



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2009, Vol. 4, Part 2**

**2009, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2009] 4 F.C.R., 211–400**

**Renvoi [2009] 4 R.C.F., 211–400**

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B./B.Sc.Soc., LL.B.

### ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP/S.E.N.C.R.L.

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

#### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

#### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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 Canada, CLAUDE PROVENCHER, LL.B., MBA, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2010.

*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 Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.*

#### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

#### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est CLAUDE PROVENCHER, LL.B., MBA.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2010.

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

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.*

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.*

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

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

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouverne-mentaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.*

*Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), 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-cmf.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-fja.gc.ca>*

## CONTENTS

Judgments .....	211–400
Digests .....	D-9

### **AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc. (F.C.) ..... 243**

Practice—Discovery—Examination for Discovery—Appeals from Prothonotary's decision disposing of requests for answers put to party representatives during discovery—Canadian discovery system reviewed, compared to other jurisdictions—Effect of *Federal Courts Rules* on discovery—Court must protect against abuses so as to ensure just, most expeditious, least expensive determination of every proceeding (r. 3)—“Relevance” must be weighed against degree of relevance, onerousness of obtaining answer, if answer requires fact, opinion, law—Deference owed to exercise of prothonotary's discretion—Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Jugements .....	211–400
Fiches analytiques .....	F-9

### **AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc. (C.F.) ..... 243**

Pratique—Communication de documents et interrogatoire préalable—Interrogatoire préalable—Appels de la décision du protonotaire visant l'obtention de réponses à des questions posées aux représentants des parties au cours d'un interrogatoire préalable—Examen et comparaison du système canadien de communication préalable par rapport à d'autres juridictions—Répercussions des *Règles des Cours fédérales* sur la communi-cation préalable—La Cour doit fournir une protection contre les abus afin de veiller à ce qu'il y ait une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible (règle 3)—La « pertinence » doit être pondérée par rapport au degré de per-tinence, au point auquel il est pénible d'obtenir une réponse, à la question de savoir si la réponse exige un fait, une opinion ou un point de droit—Le pouvoir discrétionnaire du protonotaire doit faire l'objet de retenue—Appel rejeté.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Campbell v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . . 211**

Practice—Class Proceedings—Motion for Court’s approval to discontinue class action as required by *Federal Courts Rules*, r. 334.3—Plaintiffs commencing similar actions in Federal Court, provincial superior courts, at same time—Later commencing second action in Saskatchewan—Although Court must consider possible prejudice to putative class members, potential prejudice to defendants not relevant—Delay, identified as potential prejudice, not significant—Multiplicity of actions may amount to abuse of process but argument more properly raised in Saskatchewan where alleged abuse arising, appropriate relief available—Notification of discontinuance to putative class members required—Motion granted.

### **Danone Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . . 264**

Federal Court Jurisdiction—Application to extend time to file application for judicial review of 2008 Canada Border Services Agency ruling replacing 2006 advance ruling on tariff classification, and for stay of 2008 ruling pending final disposition of application for judicial review—Federal Court not having jurisdiction to review ruling since *Customs Act* providing comprehensive statutory scheme setting out procedure for appeal, review of such decisions—*Federal Courts Act*, s. 18.5 also operating to oust Federal Court jurisdiction—However, application of three-part test in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.* supporting finding Federal Court has jurisdiction to issue interlocutory injunction pending decision by administrative decision maker—Application for extension of time dismissed; application for stay granted.

Customs and Excise—*Customs Act*—Application to extend time to file application for judicial review of 2008 Canada Border Services Agency ruling replacing 2006 advance ruling on tariff classification and for stay of 2008 ruling pending final disposition of application for judicial review—*Customs Act* providing comprehensive statutory scheme setting out procedure for appeal, review of such decisions—Federal Court lacking jurisdiction to review appeal officer’s decisions, but having jurisdiction to issue

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Campbell c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . . 211**

Pratique—Recours collectifs—Requête en vue d’obtenir l’approbation de la Cour pour le désistement d’un recours collectif comme l’exige la règle 334.3 des *Règles des Cours fédérales*—Les demandeurs ont intenté des recours semblables auprès de la Cour fédérale et de cours supérieures provinciales au même moment—Ils ont ensuite intenté un deuxième recours en Saskatchewan—Bien que la Cour doive tenir compte de la possibilité de préjudice pour les membres de la catégorie présumée, le préjudice éventuel pour les défendeurs n’est pas pertinent—Le retard, un préjudice éventuel, n’était pas important—La multiplicité des recours peut constituer un abus de procédure, mais il convient de soulever cet argument en Saskatchewan où l’abus aurait eu lieu et où il y a des mesures de redressement pertinentes—Un avis du désistement doit être transmis aux membres de la catégorie présumée—Requête accueillie.

### **Danone Inc. c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . . 264**

Compétence de la Cour fédérale—Demande de prorogation du délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire de la décision de 2008 de l’Agence des services frontaliers du Canada remplaçant la décision anticipée de 2006 sur le classement tarifaire et de suspension de l’application de la décision de 2008 jusqu’à ce que la demande de contrôle judiciaire fasse l’objet d’une décision définitive—La Cour fédérale n’a pas compétence pour contrôler la décision parce que la Loi sur les douanes instaure un régime législatif complet prévoyant des appels et des réexamens de pareilles décisions—L’art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* fait aussi échec à la compétence de la Cour fédérale—Cependant, l’application du critère à trois volets exposé dans l’arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.* permet de conclure à la compétence de la Cour fédérale d’accorder une injonction interlocutoire en attendant la décision d’un décideur administratif—Demande de prorogation du délai rejetée; demande de suspension accueillie.

Douanes et Accise—*Loi sur les douanes*—Demande de prorogation du délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire de la décision de 2008 de l’Agence des services frontaliers du Canada remplaçant la décision anticipée de 2006 sur le classement tarifaire et de suspension de l’application de la décision de 2008 jusqu’à ce que la demande de contrôle judiciaire fasse l’objet d’une décision définitive—La *Loi sur les douanes* instaure un régime législatif complet prévoyant des appels et des réexamens

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

interlocutory injunction to stay implementation of 2008 ruling—  
Interlocutory injunction appropriate in circumstances, which  
include potential job losses in Canada, U.S. resulting from  
implementation of 2008 ruling.

### **Fritz Marketing Inc. v. Canada (F.C.A.) . . . . . 314**

Customs and Excise—*Customs Act*—Appeal from Federal  
Court decision setting aside detailed adjustment statements  
(DAS) issued by Canada Border Services Agency based on  
evidence obtained in violation of *Canadian Charter of Rights  
and Freedoms*, s. 8—Respondent appealing DAS to Canadian  
International Trade Tribunal (CITT) pursuant to *Customs Act*, s.  
67—CITT staying appeal pending outcome herein—Issue  
whether Federal Court having jurisdiction to set aside DAS; in  
affirmative, whether DAS should be set aside—Privative clauses  
in Act, ss. 58(3), 59(6), 62 depriving Federal Court of juris-  
diction to set aside DAS (*Abbott Laboratories, Ltd. v. M.N.R.*)—  
*Rolls Wood Group (Repairs & Overhauls) Ltd. v. M.N.R.* wrongly  
decided—Parties, Federal Court mischaracterizing question—  
Fundamental issue admissibility of impugned evidence in CITT  
proceedings as CITT having mandate to determine validity,  
correctness of DAS—Appeal allowed.

Federal Court Jurisdiction—Federal Court setting aside detailed  
adjustment statements (DAS) issued by Canada Border Services  
Agency based on evidence obtained in violation of *Canadian  
Charter of Rights and Freedoms*, s. 8—Privative clauses in  
*Customs Act*, ss. 58(3), 59(6), 62 depriving Court of jurisdiction  
to set aside DAS—Fundamental issue was admissibility of im-  
pugned evidence in proceedings before Canadian International  
Trade Tribunal (CITT)—CITT having mandate to determine  
validity, correctness of DAS.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de pareilles décisions—La Cour fédérale n’a pas compétence  
pour contrôler les décisions de l’agent d’appel, mais elle a  
compétence pour accorder une injonction interlocutoire pour  
suspendre l’exécution de la décision de 2008—L’injonction  
interlocutoire était indiquée dans les circonstances, qui com-  
prennent des pertes d’emplois éventuelles au Canada et aux É.-U.  
par suite de l’exécution de la décision de 2008.

### **Fritz Marketing Inc. c. Canada (C.A.F.) . . . . . 314**

Douanes et Accise—*Loi sur les douanes*—Appel de la décision  
de la Cour fédérale annulant des relevés détaillés de rajustement  
(RDR) émis par l’Agence des services frontaliers du Canada  
sur le fondement d’éléments de preuve obtenus en violation de  
l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—L’intimée  
a interjeté appel des RDR auprès du Tribunal canadien du com-  
merce extérieur (le TCCE) en vertu de l’art. 67 de la *Loi sur les  
douanes*—Le TCCE a suspendu l’appel en attendant le dénoue-  
ment en l’espèce—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale avait  
compétence pour annuler les RDR et, si c’était le cas, si les RDR  
devaient être annulés—Les clauses privatives des art. 58(3),  
59(6) et 62 de la Loi excluent la compétence de la Cour fédérale  
pour annuler un RDR (*Abbott Laboratories, Ltd. c. M.N.R.*)—  
*Rolls Wood Group (Repairs & Overhauls) Ltd. c. M.N.R.* est mal  
fondé—Les parties et la Cour fédérale ont mal formulé la ques-  
tion—La question fondamentale était l’admissibilité des éléments  
de preuve contestés dans l’instance devant le TCCE puisque  
celui-ci est investi du mandat de statuer sur la validité et le bien-  
fondé des RDR—Appel accueilli.

Compétence de la Cour fédérale—La Cour fédérale a annulé  
des relevés détaillés de rajustement (RDR) émis par l’Agence  
des services frontaliers du Canada sur le fondement d’éléments  
de preuve obtenus en violation de l’art. 8 de la *Charte canadienne  
des droits et libertés*—Les clauses privatives des art. 58(3), 59(6)  
et 62 de la *Loi sur les douanes* excluent la compétence de la  
Cour fédérale pour annuler un RDR—La question fondamentale  
était l’admissibilité des éléments de preuve contestés dans  
l’instance devant le Tribunal canadien du commerce extérieur  
(le TCCE)—Le TCCE est investi du mandat de statuer sur la  
validité et le bien-fondé des RDR.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Harkat (Re) (F.C.) ..... 370**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Request to identify, produce for cross-examination covert human intelligence source(s) who provided information to Canadian Security Intelligence Service in relation to intelligence investigation into Mohamed Harkat’s activities (subject of security certificate)—Police informer privilege, innocence-at-stake exception not applicable in security certificate proceedings—However, analogous privilege may apply—Exception to that privilege limited to closed portion of security certificate proceeding where establishing need to know identity of source(s) to prevent flagrant denial of procedural fairness—Application of exception not established herein—Until proof of joint, informed waiver provided, Court must protect asserted privilege.

Security Intelligence—Civilian intelligence agency recruiting covert human intelligence source(s) who provided information in relation to intelligence investigation into Mohamed Harkat’s activities (subject of security certificate)—Police informer privilege, innocence-at-stake exception not applicable since source(s) not recruited by police, security certificate proceeding not criminal proceeding—But public policy justifications for analogous common-law privilege applying to relationship between covert human intelligence sources, Canadian Security Intelligence Service—Exception limited to closed portion of proceeding where special advocate establishing “need to know” identity of covert human intelligence source—Covert human intelligence source privilege, exception designed to balance rights of individuals, collective—Given approach taken in present case, special advocates not establishing procedural fairness denied by exception not applied.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Harkat (Re) (C.F.) ..... 370**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité—Requête pour que l’identité des sources humaines secrètes de renseignement qui ont fourni des renseignements au Service canadien du renseignement de sécurité concernant l’enquête en matière de renseignement sur les activités de Mohamed Harkat (visé par le certificat de sécurité) soit divulguée et que celles-ci soient contre-interrogées—Le privilège relatif aux indicateurs de police et l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé ne s’appliquent pas dans le cadre d’une instance concernant un certificat de sécurité—Toutefois, un privilège analogue peut s’appliquer—L’exception à ce privilège n’est applicable que dans la portion de l’instance qui se déroule à huis clos lorsqu’il est établi que le besoin de connaître l’identité des sources vise à empêcher une violation flagrante du principe d’équité procédurale—L’application de l’exception n’a pas été établie en l’espèce—Tant que la preuve d’une renonciation conjointe et éclairée n’a pas été fournie, la Cour est tenue de maintenir le privilège revendiqué.

Renseignement de sécurité—Un service de renseignement civil a recruté les sources humaines secrètes de renseignement qui ont fourni des renseignements concernant l’enquête en matière de renseignement sur les activités de Mohamed Harkat (visé par le certificat de sécurité)—Le privilège relatif aux indicateurs de police et l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé ne s’appliquaient pas parce que les sources n’ont pas été recrutées par la police et l’instance concernant un certificat de sécurité n’est pas une instance pénale—Cependant, les justifications relatives à l’ordre public données pour étendre un privilège de common law analogue s’appliquent aux rapports entre les sources humaines secrètes de renseignement et le Service canadien du renseignement de sécurité—L’exception est limitée à la portion de l’instance qui se déroule à huis clos lorsque l’avocat spécial a établi qu’il a « besoin de connaître » l’identité de la source humaine secrète de renseignement—Le privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement ainsi que son exception visent à établir un équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs—Compte tenu de l’approche en l’espèce, les avocats spéciaux n’ont pas établi qu’il y a eu violation de l’équité procédurale du fait de la non-application de l’exception.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Public policy justifications for common-law privilege analogous to police informer privilege—Privilege necessary to protect identities of covert human intelligence source(s) recruited by Canadian Security Intelligence Service during investigation into activities of person inadmissible to Canada on grounds of national security—Given nature of consequences to subject of security certificate, Charter, s. 7 justifying exception to privilege—That exception limited to closed portion of proceedings where special advocate establishing “need to know” identity of covert human intelligence source to prevent flagrant denial of justice which would bring administration of justice into disrepute—“Need to know” not established herein.

Criminal Justice—Evidence—Police informer privilege, innocence-at-stake exception reviewed—Not applicable to security certificate proceedings—Covert intelligence source(s) recruited by civilian intelligence agency, not police—Security certificate proceeding not criminal proceeding.

### **Harris v. Canada (Minister of Human Resources and Skills Development) (F.C.A.) ..... 330**

Pensions—Judicial review of Pension Appeals Board decision child-rearing drop-out (CRDO) provisions in *Canada Pension Plan (CPP)*, s. 44(2)(b)(iv), *Canada Pension Plan Regulations*, s. 77(1)(a) not infringing *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1)—Applicant staying at home to care for disabled son, missing one year of CPP contributions to meet “recency requirement” under CPP—Therefore, not entitled to disability pension—*Per* Evans J.A.: “Recency requirement” to determine eligibility for CPP relaxed by Parliament in favour of parents temporarily leaving employment to look after young children under age seven—Extent of relaxation defined by reference to age at which children in Canada can attend public school—Parent’s ability to satisfy “recency requirement” not prejudiced from Parliament’s selection of age seven—CRDO provisions applying equally to all parents, applicant not treated any differently because of disabled son—CRDO provisions not discriminatory—*Per* Ryer J.A. (concurring): Applicant’s admission

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Justifications relatives à l’ordre public données pour étendre un privilège de common law analogue au privilège relatif aux indicateurs de police—Le privilège est nécessaire pour protéger l’identité des sources humaines secrètes de renseignement recrutées par le Service canadien du renseignement de sécurité dans le cadre d’une enquête sur les activités d’une personne interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale—Vu la nature des répercussions pour la personne visée par le certificat de sécurité, l’art. 7 de la Charte peut appeler une exception au privilège—Cette exception est limitée à la portion de l’instance qui se déroule à huis clos lorsque l’avocat spécial a établi qu’il a « besoin de connaître » l’identité de la source humaine secrète de renseignement afin d’empêcher une violation flagrante du principe d’équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice—Le « besoin de connaître » n’a pas été démontré en l’espèce.

Justice criminelle et pénale—Preuve—Examen du privilège relatif aux indicateurs de police et de l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé—Inapplicables aux instances concernant un certificat de sécurité—Les sources secrètes de renseignement ont été recrutées par un service de renseignement civil, pas la police—L’instance concernant un certificat de sécurité ne constitue pas une instance pénale.

