraisemblable—Il doit également tirer les conclusions les plus favorables au demandeur—L'évaluation de la preuve doit toujours se faire à la lumière des art. 3 et 39 de la Loi, ce qui signifie que le Tribunal se doit d'accepter tout élément de preuve présenté, à moins qu'il ne rende une décision quant au manque de vraisemblance ou de crédibilité de la preuve ou à moins que cette preuve ne soit contredite par d'autre preuve au dossier—Le Tribunal a conclu que la preuve médicale était crédible—Il n'y a pas eu de preuve médicale contradictoire qui a été soumise—Le Tribunal a plutôt choisi d'écarter la preuve non contredite, au motif de son impertinence—Or, la preuve médicale en question était d'une pertinence indéniable puisqu'elle traitait des problèmes vasculaires aux jambes et établissait un lien potentiel avec le service militaire—Cette preuve pouvait servir de fondement raisonnable pour appuyer l'hypothèse selon laquelle les affections du demandeur étaient attribuables à son service militaire—Selon les règles de preuve de l'art. 39 et la règle d'interprétation de l'art. 3 de la Loi, le Tribunal devait tirer des éléments de preuve les conclusions les plus favorables possibles pour le demandeur, accepter tout élément de preuve non contredit que leur présente le demandeur et qui lui semble vraisemblable et trancher en faveur du demandeur toute incertitude quant au bien-fondé de la demande—Telle que rédigée, la décision du Tribunal était déraisonnable et ne pouvait se soustraire à l'intervention de la

**ANCIENS COMBATTANTS—Fin**

Cour—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3, 39.

THÉRIAULT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1351-03, 2004 CF 978, juge Rouleau, ordonnance en date du 12-7-04, 14 p.)

**ASSURANCE-EMPLOI**

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un juge suppléant de la Cour canadienne de l'impôt (juge) statuant que les sommes avancées par la demanderesse à deux de ses employées, mais remboursées par la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST), pour des périodes de réaffectation en retrait préventif constituaient une rémunération assurable, aux termes de la Loi sur l'assurance-emploi (Loi)—M<sup>me</sup> Lachambre et M<sup>me</sup> Trudel étaient deux infirmières au service de la demanderesse—M<sup>me</sup> Lachambre fut affectée à plein temps à l'équipe volante, mais cela ne veut pas dire qu'elle travaillait à plein temps—M<sup>me</sup> Trudel fut affectée à la clinique de pré-admission selon un horaire à temps partiel qui fut modifié par lettre du 6 décembre 2000—Il faut distinguer entre l'assignation ou l'affectation générale à un poste ou à une unité de travail et l'affectation particulière ou quotidienne à des tâches au sein de ce poste ou de cette unité—En bref, lorsque la demanderesse n'a pu offrir un travail qui respectait les exigences de sécurité que commandait leur grossesse, les employées se sont prévaluées de leur droit à un congé spécial en vertu de leur convention collective, lequel correspondait à un retrait préventif en vertu de la Loi sur la santé et la sécurité du travail (LSST)—Ce droit s'est exercé au jour le jour comme le permet la clause 20.21 de la convention, selon la disponibilité des tâches, dans le contexte d'une affectation à temps plein pour M<sup>me</sup> Lachambre et à temps partiel pour M<sup>me</sup> Trudel—Les montants versés par l'employeur aux deux employées en retrait préventif, et par la suite, remboursés par un tiers assureur (CSST) constituent-ils une rémunération assurable?—Les courts motifs fournis par le juge au soutien de sa conclusion qu'il s'agissait d'une rémunération assurable ne supportent pas celle-ci—Premièrement, le constat que les deux employées étaient aptes à fournir un certain travail ignore totalement l'existence d'un droit de retrait préventif conféré aux deux employées, l'exercice par ces dernières de ce droit et l'impact juridique qui découle de cet exercice sur la nature et le statut des montants qui ont été versés en conséquence de cet exercice—Bref, la disponibilité et l'aptitude au travail des employées demeurent des faits pertinents, mais qui ne sont pas vraiment utiles dans la détermination de la question en litige—Deuxièmement, le juge a retenu comme justification le fait qu'il y avait effectivement eu en l'espèce prestation de travail—Cette détermination est en partie correcte et en partie erronée—Si l'on considère sa partie erronée, force est

**ASSURANCE-EMPLOI—Fin**

d'admettre qu'elle ne peut soutenir une conclusion que les montants versés constituent une rémunération assurable au motif qu'il y a eu prestation de travail—Cette décision du juge ignore l'exercice du droit de retrait préventif par les deux employées et les conséquences juridiques en découlant—L'absence d'une prestation de travail ne permet pas de conclure à une rémunération assurable—Cette absence dans la présente affaire ne fait que poser la question de l'assurabilité des montants versés, elle ne permet pas d'y répondre—L'art. 2(1) de la Loi définit la rémunération assurable comme «le total de la rémunération d'un assuré, déterminé conformément à la partie IV, provenant de tout emploi assurable»—La rémunération dans son sens usuel, réfère à la rétribution, au salaire, au revenu ou à l'argent reçu pour le prix d'un service ou d'un travail—L'art. 36 de la LSST traite de la rémunération d'un salarié selon son sens usuel et de l'indemnité de remplacement de celle-ci lorsque le salarié se prévaut de son droit de retrait préventif du travail et a droit à l'indemnité—Les montants en litige ne constituaient pas une rémunération assurable au sens de la Loi—Tout d'abord, le régime collectif mis en place par la LSST est, juridiquement, un régime législatif d'assurance visant l'indemnisation de la personne enceinte, qui ne fait pas partie du contrat de travail intervenu entre la demanderesse et ses employées et qui est financé par les contributions des employeurs—Deuxièmement, pour qu'un revenu provenant de l'employeur puisse constituer une rémunération, il doit avoir été payé dans le cadre d'un contrat de travail ou d'emploi—Les montants ici versés par la CSST n'ont pas été payés dans le cadre d'un contrat de travail entre les employées et la CSST—En outre, les sommes émanant de la CSST sont juridiquement qualifiées par la LSST "d'indemnité de remplacement du revenu"—Elle ne sont pas de la nature d'une rémunération—Les montants versés à titre d'indemnités de remplacement du revenu en vertu de régimes législatifs d'assurance sont des paiements par un tiers assureur qui ne constituent pas une rémunération assurable—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 2(1) «rémunération assurable»—Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.R.Q., ch. S-2.1.

CITÉ DE LA SANTÉ DE LAVAL C. M.R.N. (A-661-02, 2004 CAF 119, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 23-3-04, 22 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****STATUT AU CANADA***Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Tribunal) concluant que le demandeur ne satisfaisait pas à la définition de «réfugié au sens de la Convention» figurant à l'art. 96 de la Loi sur

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

l'immigration et la protection des réfugiés et n'est pas une «personne à protéger» selon l'art. 97 de cette Loi—Le demandeur est un citoyen de la République Démocratique du Congo et il allègue avoir une crainte bien fondée de persécution en raison de ses opinions politiques imputées—Le Tribunal a étudié l'ensemble de la preuve et conclu que le demandeur n'est pas crédible en ce qui a trait à son histoire—Le Tribunal a écarté l'explication du demandeur fournie lors de l'audition pour la simple raison que «l'information qu'il a soumise aux autorités canadiennes [lors de sa demande de visa] peut être facilement vérifiable»—Par contre, rien dans le dossier n'indique que le Tribunal a vérifié cette information—Le Tribunal aurait dû préconiser une approche proactive et ne pas se contenter de retenir une version des faits pour la simple raison qu'elle a le potentiel d'être vérifiée—Il aurait dû tenter de vérifier la version initiale d'autant plus qu'elle était facilement vérifiable, mais ne l'a pas fait—Demande accueillie—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.