### **Harris c. Canada (Ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences) (C.A.F.) ..... 330**

Pensions—Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d’appel des pensions portant que les clauses d’exclusion pour élever des enfants (les CEEE) énoncées à l’art. 44(2)(b)(iv) du *Régime de pensions du Canada* (le RPC) et à l’art. 77(1)(a) du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada* ne vont pas à l’encontre de l’art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*—La demanderesse est restée à la maison pour s’occuper de son fils handicapé et il lui manquait une année de cotisations au RPC pour satisfaire à l’exigence de récence qui y est prévue—Elle n’avait donc pas droit à une pension d’invalidité—Selon le juge Evans, J.C.A. : le législateur a assoupli l’« exigence de récence » en faveur de parents qui quittent temporairement le marché du travail pour s’occuper d’enfants âgés de moins de sept ans—La portée de l’assouplissement a été définie en fonction de l’âge auquel les enfants vivant au Canada peuvent fréquenter l’école publique—La possibilité pour un parent de satisfaire à l’« exigence de récence » ne fait pas l’objet d’un

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

having received maximum benefit under CRDO provisions barring her from establishing denied benefit provided by law sought to have declared unconstitutional—Appeal dismissed—*Per* Linden J.A. (dissenting): CRDO discriminating against disabled children, parents, not saved under section 1.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Judicial review of Pension Appeals Board decision child-rearing drop-out (CRDO) provisions in *Canada Pension Plan* (CPP), s. 44(2)(b)(iv), *Canada Pension Plan Regulations*, s. 77(1)(a) not infringing *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1)—*Per* Evans J.A.: Applicant’s application failing at first hurdle of Charter, s. 15 analysis since CRDO provisions not creating difference on ground of disability—*Per* Ryer J.A. (concurring): Since applicant’s constitutional challenge to CRDO provisions failed, consideration of purpose of impugned legislation not required—Therefore, no need to address issue of whether CRDO provisions discriminatory—*Per* Linden J.A. (dissenting): CRDO discriminating against disabled children, parents—Distinction reflecting prejudicial attitudes, perpetuating economic disadvantage—Not saved under section 1.

### **Idahosa v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.) . . . . . 293**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of enforcement officer’s refusal to defer appellant’s removal to Nigeria—Appellant, mother of two Canadian-born children, having undisputed custody thereof since birth—Successfully applying to Ontario Court of Justice for order of temporary custody, prohibition of children’s removal from Ontario—*Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA)

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

préjugé parce que le législateur a choisi sept ans—Les CEEE s’appliquent de la même façon à tous les parents; la demanderesse n’a pas été traitée différemment en raison de son fils handicapé—Les CEEE ne sont pas discriminatoires—Selon le juge Ryer, J.C.A. (souscrivant à ses motifs) : en admettant avoir reçu l’avantage maximal prévu par les CEEE, la demanderesse ne pouvait prouver qu’elle avait été privée du droit au bénéfice de la mesure législative qu’elle voulait faire déclarer inconstitutionnelle—Appel rejeté—Selon le juge Linden, J.C.A. (dissident) : les CEEE sont discriminatoires à l’endroit des enfants ayant des déficiences et elles ne peuvent être sauvegardées par l’article premier.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d’appel des pensions portant que les clauses d’exclusion pour élever des enfants (les CEEE) énoncées à l’art. 44(2)(b)(iv) du *Régime de pensions du Canada* (le RPC) et à l’art. 77(1)(a) du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada* ne vont pas à l’encontre de l’art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Selon le juge Evans, J.C.A. : la demande de la demanderesse a échoué à la première étape de l’analyse fondée sur l’art. 15 de la Charte parce que les CEEE ne créent pas de distinction pour le motif de la déficience—Selon le juge Ryer, J.C.A. (souscrivant à ses motifs) : comme la contestation constitutionnelle de la demanderesse à l’égard des CEEE a échoué, il n’était pas nécessaire d’examiner l’objet des mesures contestées—En conséquence, il n’était pas nécessaire de traiter de la question de savoir si les CEEE sont discriminatoires—Selon le juge Linden, J.C.A. (dissident) : les CEEE sont discriminatoires à l’endroit des enfants ayant des déficiences et leurs parents—Cette distinction traduit des préjugés fondés sur des stéréotypes injustes et a pour effet de perpétuer un désavantage économique—Elles ne sont pas sauvegardées par l’article premier.

### **Idahosa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.A.F.) . . . . . 293**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l’appelante à l’encontre du refus d’un agent d’exécution de reporter son renvoi au Nigeria—L’appelante, mère de deux enfants nés au Canada, en a la garde exclusive non contestée depuis leur naissance—Elle a sollicité, avec succès, de la Cour de justice de l’Ontario une ordonnance lui confiant la garde temporaire de ses enfants

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

creating elaborate administrative scheme in which consequences of removal balanced against public interest in removal of non-nationals in Canada without status—Parliament not intending removal order be stayed by judicial order obtained from provincial court for purpose of preventing, delaying enforcement of removal order—While great weight must be given to best interests of children in administrative decision making (i.e. enforcing removal orders), not necessarily outweighing all other considerations—Appeal dismissed.

Construction of Statutes—*Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 50(a)—Whether IRPA, s. 50(a) staying appellant's removal on basis directly contravening provincial court order granting appellant temporary custody of children, prohibiting their removal from Ontario—Appellant seeking, obtaining order despite having undisputed custody of children—Ordinary, grammatical meaning of words “a decision that was made in a judicial proceeding” in IRPA, s. 50(a) indicating applying to Ontario Court of Justice custody order—However, contextual interpretation of IRPA, s. 50(a) not supporting allegation appellant's removal would directly contravene custody order—Parliament not intending removal be stayed by judicial order obtained from provincial court for purpose of preventing, delaying enforcement of removal order.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of enforcement officer's refusal to defer appellant's removal to Nigeria—Appellant's removal in circumstances herein not so arbitrary as to constitute breach of principles of fundamental justice since best interests of appellant's children previously considered, other recourse available.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

et interdisant leur sortie de l'Ontario—La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) met en place un régime administratif assez complexe où les conséquences d'une mesure de renvoi sont conciliées avec l'intérêt général qui veut que l'on puisse renvoyer du pays des étrangers se trouvant au Canada en situation irrégulière—Le législateur n'a pas voulu qu'il puisse être sursis à une mesure de renvoi par une ordonnance judiciaire sollicitée d'une cour provinciale dans le but d'empêcher ou de retarder l'exécution de la mesure de renvoi—Bien qu'un poids considérable doive être accordé à l'intérêt supérieur des enfants dans toute décision administrative (notamment l'exécution de mesures de renvoi), cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera nécessairement sur toutes les autres considérations—Appel rejeté.

Interprétation des lois—Art. 50a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR)—Il s'agissait de savoir si l'art. 50a) de la LIPR surseoit à la mesure de renvoi prise contre l'appelante car ce renvoi irait directement à l'encontre de l'ordonnance confiant à l'appelante la garde temporaire de ses enfants et interdisant leur sortie de l'Ontario—L'appelante a sollicité et obtenu cette ordonnance même si elle a la garde non contestée de ses enfants—Le sens ordinaire et grammatical des mots employés à l'art. 50a) de la LIPR, soit « une décision judiciaire », indique que cette disposition s'applique à l'ordonnance de garde rendue en l'espèce par la Cour de justice de l'Ontario—Cependant, l'interprétation contextuelle de l'art. 50a) de la LIPR n'était pas l'allégation selon laquelle le renvoi de l'appelante irait directement à l'encontre de l'ordonnance—Le législateur n'a pas voulu qu'il puisse être sursis à une mesure de renvoi par une ordonnance judiciaire sollicitée d'une cour provinciale dans le but d'empêcher ou de retarder l'exécution de la mesure de renvoi.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante à l'encontre du refus d'un agent d'exécution de reporter son renvoi au Nigeria—Le renvoi de l'appelante dans les circonstances de l'espèce n'atteindrait pas un degré d'arbitraire tel qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale étant donné que la question de l'intérêt supérieur de ses enfants a déjà été examinée et qu'il existe d'autres recours.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc. (F.C.A.) ..... 223**

Patents—Invalidity—Obviousness—Appeal from Federal Court decision prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to appellant for sildenafil tablets until after expiration of respondents' patent—Federal Court concluding use of sildenafil tablets for purpose stated in patent claims not obvious—*Apotex v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 S.C.R. 265 recognizing test for obviousness “obvious to try” where “obvious” meaning “very plain”—Federal Court applied correct test—Analysis looked for more than possibilities—Federal Court not ignoring other patent—U.K. case relied upon by Apotex determining obviousness based on broader test than that adopted in *Sanofi-Synthelabo*—Appeal dismissed.

## SOMMAIRE (Fin)

### **Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc. (C.A.F.) ..... 223**

Brevets—Invalidité—Évidence—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a interdit au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'appelante à l'égard de ses comprimés de sildénafil avant l'expiration du brevet des intimées—La Cour fédérale a statué que l'utilisation de comprimés de sildénafil à la fin indiquée dans les revendications du brevet n'était pas évidente—*Apotex c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 R.C.S. 265 reconnaît que le critère relatif à l'évidence est celui de l'« essai allant de soi », où l'expression « allant de soi » signifie « très clair »—La Cour fédérale a appliqué le bon critère—L'analyse visait plus que de simples possibilités—La Cour fédérale n'a pas fait abstraction de l'autre brevet—L'arrêt du R.-U. qu'Apotex a invoqué a établi l'évidence sur le fondement d'un critère plus large que celui adopté dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*—Appel rejeté.



## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, A-378-08, A-379-08, A-380-08, 2009 FCA 175, Sharlow J.A., judgment dated May 27, 2009, leave to appeal to S.C.C. granted December 17, 2009.

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, A-413-08, A-379-08, 2009 FCA 181, Sharlow J.A., judgment dated May 29, 2009, leave to appeal to S.C.C. granted December 17, 2009.

*Grain Workers Union Local 333 v. BC Terminal Elevator Operations' Assn.*, A-305-07, 2009 FCA 201, Blais, Evans and Ryer, J.J.A., judgment dated June 12, 2009, leave to appeal to S.C.C. dismissed December 17, 2009.

*Sawridge Band v. Canada*, A-112-08, A-154-08, 2009 FCA 123, Richard C.J., Evans and Sharlow J.J.A., judgment dated April 21, 2009, leave to appeal to S.C.C. dismissed December 10, 2009.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, A-378-08, A-379-08, A-380-08, 2009 CAF 175, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 27 mai 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 17 décembre 2009.

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, A-413-08, A-379-08, 2009 CAF 181, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 29 mai 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 17 décembre 2009.

*Grain Workers Union Local 333 c. BC Terminal Elevator Operations' Assn.*, A-305-07, 2009 CAF 201, les juges Blais, Evans et Ryer, J.C.A., jugement en date du 12 juin 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 décembre 2009.

*Bande de Sawridge c. Canada*, A-112-08, A-154-08, 2009 CAF 123, le juge en chef Richard, les juges Evans et Sharlow, J.C.A., jugement en date du 21 avril 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 décembre 2009.



**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2009, Vol. 4, Part 2**

**2009, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**



T-1493-06  
2009 FC 30

T-1493-06  
2009 CF 30

**Bernard Vincent Campbell, Sharle Edward Widenmaier, Lenard Roy Link and William A. Heidt** (*Plaintiffs*)

**Bernard Vincent Campbell, Sharle Edward Widenmaier, Lenard Roy Link et William A. Heidt** (*demandeurs*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada and The Minister of National Defence** (*Defendants*)

**Le procureur général du Canada et le ministre de la Défense nationale** (*défendeurs*)

*INDEXED AS: CAMPBELL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : CAMPBELL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)*

Federal Court, Hansen J.—Ottawa, September 3, 2008 and January 9, 2009.

Cour fédérale, juge Hansen—Ottawa, 3 septembre 2008 et 9 janvier 2009.

*Practice — Class Proceedings — Motion for Court’s approval to discontinue class action as required by Federal Courts Rules, r. 334.3 — Plaintiffs commencing similar actions in Federal Court, provincial superior courts, at same time — Later commencing second action in Saskatchewan — Although Court must consider possible prejudice to putative class members, potential prejudice to defendants not relevant — Delay, identified as potential prejudice, not significant — Multiplicity of actions may amount to abuse of process but argument more properly raised in Saskatchewan where alleged abuse arising, appropriate relief available — Notification of discontinuance to putative class members required — Motion granted.*

*Pratique — Recours collectifs — Requête en vue d’obtenir l’approbation de la Cour pour le désistement d’un recours collectif comme l’exige la règle 334.3 des Règles des Cours fédérales — Les demandeurs ont intenté des recours semblables auprès de la Cour fédérale et de cours supérieures provinciales au même moment — Ils ont ensuite intenté un deuxième recours en Saskatchewan — Bien que la Cour doive tenir compte de la possibilité de préjudice pour les membres de la catégorie présumée, le préjudice éventuel pour les défendeurs n’est pas pertinent — Le retard, un préjudice éventuel, n’était pas important — La multiplicité des recours peut constituer un abus de procédure, mais il convient de soulever cet argument en Saskatchewan où l’abus aurait eu lieu et où il y a des mesures de redressement pertinentes — Un avis du désistement doit être transmis aux membres de la catégorie présumée — Requête accueillie.*

This was a motion for the Court’s approval to discontinue a class action as required by rule 334.3 of the *Federal Courts Rules*. The plaintiffs commenced similar actions in eight provincial superior courts, including one in Saskatchewan, and the Federal Court at the same time. A second proposed class action was subsequently commenced in Saskatchewan based on the same subject-matter. Rule 334.3 provides that a proceeding commenced by a member of a class of persons on behalf of the members of that class may only be discontinued with the approval of a judge. The defendants opposed the motion on the grounds that the plaintiffs did not demonstrate that a discontinuance would not prejudice the interests of the plaintiffs, putative class members and the defendants, and submitted that the motion to discontinue was an abuse of process.

Il s’agissait d’une requête présentée en vue d’obtenir l’approbation de la Cour pour le désistement d’un recours collectif comme l’exige la règle 334.3 des *Règles des Cours fédérales*. Les demandeurs ont intenté des recours semblables auprès de huit cours supérieures provinciales, dont un recours en Saskatchewan, et auprès de la Cour fédérale au même moment. Un deuxième recours collectif envisagé, fondé sur le même objet, a été intenté par la suite en Saskatchewan. La règle 334.3 dispose que le désistement d’une instance introduite par un membre d’un groupe de personnes au nom du groupe ne prend effet que s’il est approuvé par un juge. Les défendeurs se sont opposés à la requête au motif que les demandeurs n’ont pas démontré qu’un désistement ne causerait pas un préjudice aux demandeurs, aux membres de la catégorie présumée et aux défendeurs, et ils ont affirmé que la requête en désistement constituait un abus de procédure.

*Held*, the motion should be granted.

Rule 334.3 requires Court approval prior to certification as well as after unlike the legislation of several provinces which only require approval after certification. The Court must ensure that the interests of putative class members will not be prejudiced by a discontinuance. Neither the case law nor the rationale for the rule supports the proposition that potential prejudice to the defendants is a relevant factor on a motion for approval of discontinuance.

The plaintiffs have decided that they wish to pursue their litigation in the Saskatchewan Court. It is for the plaintiffs and their counsel to consider and weigh the potential advantages and disadvantages of a particular litigation strategy and not the Court. Concerns regarding the plaintiffs' capacity to instruct counsel and make informed decisions concerning their litigation strategy are not relevant to a motion for approval to discontinue.

The only potential prejudice raised by the defendants was the delay associated with having to relitigate the claims in Saskatchewan. While some delay will result if the claims are pursued in the Saskatchewan Court, no significant procedural or substantive determinations have been made. Any delay will not be significant in terms of the overall action.

The multiplicity of actions commenced by the plaintiffs, in particular the recent action commenced in Saskatchewan, may amount to an abuse of process. However, since the plaintiffs opted to pursue their claims in the Federal Court by filing a motion for certification before commencing the second action in Saskatchewan, any abuse of process arises from the newly filed Saskatchewan action and should be raised there. Additionally, it is in that forum that appropriate relief can be awarded if abuse of process is established. Finally, the relief sought by the defendants (dismissal of the motion for approval of the discontinuance) may not be in the best interests of the putative class members. The plaintiffs do not wish to pursue the action in Federal Court and cannot be forced to do so. The only sanction would be a motion to dismiss for failure to prosecute the action and an order for costs.

Putative class members should be made aware that the action has been discontinued.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr.1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 334.3 (as enacted by SOR/2007-301, s. 7).

*Jugement* : la requête doit être accueillie.

La règle 334.3 exige l'approbation de la Cour avant et après l'autorisation du recours, contrairement aux lois de plusieurs provinces, qui n'exigent l'approbation de la cour qu'après qu'un recours a été certifié. La Cour doit veiller à ce que les membres de la catégorie présumée ne subissent pas de préjudice en raison d'un désistement. Ni la jurisprudence ni le bien-fondé de la règle n'appuie la thèse selon laquelle le préjudice que pourraient subir les défendeurs est un facteur pertinent dans le cadre d'une requête en approbation du désistement.

Les demandeurs ont décidé qu'ils désiraient poursuivre leur litige devant la Cour de la Saskatchewan. Il revient aux demandeurs et à leurs avocats, et non à la Cour, d'examiner et de soupeser les avantages et les inconvénients éventuels d'une stratégie d'instance particulière. Les préoccupations concernant la capacité des demandeurs de donner des directives à leurs avocats et de prendre des décisions éclairées en matière de stratégie d'instance ne sont pas pertinentes dans le cadre d'une requête en approbation du désistement.

Le seul préjudice éventuel soulevé par les défendeurs était le retard lié à l'obligation de débattre à nouveau les demandes en Saskatchewan. Bien qu'un certain retard ait lieu si les demandes sont poursuivies devant la Cour de la Saskatchewan, aucune décision importante quant à la procédure ou au fond n'a été rendue. Il n'y aura aucun délai important pour ce qui est du recours en général.

La multiplicité des recours intentés par les demandeurs, plus particulièrement le recours récemment intenté en Saskatchewan, peut constituer un abus de procédure. Cependant, puisque les demandeurs ont choisi de poursuivre leur demande devant la Cour fédérale en déposant une requête en autorisation avant d'intenter le deuxième recours en Saskatchewan, l'abus de procédure, s'il en est, découle de ce recours récemment institué en Saskatchewan et devrait y être soulevé. En outre, c'est devant cette instance que la mesure de redressement appropriée peut être accordée si l'abus est établi. Enfin, la mesure de redressement sollicitée par les défendeurs (le rejet de la requête en approbation du désistement) peut ne pas être dans le meilleur intérêt des membres de la catégorie présumée. Les demandeurs ne souhaitent pas poursuivre le recours devant la Cour fédérale et ils ne peuvent pas être forcés à le faire. Les seules sanctions possibles seraient une requête en rejet pour omission d'intenter l'action et une ordonnance en dépens.

Les membres de la catégorie présumée devraient savoir que le recours a fait l'objet d'un désistement.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 334.3 (éditée par DORS/2007-301, art. 7).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Sollen v. Pfizer Canada Inc.* (2008), 290 D.L.R. (4th) 603; 55 C.P.C. (6th) 340 (Ont. S.C.J.).

## DISTINGUISHED:

*Englund v. Pfizer Canada Inc.* (2007), 284 D.L.R. (4th) 94; [2007] 9 W.W.R. 434; 299 Sask. R. 298; 2007 SKCA 62.

## CONSIDERED:

*Campbell v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 353; *Davey v. Canadian National Railway Co.*, 2006 ABQB 704.

MOTION for the Court's approval to discontinue a class action pursuant to rule 334.3 of the *Federal Courts Rules*. Motion granted.

## APPEARANCES

*Evatt F. Anthony Merchant, Q.C.* and *Casey R. Churko* for plaintiffs.  
*Catherine A. Coughlan, Peter Gordon Barber* and *Jaxine Oltean* for defendants.

## SOLICITORS OF RECORD

*Merchant Law Group LLP*, Regina, Saskatchewan, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

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

[1] HANSEN J.: The within proceeding is a proposed class action. These reasons arise from the plaintiffs' motion to obtain the Court's approval to discontinue this proceeding as required by rule 334.3 [as enacted by SOR/2007-301, s. 7] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Sollen v. Pfizer Canada Inc.* (2008), 290 D.L.R. (4th) 603; 55 C.P.C. (6th) 340 (C.S.J. Ont.).

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Englund v. Pfizer Canada Inc.* (2007), 284 D.L.R. (4th) 94; [2007] 9 W.W.R. 434; 299 Sask. R. 298; 2007 SKCA 62.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Campbell c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 353; *Davey v. Canadian National Railway Co.*, 2006 ABQB 704.

REQUÊTE présentée en vue d'obtenir l'approbation de la Cour pour le désistement d'un recours collectif comme l'exige la règle 334.3 des *Règles des Cours fédérales*. Requête accueillie.

## ONT COMPARU

*Evatt F. Anthony Merchant, c.r.* et *Casey R. Churko* pour les demandeurs.  
*Catherine A. Coughlan, Peter Gordon Barber* et *Jaxine Oltean* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Merchant Law Group LLP*, Regina (Saskatchewan), pour les demandeurs.  
*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 HANSEN : La présente instance est un recours collectif envisagé. Les présents motifs font suite à la requête présentée par les demandeurs en vue d'obtenir l'approbation de la Cour pour le désistement de cette instance comme l'exige la règle 334.3 [éditée par DORS/2007-301, art. 7] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

[2] The plaintiffs commenced this action in November 2006. At the same time, similar actions were commenced in eight provincial superior courts including one in Saskatchewan. Two of the named plaintiffs in this proceeding are plaintiffs in all of the other actions.

[3] The procedural history of the within action up to March 2008 is set out in my reasons issued at that time (2008 FC 353). At that point in time, an earlier motion to strike had been dismissed for mootness and the defendants had brought a new motion to strike the plaintiffs' amended statement of claim. The issue giving rise to the March reasons was whether the motion to strike should be heard before the certification motion. I concluded that the motion to strike should be heard first. Accordingly, the hearing of the motion to strike was fixed for a date in June 2008.

[4] At the hearing, the defendants took objection to the affidavit evidence the plaintiffs sought to adduce on the basis that it was not in compliance with the Court's earlier direction. On the second day of the hearing, the plaintiffs produced a "second amended statement of claim" that had not been filed. For the purpose of the present motion, further details as to what transpired at that hearing is unnecessary. Suffice it to say that the motion to strike was rescheduled to a date in September.

[5] On June 25, 2008, the plaintiffs forwarded a notice of discontinuance of this proceeding to the defendants. Following an exchange of correspondence amongst the parties and the Court, I issued a direction indicating that if the plaintiffs wished to discontinue this proceeding, they had to bring a motion to obtain the Court's approval. In the interim, on July 11, 2008, the named plaintiffs in the within action together with an additional plaintiff commenced a second proposed class action in Saskatchewan based on the same subject-matter and served the new statement of claim on the defendants. As a result, this motion was heard in place of the motion to strike.

[2] Les demandeurs ont intenté ce recours en novembre 2006. Au même moment, des recours semblables ont été intentés auprès de huit cours supérieures provinciales, dont un recours en Saskatchewan. Deux des demandeurs nommés dans la présente instance sont des demandeurs dans tous les autres recours.

[3] L'historique de la procédure du présent recours jusqu'en mars 2008 est énoncé dans les motifs que j'ai prononcés à ce moment-là (2008 CF 353). À cette époque, une requête antérieure en radiation avait été rejetée en raison de son caractère théorique et les défendeurs avaient présenté une nouvelle requête sollicitant la radiation de la déclaration modifiée des demandeurs. Le litige donnant lieu aux motifs prononcés en mars était la question de savoir si la requête en radiation devait être entendue avant la requête en autorisation. J'ai conclu que la requête en radiation devait être entendue la première. En conséquence, l'audition de la requête en radiation a été fixée en juin 2008.

[4] À l'audience, les défendeurs se sont opposés à la preuve par affidavit que les demandeurs voulaient présenter au motif qu'elle ne respectait pas une directive antérieure de la Cour. Au deuxième jour de l'audience, les demandeurs ont présenté une « deuxième déclaration modifiée » qui n'avait pas été déposée. Pour les besoins de la présente requête, il est inutile de présenter des détails supplémentaires de ce qui s'est produit à cette audience. Qu'il suffise de dire que l'audition de la requête en radiation a été reportée en septembre.

[5] Le 25 juin 2008, les demandeurs ont transmis un avis de désistement du présent recours aux défendeurs. À la suite d'un échange de correspondance entre les parties et la Cour, j'ai donné une directive indiquant que, si les demandeurs souhaitaient se désister du présent recours, ils devaient présenter une requête pour obtenir l'autorisation de la Cour à cette fin. Dans l'inter valle, le 11 juillet 2008, les demandeurs nommés dans le présent recours, de concert avec un demandeur supplémentaire, ont intenté un deuxième recours collectif envisagé en Saskatchewan, fondé sur le même objet, et ont signifié la nouvelle déclaration aux défendeurs. Cette requête a donc été entendue à la place de la requête en radiation.

[6] The plaintiffs argue that a discontinuance would be in the best interests of the class citing their superior pleadings in the recent claim filed in Saskatchewan, juridical and personal advantages, and their unwillingness to pursue the claim in this Court.

[7] In opposition to the motion, the defendants advance two main arguments. First, they submit that the plaintiffs' evidence does not demonstrate that a discontinuance "will not prejudice the interests of the plaintiffs, putative class members and the defendants". Second, the defendants submit that the "motion to discontinue is an abuse of the Court's process".

[8] Although a party may discontinue an ordinary proceeding without the consent of the other party or leave of the Court, rule 334.3 provides that a "proceeding commenced by a member of a class of persons on behalf of the members of that class may only be discontinued with the approval of a judge." Unlike the legislation in provinces such as British Columbia, Alberta, Saskatchewan and Manitoba where court approval to discontinue is required only after an action has been certified, as in Ontario, the Federal Court rule requires Court approval prior to certification as well.

[9] As Justice Cullity observed in *Sollen v. Pfizer Canada Inc.* (2008), 290 D.L.R. (4th) 603 (Ont. S.C.J.), at paragraph 34, the requirement to obtain court approval of a discontinuance "recognizes the responsibility of the court to ensure that the interests of putative class members will not be prejudiced by a discontinuance."

[10] The defendants, however, take the position that the Court must also ensure that their interests and those of the plaintiffs are not prejudiced. The defendants maintain that their interests are relevant since the purpose of the discontinuance is not to conclude the lawsuit but to pursue the same claims in a different forum. The defendants rely on Justice Slatter's statement in *Davey v. Canadian National Railway Co.*, 2006 ABQB 704, at paragraph 8, that a "[c]ourt should authorize a discontinuance of a proposed class action unless some prejudice

[6] Les demandeurs soutiennent qu'un désistement serait dans le meilleur intérêt du groupe, citant les actes de procédure ultérieurs du récent recours déposé en Saskatchewan, les avantages juridiques et personnels et le refus de poursuivre cette demande devant la Cour.

[7] Les défendeurs ont présenté deux arguments principaux à l'encontre de la requête. Premièrement, ils soutiennent que la preuve des demandeurs n'indique pas qu'un désistement [TRADUCTION] « ne causera pas un préjudice aux demandeurs, aux membres de la catégorie présumée et aux défendeurs ». Deuxièmement, les défendeurs prétendent que [TRADUCTION] « la requête en désistement constitue un abus de procédure ».

[8] Même si une partie peut se désister d'une instance ordinaire sans le consentement de l'autre partie ou la permission de la Cour, la règle 334.3 prévoit ce qui suit : « Le désistement d'une instance introduite par le membre d'un groupe de personnes au nom du groupe ne prend effet que s'il est approuvé par un juge. » Contrairement aux lois de provinces comme la Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan et le Manitoba où l'approbation de la cour pour un désistement est exigée uniquement après qu'un recours ait été autorisé, comme en Ontario, la règle de la Cour fédérale exige également l'approbation avant l'autorisation du recours.

[9] Comme le juge Cullity l'a déclaré dans la décision *Sollen v. Pfizer Canada Inc.* (2008), 290 D.L.R. (4th) 603 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 34, l'obligation d'obtenir l'approbation de la cour pour un désistement [TRADUCTION] « reconnaît que la cour a la responsabilité de veiller à ce que les membres de la catégorie présumée ne subissent pas de préjudice en raison d'un désistement ».

[10] Toutefois, les défendeurs estiment que la Cour doit également veiller à ce qu'ils ne subissent pas de préjudice, de même que les demandeurs. Les défendeurs soutiennent que leur intérêt est pertinent puisque l'objet du désistement n'est pas de mettre fin à la poursuite mais de poursuivre les mêmes demandes devant une autre instance. Les défendeurs s'appuient sur la déclaration du juge Slatter dans la décision *Davey v. Canadian National Railway Co.*, 2006 ABQB 704, au paragraphe 8, selon laquelle [TRADUCTION] « la cour devrait autoriser le

can be shown” as authority for the proposition that their interests are a relevant consideration.

[11] Having reviewed the extensive jurisprudence referred to by the parties, I have been unable to find any support for the defendants’ assertion that the Court must also be satisfied that they will not be prejudiced by the discontinuance. In particular, the Court’s statement in *Davey*, above, has been taken out of context and does not support the assertion. In *Davey*, above, the plaintiffs brought an unopposed motion to discontinue a proposed class action. As Justice Slatter pointed out, since the action had not been certified, the plaintiffs were entitled to discontinue as a matter of right and without court approval. He added, however, that it was prudent to have any discontinuance of a proposed class action reviewed by the Court. It is clear from the subsequent considerations that he was only concerned with the possible prejudice to the putative class members.

[12] It should be noted that although the defendants take the position that prejudice to their interests is a relevant consideration, they set out their specific allegations of prejudice within their submissions on abuse of process. Having regard to the rationale for the rule, I am not persuaded that potential prejudice to the defendants is a relevant factor on this motion. This will be the subject of further comment under the abuse of process analysis.

[13] As to the prejudice accruing to the plaintiffs and the putative class members, the defendants submit that they will be prejudiced from the further delay in the advancement of the claims. They point out that this is particularly significant given the advanced age and failing health of some of the plaintiffs and putative class members. As well, the defendants submit that there is potential prejudice to the plaintiffs arising from the possibility of a significant cost award on the discontinuance and from the duplication of expenses in another action. The defendants take the position that the evidence discloses

désistement d’un recours collectif envisagé à moins que le préjudice ne puisse être établi » à l’appui de la thèse selon laquelle leur intérêt constitue un élément pertinent.

[11] Après avoir examiné la jurisprudence abondante mentionnée par les parties, rien, à mon avis, ne vient étayer l’affirmation des défendeurs selon laquelle la Cour doit également être convaincue que le désistement ne leur causera pas de préjudice. Plus particulièrement, la déclaration de la Cour dans la décision *Davey*, précitée, a été citée hors contexte et n’appuie pas cette affirmation. Dans l’affaire *Davey*, précitée, les demandeurs avaient présenté une requête en désistement de recours collectif envisagé qui n’a pas été contestée. Comme l’a souligné le juge Slatter, puisque le recours n’avait pas été autorisé, les demandeurs avaient pleinement le droit de se désister, sans l’approbation de la cour. Il a cependant ajouté qu’il était prudent de faire examiner par la Cour tout désistement d’un recours collectif envisagé. Il ressort clairement des autres éléments examinés qu’il était uniquement préoccupé par la possibilité de préjudice pour les membres de la catégorie présumée.

[12] Il convient de souligner que, même si les défendeurs pensent qu’un préjudice à leur intérêt est un facteur pertinent à prendre en compte, ils présentent des allégations précises de préjudice dans leurs prétentions concernant l’abus de procédure. En ce qui a trait au bien-fondé de la règle, je ne suis pas convaincue que le préjudice que pourraient subir les défendeurs est un facteur pertinent dans le cadre de la présente requête. Cette question fera l’objet d’observations supplémentaires dans l’analyse de l’abus de procédure.

[13] En ce qui a trait au préjudice que pourraient subir les demandeurs et les membres de la catégorie présumée, les défendeurs prétendent qu’ils subiront un préjudice en raison du retard supplémentaire dans la progression des demandes. Ils soulignent que cela est particulièrement important, compte tenu de l’âge avancé et de la santé fragile de certains demandeurs et membres de la catégorie présumée. De plus, les défendeurs soutiennent que les demandeurs pourraient subir un préjudice découlant de la possibilité de l’adjudication de coûts importants à l’égard du désistement et du dédou-

concerns regarding the plaintiffs' understanding of the proceedings and the nature of the instructions to the plaintiffs' counsel to discontinue and commence a new action in Saskatchewan.

[14] Turning first to the plaintiffs' interests, the plaintiffs have decided that they wish to pursue their litigation in the Saskatchewan Court. They are represented by counsel with whom they have had an opportunity to discuss that course of action. It is for the plaintiffs and their counsel to consider and weigh the potential advantages and disadvantages of a particular litigation strategy and not the Court. As to the alleged concern regarding the plaintiffs' capacity to instruct counsel and to make informed decisions concerning their litigation strategy, although it is relevant to the certification, it is not relevant on this motion.

[15] As stated in *Sollen*, above, the central consideration on a motion for approval to discontinue, is the potential prejudice to the putative class members. The only potential prejudice raised by the defendants is the delay associated with having to "re-litigate" the claims in Saskatchewan.

[16] While there is no doubt that some delay will result if the claims are pursued in the Saskatchewan Court, the defendants' position of significant delay is premised on their assertion that the within action is in an "advanced state of readiness". I am unable to agree with this characterization. Despite extensive efforts and commitment of time and resources to move the action forward, no significant procedural or substantive determinations have been made. In my opinion, any delay will not be significant in terms of the overall action and is offset by another consideration that will be discussed below.