MULIRI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6501-03, 2004 CF 1139, juge Harrington, ordonnance en date du 17-8-04, 9 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LES DOUANES**

Appel interjeté, en vertu de l'art. 68 de la Loi sur les douanes, d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) ([2003] T.C.C.E. No. 51 (QL)) qui avait confirmé une décision du commissaire augmentant d'environ 200 p. 100 la valeur en douane de certaines marchandises importées entre 1998 et 1999 par AAi Canada—Signification de l'expression «exerce son activité», dans le Règlement sur la détermination de la valeur en douane—Le TCCE devait décider si AAi Canada répondait à la définition de l'expression «acheteur au Canada», à l'art. 45 de la Loi sur les douanes et à l'art. 2.1 du Règlement sur la détermination de la valeur en douanes—AAi Canada répondait à cette définition si, durant la période considérée, elle exerçait son activité au Canada et si sa gestion et son contrôle avaient lieu au Canada, ou si elle avait au Canada un lieu d'affaires fixe par l'intermédiaire duquel elle exerçait son activité—Le TCCE a estimé qu'AAi Canada n'exerçait pas d'activités parce qu'AAi É.-U. intervenait à un point tel dans les affaires d'AAi Canada que les activités d'AAi Canada étaient en réalité exercées par AAi É.-U.—Dans l'arrêt *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, la Cour suprême du Canada écrivait que le sens de l'expression «exploiter une entreprise» (ou «exercer une activité») peut varier selon le contexte dans lequel cette expression est utilisée—Selon la preuve non contredite, AAi Canada achetait et vendait des marchandises pour son propre compte et dans un but lucratif—La conclusion du TCCE

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

reposait uniquement sur le degré significatif du contrôle de fait exercé par AAi É.-U. sur les affaires d'AAi Canada—Le TCCE a adopté le principe selon lequel une société n'exerce pas d'activités si ses affaires sont l'objet d'un important contrôle de fait exercé par sa société mère—Cette affirmation ne s'appuie sur aucun précédent—Il n'y a nul bien-fondé dans l'argument du commissaire selon lequel une société ne devrait pas être considérée comme l'acheteur réel de marchandises si elle ne peut pas vendre ces marchandises sans l'approbation de sa société mère étrangère—Aucune disposition de la Loi sur les douanes n'impose ni n'autorise une telle manière de voir—Appel accueilli—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 68 (mod. par L.C. 1995, ch. 41, art. 20; 1999, ch. 17, art. 217)—Règlement sur la détermination de la valeur en douane, DORS/86-792, art. 2.1 (édicte par DORS/97-443, art. 2).

AAI.FOSTERGRANT OF CANADA CO. C. CANADA (COMMISSAIRE DE L'AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (A-396-03, 2004 CAF 259, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 14-7-04, 10 p.)

**DROIT D'AUTEUR****VIOLATION**

Action dans laquelle la demanderesse, Eros-Équipe de recherche opérationnelle en santé inc. (Eros), poursuit les défenderesses, Conseillers en gestion et informatique CGI inc. (CGI), la Régie régionale de la santé et des services sociaux de Québec (Régie de Québec) solidairement et conjointement, et la Régie régionale de la santé et des services sociaux de la Montérégie (Montérégie), pour violation des ses droits d'auteur selon la Loi sur les droits d'auteurs (Loi) relativement à l'usage de son œuvre littéraire intitulée *Classification (des bénéficiaires) par types (de programmes) en milieu de soins prolongés* (CTMSP)—Les défenderesses Régie de Québec et Montérégie sont toutes deux des corporations constituées selon la Loi sur les services de santé et les services sociaux du Québec—Eros est une entreprise d'évaluation, de conception, de réalisation, et de mise en opération de systèmes de gestion dans le domaine de la santé—Elle reproche à la Régie de Québec d'avoir violé ses droits d'auteurs en autorisant la reproduction de parties importantes des formulaires CTMSP lors de la conception du logiciel SIBPA (Système d'information pour le bénéficiaires en perte d'autonomie) par CGI; en autorisant la traduction en langage informatique du CTMSP par CGI; en reproduisant l'œuvre CTMSP lors de l'utilisation de SIBPA; en autorisant l'utilisation du logiciel contrefacteur SIBPA et conséquemment, la reproduction du CTMSP lors de l'utilisation; et en mettant en circulation l'œuvre contrefacteur de façon à porter préjudice à Eros en offrant le logiciel à toutes les régies—Eros reproche à Montérégie la reproduction de son œuvre CTMSP lors de

**DROIT D'AUTEUR—Suite**

l'utilisation de SIBPA—Elle reproche à CGI la reproduction de parties importantes de son œuvre CTMSP lors de la conception de SIBPA—En incorporant les formulaires CTMSP dans le logiciel SIBPA, CGI les a reproduits, mais dans un langage informatique—Pour ne pas être tenue responsable des dommages causés par la conception de SIBPA, la Régie du Québec a invoqué le bénéfice de l'immunité de la Couronne provinciale—Lorsque la Régie de Québec agit dans le cadre d'un mandat spécifique du ministère des Affaires sociales (MAS) (maintenant le ministère de la Santé et des Services sociaux), son statut de mandataire est clair et elle jouit de l'immunité de la Couronne (*R. c. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 551)—La Loi sur le droit d'auteur ne précise pas qu'elle s'applique à la Couronne—Il est donc nécessaire d'analyser les dispositions de la Loi afin de décider si la Couronne peut lui être implicitement assujettie—La Couronne et ses mandataires ne peuvent prendre avantage d'un régime législatif et ensuite ignorer les obligations qui en découlent—Le MAS s'est prévalu du régime de la Loi—Il existe un lien étroit entre l'avantage que procure une licence exclusive, c'est-à-dire le droit d'utiliser une œuvre à l'exclusion de tout autre personne, et l'obligation de ne pas violer les droits que le cédant a choisis de ne pas céder, en l'espèce, le droit à l'informatisation de son œuvre—Le MAS et ses mandataires sont donc liés par les dispositions de la Loi et ne peuvent se prévaloir de l'immunité de la Couronne—La Régie de Québec a outrepassé le mandat conféré par la MAS en violant les droits d'auteur d'Eros et elle a donc perdu son immunité—Le droit civil ne peut être la source de la faute de la défenderesse dans un cas de violation de droit d'auteur puisque la Loi prévoit quels sont les actes constituant une violation au droit d'auteur et quels sont les recours disponibles—La preuve était concluante quant à la connaissance des droits d'auteur d'Eros par la Régie de Québec—Eros a prétendu que chacune des défenderesses a violé ses droits d'auteur, soit par l'accomplissement d'un des actes énoncés à l'art. 3 de la Loi ou par l'autorisation de l'acte en question—L'art. 27(1) de la Loi stipule que l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte que seul ce titulaire a la faculté d'accomplir selon la Loi constitue une violation du droit d'auteur—L'art. 27(2) stipule que la mise en circulation d'une œuvre violant les droits d'auteur d'un autre est également une violation de droit d'auteur—Le critère pour déterminer s'il y a eu reproduction d'une partie importante d'une œuvre est qualitatif—Les défenderesses ont admis que le guide d'utilisation du logiciel SIBPA reproduit des parties importantes des formulaires CTMSP, ce qui démontre clairement qu'elles se sont approprié l'essence de l'œuvre CTMSP—Les formulaires CTMSP se trouvent mot pour mot dans le logiciel de la Régie de Québec en violation des arts. 3(1)a) et 27(1) de la Loi—La Régie de Québec a donc autorisé les gestes de contrefaçon de la défenderesse CGI et de ses prédécesseurs—La personne qui

**DROIT D'AUTEUR—Suite**

autorise une violation commet un acte de contrefaçon au même titre que l'entité qui accomplit l'acte—CGI et la Régie de Québec sont donc solidairement responsables de ces actes—Montréal n'a pas participé à la conception de SIBPA, mais elle reconnaît avoir utilisé le logiciel comme plusieurs autres régies régionales—La reproduction par la Régie de Québec et Montréal de l'œuvre sur leurs ordinateurs constitue une violation du droit d'auteur de la demanderesse—Mis à part la reproduction à l'écran, la preuve a révélé que SIBPA générait des rapports imprimés qui sont eux-mêmes des reproductions de parties importantes des formulaires CTMSP, ce qui constitue une autre violation du droit d'auteur d'Eros—L'art. 27(2)c) prévoit qu'il y a contrefaçon lorsqu'une personne met en circulation l'œuvre contrefaite de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur—La preuve a clairement démontré que les défenderesses Régie de Québec et CGI ont «mis en circulation» le logiciel SIBPA et que plusieurs régies l'ont utilisé—Puisque les droits d'auteur liés au CTMSP étaient dûment enregistrés, CGI devait réfuter la présomption qu'elle avait un motif raisonnable de soupçonner que l'œuvre était protégée—Le simple fait qu'il n'y avait jamais eu de problème de contrefaçon auparavant ne signifie pas que la contrefaçon n'est pas un élément à considérer lorsqu'un formulaire est intégré mot pour mot dans un nouveau logiciel, surtout lorsque l'avis de droit d'auteur est reproduit à plusieurs endroits dans le document—Il était donc raisonnable de croire qu'un droit d'auteur existait relativement à l'œuvre CTMSP et CGI n'a pas réfuté la présomption énoncée à l'art. 39 de la Loi—La Régie de Québec et CGI ont violé, au sens de l'art. 27(2)c) de la Loi, les droits d'auteur de la demanderesse en mettant en circulation l'œuvre contrefaite de façon préjudiciable à Eros—L'art. 34 de la Loi indique les recours dont l'auteur lésé peut se prévaloir et l'art. 35 traite des dommages-intérêts auxquels il a droit pour remédier à la contrefaçon—Quant aux pertes reliées à l'exploitation informatique de CTMSP, un montant de 200 000 \$ est raisonnable pour le coût de conception de SIBPA—À ce montant s'ajoute 70 000 \$ pour tenir compte des sommes dépensées par la Régie de Québec pour apporter des modifications subséquentes au logiciel SIBPA, totalisant 270 000 \$—Il faut ensuite appliquer la marge bénéficiaire d'Eros de 53,72% pour obtenir le montant des bénéfices perdus, qui s'élèvent à 312 729 \$—Eros aurait touché des frais pour l'entretien annuel de son logiciel CTMPS informatisé—Au taux incontesté de 17%, cela représente un montant annuel de pertes de bénéfices de 53 164 \$, montant qui devra être majoré selon l'indice du prix à la consommation à compter de 1986, date de la contrefaçon, jusqu'en 1992, date où SIBPA a cessé d'être utilisé par les défenderesses—Quant aux pertes reliées au manque à gagner sur les ventes du logiciel PLAISIR (Planification informatisée des soins infirmiers requis), ce chef de dommages est fondé sur l'hypothèse que le logiciel contrefacteur SIBPA aurait

**DROIT D'AUTEUR—Fin**

supplanté en partie le marché du logiciel PLAISIR—Comment la demanderesse peut-elle prétendre pouvoir vendre un produit et ensuite continuer de faire payer l'acheteur pour l'utilisation du produit?—Il est inévitable qu'un logiciel CTMSP aurait fait concurrence au produit PLAISIR d'Eros—Puisque le tribunal doit éviter les chevauchements et les dédoublements, Eros ne peut réclamer à la fois des dommages-intérêts liés à l'utilisation de PLAISIR et des dommages-intérêts liés à l'informatisation du CTMSP —Eros a réclamé contre Montérégie des dommages-intérêts fondés sur son utilisation du logiciel SIBPA—Eros n'a pas démontré que la fin de l'utilisation de PLAISIR dans la Montérégie était directement liée à l'utilisation de SIBPA— Dans ce cas, il est opportun d'accorder des dommages-intérêts nominaux de l'ordre de 10 000 \$ en faveur de la demanderesse —Eros a également réclamé des dommages-intérêts punitifs aux défenderesses—En ce qui concerne la Régie de Québec, la Montérégie et CGI, l'absence de preuve d'intention malveillante ou d'intention de nuire de leur part éliminait la possibilité de dommages-intérêts punitifs—Eros a droit aux intérêts à un taux de 5% depuis l'assignation de l'action, soit en avril 1988—Finalement, CGI a formulé un appel en garantie fondé sur le manquement de la Régie de Québec à son devoir de renseignement lors du contrat pour la conception de SIBPA—La Régie de Québec ne conteste pas l'appel en garantie pour les dommages causés par les actions des prédécesseurs de CGI ni avant l'institution de l'action ni suite à celle-ci—Appel en garantie accueilli contre la Régie de Québec pour les dommages-intérêts auxquels CGI a été condamné dans le présent litige avec dépens contre la Régie de Québec—Action accueillie—La Cour déclare *inter partes* que l'œuvre originale littéraire CTMSP est une œuvre protégée dont la demanderesse seule est propriétaire des droits d'auteur dans celle-ci—Loi sur les droits d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3 (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1993, ch. 23, art. 2; ch. 44, art. 55; 1997, ch. 24, art. 3), 27 (as am. by L.C. 1997, ch. 24, art. 15)—Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2.

EROS-ÉQUIPE DE RECHERCHE OPÉRATIONNELLE EN SANTÉ INC. C. CONSEILLERS EN GESTION ET INFORMATIQUE C.G.I. INC. (T-687-88, 2004 CF 178, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 3-2-04, 78 p.)