[17] Before considering the defendants' second argument, as the circumstances surrounding this case bear some similarity to two interrelated cases, *Englund v.*

blement des frais dans un autre recours. Selon les défendeurs, la preuve dévoile des préoccupations concernant la manière dont les demandeurs comprennent l'existence et la nature des instructions à leurs avocats pour se désister et instituer un nouveau recours en Saskatchewan.

[14] Pour ce qui concerne l'intérêt des demandeurs, ceux-ci ont décidé qu'ils désiraient poursuivre leur litige devant la Cour de la Saskatchewan. Ils sont représentés par des avocats avec lesquels ils ont eu l'occasion de discuter de la voie adoptée. Il revient aux demandeurs et à leurs avocats, et non à la Cour, d'examiner et de soupeser les avantages et les inconvénients éventuels d'une stratégie d'instance particulière. En ce qui a trait à l'allégation de préoccupations concernant la capacité des demandeurs de donner des directives à leurs avocats et de prendre des décisions éclairées en matière de stratégie d'instance, bien que cela soit pertinent pour l'autorisation du recours, cela ne l'est pas dans le cadre de la présente requête.

[15] Comme le juge l'a déclaré dans la décision *Sollen*, précitée, l'élément essentiel à examiner à l'égard d'une requête en approbation de désistement est le préjudice éventuel causé aux membres de la catégorie présumée. Le seul préjudice éventuel soulevé par les défendeurs est le retard lié à l'obligation de [TRADUCTION] « débattre à nouveau » des demandes en Saskatchewan.

[16] Bien qu'il ne fasse aucun doute qu'un certain retard aura lieu si les demandes sont poursuivies devant la Cour de la Saskatchewan, le retard important invoqué par les défendeurs est fondé sur leur affirmation selon laquelle le présent recours est dans un [TRADUCTION] « état avancé de préparation ». Je ne peux être d'accord avec cette description. Malgré des efforts considérables et beaucoup de temps et de ressources consacrés pour faire avancer le recours, aucune décision importante quant à la procédure ou au fond n'a été rendue. À mon avis, il n'y aura aucun délai important pour ce qui est du recours en général et il est compensé par un autre élément qui sera analysé ci-dessous.

[17] Avant d'examiner le deuxième argument des défendeurs, puisque les circonstances entourant la présente affaire ressemblent quelque peu à deux jugements inter-

*Pfizer Canada Inc.* (2007), 284 D.L.R. (4th) 94 (C.A.) in Saskatchewan and *Sollen*, above, in Ontario, it is useful to set out a brief overview of those two cases.

[18] One day after having commenced a proposed class action in Saskatchewan, the plaintiffs together with two additional plaintiffs commenced the same action in Ontario. One of the defendants, Boehringer, sought a stay of the Saskatchewan proceeding on the basis that Saskatchewan was not a convenient forum and that the commencement of identical proceedings in two jurisdictions was an abuse of process. The motion was dismissed. On appeal to the Saskatchewan Court of Appeal, the plaintiffs sought to introduce new evidence showing that the Ontario action had been discontinued. In fact, the action had not been discontinued as the plaintiffs had not obtained the requisite approval of the discontinuance in Ontario.

[19] In reaching its decision, the Court observed that for the same reasons courts have recognized the bringing multiple actions in a single jurisdiction as an abuse of process, the bringing of multiple actions in two or more jurisdictions may also be an abuse of process. The Court [at paragraph 40] also observed that where there is no suggestion that multiple claims serve any useful purpose, “the courts are being used in a manner which serves no proper purpose or which is vexatious or oppressive.” The Saskatchewan Court of Appeal concluded that the action in that province should be stayed on the ground of abuse of process. The Court added, however, that the stay was not unconditional. The plaintiffs could litigate their action in Saskatchewan provided that the Ontario action was discontinued.

[20] In the course of its analysis, the Court observed that although it had not been raised by the plaintiffs, arguably any abuse of process flowed from the Ontario action rather than from the Saskatchewan action since the Saskatchewan action was started first. The Court commented that this could be, however, an overly “formalistic” view and that in the circumstances it would be unjust to defeat the appeal on the ground that the defendant had sought to stay the wrong case. This was

dépendants, l’arrêt *Englund v. Pfizer Canada Inc.* (2007), 284 D.L.R. (4th) 94 (C.A.), en Saskatchewan et la décision *Sollen*, précitée, en Ontario, il est utile de présenter un bref aperçu de ces deux affaires.

[18] Le lendemain de l’institution d’un recours collectif envisagé en Saskatchewan, les demandeurs, de concert avec deux autres demandeurs, ont institué le même recours en Ontario. Un des défendeurs, Boehringer, a demandé la suspension du recours en Saskatchewan au motif que la cour de la Saskatchewan ne constituait pas le tribunal approprié et que l’institution de recours identiques dans deux ressorts était un abus de procédure. La requête a été rejetée. En appel devant la Cour d’appel de la Saskatchewan, les demandeurs ont cherché à présenter de nouveaux éléments de preuve indiquant que le recours intenté en Ontario avait été abandonné. Dans les faits, le recours n’avait pas été abandonné puisque les demandeurs n’avaient pas obtenu l’approbation requise pour le désistement en Ontario.

[19] Dans sa décision, la Cour a fait remarquer que, comme les tribunaux ont reconnu que l’institution de plusieurs actions dans le même ressort constituait un abus de procédure, l’institution de plusieurs actions dans deux ressorts ou plus peut également constituer un abus de procédure. La Cour [au paragraphe 40] a également précisé que rien n’indique qu’une multiplicité de demandes sert un objectif utile : [TRADUCTION] « les tribunaux sont utilisés d’une manière qui ne sert aucun objectif approprié ou qui est vexatoire ou oppressive ». La Cour d’appel de la Saskatchewan a conclu que le recours dans cette province devrait être suspendu au motif d’abus de procédure. La Cour a cependant ajouté que la suspension n’était pas inconditionnelle. Les demandeurs pouvaient plaider leur recours en Saskatchewan, sous réserve du désistement du recours en Ontario.

[20] Dans son analyse, la Cour a précisé que, même si les demandeurs n’avaient pas soulevé la question, on pouvait soutenir qu’un abus de procédure découlait du recours intenté en Ontario plutôt que de celui intenté en Saskatchewan, puisque le recours en Saskatchewan avait été institué en premier. La Cour a toutefois fait remarquer que cela pourrait constituer un point de vue trop [TRADUCTION] « formaliste » et que, dans les circonstances, il ne serait pas juste de rejeter l’appel au motif

in large measure based on the Court's conclusion that the stay should not permanently prohibit the plaintiffs from proceeding in that province.

[21] Subsequently, the plaintiffs moved for leave to discontinue the Ontario action. Although the motion in the Ontario Court was unopposed, the Court undertook the requisite inquiry in relation to the potential prejudice to the interests of the putative class members should the discontinuance be approved. In this respect, the Court's observations are helpful in the present case.

[22] In reaching the conclusion that there would be no substantial prejudice to the putative class members, Justice Cullity took into account the following: no substantial steps had been taken in the proceeding; the statement of claim had not been served by the plaintiffs; no notice of the action had been given to the putative class members; any possible cost consequences in Ontario would only be relevant to the plaintiffs; and that it would not be in the best interests of the class to refuse to approve the discontinuance.

[23] The Court also noted that there was no evidence that the limitation period in Saskatchewan would not continue to be suspended. The Court commented on an additional matter that has no relevance to this proceeding. The Court [at paragraph 39] concluded that as it was unlikely that there would be any substantial prejudice to the class, there was "no possible justification for denying approval and frustrating the plaintiffs' choice of Saskatchewan as a more appropriate forum."

[24] Turning now to the defendants' second argument, they submit that the motion to discontinue this proceeding constitutes an abuse of process for the following reasons: first, it violates the public policy against duplicative and vexatious proceedings; second, there is no juridical advantage to re-litigating this lawsuit in the Saskatchewan Court; third, it would be manifestly unfair to the defendants; and fourth, it entails an unnecessary waste of both court and litigant resources.

que le défendeur avait demandé la suspension du mauvais recours. Ceci s'appuyait dans une large mesure sur la conclusion de la cour selon laquelle la suspension ne devrait pas interdire en permanence aux demandeurs de procéder dans cette province.

[21] Par la suite, les demandeurs ont présenté une requête en autorisation de désistement du recours intenté en Ontario. Même si la requête présentée devant la Cour ontarienne n'a fait l'objet d'aucune opposition, la Cour a entrepris l'analyse requise relativement à la possibilité de préjudice pour les membres de la catégorie présumée si le désistement était approuvé. À cet égard, les commentaires de la cour sont utiles en l'espèce.

[22] En concluant que les membres de la catégorie présumée ne subiraient pas de préjudice important, le juge Cullity a tenu compte des éléments suivants : aucune mesure importante n'avait été prise dans le cadre du recours; les demandeurs n'avaient pas signifié la déclaration; aucun avis de recours n'avait été donné aux membres de la catégorie présumée; toute conséquence possible en matière de dépens en Ontario ne visait que les demandeurs; il n'aurait pas été dans le meilleur intérêt de la catégorie de refuser d'approuver le désistement.

[23] La Cour a également fait observer qu'aucune preuve n'indiquait que la suspension de la période de prescription en Saskatchewan ne se poursuivrait pas. La Cour a fait un commentaire sur une question supplémentaire qui n'est pas pertinente en l'espèce. Elle a conclu [au paragraphe 39] que, puisqu'il était peu probable que la catégorie subisse un préjudice substantiel, il n'existait [TRADUCTION] « aucune justification possible pour refuser l'approbation et empêcher les demandeurs de choisir la Saskatchewan comme un tribunal plus approprié ».

[24] J'examine maintenant le deuxième argument des défendeurs. Ils soutiennent que la requête en désistement du présent recours constitue un abus de procédure pour les raisons suivantes : premièrement, elle viole la politique d'intérêt public à l'encontre du dédoublement des procédures et des procédures vexatoires; deuxièmement, il n'y a aucun avantage juridique à faire juger à nouveau le même recours devant la Cour de la Saskatchewan; troisièmement, il serait manifestement injuste pour les

[25] I accept that the multiplicity of actions commenced by the plaintiffs, in particular, the recent action commenced in Saskatchewan may amount to an abuse of process. However, given that this is the Court in which the plaintiffs opted to pursue their claims before commencing the second action in Saskatchewan, in my opinion, the abuse of process, if any, arises from the newly filed Saskatchewan action and it is in that forum that it should have been raised.

[26] I appreciate the Court's observation in *Englund*, above, with respect to taking an overly "formalistic" view concerning the forum in which the allegations of abuse of process should be adjudicated. However, the circumstances in that case and the reason for not penalizing the defendant for having raised the issue of abuse of process in the wrong court are distinguishable from those in this case.

[27] In the Saskatchewan and Ontario cases, the two actions were started at the same time and, other than a motion for a change of venue in the Ontario case, no procedural or substantive steps had been taken by any of the parties. As the Saskatchewan Court of Appeal stated, the plaintiffs had to choose where they wanted to litigate their claims.

[28] In contrast, in this case, the plaintiffs chose some months ago to litigate their claims in this Court. The plaintiffs filed their motion for certification and the defendants have filed motions to strike the statement of claim. Although time and resources have been devoted to the file by the parties and the Court, the plaintiffs have been able to thwart any attempts to move the file forward. It is not necessary to review the complete procedural history once again. In these circumstances, the abuse of process ought to have been raised in the Saskatchewan Court.

[29] My view in this regard is reinforced by two additional considerations. First, the no juridical advantage,

défendeurs; quatrième, il entraîne un gaspillage inutile à la fois des ressources judiciaires et des ressources des parties au litige.

[25] Je reconnais que la multiplicité des recours intentés par les demandeurs, plus particulièrement le recours récemment intenté en Saskatchewan, peut constituer un abus de procédure. Toutefois, puisque la Cour est celle devant laquelle les demandeurs ont choisi de poursuivre leur demande avant d'intenter le second recours en Saskatchewan, à mon avis, l'abus de procédure, s'il en est, découle de ce recours récemment institué en Saskatchewan et c'est devant cette instance que la question aurait dû être soulevée.

[26] Je comprends le commentaire de la Cour dans l'arrêt *Englund*, précité, concernant l'adoption d'un point de vue trop [TRADUCTION] « formaliste » concernant l'instance devant laquelle des allégations d'abus de procédure devraient être jugées. Cependant, les circonstances de cette affaire et le motif de ne pas pénaliser le défendeur d'avoir soulevé la question de l'abus de procédure devant le mauvais tribunal se distinguent de la situation en l'espèce.

[27] Dans l'arrêt de la Saskatchewan et la décision de l'Ontario, les deux recours ont été intentés en même temps et aucune mesure quant à la procédure ou au fond n'avait été prise par les parties, outre une requête en changement de lieu. Comme l'a déclaré la Cour d'appel de la Saskatchewan, les demandeurs devaient choisir l'endroit où ils voulaient intenter leur recours.

[28] Par contraste, en l'espèce, les demandeurs ont choisi il y a quelques mois d'intenter leur recours devant la Cour. Les demandeurs ont déposé une requête en autorisation et les défendeurs ont déposé des requêtes en radiation de la déclaration. Bien que les parties et la Cour aient consacré du temps et des ressources au dossier, les demandeurs ont été en mesure de contrecarrer toute tentative de faire progresser le dossier. Il est inutile d'examiner encore une fois l'ensemble de l'historique de la procédure. Dans les circonstances, l'abus de procédure aurait dû être soulevé devant la Cour de la Saskatchewan.

[29] Deux considérations supplémentaires renforcent mon point de vue à cet égard. Premièrement, les pré-

“manifest unfairness”, and the waste of resources submissions arise in the context of the Saskatchewan action and it is in that action that the arguments should be advanced. Additionally, it is in that forum that appropriate relief can be awarded if the abuse is established. Second, the relief being sought by the defendants in this case is a dismissal of the motion for approval of the discontinuance. As in *Sollen*, above, I am not persuaded that this would be in the best interests of the putative class members. The plaintiffs have stated that they do not wish to pursue the action in this Court and I cannot force them to do so. Further, as the Court also pointed out in *Sollen*, above, in the end, the only available sanctions would be a motion to dismiss for failure to prosecute the action and an order for costs.

[30] In conclusion, I am satisfied that it is unlikely that there will be substantial prejudice to the putative class members if this action is discontinued. Accordingly, approval to discontinue will be granted.

[31] In their alternative submissions, the defendants ask that if the motion is allowed, that it be conditional on the plaintiffs notifying the class of the discontinuance and payment of any cost awards in favour of the defendants.

[32] Although no formal notification has been given to the putative class, the record shows that there was significant publicity at the time the original actions were filed. Putative class members should be made aware of the fact that this action has been discontinued. Accordingly, the order will require that notice of the discontinuance be given.

[33] At the time that the motion to discontinue was filed, it had been agreed earlier that the question of costs in connection with the motions to strike and certification would be dealt with at the time of the determination of these motions. As a result, submissions on costs are still outstanding.

tentions concernant l’absence d’avantage juridique, [TRADUCTION] « l’injustice flagrante » et le gaspillage des ressources surviennent dans le contexte du recours intenté en Saskatchewan et c’est dans le cadre de ce recours que les arguments devraient être présentés. De plus, c’est devant cette instance que la mesure de redressement appropriée peut être accordée si l’abus est établi. Deuxièmement, la mesure de redressement sollicitée par les défendeurs en l’espèce est le rejet de la requête en approbation du désistement. Comme dans la décision *Sollen*, précitée, je ne suis pas convaincue que cela serait dans le meilleur intérêt des membres de la catégorie présumée. Les demandeurs ont déclaré qu’ils ne souhaitaient pas poursuivre le recours devant la Cour et je ne peux les forcer à le faire. En outre, la Cour a également indiqué, à la fin de la décision *Sollen*, précitée, que les seules sanctions possibles seraient une requête en rejet pour omission d’intenter l’action et une ordonnance de dépens.

[30] En conclusion, je suis convaincue qu’il est peu probable que les membres de la catégorie présumée subissent un préjudice important si le présent recours est abandonné. En conséquence, le désistement sera accordé.

[31] Dans leurs prétentions subsidiaires, les défendeurs demandent, si la requête est accueillie, qu’elle soit conditionnelle à ce que les demandeurs transmettent un avis de désistement à la catégorie et paient les dépens attribués aux défendeurs.

[32] Bien qu’aucun avis formel n’ait été donné à la catégorie présumée, le dossier indique qu’il y a eu beaucoup de publicité au moment où les recours initiaux ont été intentés. Les membres de la catégorie présumée devraient savoir que le présent recours a fait l’objet d’un désistement. En conséquence, l’ordonnance exigera qu’un avis de désistement soit donné.

[33] Au moment où la requête en désistement a été déposée, il avait été auparavant convenu que la question des dépens relatifs aux requêtes en radiation et en autorisation serait tranchée au moment des décisions concernant ces requêtes. Les prétentions concernant les dépens n’ont donc pas été examinées.