**GRC**

L'appelant était gendarme au sein de la Gendarmerie royale du Canada—Il alléguait que la procédure de promotion en trois étapes était inéquitable parce qu'elle niait aux candidats l'accès aux résultats de l'examen qu'ils avaient subi ainsi qu'aux documents connexes—L'appelant s'est présenté à l'exercice écrit de simulation des fonctions de caporal (ESE)—Conformément aux Consignes du commissaire (règlement

**GRC—Fin**

des différends en matière de promotions et d'exigences de postes) (les Consignes relatives aux promotions), l'appelant a demandé et s'est vu refuser la communication des documents et renseignements concernant l'ESE—L'arbitre de la GRC a rejeté les plaintes de l'appelant selon lesquelles les réponses données lors de l'examen n'avaient pas été correctement notées; la décision de l'arbitre a été confirmée par la Cour fédérale—L'appel de cette décision a été accueilli—La juge de la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'arbitre n'avait pas dénié à l'appelant le droit de participation qu'il possédait en vertu des principes de justice naturelle et d'équité procédurale lorsqu'il avait refusé de lui communiquer les renseignements et documents pertinents nécessaires pour que celui-ci se voie accorder une audience équitable—Le rôle de l'arbitre, selon les Consignes relatives aux promotions, consiste à rendre une décision sur le fond de l'affaire—Une décision portant sur le fond en ce qui concerne l'appelant exigeait que l'arbitre décide si les réponses aux questions posées lors de l'examen avaient été notées d'une façon inexacte plutôt que de décider si l'appelant avait été traité d'une façon équitable dans le cadre de la procédure d'examen—L'arbitre doit ordonner la prise d'une mesure corrective appropriée s'il conclut que la décision, l'acte ou l'omission en question est erroné et qu'il en a résulté un préjudice pour le plaignant—Par conséquent, dans le présent appel, s'il concluait que l'évaluation de l'ESE était erronée, l'arbitre modifierait l'évaluation des réponses données dans l'ESE de l'appelant qui avaient selon lui été évaluées d'une façon erronée et il modifierait le rang attribué sur la liste d'admissibilité aux promotions—L'exigence voulant que la décision de l'arbitre soit motivée par écrit et l'absence d'appel ou de révision ultérieure indiquent égale-ment que des protections procédurales plus importantes sont justifiées—Tout cela indique que l'obligation d'équité exige plus que le degré minimal de protection procédurale auquel la juge avait conclu—La preuve à l'encontre de l'appelant était composée de précisions données au sujet de l'évaluation de l'ESE et de la justification de cette évaluation—En l'absence de ces renseignements, l'appelant ne pouvait pas connaître la preuve qui existait à son encontre, et son droit de se faire entendre ne rimait plus à rien—Consignes du commissaire (règlement des différends en matière de promotions et d'exigences de postes), DORS/2000-141.

SHEPHARD C. FORTIN (A-567-03, 2004 CAF 254, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 8-7-04, 14 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC) rejetant l'appel et maintenant la décision de première instance en précisant que la décision était conforme à la Loi

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Suite**

sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Depuis 1969, le demandeur purge une peine à perpétuité pour meurtre non qualifié—Est-ce que la CNLC et la Section d'appel ont erré en droit en n'analysant pas correctement le risque que le demandeur représentait au moment de sa demande de libération conditionnelle?—Est-ce que la CNLC a rendu une décision qui constitue un traitement cruel et inusité au sens de l'art. 12 de la Charte canadienne des droits et libertés?—Le critère du caractère raisonnable de la décision s'applique tant à la décision de la Section d'appel qu'à celle de la Commission—Il s'agissait donc de savoir si la décision de la Section d'appel était raisonnable—C'est la norme de la décision raisonnable *simpliciter* qui s'appliquait en l'espèce—L'intervention de la Cour n'était pas justifiée, puisque les motifs avancés par la Commission et confirmés par la Section d'appel peuvent résister à un examen plus approfondi—La CNLC et la Section d'appel devaient pondérer divers facteurs pour en arriver à une décision raisonnable—En l'occurrence, deux facteurs principaux étaient en jeu: la protection de la société et la recherche de la solution la moins restrictive possible, compte tenu du premier facteur—D'après le rapport de l'équipe de gestion de cas (2003) et d'après la dernière évaluation psychologique (2001), le demandeur ne présentait qu'un faible risque de récidive—Le demandeur a soulevé, dans ses arguments, l'arrêt *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385—Dans cet arrêt, la Cour Suprême indique que la peine indéterminée en soi n'est pas contraire à la Charte—Ici, le demandeur a été condamné à perpétuité pour avoir commis un meurtre en 1969—La question était de savoir si le refus de la libération conditionnelle peut se justifier compte tenu de la preuve et des circonstances—Il convient d'appliquer soigneusement les critères élaborés par la Loi, seuls garants de la possibilité d'une libération dans un cas de peine indéterminée—L'art. 101 prévoit d'une part que la protection de la société est le critère déterminant, et, d'autre part, que le règlement des cas doit être, compte tenu de la protection de la société, le moins restrictif possible—Il appert que la CNLC a tenu compte de ces critères—La CNLC a estimé que l'encadrement de sécurité minimum est encore nécessaire au demandeur, et s'est appuyée sur la preuve au dossier pour en décider ainsi—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 101—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. 12.

FOURNIER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1846-03, 2004 CF 1124, juge Harrington, ordonnance en date du 12-8-04, 15 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Suite**

(Commission) confirmant le refus de libération conditionnelle pour expulsion du demandeur, sous le régime de l'art. 102 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (Loi)—Le demandeur, âgé de 44 ans, purgeait une peine globale de 14 ans et 8 mois par suite d'une première condamnation pour des infractions fédérales de a) complot d'importation et de trafic de stupéfiants, b) vente d'une arme prohibée, c) recyclage des produits de la criminalité, d) complot de trafic et e) menaces de mort—Il était visé par une ordonnance d'expulsion et avait été déclaré dangereux pour la sécurité publique—La Commission a refusé sa demande de libération conditionnelle, pour participation au «crime organisé traditionnel»—La Section d'appel a reconnu qu'il n'était peut-être pas un membre du crime organisé au sens juridique mais qu'il avait pris part à des activités criminelles d'envergure sur le plan international—Il prétend que la Section d'appel l'a considéré et traité comme s'il avait participé ou collaboré aux activités d'une organisation criminelle, sans qu'il ait été déclaré coupable de cette infraction et qu'il ait eu la possibilité de se défendre adéquatement contre cette allégation—Les expressions «infraction grave» et «organisation criminelle» sont définies à l'art. 467(1) du Code criminel—L'art. 467.11 criminalise la participation à une activité d'une organisation criminelle—Le Service correctionnel du Canada a une politique interne sur l'appartenance aux gangs criminels, qui formule des critères d'identification des participants au crime organisé, dont l'exigence d'une décision judiciaire, et établit des droits procéduraux permettant de contester la conclusion d'appartenance à un gang criminel.—*De Luca c. Canada (Procureur général)* (2003), 231 F.T.R. 8 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), établit qu'on ne peut être considérée comme membre d'une organisation criminelle sans une décision judiciaire—La Commission ne peut le faire ni directement ni indirectement; il doit y avoir une décision judiciaire—Par leur emploi non rigoureux de l'expression «crime organisé», la Commission et la Section d'appel ont traité le demandeur comme s'il était membre d'une organisation criminelle, faisant ainsi indirectement ce qu'elles ne pouvaient faire directement—Il n'y a aucune définition juridique de «crime organisé» dans la Loi—Il est impossible de savoir quelle est la signification juridique de «crime organisé» ou ce que la Section d'appel voulait dire en utilisant ces termes—L'application du critère juridique d'appartenance au «crime organisé» sans définition et sans précision sur l'emploi de ces mots est une erreur de droit en l'espèce—Employer ou adopter des termes comme «crime organisé traditionnel» et «affiliation au crime organisé traditionnel» sans préciser leur signification, constituait aussi une erreur—Il n'est pas juste d'utiliser des expressions qui peuvent avoir plus d'un sens, sans indiquer de quelle manière elles doivent être comprises—Il y a eu manquement aux règles d'équité procédurale—Demande accueillie—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C.



**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

1992, ch. 20, art. 102 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 27)—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 467(1) «infraction grave», «organisation criminelle», 467.11 (édicte par L.C. 2001, ch. 32, art. 27).

COSCIA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-308-04, 2004 CF 1004, juge Phelan, ordonnance en date du 20-7-04, 11 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****ENREGISTREMENT**

Appel d'une décision du registraire des marques de commerce rejetant la demande d'enregistrement de la demanderesse (numéro de demande 743101), déposée le 9 décembre 1993, pour la marque de commerce «Ixel» en association avec des antidépresseurs—Le 22 novembre 1994, la défenderesse a produit une déclaration d'opposition à cette demande fondée sur l'art. 12(1)d) de la Loi sur les marques de commerce—Le 11 septembre 1998, le registraire a rejeté la demande d'enregistrement de la demanderesse en raison du risque de confusion entre la marque «Ixel» et la marque de commerce enregistrée «Paxil» de la défenderesse, mais cette décision fut infirmée en appel au motif qu'il n'y avait pas de risque raisonnable de confusion entre les deux marques—L'appel que la défenderesse a porté de cette décision fut accueilli, au motif que le juge de première instance ainsi que le registraire avaient erré relativement au test applicable pour déterminer le risque de confusion—En l'espèce, le test applicable était de savoir s'il est plus probable que moins que, comme première impression, dans l'esprit du consommateur moyen anglophone (les parties ont reconnu qu'il n'y avait pas de risque de confusion pour le consommateur moyen francophone) ayant un vague souvenir, il y ait un risque tangible de confusion entre les marques «Ixel» et «Paxil»—D'après la C.S.C., lorsqu'il s'agit de médicaments prescrits, le consommateur moyen est constitué du médecin qui prescrit le médicament, du pharmacien (qui a l'habitude des ordonnances) ainsi que du patient (qui a d'abord eu une consultation avec son médecin traitant)—Les éléments d'appréciation pour analyser le risque de confusion sont énumérés à l'art. 6(5) de la Loi—La demanderesse doit établir qu'il n'existe pas de risque raisonnable de confusion entre les marques de commerce en cause à la date de la décision du registraire—1) «Ixel» et «Paxil» sont des mots uniques qui n'ont aucun lien avec le langage courant—Ces marques possèdent toutes deux un caractère distinctif inhérent—2) L'art. 50 de la Loi stipule que l'emploi d'une marque de commerce par le détenteur d'une licence ne peut être considéré comme l'emploi de la marque par le propriétaire que si celui-ci exerce un certain contrôle direct ou indirect, sur les caractéristiques et la qualité des produits avec lesquels la marque est utilisée—Devant le registraire, aucune preuve

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

admissible n'a été produite à l'effet que la marque «Paxil» était employée au Canada par la défenderesse—Cette dernière n'a pas prouvé qu'elle exerçait le contrôle effectif exigé par la Loi sur la qualité et la nature du produit, et elle n'a pas comblé cette lacune dans le présent appel—Ainsi, le fait que «Paxil» soit l'antidépresseur le plus vendu au Canada ne peut favoriser la défenderesse—3) «Ixel» et «Paxil» se rapportent à des marchandises identiques—Le fait que les deux marques soient utilisées en association avec deux médicaments antidépresseurs augmente le risque de confusion—Ce facteur favorise la défenderesse—4) Bien que la nature du commerce soit identique, il n'en demeure pas moins que dans le domaine des médicaments délivrés sur ordonnance, le risque de confusion est diminué puisque la nature du négoce fait en sorte que les produits seront délivrés par des professionnels méticuleux habitués à faire les distinctions entre les noms des divers produits—Ce facteur favorise la demanderesse—5) Le degré de ressemblance doit s'analyser au niveau de l'apparence, du son et des idées—Au niveau des idées suggérées, il n'y a aucun risque de confusion puisque les marques sont distinctives et ne suggèrent aucune idée—Puisque les marques ont la même apparence visuelle dans les deux langues, cette question (de l'apparence) est réglée (les parties ayant reconnu qu'il n'y avait pas de risque de confusion pour le consommateur moyen francophone)—Au niveau phonétique, puisqu'il s'agit d'une question d'impression générale, la comparaison doit se faire globalement, ce qui veut dire que c'est avec prudence que la Cour doit tenir compte des expertises de linguistes dont le rôle est de décortiquer les mots—Les expertises sont d'une valeur limitée car elles ne traitent pas de tous les facteurs dont cette Cour doit tenir compte dans son évaluation du risque de confusion—Ainsi, aucun des experts n'a considéré l'impact de la première impression ou du souvenir imprécis du consommateur sur le risque de confusion puisqu'il s'agit de considérations psychologiques et non pas linguistiques—L'utilité des expertises consiste simplement à indiquer où l'accent tonique doit être placé, et de quelle façon les mots doivent être prononcés—Phonétiquement, le risque de confusion pour le consommateur moyen est peu probable—Il est plus probable que non que l'emploi des deux marques dans la même région et de la même façon ne comporte pas un risque tangible de confusion—Opposition rejetée—Loi sur les marques de commerces, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5), 12(1)d) (mod. par L.C. 1990, ch. 20, art. 81).

PIERRE FABRE MÉDICAMENT C. SMITHKLINE BEECHAM CORP. (T-2093-98, 2004 CF 811, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 7-6-04, 17 p.)

**PÉNITENCIERS**

Contrôle judiciaire d'une décision du président du tribunal disciplinaire de l'établissement Donnacona qui a déclaré le

**PÉNITENCIERS—Fin**

demandeur coupable de l'infraction disciplinaire prévue à l'art. 40*h*) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (Loi)—Le demandeur était détenu au pénitencier de Donnacona lorsque, le 11 avril 2003, est survenue une bagarre dans la salle commune—Le demandeur et un autre détenu, M. Guindon, ont échangé des coups pendant un court laps de temps—À l'audience disciplinaire, le demandeur a soulevé la légitime défense—Le président du tribunal disciplinaire n'en a pas traité—Le tribunal a commis deux erreurs de droit fondamentales, l'une relative au doute raisonnable et l'autre relative au moyen de défense—Selon l'art. 43(3) de la Loi, la personne chargée de l'audition doit être convaincue «hors de tout doute raisonnable» que le détenu a bien commis l'infraction reprochée—Le fait d'exprimer le doute raisonnable en termes de crédibilité est une erreur de droit—Le tribunal ne s'est pas posé question de savoir si la preuve a été faite hors de tout doute raisonnable—Quant au moyen de défense soulevé, le raisonnement du tribunal semble être le suivant: puisque le demandeur a asséné des coups, il ne pouvait invoquer la légitime défense—Il y a là totale méprise sur le sens de «légitime défense»—La légitime défense n'est pas une négation des coups portés, ni même de l'intention de porter des coups, mais bien une justification—La Cour Suprême a mentionné, dans *R. c. Kerr*, [2004] 2 R.C.S. 371, que «la légitime défense n'annule pas la *mens rea* de l'agression, mais permet plutôt à l'accusé d'échapper à la responsabilité criminelle parce que son mobile est acceptable»—La légitime défense est définie à l'art. 34(1) du Code criminel—Le demandeur a soulevé un doute à l'égard des quatre éléments de la définition de la légitime défense—Il prétend avoir été attaqué par en arrière et il a effectivement été blessé grièvement dans le dos—Il soutient ne pas avoir provoqué l'attaque; les gardes ont parlé du fait que M. Guindon était sous surveillance, car on craignait qu'il ne provoque un incident—Rien n'indique que le demandeur ait eu l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves—Enfin, le demandeur a cessé de se battre dès que l'alarme a été donnée—Le tribunal ne pouvait ignorer le seul moyen de défense invoqué par le demandeur—Demande accueillie—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, S.C., 1992, ch. 20, art. 40, 43(3)—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 60, ann. I, n° 20).