[34] As I do not wish to delay the action in Saskatchewan, I will convene a case management conference with the parties to discuss the content of the notice to the putative class and the method of notification, as well as, a process to deal with the outstanding cost issues. An order will issue after the case management conference.

[34] Comme je ne souhaite pas retarder le recours en Saskatchewan, je convoquerai une conférence de gestion de l'instance avec les parties pour discuter du contenu de l'avis destiné à la catégorie présumée et du moyen à utiliser pour le donner, de même que d'un processus pour régler les questions en suspens concernant les dépens. Une ordonnance sera rendue après la conférence de gestion de l'instance.

A-484-07  
2009 FCA 8

A-484-07  
2009 CAF 8

**Apotex Inc.** (*Appellant*) (*Respondent*)

**Apotex Inc.** (*appelante*) (*défenderesse*)

v.

c.

**Pfizer Canada Inc.** and **Pfizer Ireland Pharmaceuticals**  
(*Respondents*) (*Applicants*)

**Pfizer Canada Inc.** et **Pfizer Ireland Pharmaceuticals**  
(*intimées*) (*demandereses*)

and

et

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

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

*INDEXED AS: PFIZER CANADA INC. v. APOTEX INC. (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ : PFIZER CANADA INC. c. APOTEX INC. (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Létourneau, Noël and Blais JJ.A.—Toronto, December 17 and 18, 2008; Ottawa, January 16, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Noël et Blais, J.C.A.—Toronto, 17 et 18 décembre 2008; Ottawa, 16 janvier 2009.

*Patents — Invalidity — Obviousness — Appeal from Federal Court decision prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to appellant for sildenafil tablets until after expiration of respondents' patent — Federal Court concluding use of sildenafil tablets for purpose stated in patent claims not obvious — Apotex v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc., [2008] 3 S.C.R. 265 recognizing test for obviousness “obvious to try” where “obvious” meaning “very plain” — Federal Court applied correct test — Analysis looked for more than possibilities — Federal Court not ignoring other patent — U.K. case relied upon by Apotex determining obviousness based on broader test than that adopted in Sanofi-Synthelabo — Appeal dismissed.*

*Brevets — Invalidité — Évidence — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a interdit au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'appelante à l'égard de ses comprimés de sildénafil avant l'expiration du brevet des intimées — La Cour fédérale a statué que l'utilisation de comprimés de sildénafil à la fin indiquée dans les revendications du brevet n'était pas évidente — Apotex c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc., [2008] 3 R.C.S. 265 reconnaît que le critère relatif à l'évidence est celui de l'« essai allant de soi », où l'expression « allant de soi » signifie « très clair » — La Cour fédérale a appliqué le bon critère — L'analyse visait plus que de simples possibilités — La Cour fédérale n'a pas fait abstraction de l'autre brevet — L'arrêt du R.-U. qu'Apotex a invoqué a établi l'évidence sur le fondement d'un critère plus large que celui adopté dans l'arrêt Sanofi-Synthelabo — Appel rejeté.*

This was an appeal from a Federal Court decision prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the appellant for its sildenafil tablets until after the expiration of the respondents' patent ('446 patent). The respondents obtained the patent for sildenafil, which it markets under the brand name Viagra, for the treatment of erectile dysfunction (ED). The appellant filed a notice of allegation claiming that the '446 patent was invalid because the use of sildenafil for the treatment of ED in men was obvious in light of the state of the art. The Federal Court concluded that the use of sildenafil to treat ED was not obvious. The issues were whether the Federal Court applied the proper test, and whether the Federal Court erred in law in failing to consider in its obviousness analysis the '756 patent, which the appellant relied upon to establish that the relevant claims were obvious.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a interdit au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'appelante à l'égard de ses comprimés de sildénafil avant l'expiration du brevet des intimées (le brevet '446). Les intimées ont obtenu la protection du brevet pour le sildénafil, qu'elles commercialisent pour le traitement de la dysfonction érectile (DE), sous le nom de marque Viagra. L'appelante a transmis un avis d'allégation, faisant valoir l'invalidité du brevet '446 au motif que l'utilisation du sildénafil pour le traitement de la DE chez les hommes était évidente étant donné l'état de la technique. La Cour fédérale a statué que l'utilisation du sildénafil pour le traitement de la DE n'était pas évidente. Les questions litigieuses étaient celles de savoir si la Cour fédérale avait appliqué le bon critère et si elle avait commis une erreur de droit en ne prenant pas

*Held*, the appeal should be dismissed.

Since the Federal Court decision herein, the Supreme Court of Canada rendered its reasons in *Apotex v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 S.C.R. 265. The appellant viewed this decision as establishing that the “worth a try” test is now part of the law of Canada. The test recognized in *Sanofi-Synthelabo* is “obvious to try” where “obvious” means “very plain”. According to this test, an invention is not made obvious because the prior art would have alerted the person skilled in the art to the possibility that something may be worth trying. The invention must be more or less self-evident.

While the Federal Court did not use the phrase “obvious to try”, the reasons showed that the analysis was conducted along the dividing line drawn in *Sanofi-Synthelabo*. Specifically, the contention that the invention was obvious based on mere possibilities or speculation was rejected and the Federal Court looked for evidence that the invention was more or less self-evident. The fact that the Federal Court examined the experts’ opinions and the literature references made it apparent that it turned its mind to the question of whether the patented invention was more or less self-evident. Indeed, the Federal Court went on to conclude, based on this evidence, that the invention was not self-evident. The Federal Court confirmed that the most that it could gather from the prior art at the priority date was that using orally administered sildenafil to treat ED was “worth a try”. In so saying it equated the expression “worth a try” with “a possibility worth exploring”. Throughout its analysis the Federal Court looked for more than possibilities, understanding that mere possibilities were not enough, and that the prior art had to show more than that. In so holding the Federal Court drew the line precisely where the Supreme Court drew it in *Sanofi-Synthelabo* when it held that “[m]ere possibility that something might turn up is not enough.”

Although the Federal Court did not refer to the '756 patent by name in its obviousness analysis, it is clear that it had this patent in mind. The Federal Court did not give the '756 patent the significance which Apotex contends it should have had because of a finding of fact. Apotex disagreed with this assessment, but it could not be seriously argued that the '756 patent was not considered.

en compte le brevet '756 dans son analyse de l'évidence, brevet que l'appelante a invoqué pour établir que les revendications pertinentes étaient évidentes.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Depuis le prononcé de la décision de la Cour fédérale en l'espèce, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'arrêt *Apotex c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 R.C.S. 265. Selon l'appelante, cet arrêt établit que le critère de quelque chose « valant d'être tenté » fait désormais partie du droit au Canada. Le critère reconnu dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo* est celui de l'« essai allant de soi », où l'expression « allant de soi » signifie « très clair ». Suivant ce critère, une invention n'est pas rendue évidente par le fait que l'état de la technique aurait éveillé la personne versée dans l'art à la possibilité que quelque chose valait d'être tenté. L'invention doit aller plus ou moins de soi.

Même si la Cour fédérale n'a pas employé l'expression « essai allant de soi », ses motifs indiquaient qu'elle a mené son analyse en suivant la ligne de démarcation tracée dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*. En particulier, l'allégation d'évidence de l'invention sur la foi de simples possibilités ou hypothèses a été rejetée, et la Cour fédérale a cherché la preuve que l'invention allait plus ou moins de soi. Il appert du fait que la Cour fédérale a tenu compte des opinions des experts et des documents donnés en référence qu'elle s'est attachée à la question de savoir si l'invention brevetée allait plus ou moins de soi. En effet, la Cour fédérale a conclu, en se fondant sur cette preuve, que l'invention n'allait pas de soi. La Cour fédérale a confirmé qu'au mieux ce qu'elle pouvait dégager de l'état de la technique à la date de priorité était que l'utilisation par administration orale du sildénafil dans le traitement de la DE était quelque chose « valant d'être tenté ». En s'exprimant ainsi, elle a donné à l'expression « valant d'être tenté » le même sens qu'« une voie à explorer ». La Cour fédérale, dans son analyse, cherchait plus que de simples possibilités, comprenant que celles-ci ne suffisaient pas et que l'état antérieur de la technique devait enseigner davantage. Par cette conclusion, la Cour fédérale a tracé la ligne là où la Cour suprême l'avait tracée dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo* en disant que « [l]a seule possibilité d'obtenir quelque chose ne suffit pas ».

Bien que la Cour fédérale n'ait pas fait référence au brevet '756 en le nommant dans son analyse de l'évidence, il était clair qu'elle avait ce brevet à l'esprit. La Cour fédérale n'a pas donné au brevet '756 l'importance qu'Apotex prétend qu'il devrait avoir en raison d'une conclusion de fait. Apotex contestait cette conclusion, mais on ne pouvait pas sérieusement soutenir que le brevet '756 n'avait pas été pris en considération.

Apotex pointed to the decision of Mr. Justice Laddie of the Chancery Division in *Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, [2000] EWHC Patents 49, [2001] F.S.R. 16, who began his analysis by referring to the '756 patent thus highlighting the importance thereof and the extent of the Federal Court's error. The assessment made by the Federal Court was different than that made by Mr. Justice Laddie and confirmed by the English Court of Appeal. The Federal Court was aware of these decisions but was obliged to draw its own conclusions. Furthermore, Mr. Justice Laddie's decision suggested that the issue of obviousness was determined on the basis of a broader test than that adopted in *Sanofi-Synthelabo*. The reasoning advanced in the U.K. cases is that where the motivation to achieve a result is very high, the degree of expected success becomes a minor matter. In such circumstances, the skilled person may feel compelled to pursue experimentation even though the chances of success are not particularly high. While true, the degree of motivation cannot transform a possible solution into an obvious one. Motivation is relevant in determining whether the skilled person has good reason to pursue "predictable" solutions or solutions that provide a "fair expectation of success". In contrast, the test applied by Mr. Justice Laddie appears to be met if the prior art indicates that something may work, and the motivation is such as to make this avenue "worthwhile" to pursue. As such, a solution may be "worthwhile" to pursue even though it is not "obvious to try" or is not "more or less self-evident". This approach which is based on the possibility that something might work, was expressly rejected in *Sanofi-Synthelabo*.

Apotex a renvoyé à la décision du juge Laddie de la Chambre de la chancellerie dans l'arrêt *Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, [2000] EWHC Patents 49, [2001] F.S.R. 16, qui a commencé son analyse en se référant au brevet '756, mettant ainsi en lumière l'importance de celui-ci et la portée de l'erreur de la Cour fédérale. L'évaluation de la Cour fédérale était différente de celle du juge Laddie, qui a été confirmée par la Cour d'appel d'Angleterre. La Cour fédérale avait connaissance de ces décisions, mais elle était obligée de tirer ses propres conclusions. En outre, la décision du juge Laddie donnait à penser que la question de l'évidence a été tranchée sur le fondement d'un critère plus large que celui adopté dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*. Selon le raisonnement avancé dans les décisions du R.-U., lorsque la motivation d'obtenir un résultat est très forte, le degré de succès attendu devient peu important. Dans ces conditions, la personne versée dans l'art peut se sentir poussée à poursuivre l'expérimentation même si les chances de succès ne sont pas particulièrement grandes. Bien que vrai, le degré de motivation ne peut convertir une solution possible en solution évidente. La motivation est pertinente pour décider si la personne versée dans l'art est justifiée de rechercher des solutions « prévisibles » ou des solutions qui comportent « des chances raisonnables de succès ». Au contraire, le critère qu'a appliqué le juge Laddie apparaît rempli si l'état antérieur de la technique indique que quelque chose peut fonctionner et s'il existe une motivation telle qu'elle puisse faire que cette voie « valait la peine » d'être explorée. À cet égard, on peut dire d'une solution qu'elle « valait la peine » d'être explorée même si elle n'est pas un « essai allant de soi » ou même si elle n'« allait [pas] plus ou moins de soi ». Cette approche fondée sur la chance que quelque chose puisse fonctionner a été expressément rejetée dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), Tariff B, Column V.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 4(1) (as am. by SOR/2006-242, s. 2), 6(1) (as am. *idem*, s. 3; *erratum C. Gaz.*, 2006.II. 1875(E)).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 S.C.R. 265; (2008), 298 D.L.R. (4th) 385; 69 C.P.R. (4th) 251; 2008 SCC 61.

## CONSIDERED:

*Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, [2000] EWHC Patents 49, [2001] F.S.R. 16; aff'd [2002] EWCA Civ 1.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 4(1) (mod. par DORS/2006-242, art. 2), 6(1) (mod., *idem*, art. 3; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1875(A)).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), tarif B, colonne V.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 R.C.S. 265; 2008 CSC 61.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, [2001] F.S.R. 16; conf. par [2002] EWCA Civ 1.

## REFERRED TO:

*Janssen-Ortho Inc. v. Novopharm Ltd.* (2007), 59 C.P.R. (4th) 116; 366 N.R. 290; 2007 FCA 217; affg 2006 FC 1234; *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (F.C.A.); *H. Lundbeck A/S v. Generics (UK) Ltd.*, [2008] EWCA Civ 311; [2008] R.P.C. 19; *KSR International Co. v. Teleflex Inc.*, 127 S. Ct. 1727 (2007); *Angiotech Pharmaceuticals Inc. v. Conor Medsystems Inc.*, [2008] UKHL 49; [2008] R.P.C. 28.

## AUTHORS CITED

Bush, Margaret Ann. *The Role of the L-Arginine-Nitric Oxide-Cyclic GMP Pathway in Relaxation of Corpus Cavernosum Smooth Muscle*. Ph. D. Dissertation, University of California Pharmacology, 1993.  
 Impotence. NIH Consensus Statement. 1992, Dec. 7–9, Vol. 10, No. 4.  
 Murray, K. J. “Phosphodiesterase V<sub>A</sub> Inhibitors” (1993), 6 *Drug News & Perspectives* 150.  
 Rajfer J. *et al.*, “Nitric Oxide as a Mediator of Relaxation of the Corpus Cavernosum in Response to Nonadrenergic, Noncholinergic Neurotransmission” (1992), 326 *New Eng. J. Med.* 90.

APPEAL from the Federal Court decision ((2007), 319 F.T.R. 48; 61 C.P.R. (4th) 305; 2007 FC 971) prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the appellant for its sildenafil tablets until after the expiration of the respondents’ patent. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Andrew E. Brodtkin, Richard E. Naiberg and Dino P. Clarizio* for appellant (respondent) Apotex Inc.  
*Andrew M. Shaughnessy, Andrew E. Bernstein and Sandra F. Perri* for respondents (applicants) Pfizer Canada Inc. and Pfizer Ireland Pharmaceuticals.

No one appearing for respondent (respondent) Minister of Health.

## SOLICITORS OF RECORD

*Goodmans LLP*, Toronto, for appellant (respondent) Apotex Inc.  
*Torys LLP*, Toronto, for respondents (applicants) Pfizer Canada Inc. and Pfizer Ireland Pharmaceuticals.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2007 CAF 217; confirmant 2006 CF 1234; *Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY*, [1986] A.C.F. n° 87 (QL) (C.A.); *H. Lundbeck A/S v. Generics (UK) Ltd.*, [2008] R.P.C. 19 (Ch. D.); *KSR International Co. v. Teleflex Inc.*, 127 S. Ct. 1727 (2007); *Angiotech Pharmaceuticals Inc. v. Conor Medsystems Inc.*, [2008] R.P.C. 28 (H.L.).

## DOCTRINE CITÉE

Bush, Margaret Ann, *The Role of the L-Arginine-Nitric Oxide-Cyclic GMP Pathway in Relaxation of Corpus Cavernosum Smooth Muscle*. Ph. D. Dissertation, University of California Pharmacology, 1993.  
 Impotence. NIH Consensus Statement. 7–9 déc. 1992, vol. 10, n° 4.  
 Murray, K. J. « Phosphodiesterase V<sub>A</sub> Inhibitors » (1993), 6 *Drug News & Perspectives* 150.  
 Rajfer J. *et al.*, « Nitric Oxide as a Mediator of Relaxation of the Corpus Cavernosum in Response to Nonadrenergic, Noncholinergic Neurotransmission » (1992), 326 *New Eng. J. Med.* 90.

APPEL à l’encontre de la décision (2007 CF 971) par laquelle la Cour fédérale a interdit au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l’appelante à l’égard de ses comprimés de sildénafil avant l’expiration du brevet des intimées. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Andrew E. Brodtkin, Richard E. Naiberg et Dino P. Clarizio* pour l’appelante (défenderesse) Apotex Inc.  
*Andrew M. Shaughnessy, Andrew E. Bernstein et Sandra F. Perri* pour les intimées (demanderesse) Pfizer Canada Inc. et Pfizer Ireland Pharmaceuticals.