ZANTH C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-1839-03, 2004 CF 1113, juge Blais, ordonnance en date du 11-8-04, 14 p.)

**PENSIONS**

Le demandeur a été membre des Forces armées canadiennes de 1949 à 1996, l'année de sa retraite—Il souffre présentement d'une maladie disco-lombaire dont il attribue

**PENSIONS—Fin**

l'origine à ses 4000 heures de vol à titre de navigateur au cours de son service militaire—Selon la Loi sur les pensions, des pensions sont, sur demande, accordées aux membres des Forces en cas d'invalidité—En 1996, le demandeur présente une demande de pension d'invalidité en vertu de l'art. 21(1) et (2) de la Loi—La demande fut rejetée (première décision)—Le demandeur en demande la révision devant le Tribunal des anciens combattants qui confirme la première décision—La décision est portée en appel devant le comité d'appel qui réaffirme la première décision—Suite à l'obtention de deux rapports médicaux, le demandeur présente une demande de réexamen auprès du comité d'appel—La Tribunal accepte la nouvelle preuve médicale, mais conclut que la maladie disco-lombaire du demandeur n'est pas liée à son service militaire, d'où la présente demande de contrôle judiciaire—La norme de contrôle applicable dans des cas semblables est celle de la décision manifestement déraisonnable—La décision du comité d'appel était manifestement déraisonnable et doit être révisée—Dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, le bien-fondé de la décision contestée ne peut pas être débattu à l'aide d'une nouvelle preuve dont le décideur ne disposait pas lorsqu'il a rendu sa décision—La nouvelle preuve médicale présentée par le demandeur au comité d'appel établissait un lien direct de causalité entre l'affectation du demandeur et son service militaire—Si le comité d'appel décide de n'accorder aucun poids à la nouvelle preuve, il doit en indiquer les raisons dans sa décision—Le comité a donc dérogé à l'art. 39 de la Loi en écartant arbitrairement les deux rapports médicaux—Considérant que cette preuve était déterminante, le comité se devait de faire référence de façon explicite dans sa décision à tout élément de preuve contraire qu'il préférerait retenir en l'espèce—De plus, le comité aurait dû se demander si les vibrations dans les avions peuvent consister des micro-traumatismes, auquel cas, il n'est pas impossible que plusieurs années se soient écoulées avant que le demandeur éprouve une douleur articulaire ou que des altérations arthrosiques se manifestent en 1994 à la radiographie—Le comité d'appel a agi de façon arbitraire et capricieuse en écartant les deux rapports médicaux, ce qui rend sa décision manifestement déraisonnable—Demande accueillie—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 21 (mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 8; 2000, ch. 12, art. 236; ch. 34, art. 21; 2003, ch. 12, art. 2), 39 (mod. par L.C. 1995, ch. 18, art. 57).

DE QUOY C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-1044-03, 2004 CF 654, juge Martineau, ordonnance en date du 4-5-04, 10 p.)

**PRATIQUE****FRAIS ET DÉPENS**

Selon l'art. 22 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés, la demande de

## PRATIQUE—Suite

contrôle judiciaire et l'appel introduits en application desdites Règles ne donnent lieu à des dépens que «pour des raisons spéciales»—Des «raisons spéciales» militaient en faveur d'une adjudication de dépens—Le seul litige qui subsistait entre les parties était la détermination du montant de ces dépens—L'adjudication d'une somme globale tenant lieu de dépens peut viser comme objectifs à faciliter le processus de taxation et à en réduire le coût dans des affaires relativement simples—L'adjudication peut aussi, à l'occasion, servir à accorder à une partie des dépens supérieurs au montant maximum que prévoit le tarif lorsque la Cour juge qu'il doit en être ainsi—Dans la recherche d'une adjudication de dépens qui se veut juste, la Cour doit faire preuve de prudence en exerçant son pouvoir discrétionnaire, ne serait-ce que pour éviter que des parties dont la conduite n'a rien de répréhensible se voient condamner à des dépens dont l'ampleur était imprévisible—La Cour devrait, lorsqu'elle adjuge une somme globale tenant lieu de dépens taxés, s'inspirer le plus possible des normes établies dans le tableau du tarif B—En l'espèce, le travail accompli par les procureurs a été tout simplement gigantesque—Une somme globale de 65 000 \$, couvrant les procédures en première instance et en appel, serait approprié—L'avocat de l'appelant a remis une ventilation très détaillée qui paraît tout-à-fait raisonnable—Une somme globale de 80 550 \$ tenant lieu de dépens en première instance et en appel et qui incluerait honoraires, débours et taxes a été adjugée—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/2002-232, art. 22—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, tarif B.

MUGESERA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DEL'IMMIGRATION) (A-316-01, A-317-01, 2004 CAF 157, juge Décaré, J.C.A., ordonnance en date du 19-4-04, 11 p.)

L'appelante a été déboutée, tant devant le registraire des marques de commerce que devant la Cour fédérale, de sa demande d'enregistrement d'une marque de commerce—La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel avec dépens—L'intimée réclame le double des dépens en vertu de la règle 420 des Règles de la Cour fédérale, 1998 (Règles) en se fondant sur l'offre de règlement datée du 11 juin 2002, laquelle est demeurée en vigueur jusqu'à l'expiration de deux minutes suivant le début de l'audition de l'appel—L'appelante soutient qu'il n'y a pas lieu d'accorder le double des dépens en l'espèce, parce que la révocation de l'offre deux minutes après le début de l'audience est incompatible avec le texte de la règle 420(2), notamment avec les mots «une offre de règlement qui n'est pas révoquée»—L'appelante invoque l'opinion concourante exprimée dans *Francosteel Canada Inc. c. African Cape (L')*, [2003] 4 C.F. 284 (C.A.), selon laquelle la règle 420(2)a) risque fort de causer des injustices—Dans cette opinion, une comparaison a été faite avec la Règle de

## PRATIQUE—Suite

l'Ontario selon laquelle le demandeur doit décider avant l'ouverture de l'audience s'il accepte ou non l'offre, à défaut de quoi il s'expose à devoir payer tous les frais engagés subséquentement par le défendeur s'il n'accepte pas l'offre au moment où il devrait le faire—Le jugement majoritaire rendu dans *African Cape* portait uniquement sur un examen de la règle 400(1)—L'opinion concourante était une opinion judiciaire incidente, parce que l'examen qu'elle comportait de l'application de la règle 420 ne pouvait entrer en conflit avec celui de la règle 400(3)e) au sujet d'une offre de règlement, qui concerne le pouvoir discrétionnaire dont la Cour est investie en vertu de la règle 400(1) pour trancher les questions relatives au droit aux dépens—Examen des répercussions possibles de la Règle de l'Ontario—L'offre respecte les critères de la règle 49.10(2)a), b) et c) des Règles de procédure civile de l'Ontario—Il est difficile de comprendre comment la Règle de l'Ontario pourrait, mieux que la règle 420, favoriser un règlement dans les circonstances de la présente affaire—Le critère de la Règle de l'Ontario qui est diffèrent de la règle 420(2)a) est l'obligation pour un demandeur d'obtenir un jugement aussi favorable que les conditions de l'offre—Cette obligation n'est pas pertinente, parce que les motifs concourants de l'arrêt *African Cape* portaient sur la règle 420(2)a) alors que, dans la présente affaire, l'appelante n'a pas obtenu de jugement—En fait, l'appelante a fait défaut d'obtenir un jugement au sens de la règle 420(2)b)—Il est possible de faire une distinction d'avec la décision rendue dans *Assoc. olympique canadienne c. Olymel, Société en Commandite* (2000); 8 C.P.R. (4th) 429 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où la Cour a refusé de doubler les dépens dans des circonstances similaires—L'indication d'un délai dans une offre de règlement n'équivaut pas à une révocation au sens de la règle 420—Dans *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser* (2002), 19 C.P.R. (4th) 524 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour a confirmé le droit au doublement des dépens en vertu de la règle 420 par suite d'une offre de règlement non révoquée et a convenu que le but de la règle 420(1) consiste à encourager les offres de règlement et à éviter les coûts d'un procès—Cette conclusion a implicitement pour effet de reconnaître une réalité des litiges selon laquelle, souvent pour des raisons de stratégie, les parties ne veulent pas d'offre sur la table pendant l'audience et selon laquelle, si cette stratégie n'était pas disponible, elles seraient peut-être moins disposées à faire quelque offre que ce soit—La disposition d'une offre de règlement qui prévoit l'expiration ne constitue pas en soi une révocation de l'offre—Une distinction est faite entre les concepts du retrait et de l'expiration à la règle 49.10(2)b) des Règles de l'Ontario—La règle 420 ne devrait pas être interprétée de manière générale comme une règle interdisant l'application de ses conséquences à une partie dont la position est ferme au point d'empêcher toute possibilité de compromis—Un élément de compromis ne constitue pas dans tous les cas une condition absolue des offres de règlement—L'intimée a droit au double des dépens

**PRATIQUE—Fin**

—Règles de la Cour fédérale, (1998), DORS/98-106, règles 400, 420—Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 49.10(2) (mod. par Règl. de l'Ont. 284/-01, art. 11).

ASTRAZENECA ABC. NOVOPHARMLTD. (A-668-01, 2004 CAF 258, officier taxateur Stinson, taxation des dépens en date du 12-7-04, 29 p.)

**TRAVAUX PUBLICS**

Monit International Inc. réclame à la défenderesse des dommages-intérêts de 106 millions de dollars—De 1974 à 1996, l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) était locataire dans l'édifice de la demanderesse situé à Montréal—Monit allègue qu'en 1992, lors des négociations en vue de prolonger la location au moyen d'un bail à court terme, et de deux appels d'offres qu'il ont effectués en vue de signer un bail à long terme, les représentants de Travaux publics Canada (TPC) ont failli à leurs obligations de collaboration, de renseignement, d'équité, de bonne foi, de diligence, ou de «*commercial fair play*» envers elle—En mai 1992, TPC a publié un appel d'offres en vue de conclure un bail à long terme avec un locateur—Monit soumet une offre—TPC décide ensuite d'annuler cet appel d'offres et en fait un deuxième en septembre 1992—Monit fait une deuxième soumission, qui est rejetée—Finalement, la compagnie Westcliff est retenue pour construire un immeuble au 999, rue Université à Montréal—Le siège social de l'OACI est maintenant situé à cet endroit—Le 26 avril 2001, sur consentement des parties, une ordonnance fut rendue portant que les dommages seront déterminés une fois que la responsabilité aura été établie—La défenderesse a soutenu que l'adjudication des contrats par l'État au moyen d'appels d'offres relève du droit public et administratif, et la jurisprudence de common law s'applique en cette matière—La demanderesse a cité l'ouvrage de la juge Thérèse Rousseau-Houle, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982: «Les provinces ont juridiction exclusive en matière de propriété et de droit civil, et sont par-là seules habilitées à réglementer les contrats. Ainsi, tout contrat civil ou administratif doit-il être régi au Québec par le droit privé provincial. Ce droit privé provincial est incontestablement chez nous: c'est donc lui qui doit fondamentalement régir les contrats de l'Administration.»—Les tribunaux formulent certaines réserves relativement à l'importation des principes de common law lorsque le droit civil prévoit des règles—La défenderesse reconnaît le principe de la négociation de bonne foi et estime s'être conformée à ce principe dans tous ses échanges avec Monit—L'analyse traite de trois périodes critiques: 1) période avant le premier appel d'offres (période 1); 2) premier appel d'offres (période 2); et 3) deuxième appel d'offres (période 3)—Relativement à la période 1, Monit allègue que la défenderesse lui a caché des

**TRAVAUX PUBLICS—Suite**

documents—Elle a donc eu recours à la Loi sur l'accès à l'information pour obtenir l'information nécessaire afin de présenter sa preuve—Même à la fin du procès, elle n'avait toujours pas reçu tous les documents demandés auxquels elle avait droit—La défenderesse a invoqué des privilèges en vertu des arts. 37, 38 et 39 de la Loi sur la preuve au Canada—La demanderesse n'a fait aucune demande pour contester les privilèges de la Couronne et l'immunité invoqué à l'égard du témoin Paradis—La défenderesse est irréprochable sur ce point—Ensuite, la demanderesse prétend n'avoir été mis au courant des activités de la Société du centre de conférences internationales de Montréal (SCCIM) et du projet de la Cité internationale qu'à l'automne 1991—La Cour a trouvé curieux que son entreprise n'en ait pas eu vent avant cette époque car, depuis 1989, on en discutait amplement dans les journaux—De plus, la récession sévissait à Montréal, le taux d'inoccupation des immeubles était très élevé et le SCCIM était un projet d'envergure qui était probablement le plus important à Montréal depuis plusieurs années—L'OACI était le plus important locataire de Monit—Relativement à l'intention de Monit de négocier un bail à long terme, la Cour a souscrit à l'argument selon lequel les négociations doivent être menées de bonne foi, imprégnées des principes de loyauté et de divulgation et ne pas être rompues sans justification—Elle doit donc décider si TPC a négocié avec la demanderesse du mois de mai 1991 jusqu'au lancement du premier appel d'offres. Dans la négative, les principes de loyauté, de divulgation et d'interruption sans justification ne s'appliquent pas—La Cour est arrivée à la conclusion que TPC n'a pas négocié avec Monit—En ce qui concerne la demande d'une option de renouvellement de 18 mois à l'expiration du bail, Monit a allégué qu'il y a eu arnaque, complot, que les dés étaient pipés d'avance et que le gouvernement fédéral avait décidé de loger l'OACI dans la Cité internationale—La Cour est arrivée aux conclusions suivantes: Monit n'a pas été victime d'arnaque ou de complot; elle n'a pas été induite en erreur et elle a été adéquatement informée de la situation par TPC; TPC n'avait pas d'intention cachée lorsqu'il a demandé la prolongation du bail de 18 mois; aucune promesse n'a été faite à Monit que l'OACI demeurerait dans son édifice; et les rénovations effectuées par Monit ont eu lieu dans le cours normal des relations locateur-locataire—Concernant le premier appel d'offres, il s'agissait de savoir si la décision d'écarter la proposition de Monit était conforme au devis—Décision erronée—En choisissant d'exercer la prolongation à court terme et en décidant d'éliminer la proposition de Monit, TPC a changé unilatéralement les règles du jeu, ce qui va à l'encontre des modalités prévues dans le devis—Monit s'est conformée aux documents d'appel d'offres en soumettant une proposition pour un bail débutant en 1994—Relativement à l'obligation de négocier avec Monit, la jurisprudence sur le sujet prohibe la négociation avec un seul des soumissionnaires après l'ouverture des soumissions—Négocier enfreindrait le