Aucune comparution pour le compte de l’intimé (défendeur) le ministre de la Santé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Goodmans LLP*, Toronto, pour l’appelante (défenderesse) Apotex Inc.  
*Torys LLP*, Toronto, pour les intimées (demanderesse) Pfizer Canada Inc. et Pfizer Ireland Pharmaceuticals.

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

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

[1] NOËL J.A.: This is an appeal from the decision of Justice Mosley (the Federal Court Judge) [(2007), 319 F.T.R. 48] allowing the application brought by Pfizer Canada Inc. and Pfizer Ireland Pharmaceuticals (the respondents) to prohibit the Minister of Health (the Minister) from issuing a notice of compliance (NOC) to Apotex (the appellant or Apotex) in accordance with subsection 6(1) [as am. by SOR/2006-242, s. 3; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1875(E)] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (PM (NOC) Regulations) for its sildenafil tablets until after the expiration of the respondents' Canadian Patent No. 2163446 (the '446 patent).

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : Il s'agit d'un appel à l'encontre de la décision du juge Mosley (le juge de la Cour fédérale) [2007 CF 971] qui a accueilli la demande de Pfizer Canada Inc. et Pfizer Ireland Pharmaceuticals (les intimées) visant à interdire au ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité à Apotex (l'appelante ou Apotex) en vertu du paragraphe 6(1) [mod. par DORS/2006-242, art. 3; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1875(A)] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement MB(AC)) à l'égard de ses comprimés de sildenafil avant l'expiration du brevet canadien n° 2163446 (le brevet '446) des intimées.

[2] In the memorandum filed in support of its appeal, the appellant pursued the issues of faulty disclaimer, claims broader than the invention made and disclosed, patent ineligibility, obviousness and anticipation. Two days prior to the scheduled hearing, the appellant wrote to advise that it would only pursue the appeal in respect of the issue of obviousness, intending to rely upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 S.C.R. 265 (*Sanofi-Synthelabo*) released November 6, 2008.

[2] Dans le mémoire produit à l'appui de son appel, l'appelante a soulevé les questions de l'invalidité de la renonciation, de la portée excessive des revendications en regard de l'invention réalisée et divulguée, de l'inadmissibilité du brevet, de l'évidence et de l'antériorité. Deux jours avant la date prévue de l'audience, l'appelante a écrit pour dire qu'elle fonderait son appel exclusivement sur la question de l'évidence et qu'elle avait l'intention de s'appuyer sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 R.C.S. 265 (*Sanofi-Synthelabo*), rendu le 6 novembre 2008.

#### THE RELEVANT FACTS

#### LES FAITS PERTINENTS

[3] The respondents market a drug for the treatment of erectile dysfunction (ED), under the brand name Viagra.

[3] Les intimées commercialisent un médicament pour le traitement de la dysfonction érectile (DE), sous le nom de marque Viagra.

[4] The respondents obtained patent protection for the use of the compound sildenafil for this purpose. They obtained the '446 patent on July 7, 1998 from an application filed in Canada on May 13, 1994 claiming priority from Great Britain Patent Application No. 9311920.4 filed on June 9, 1993. The '446 patent will expire on May 13, 2014.

[4] Les intimées ont obtenu la protection du brevet pour l'utilisation d'un composé, le sildénafil, à cette fin. Elles ont obtenu le brevet '446 le 7 juillet 1998 au terme d'une demande déposée au Canada le 13 mai 1994, qui revendiquait la priorité sur le fondement d'une demande de brevet déposée en Grande-Bretagne sous le n° 9311920.4 le 9 juin 1993. Le brevet '446 arrivera à expiration le 13 mai 2014.

[5] The respondents submitted a patent list to the Minister pursuant to subsection 4(1) [as am. by SOR/2006-242, s. 2] of the PM(NOC) Regulations in connection with NOCs for 25 mg, 50 mg and 100 mg oral tablets of the drug sildenafil citrate (sildenafil). The '446 patent was added to the Patent Register in respect of the above NOCs.

[6] The appellant delivered its notice of allegation (NOA) on June 16, 2005 to the respondents (specifically, Pfizer Canada Inc.) in relation to the '446 patent. In its NOA, the appellant claims to have filed with the Minister a submission for sildenafil citrate tablets for oral administration in strengths of 25, 50 and 100 mg tablets for the treatment of ED in men, arguing that the '446 patent is invalid for several reasons, notably that the use of sildenafil for the treatment of ED in men was obvious in light of the state of the art, and that it should therefore, be allowed to market its own generic version.

[7] The respondents filed their notice of application on July 28, 2005 and it was amended on February 5, 2007.

#### THE PATENT AT ISSUE

[8] The '446 patent relates to the use of a series of pyrazolo[4,3-*d*]pyrimidin-7-one compounds and their pharmaceutically acceptable salts for the treatment of ED. Sildenafil is one such compound and has the formula 5-[2-ethoxy-5-(4-methyl-1-piperazinylsulphonyl)-phenyl]-1-methyl-3-*n*-propyl-1,6-dihydro-7*H*-pyrazolo [4,3-*d*]pyrimidin-7-one.

[9] Each of the claims in issue is specific to the treatment of ED with sildenafil, or its salt, sildenafil citrate, which is the active ingredient in the appellant's proposed products. For ease of reference, the relevant claims are reproduced below:

[5] Les intimées ont soumis une liste de brevets au ministre conformément au paragraphe 4(1) [mod. par DORS/2006-242, art. 2] du Règlement MB(AC) au sujet des avis de conformité relatifs aux comprimés oraux de 25 mg, 50 mg et 100 mg du médicament connu sous le nom de citrate de sildénafil (sildénafil). Le brevet '446 a été ajouté au registre des brevets à l'égard des avis de conformité mentionnés ci-dessus.

[6] L'appelante a transmis un avis d'allégation le 16 juin 2005 aux intimées (spécifiquement à Pfizer Canada Inc.) à l'égard du brevet '446. Dans son avis d'allégation, l'appelante allègue avoir déposé auprès du ministre une demande concernant des comprimés de citrate de sildénafil pour administration orale en concentrations de 25, 50 et 100 mg pour le traitement de la DE chez les hommes, faisant valoir l'invalidité du brevet '446 pour divers motifs, notamment au motif que l'utilisation du sildénafil pour le traitement de la DE chez les hommes était évidente étant donné l'état de la technique, et qu'elle devrait donc être autorisée à commercialiser sa propre version générique.

[7] Les intimées ont déposé leur avis de demande le 28 juillet 2005 et l'ont modifié le 5 février 2007.

#### LE BREVET VISÉ

[8] Le brevet '446 concerne l'utilisation d'une série de composés du type pyrazolo[4,3-*d*]pyrimidin-7-one et de leurs sels pharmaceutiquement acceptables pour le traitement de la DE. Le sildénafil est l'un de ces composés et il répond à la formule 5-[2-éthoxy-5-(4-méthyl-1-pipérazinylsulphonyl)-phényl]-1-méthyl-3-*n*-propyl-1,6-dihydro-7*H*-pyrazolo[4,3-*d*]pyrimidin-7-one.

[9] Chacune des revendications en cause concerne spécifiquement le traitement de la DE au moyen du sildénafil, ou plus précisément de l'un de ses sels, le citrate de sildénafil, qui constitue le principe actif des produits proposés par l'appelante. Par souci de commodité, les revendications pertinentes sont reprises ci-dessous :

1. The use of a compound of formula (I) [which is then defined] or a pharmaceutically acceptable salt thereof, or a pharmaceutical composition containing either entity, for the manufacture of a medicament for the curative or prophylactic treatment of erectile dysfunction in [man].

[Claims 2-4 in essence claim “The use according to claim 1” and give more narrow definitions for formula (I).]

...

7. The use according to claim 4 wherein the compound of formula (I) is 5-[2-ethoxy-5-(4-methyl-1-piperazinylsulphonyl)-phenyl]-1-methyl-3-*n*-propyl-1,6-dihydro-7*H*-pyrazolo[4,3-*d*]pyrimidin-7-one] or a pharmaceutically acceptable salt thereof.

8. The use according to any one of claims 1 to 7 wherein the said male animal is man.

...

18. The use of a compound of formula (I) according to any one of claims 1 to 7, or a pharmaceutically acceptable salt thereof, for the curative or prophylactic treatment of erectile dysfunction in man.

...

22. The use according to any one of claims 1 to 9 wherein the medicament is adapted for oral treatment.

## THE FEDERAL COURT DECISION

[10] The Federal Court Judge concluded that, based on the evidence, the respondents’ discovery was truly inventive and that none of the appellant’s attacks on the patent should succeed. He held that the respondents met their legal burden to establish the validity of the ‘446 patent on a balance of probabilities and that the application to prohibit the Minister from issuing an NOC to the appellant until after the expiry of the ‘446 patent should be granted.

## [TRANSDUCTION]

1. L’utilisation d’un composé répondant à la formule (I) [qui est définie ici] ou d’un de ses sels pharmaceutiquement acceptables, ou d’une composition pharmaceutique renfermant l’une quelconque de ces entités, pour la fabrication d’un médicament pour le traitement curatif ou prophylactique d’une dysfonction érectile chez l’homme.

[Les revendications 2 à 4 portent essentiellement sur « L’utilisation selon la revendication 1 » et restreignent les définitions de la formule (I).]

[...]

7. L’utilisation selon la revendication 4 dans laquelle le composé de formule (I) est le 5-[2-éthoxy-5-(4-méthyl-1-pipérazinylsulphonyl)-phényl]-1-méthyl-3-*n*-propyl-1,6-dihydro-7*H*-pyrazolo[4,3-*d*]pyrimidin-7-one] ou l’un de ses sels pharmaceutiquement acceptables.

8. L’utilisation selon l’une quelconque des revendications 1 à 7 pour la fabrication d’un médicament pour le traitement curatif ou prophylactique de la dysfonction érectile chez l’homme.

[...]

18. L’utilisation d’un composé de formule (I) selon l’une quelconque des revendications 1 à 7, ou de l’un de ses sels pharmaceutiquement acceptables, pour le traitement curatif ou prophylactique de la dysfonction érectile chez l’homme.

[...]

22. L’utilisation selon l’une quelconque des revendications 1 à 9 caractérisée en ce que le médicament est adapté au traitement par voie orale.

## LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[10] Le juge de la Cour fédérale a conclu que, selon la preuve, la découverte des intimées avait un véritable caractère inventif et qu’aucune des attaques de l’appelante à l’encontre du brevet ne devait être accueillie. Il a conclu que les intimées s’étaient acquittées du fardeau de persuasion et avaient établi la validité du brevet ‘446 selon la prépondérance des probabilités et que la demande visant à interdire au ministre de délivrer un avis de conformité à l’appelante avant l’expiration du brevet ‘446 devait être accueillie.

[11] More specifically, with respect to the issue of obviousness, which is the only one left to be considered in the present appeal, the Federal Court Judge held that the core question in the case was whether the person of ordinary skill in the art, in the light of the state of the art and of common general knowledge as at the claimed date of invention, would have found the solution taught by the patent. The “solution taught by the patent” that he used for this inquiry was consistent with his claim construction, namely “the appreciation that the oral administration of sildenafil, as a potent PDE5 inhibitor, would be useful in the treatment of [ED] in men” (reasons, at paragraph 57).

[12] On the basis of the scientific literature and the experts’ opinions tendered in evidence, the Federal Court Judge defined the notional skilled person for the ‘446 patent as a trained and experienced scientist working in drug development with a knowledge of penile physiology and erectile response.

[13] In considering the relevant prior art, the Federal Court Judge referred in particular to the National Institutes of Health Consensus Statement resulting from the Consensus Conference on Impotence held in December 1992. While he noted that the document did not purport to be an exhaustive review of the literature, it was useful as a reference to what was commonly known and was not known at the time by the highly trained physicians and scientists experienced in the field of ED research and therapy. He held that what was clear from the document was that important information was lacking and that more work needed to be done to fully understand penile physiology. In his view, the content of the document could not be reconciled with what the appellant’s experts claimed to be the state of the art at the time.

[14] The Federal Court Judge also considered the specific literature references relied on by the appellant in support of its claim of obviousness, in particular three papers written by Drs. Rajfer [Rajfer J. *et al.*, “Nitric Oxide as a Mediator of Relaxation of the Corpus Cavernosum in Response to Nonadrenergic, Noncholinergic

[11] Plus précisément, s’agissant de la question de l’évidence, qui reste la seule à être prise en considération dans le présent appel, le juge de la Cour fédérale a conclu que la question cruciale en l’espèce était de savoir si la personne ordinaire versée dans l’art, à la lumière de l’état de la technique et des connaissances générales courantes à la date d’invention revendiquée, aurait trouvé la solution enseignée par le brevet. La « solution enseignée par le brevet » qu’il a utilisée pour son examen était en conformité avec son interprétation des revendications, notamment « l’évaluation selon laquelle l’administration orale du sildénafil, à titre d’inhibiteur puissant de la PDE5, serait utile pour le traitement de la dysfonction érectile chez les hommes » (motifs, au paragraphe 57).

[12] En se fondant sur la documentation scientifique et les opinions des experts présentées en preuve, le juge de la Cour fédérale a défini le profil de la personne versée dans l’art pour le brevet ‘446 comme le scientifique formé et expérimenté travaillant dans le domaine de la mise au point de médicaments et connaissant la physiologie pénienne et la réponse érectile.

[13] Dans son examen de l’état de la technique pertinent, le juge de la Cour fédérale s’est basé particulièrement sur la Déclaration consensuelle des National Institutes of Health issue d’une conférence consensuelle sur l’impuissance tenue en décembre 1992. Il a noté que ce document, sans prétendre être une recension documentaire exhaustive, était utile pour nous renseigner sur ce que les plus éminents médecins et chercheurs versés dans le domaine de la recherche et du traitement de la DE savaient et ignoraient encore à cette époque. Il a conclu que le document faisait bien voir à quel point les connaissances sur l’impuissance étaient lacunaires et que d’autres recherches s’imposaient pour comprendre parfaitement la physiologie pénienne. À son avis, il y avait incompatibilité entre la teneur de ce document et les affirmations des experts de l’appelante sur l’état de la technique à l’époque.

[14] Le juge de la Cour fédérale a également pris en considération les éléments précis de la documentation spécialisée que faisait valoir l’appelante à l’appui de son argumentation sur l’évidence, notamment trois articles rédigés respectivement par le Dr Rajfer [Rajfer J. *et al.*, « Nitric Oxide as a Mediator of Relaxation of the Corpus

Neurotransmission” (1992), 326 *New Eng. J. Med.* 90], Murray [Murray, K. J. “Phosphodiesterase V<sub>A</sub> Inhibitors” (1993), 6 *Drug News & Perspectives* 150] and Bush [Bush, Margaret Ann. *The Role of the L-Arginine-Nitric-Oxide-Cyclic GMP Pathway in Relaxation of Corpus Cavernosum Smooth Muscle*. Ph.D. Dissertation, University of California Pharmacology, 1993] (reasons, at paragraph 87). He concluded that based on an analysis of the expert testimony, none of the literature references would have led a skilled person directly and without difficulty to the invention of the '446 patent.

[15] In concluding his obviousness analysis, the Federal Court Judge held that what emerged from the prior art was a picture of a field of rapidly advancing science which led to the discovery, but which did not point directly to it. He specifically noted that, in 1993, none of the scientists who had speculated that PDE inhibition might be a factor in erectile tissue physiology, arrived at the solution of using oral administration of sildenafil as a PDE5 inhibitor in the treatment of ED. He therefore concluded that the evidence did not establish that the solution taught by the patent was obvious at the time. At best, the Federal Court Judge noted that there was speculation, which in hindsight proved to be correct, that PDE5 inhibitors might treat impotence.

[16] In addition to his findings on the state of the art, the Federal Court Judge also considered the other factors for analysing obviousness as set out in *Janssen-Ortho Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2007 FCA 217, affg 2006 FC 1234 (*Novopharm*). He found that there was a strong motivation to come up with a convenient drug treatment for ED, and genuine surprise when the respondents did so. He also noted the cumulative effect of the secondary indicia such as the commercial success of Viagra, its wide use, and the surprise that accompanied its first publication, all of which he found to further support his conclusion that the use of sildenafil to treat ED was not obvious.

Cavernosum in Response to Nonadrenergic, Noncholinergic Neurotransmission » (1992), 326 *New Eng. J. Med.* 90], M. Murray [Murray, K. J. « Phosphodiesterase V<sub>A</sub> Inhibitors » (1993), 6 *Drug News & Perspectives* 150] et M<sup>me</sup> Bush [Bush, Margaret Ann. *The Role of the L-Arginine-Nitric-Oxide-Cyclic GMP Pathway in Relaxation of Corpus Cavernosum Smooth Muscle*. Dissertation de doctorat en philosophie, University of California Pharmacology, 1993] (motifs, au paragraphe 87). En se fondant sur une analyse des témoignages des experts, il a conclu qu'aucun des éléments de cette documentation n'aurait conduit la personne versée dans l'art directement et facilement à l'invention visée par le brevet '446.