**TRAVAUX PUBLICS—Suite**

principe d'égalité entre les soumissionnaires—Même si TPC avait le pouvoir de négocier, il n'avait pas l'obligation de le faire—La clause de réserve lui accorde une grande latitude—En mai 1992, dans un mémo à M. Noble (ancien directeur général, Ministère des Affaires étrangères), M. Miller (ancien chargé de projet à TPC) décrit la démarche à suivre pour choisir la meilleure soumission—Après avoir déterminé quelle est la meilleure, des négociations sont prévues—M. Miller envisageait de négocier après l'ouverture des soumissions—Cependant, quatre jours avant l'ouverture de celles-ci, TPC reçoit l'opinion du ministère de la Justice selon laquelle cet appel d'offres n'est pas un appel de propositions et il ne peut pas y avoir de négociation—En conclusion, TPC aurait dû considérer la proposition de Monit et engager des négociations avec elle à la suite de sa soumission de juin 1992—La défenderesse n'avait pas à octroyer le contrat à Monit, mais on a fait perdre à Monit l'opportunité d'obtenir un contrat—Pour conclure sur la période 2, Monit renonçait-elle à ses droits découlant du premier appel d'offres en acceptant de participer au deuxième appel d'offres?—Aucune preuve au dossier ne démontre clairement que Monit a renoncé ou voulu renoncer à ses droits—Il n'y a pas non plus de manifestations expresses ou tacites d'une telle renonciation—De plus, Monit ne connaissait pas, avant le dépôt de sa soumission le 15 novembre 1992, l'ensemble des faits pertinents qui auraient pu lui permettre de renoncer à ses droits découlant du premier appel d'offres—En ce qui concerne le deuxième appel d'offres, Monit apprend le 24 mars 1993, que sa proposition est disqualifiée car elle n'a pas obtenu la note de passage de 70% sur la plan technique—Des représentants de TPC ont rencontré les représentants de Monit le 29 septembre 1992—Le but de la rencontre était de s'assurer que Monit comprenait bien le deuxième devis, de discuter de sa première proposition et de lui faire connaître ses points forts et ses points faibles et finalement de lui permettre de réussir la phase technique—Monit n'a pas été induite en erreur et TPC ne lui a pas fait miroiter un laissez-passer gratuit de passer de la première phase à la deuxième—Au contraire, des mises en gardes sérieuses lui ont été faites, surtout en ce qui concerne les critères relatifs à l'échéancier et à la sécurité—Relativement aux questions et réponses, demandes de clarification, la demanderesse a allégué que les critères dans chacune des catégories étaient inconnus—De plus, l'annulation de certaines demandes de clarification par M. Miller l'aurait défavorisée—Les demandes de clarification biffées par M. Miller n'ont eu aucune incidence importante sur l'évaluation de la proposition de Monit—S'il est vrai que les critères étaient inconnus, ils étaient inconnus pour tous et ne défavorisaient donc pas Monit par rapport aux autres—Monit, comme les autres soumissionnaires, a obtenu de TPC les renseignements nécessaires à la préparation adéquate de sa proposition—Quant à la méthode d'évaluation, l'Administration publique n'a pas à divulguer ses critères d'évaluation ou

**TRAVAUX PUBLICS—Suite**

les facteurs de pondération—L'Administration peut rajouter des critères à l'insu des soumissionnaires, en autant que tous les soumissionnaires soient traités de la même façon—La demanderesse a soulevé la question de l'inexpérience des évaluateurs—Or, leur travail a été fait sans parti pris, sans préjugé, au meilleur de leur capacité et de leurs connaissances—Ils ont exercé leur jugement en comparant les différentes propositions—À la réunion du 12 janvier 1993, les évaluateurs y déposaient les notes attribuées à chacun des critères dans leur propre sphère d'activité—L'objectif était de déterminer quelles seront les notes finales pour chacune des propositions—Monit a plaidé qu'en raison des contradictions évidentes dans les témoignages, TPC n'aurait pas dû ajouter Monit à la liste de ceux qui ont échoué dans les catégories de l'architecture, l'ingénierie et la fonctionnalité—Pourtant, les experts de la demanderesse ont confirmé l'absence de discrimination ou de favoritisme de la part des évaluateurs—Quant au dernier aspect de la période 3, la proposition retenue, acceptée et autorisée par toutes les instances décisionnelles était celle de la compagnie Westcliff sur son site rue Université à Montréal—La demanderesse soutient qu'il y a eu «tordage de bras» pour convaincre l'OACI de démanteler dans la Cité internationale où se trouve le nouvel édifice, ce qui a résulté en un traitement injuste pour Monit—La preuve prépondérante a démontré que Pierre Martin (ancien consultant auprès de l'OACI) n'avait aucun préjugé défavorable à l'endroit de Monit—Conclusions: Durant les périodes précédant le premier appel d'offres, le premier appel d'offres et le deuxième appel d'offres, le gouvernement et ses représentants avaient une obligation d'équité, de bonne foi ou de diligence envers la demanderesse—Le gouvernement et ses représentants n'ont pas failli à cette obligation d'équité, de bonne foi ou de diligence envers la demanderesse pour la première et la troisième période, mais ils ont failli à cette obligation pour la deuxième période—Ce faisant, le gouvernement a engagé sa responsabilité envers la demanderesse pour la deuxième période—La défenderesse ou l'un quelconque de ses ministères ou représentants n'ont pas comploté pour faire en sorte que l'OACI ne demeure pas dans l'immeuble de Monit—Durant la période précédant le premier appel d'offres, la défenderesse n'a pas fait de fausses représentations à Monit quant à ses intentions relativement au renouvellement à long terme des baux et elle n'a pas manqué à son obligation d'agir de bonne foi—Monit savait que TPC considérerait plusieurs options et que le renouvellement à long terme des baux n'était donc aucunement assuré—Durant la période du premier appel d'offres, la proposition faite par Monit a été évaluée de façon attentive, équitable et impartiale par la défenderesse, sauf que celle-ci aurait dû considérer la proposition de Monit et entamer des négociations avec elle après avoir constaté que seule sa proposition était qualifiée au niveau technique—Durant la période du deuxième appel d'offres, la proposition de Monit a été évaluée de façon attentive, équitable et

**TRAVAUX PUBLICS—Suite**

impartiale par la défenderesse—Durant cette période, la défenderesse a agi conformément à l'obligation de bonne foi qui lui incombe à l'égard de tous—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 140; 2002, ch. 8, art. 183), 38 (mod. par L.C.

**TRAVAUX PUBLICS—Fin**

2001, ch. 41, art. 43, 141), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, ann. VII, art. 5).

MONIT INTERNATIONAL INC. C. CANADA (T-878-93, 2004 CF 75, juge Beaudry, jugement en date du 20-1-04, 110 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>