[15] En guise de conclusion à son analyse de l'évidence, le juge de la Cour fédérale a statué que l'état de la technique donnait le portrait d'une discipline en pleine évolution dans laquelle le chemin de la découverte n'était pas tracé d'avance. Il a noté en particulier qu'en 1993, aucun des chercheurs qui avaient formulé l'hypothèse que l'inhibition des PDE pourrait être un facteur à considérer dans la physiologie des tissus érectiles, n'avait trouvé la solution consistant à administrer du sildénafil par voie orale pour inhiber la PDE5 et traiter la DE. Il a donc conclu que la preuve n'établissait pas que la solution enseignée par le brevet était évidente à l'époque. Le juge de la Cour fédérale a noté qu'au mieux il existait des hypothèses, que le temps a confirmées par la suite, sur l'utilité possible des inhibiteurs de la PDE5 dans le traitement de l'impuissance.

[16] En plus de formuler ses conclusions sur l'état de la technique, le juge de la Cour fédérale a aussi considéré dans son analyse de l'évidence les autres facteurs exposés dans l'arrêt *Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2007 CAF 217, confirmant 2006 CF 1234 (*Novopharm*). Il a conclu qu'il y avait une forte motivation à l'égard de la mise au point d'un médicament pratique pour traiter la DE et que la découverte des intimées a provoqué une réelle surprise. Il a noté également que l'effet cumulatif des facteurs secondaires, comme le succès commercial du Viagra, son utilisation répandue et la surprise qui a accompagné l'annonce de cette découverte, venaient étayer encore davantage sa conclusion que l'utilisation du sildénafil pour le traitement de la DE n'était pas évidente.

## ORAL SUBMISSIONS OF THE APPELLANT AT THE HEARING

[17] The appeal was argued on the basis of the revised grounds first announced by the appellant two days before the hearing. No advance submissions were provided, so that the exact nature of the issues only became clear as the hearing progressed.

[18] The appellant argued that the Supreme Court in *Sanofi-Synthelabo* brought a fundamental change to the jurisprudential approach to obviousness in Canada by incorporating the “worth a try” test into Canadian law. The state of the law in Canada is now in line with that applicable in the United Kingdom (U.K.) so that U.K. precedents become highly relevant. The “worth a try” test must now be conducted in cases involving advances won by experimentation (*Sanofi-Synthelabo*, at paragraph 68). This is such a case and the Federal Court Judge erred in failing to apply this test.

[19] The appellant urges us to apply the “worth a try” test and suggests that the decision of Mr. Justice Laddie of the Chancery Division in *Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, [2000] EWHC Patents 49, [2001] F.S.R. 16 (*Pfizer Ltd.*), confirmed by the English Court of Appeal in *Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, [2002] EWCA Civ 1 (*Lilly Icos Ltd.*), provides the “blue print” for the application of this test. In these decisions the U.K. courts concluded that the relevant claims of the patent in issue in the present appeal were invalid on the ground of obviousness.

[20] The appellant further argues that the previously published patent application EP-0463756A1 (the '756 patent, also referred to as the Bell application) was a crucial element in the obviousness analysis conducted by the U.K. courts. It identifies sildenafil (the active ingredient in Viagra) as one of five compounds useful in the treatment of cardiovascular disorders (appeal book, Vol. 4, at pages 1343–1349). This patent was referred to by Apotex in its NOA in order to establish that the relevant claims were made obvious by the state of the prior art. According to the appellant, the '756 patent

## LES OBSERVATIONS ORALES DE L'APPELANTE À L'AUDIENCE

[17] L'appel a été plaidé sur les motifs révisés que l'appelante a présentés pour la première fois deux jours avant l'audience. Aucune observation n'a été fournie d'avance de sorte que la nature exacte des questions ne s'est révélée qu'au fur et à mesure du déroulement de l'audience.

[18] L'appelante a soutenu que la Cour suprême, dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*, a introduit un changement d'approche fondamental de l'évidence dans la jurisprudence au Canada en intégrant le critère de quelque chose « valant d'être tenté » dans le droit canadien. L'état du droit au Canada a maintenant rejoint le droit applicable au Royaume-Uni (R.-U.), ce qui confère à la jurisprudence britannique une grande pertinence. Le critère de quelque chose « valant d'être tenté » doit désormais être appliqué dans les cas où les progrès sont le fruit de l'expérimentation (*Sanofi-Synthelabo*, au paragraphe 68). C'est le cas en l'espèce et le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en n'appliquant pas ce critère.

[19] L'appelante nous incite à appliquer le critère de quelque chose « valant d'être tenté » et elle dit que la décision du juge Laddie de la Chambre de la chancellerie *Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, [2000] EWHC Patents 49, [2001] F.S.R. 16 (*Pfizer Ltd.*), confirmée par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, [2002] EWCA Civ 1 (*Lilly Icos Ltd.*), autorise l'application de ce critère. Dans ces décisions, les tribunaux du R.-U. ont conclu que les revendications pertinentes du brevet visé par le présent appel étaient invalides au motif de l'évidence.

[20] L'appelante fait également valoir que la demande de brevet EP-0463756A1 publiée antérieurement (le brevet '756, demande également désignée comme la demande Bell) a été un élément crucial de l'analyse de l'évidence par les tribunaux du R.-U. Cette demande identifie le sildénafil (le principe actif du Viagra) comme l'un des cinq composés utiles dans le traitement des troubles cardiovasculaires (dossier d'appel, vol. 4, aux pages 1343 à 1349). Apotex a renvoyé à ce brevet dans son avis d'allégation pour établir que les revendications pertinentes étaient évidentes à la lumière de l'état de la

was an essential component of the prior art and the Federal Court Judge erred in law in failing to consider this patent in his obviousness analysis.

[21] Counsel for the appellant confirmed in the course of his argument that his appeal rests solely on these two grounds, and that if the Court should come to the conclusion that the Federal Court Judge applied the proper test, and did not ignore the '756 patent as alleged, the appeal should be dismissed. To be clear, the construction of the patent and the findings of fact made by the Federal Court Judge are no longer in issue.

#### ANALYSIS AND DECISION

[22] The first ground of appeal is based on the appellant's understanding of the decision of the Supreme Court in *Sanofi-Synthelabo* and in particular the test that was adopted in that case. The appellant views this decision as establishing that the "worth a try" test is now part of the law of Canada. As the Federal Court Judge did not apply this test, the appellant invites us to do so.

[23] Before considering whether the Federal Court Judge failed to apply the appropriate test, as is being alleged by Apotex, the test in question must first be identified. In *Sanofi-Synthelabo*, Rothstein J. writing for the Court began his obviousness inquiry by noting that the Federal Court Judge in that case (Shore J.) conducted his analysis on the basis that the test set out by this Court in *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (*Beloit*), at page 294 would not accommodate the "worth a try" test (at paragraph 52). Rothstein J. identified the position of Apotex in that case as follows (at paragraph 55):

Apotex says that the *Beloit* approach is excessively rigid and is out of step with the tests for obviousness in the United Kingdom and the United States, where "worth a try" has been accepted.

[24] Rothstein J. first looked to the United States and U.K. case law. He concluded that a test described as the

technique. Selon l'appelante, le brevet '756 était un élément essentiel de l'état de la technique et le juge de la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de ce brevet dans son analyse de l'évidence.

[21] L'avocat de l'appelante a confirmé au cours de son plaidoyer que son appel reposait exclusivement sur ces deux motifs et que si la Cour devait conclure que le juge de la Cour fédérale avait appliqué le bon critère et n'avait pas omis de prendre en compte le brevet '756, comme il est allégué, l'appel devrait être rejeté. En clair, l'interprétation du brevet et les conclusions de fait du juge de la Cour fédérale ne sont plus en litige.

#### L'ANALYSE ET LA DÉCISION

[22] Le premier motif d'appel se fonde sur l'interprétation que donne l'appelante de l'arrêt *Sanofi-Synthelabo* de la Cour suprême et en particulier du critère qui y a été adopté. Selon l'appelante, l'arrêt établit que le critère de quelque chose « valant d'être tenté » fait désormais partie du droit au Canada. Comme le juge de la Cour fédérale ne l'a pas appliqué, l'appelante nous invite à le faire.

[23] Avant d'examiner si le juge de la Cour fédérale a fait défaut d'appliquer le critère approprié, comme l'allègue Apotex, le critère visé doit d'abord être identifié. Dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*, le juge Rothstein, qui écrivait au nom de la Cour, a commencé son examen de l'évidence en notant que le juge de la Cour fédérale dans l'affaire visée (le juge Shore) avait effectué son analyse en supposant que le critère énoncé par la Cour dans l'arrêt *Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY*, [1986] A.C.F. n° 87 (QL) (C.A.) (*Beloit*), à la page 294, ne serait pas compatible avec le critère de quelque chose « valant d'être tenté » (au paragraphe 52). Le juge Rothstein a identifié la position d'Apotex dans cette affaire de la manière suivante (au paragraphe 55) :

Apotex soutient que le critère de l'évidence énoncé dans l'arrêt *Beloit* est trop strict et qu'il est en décalage avec ceux appliqués au Royaume-Uni et aux États-Unis, où l'on admet l'idée de quelque chose « valant d'être tenté ».

[24] Le juge Rothstein s'est en premier lieu penché sur la jurisprudence des États-Unis et du Royaume-Uni.

“obvious to try” test has been accepted in both of these jurisdictions (at paragraphs 56–59). Given the state of the law in these other jurisdictions, Rothstein J. says (at paragraph 60):

... the restrictiveness with which the *Beloit* test has been interpreted in Canada should be re-examined.

[25] Under the heading “*Approach to Obviousness in Canada*”, Rothstein J. notes that until now Canadian courts have tended to treat the *Beloit* test as a statutory prescription that limits the obviousness inquiry (at paragraph 61). The “obvious to try” test can have a useful role under Canadian law (at paragraph 64).

[26] Rothstein J. then focuses on the scope of this test. After noting that the factors set forth in the passage adopted by Lord Hoffmann in *H. Lundbeck A/S v. Generics (UK) Ltd.*, [2008] R.P.C. 19, [2008] EWCA Civ 311, which he quotes at paragraph 59, provide useful guidance, he says (at paragraph 64):

However, the “obvious to try” test must be approached cautiously. It is only one factor to assist in the obviousness inquiry. It is not a panacea for alleged infringers. The patent system is intended to provide an economic encouragement for research and development. It is well known that this is particularly important in the field of pharmaceuticals and biotechnology.

[27] Rothstein J. then hones in on the precise test. At paragraph 66, he says:

For a finding that an invention was “obvious to try”, there must be evidence to convince a judge on a balance of probabilities that it was more or less self-evident to try to obtain the invention. Mere possibility that something might turn up is not enough. [My emphasis.]

In the prior paragraph, he made it clear that the word “obvious” in the phrase “obvious to try” is to be given its primary meaning of “very plain”.

[28] I take it from this that the test adopted by the Supreme Court is not the test loosely referred to as

Il a conclu que le critère dit de « l’essai allant de soi » a été accepté dans ces deux pays (aux paragraphes 56 à 59). Étant donné l’état du droit dans ces pays, le juge Rothstein a dit (au paragraphe 60) :

... il convient de remettre en question la manière restrictive dont les tribunaux canadiens ont interprété le critère établi dans l’arrêt *Beloit*.

[25] Sous le titre « *La notion d’évidence au Canada* », le juge Rothstein note que jusqu’ici les tribunaux canadiens ont souvent vu dans le critère établi dans l’arrêt *Beloit* une prescription légale limitant l’examen de l’évidence (au paragraphe 61). Le critère de l’« essai allant de soi » peut avoir un rôle utile en droit canadien (au paragraphe 64).

[26] Le juge Rothstein s’attache ensuite à la portée du critère. Après avoir mentionné que les facteurs présentés dans l’extrait adopté par lord Hoffmann dans l’arrêt *H. Lundbeck A/S v. Generics (UK) Ltd.*, [2008] R.P.C. 19, [2008] EWCA Civ 311, qu’il cite au paragraphe 59, fournissent une orientation utile, il affirme (au paragraphe 64) :

Cependant, la notion d’« essai allant de soi » commande la prudence. Ce n’est qu’un des éléments à considérer pour statuer sur l’évidence. Elle ne saurait permettre de réfuter toute allégation de contrefaçon. Le régime des brevets vise à favoriser le financement de la recherche et du développement, ce qui est assurément d’une importance capitale dans le domaine pharmaceutique et celui de la biotechnologie.

[27] Le juge Rothstein cible ensuite précisément le critère. Au paragraphe 66, il dit :

Pour conclure qu’une invention résulte d’un « essai allant de soi », le tribunal doit être convaincu selon la prépondérance des probabilités qu’il allait plus ou moins de soi de tenter d’arriver à l’invention. La seule possibilité d’obtenir quelque chose ne suffit pas. [Non souligné dans l’original.]

Au paragraphe précédent, il a clairement établi que le terme « allant de soi » dans la locution « essai allant de soi » doit recevoir son acception première de « très clair ».

[28] J’en déduis que le critère qu’adopte la Cour suprême n’est pas celui qu’on exprime par la formule

“worth a try”. After having noted Apotex’ argument that the “worth a try” test should be accepted (at paragraph 55), Rothstein J. never again uses the expression “worth a try” and the error which he identifies in the matter before him is the failure to apply the “obvious to try” test (at paragraph 82).

[29] The test recognized is “obvious to try” where the word “obvious” means “very plain”. According to this test, an invention is not made obvious because the prior art would have alerted the person skilled in the art to the possibility that something might be worth trying. The invention must be more or less self-evident. The issue which must be decided in this appeal is whether the Federal Court Judge failed to apply this test.

[30] In my respectful view, he did not. While the Federal Court Judge does not use the phrase “obvious to try”, his reasons show that he conducted his analysis along the dividing line drawn in *Sanofi-Synthelabo*. Specifically, he rejected the contention that the invention was obvious based on mere possibilities or speculation and looked for evidence that the invention was more or less self-evident.

[31] A review of the Federal Court Judge’s assessment of the experts’ opinions and the literature references tendered in evidence supports this conclusion. More specifically, it is apparent that he turned his mind to the question of whether the patented invention was more or less self-evident in examining this evidence. Indeed, the following excerpts show that he found, based on the expert evidence, that the invention was not self-evident (at paragraphs 76, 83–85):

In Dr. Brock’s view, the discovery of the ability of a selective PDE5 inhibitor, such as sildenafil, to be an effective and safe oral agent to enhance erectile function in man was fortuitous and insightful. The fact that hundreds of active investigators had studied ED for decades without this realization, in his opinion, strongly supports this conclusion.

...

approximative « quelque chose valant d’être tenté ». Après avoir noté l’argumentation d’Apotex faisant valoir que le critère de quelque chose « valant d’être tenté » devrait être accepté (au paragraphe 55), le juge Rothstein n’utilise plus jamais par la suite l’expression « valant d’être tenté » et l’erreur qu’il identifie dans la question dont il est saisi est le défaut d’appliquer le critère de l’« essai allant de soi » (au paragraphe 82).

[29] Le critère reconnu est celui de l’« essai allant de soi », où l’expression « allant de soi » signifie « très clair ». Suivant ce critère, une invention n’est pas rendue évidente par le fait que l’état de la technique aurait éveillé la personne versée dans l’art à la possibilité que quelque chose valait d’être tenté. L’invention doit aller plus ou moins de soi. La question à trancher dans le présent appel est de savoir si le juge de la Cour fédérale a ou n’a pas appliqué ce critère.

[30] Je suis d’avis qu’il ne l’a pas fait. Le juge de la Cour fédérale n’emploie pas l’expression d’« essai allant de soi », mais ses motifs indiquent qu’il a mené son analyse en suivant la ligne de démarcation tracée dans l’arrêt *Sanofi-Synthelabo*. En particulier, il a rejeté l’allégation d’évidence de l’invention sur la foi de simples possibilités ou hypothèses et cherché la preuve que l’invention allait plus ou moins de soi.

[31] L’examen de l’évaluation que fait le juge de la Cour fédérale des opinions des experts et des documents donnés en référence produits en preuve appuie cette conclusion. Plus précisément, il est évident qu’il s’est attaché à la question de savoir si l’invention brevetée allait plus ou moins de soi dans l’examen de ces éléments de preuve. Les extraits suivants indiquent effectivement qu’il a conclu, en se fondant sur les témoignages des experts, que l’invention n’allait pas de soi (aux paragraphes 76, 83 à 85) :

Selon le Dr Brock, la découverte d’un inhibiteur spécifique de la PDE5, comme le sildénafil, ayant la capacité d’être un agent oral efficace et sécuritaire pour améliorer la fonction érectile chez l’homme est un événement fortuit, fruit de la perspicacité. Il en donne pour preuve le fait que des centaines de chercheurs aient travaillé activement sur la DE pendant des décennies sans y parvenir.

[...]

Dr. Christ was actively researching erectile physiology and mechanisms of erectile dysfunction in the late 1980s and early 1990s. He states that prior to the publication of Pfizer's positive results with sildenafil citrate, it was not obvious to scientists working in the field that a PDE5 inhibitor could be used to treat ED and it also was not obvious that oral administration of a PDE5 inhibitor would work. Indeed, he says, many remained skeptical even after publication of the Pfizer results. The focus was on intracavernous drug injections and other therapies. It was counterintuitive and surprising that a PDE5 inhibitor administered orally could have a localized effect....

In [Dr. Palmer's] affidavit he recounts the history of the physiology of NO and its role as a chemical messenger. Palmer says that while by the early 1990s much was known about this, the surrounding complexity tended to blur what now appears clear in hindsight. He states that it was not commonly and generally accepted at the relevant time that the NANC pathway was the right pathway to target for treatment of impotence, citing a compilation of abstracts from the first meeting of the European Society for Impotence Research in September 1995. In particular, Palmer refers to an abstract of research by a leading group at the Hanover Medical School (Taher, Stief et al.) which describes the continuing controversy regarding the involvement of cyclic nucleotide monophosphates in the process of penile erection in males. The research of the Hanover group into the potential of inhibiting PDEs as a treatment for impotence led them away from PDE5 to PDE3.

Dr. Heaton was conducting research on neural stimulation of the NANC pathway for ED from about 1990 and attended an international impotence research conference at Singapore in 1994 where developments in the field were presented. He describes his first reaction when he heard that Pfizer had an oral PDE inhibitor compound for ED as "real surprise and skepticism". He and many other scientists at the time doubted that the selectivity of sildenafil would be enough to avoid significant systemic effects at clinically useful doses. They found it surprising and "revolutionary" that sildenafil worked when an erection was wanted and worked through oral administration as opposed to local injection. He saw this development as a paradigm shift in the field of ED treatment. [My emphasis.]

M. Christ était un chercheur actif dans le domaine de la physiologie érectile et des mécanismes de la dysfonction érectile vers la fin des années 1980 et au début des années 1990. Il déclare qu'avant la publication des résultats concluants de Pfizer avec le citrate de sildénafil, les scientifiques du domaine n'étaient pas convaincus qu'un inhibiteur de la PDE5 pouvait être utilisé dans le traitement de la DE ni que l'administration par voie orale d'un tel inhibiteur fonctionnerait. Au contraire, dit-il, beaucoup doutaient encore d'une telle possibilité, même après la publication des résultats de Pfizer. L'injection de médicaments intracaverneux et d'autres types de traitement étaient alors privilégiés. Le fait qu'un inhibiteur de la PDE5 administré par voie orale pouvait avoir un effet localisé était paradoxal et avait de quoi étonner [...]

Dans son affidavit, [M. Palmer] relate comment la physiologie du NO et le rôle de cette substance comme messenger chimique ont été élucidés. M. Palmer raconte que, même si les mécanismes étaient presque tous connus dès le début des années 1990, la complexité environnante faisait en quelque sorte écran à ce qui apparaît pourtant aujourd'hui comme une évidence, rétrospectivement. Il déclare qu'il n'était généralement pas admis à l'époque que la voie NANC était celle à cibler pour le traitement de l'impuissance et présente une compilation de résumés d'études issue de la première réunion de l'European Society for Impotence Research, en septembre 1995. M. Palmer attire notre attention sur le résumé d'une recherche effectuée par un groupe éminent de l'École médicale de Hanovre (Taher, Stief et coll.), qui décrit la controverse persistante entourant la participation des monophosphates des nucléotides cycliques au processus de l'érection pénienne chez les hommes. La recherche du groupe de Hanovre sur la possibilité d'inhiber les PDE pour traiter l'impuissance lui a fait privilégier la PDE3 au détriment de la PDE5.

M. Heaton s'intéressait à la neurostimulation de la voie NANC pour traiter la DE depuis environ 1990 et a assisté à une conférence internationale sur la recherche sur l'impuissance, qui a eu lieu à Singapour, en 1994, où on a présenté les dernières découvertes dans le domaine. Il décrit en ces mots sa première réaction lorsqu'il a appris que la société Pfizer avait mis au point un composé inhibant la PDE par voie orale pour traiter la DE : [TRADUCTION] « J'étais vraiment surpris et plutôt sceptique ». Comme beaucoup d'autres scientifiques de l'époque, il n'était pas convaincu que le sildénafil était suffisamment sélectif pour ne pas causer d'effets systémiques importants à des doses utiles sur le plan clinique. On trouvait étonnant et « révolutionnaire » que le sildénafil puisse provoquer une érection après administration orale, plutôt que par injection locale. M. Heaton considérait que cela dénotait un changement de paradigme dans le domaine du traitement de la DE. [Non souligné dans l'original.]

[32] In the same vein, it is also apparent that the Federal Court Judge was looking for more than mere possibilities in examining the primary literature references relied upon by the appellant. With respect to the Rajfer and Trigo-Rocha papers, he found that they did not disclose, or even suggest, that a cGMP PDE5 inhibitor, like sildenafil, would treat ED (at paragraph 101):

In the view of the applicants' experts, and as supported by cross-examination of the respondent's experts, what the 1992 Rajfer article did was essentially to confirm further previous work that the NO/cGMP pathway in the corpus cavernosum was involved in penile erection. It did not suggest the use of cGMP inhibitors for the treatment of ED. This conclusion is not altered by the subsequent Trigo-Rocha studies from the same group. They do not, as Apotex argues, disclose that the solution to ED is to use a cGMP PDE inhibitor. Rather they present an *in vivo* parallel of the Rajfer findings in healthy dogs, not what might be expected in either impotent dogs or impotent men. They do not point specifically to, or even suggest, the use of cGMP PDE inhibitors as a therapeutic remedy but provide further evidence for the involvement of the NO pathway *in vivo*. [My emphasis.]

[33] With respect to the Murray paper, while it identified some cGMP PDE5 inhibitors, their relationship to smooth muscle relaxation and their potential uses as a drug therapy, the Federal Court Judge found that (reasons, at paragraph 105) "[a]t best, [the paper could] be taken to suggest that there [was] a possibility that cGMP PDE5 inhibitors could be developed for ED, subject to human testing, [but that], [i]n any event, [it] point[ed] to the potential utility of zaprinast, not sildenafil."

[34] Similarly, the Federal Court Judge noted that a similar conclusion could be drawn from the Bush paper, namely that it was not a given that a specific cGMP PDE inhibitor would be clinically effective in treating ED and that it was a possibility to be considered and further researched (at paragraphs 121–122):

[32] Dans la même veine, il est manifeste également que le juge de la Cour fédérale recherchait plus que de simples possibilités dans son examen des documents donnés en référence sur lesquels s'appuyait l'appelante. S'agissant des articles de Rajfer et Trigo-Rocha, il a conclu qu'ils ne divulguaient pas, ni même ne suggéraient, qu'un inhibiteur de la PDE5 du GMPC, comme le sildénafil, traiterai la DE (au paragraphe 101) :

Selon l'opinion des experts des demandereses, et comme l'a établi le contre-interrogatoire des experts de la défenderesse, ce que Rajfer a fait dans son article de 1992, c'est essentiellement confirmer les travaux antérieurs sur le rôle de la voie du NO-GMPC dans les corps caverneux au moment de l'érection. Il n'a pas suggéré d'utiliser des inhibiteurs du GMP pour traiter la DE. Cette conclusion demeure une fois pris en considération les travaux subséquents de Trigo-Rocha, chercheur du même groupe. Ils n'affirment pas, comme le prétend Apotex, que la solution à la DE consiste à employer un inhibiteur de la PDE du GMPC. Ils présentent plutôt un parallèle *in vivo* des conclusions de Rajfer obtenues avec des chiens en bonne santé, et non ce qui se passerait avec des chiens impuissants ou encore des hommes impuissants. Ils ne parlent pas précisément de l'emploi des inhibiteurs de la PDE du GMPC ni même n'en suggèrent l'usage comme remède thérapeutique, mais présentent d'autres données concluantes sur la participation de la voie NO *in vivo*. [Non souligné dans l'original.]

[33] S'agissant de l'article de M. Murray, il identifiait certains inhibiteurs de la PDE5 du GMPC, mais en ce qui concerne leur relation avec le relâchement de la musculature lisse et leurs utilisations potentielles comme agent pharmacothérapeutique, le juge de la Cour fédérale a conclu (motifs, au paragraphe 105) : « Au mieux peut-on avancer que l'article de M. Murray laisse entendre qu'il existait une possibilité que des inhibiteurs de la PDE5 du GMPC soient mis au point pour traiter la DE, sous réserve d'essais chez l'homme. Quoi qu'il en soit, M. Murray traite de l'utilité potentielle du zaprinast, et non pas du sildénafil. »

[34] De la même façon, le juge de la Cour fédérale a noté qu'on pouvait dégager une conclusion semblable de l'article de M<sup>me</sup> Bush, soit qu'on ne pouvait affirmer qu'un inhibiteur spécifique de la PDE du GMPC constituerait un traitement clinique efficace contre la DE et que c'était une voie à envisager et à explorer plus à fond (aux paragraphes 121 et 122) :

In Dr. Brock's opinion, when a skilled person read [the summary and conclusion section of the Bush paper] in context, he would not have understood that a specific cyclic GMP PDE inhibitor would successfully treat erectile dysfunction. It was a possibility to be considered and further researched, which is consistent with the views of the other experts at the time such as Rajfer and Trigo-Rocha.

For Dr. Heaton, the Bush thesis showed just how much remained unknown that could be the subject of future research projects. It was not a given that a cGMP PDE inhibitor would be clinically effective as a treatment for ED and there is no suggestion in the thesis that such a drug could be administered orally. On cross examination, Dr. Corbin agreed with the suggestion that what Dr. Bush was saying is that understanding the mechanism for relaxation will establish a basis for future research into not only the mechanism of erection but also for treatment of impotence. But that does not, in my view, point directly to the invention claimed by the '446 patent. [My emphasis.]

[35] The Federal Court Judge goes on to confirm that the most that he could gather from the prior art at the priority date was that using orally administered sildenafil to treat ED was "worth a try" (at paragraph 126):

Even if the person of ordinary skill had arrived, based on the art, at oral administration of sildenafil, and being mindful of the caution stated in *Novopharm* above about the use of catchphrases, the most that could have been said at the priority date is that it would be "worth a try". Indeed that is essentially how Dr. Ringrose characterized his view when he suggested that sildenafil be tried out as a treatment for impotence by the Urogenitals Group at Pfizer in January, 1992. [My emphasis.]

In so saying, the Federal Court Judge equates the expression "worth a try" with "a possibility worth exploring" as Dr. Ringrose had characterized the matter when he suggested that sildenafil be tried as a treatment for impotence (reasons, at paragraph 61).

[36] It is apparent from the above review that the Federal Court Judge throughout his analysis looked for more than possibilities understanding that mere possibilities were not enough, and that the prior art had to

De l'avis du D<sup>r</sup> Brock, si une personne versée dans l'art avait lu ce passage en contexte, elle n'aurait pas compris qu'il était possible de traiter la dysfonction érectile au moyen d'un inhibiteur sélectif de la PDE du GMP cyclique. C'était là une possibilité à envisager et à explorer plus à fond, opinion qui concorde avec celles des autres experts de l'époque, comme Rajfer et Trigo-Rocha.

Pour M. Heaton, la thèse de M<sup>me</sup> Bush révèle l'ampleur des zones d'ombre à explorer dans d'éventuels projets de recherche. On n'y affirme pas qu'un inhibiteur de la PDE du GMPc constituerait un traitement clinique efficace contre la DE ni qu'il est possible qu'un tel médicament puisse être administré par voie orale. Contre-interrogé, M. Corbin a convenu que cet extrait de la thèse de M<sup>me</sup> Bush signifiait que la compréhension du mécanisme en jeu dans le relâchement constituera un jalon sur lequel fonder les recherches futures, non seulement sur le mécanisme de l'érection, mais également pour le traitement de l'impuissance. Mais cela ne renvoie pas directement, à mon avis, à l'invention revendiquée par le brevet 446. [Non souligné dans l'original.]

[35] Le juge de la Cour fédérale poursuit en confirmant qu'au mieux, ce qu'il pouvait dégager de l'état de la technique à la date de priorité était que l'utilisation par administration orale du sildénafil dans le traitement de la DE était quelque chose « valant d'être tenté » (au paragraphe 126) :

Même si la personne du métier était parvenue, à partir de ses connaissances, à la solution consistant à administrer du sildénafil par voie orale, et compte tenu de la mise en garde faite dans la décision *Novopharm*, précitée, sur l'utilisation de lieux communs, le mieux qu'on aurait pu avancer, à la date de priorité, c'est qu'il pouvait s'avérer intéressant d'explorer cette voie. C'est d'ailleurs essentiellement en ces termes que M. Ringrose s'est exprimé lorsqu'il a proposé, en janvier 1992, que le sildénafil soit mis à l'essai pour traiter l'impuissance par le groupe de l'appareil urogénital de la société Pfizer. [Non souligné dans l'original.]

En s'exprimant ainsi, le juge de la Cour fédérale donne à l'expression « valant d'être tenté » le même sens qu'« une voie à explorer », selon les mots par lesquels M. Ringrose avait défini la chose lorsqu'il avait suggéré l'essai du sildénafil comme traitement de l'impuissance (motifs, au paragraphe 61).

[36] Il ressort de l'examen qui précède que le juge de la Cour fédérale, dans son analyse, cherchait plus que de simples possibilités, comprenant que celles-ci ne suffisaient pas et que l'état antérieur de la technique devait

show more than that. His appreciation of the matter is summed up and further demonstrated by his concluding remarks (reasons, at paragraph 125):

Although there was a significant amount of evidence indicating that cGMP PDE inhibitors should be further explored with regards to the treatment of ED in the months leading up to the Pfizer discovery, the evidence does not in my view establish that the solution taught by the patent was obvious at the time. At best there was speculation, which in hindsight proved to be correct, that PDE5 inhibitors might treat impotence. Experiments with zaprinast, a cGMP PDE inhibitor, had been performed but in an effort to understand how the erectile process works, not how to treat ED. [My emphasis.]

[37] In so holding, the Federal Court Judge drew the line precisely where the Supreme Court drew it in *Sanofi-Synthelabo* when it held that (at paragraph 66) “[the] [m]ere possibility that something might turn up is not enough.”

[38] The other alleged error is that the Federal Court Judge failed to consider the '756 patent in his obviousness analysis. The '756 patent was relied upon by Apotex in the Federal Court to show that by 1993, it had been disclosed that sildenafil was a potent and selective cGMP PDE inhibitor that could be orally administered for the treatment of ailments involving the need to relax smooth muscle (Apotex' memorandum, at paragraph 29). Had the Federal Court Judge considered this element of the prior art, he would have been bound to conclude that the skilled person had the means to obtain the invention.

[39] In this respect, counsel for Apotex pointed to the decision of Mr. Justice Laddie in the U.K. case who began his analysis by referring to the '756 patent (*Pfizer Ltd.*, at paragraph 23). This, according to Apotex, highlights the importance of the '756 patent and the extent of the error committed by the Federal Court Judge in failing to give it any consideration.

[40] Although the Federal Court Judge does not refer to the '756 patent by name in his obviousness analysis (he does so in his anticipation analysis), it is clear that he had this patent in mind. The issue before the Federal Court Judge, based on the way in which he construed

enseigner davantage. Son jugement sur la question est résumé et réitéré dans ses observations en guise de conclusion (motifs, au paragraphe 125) :

Malgré les indications importantes suggérant d'explorer l'utilité des inhibiteurs de la PDE du GMP dans le traitement de la DE dans les mois qui ont précédé la découverte de Pfizer, la preuve n'établit pas, à mon avis, que la solution décrite dans le brevet allait de soi à l'époque. Au mieux peut-on parler d'une hypothèse, que le temps a confirmée par la suite, sur l'utilité possible des inhibiteurs de la PDE5 dans le traitement de l'impuissance. Les expériences avec le zaprinast, un inhibiteur de la PDE du GMPc, avaient été faites, certes, mais dans l'objectif de comprendre le mécanisme de l'érection, et non pour savoir comment traiter la DE. [Non souligné dans l'original.]

[37] Par cette conclusion, le juge de la Cour fédérale a tracé la ligne là où la Cour suprême l'avait tracée dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*, en disant que (au paragraphe 66) « [l]a seule possibilité d'obtenir quelque chose ne suffit pas ».

[38] L'autre erreur alléguée est que le juge de la Cour fédérale n'a pas pris en compte le brevet '756 dans son analyse de l'évidence. En Cour fédérale, Apotex a invoqué le brevet '756 pour établir qu'en 1993, on savait que le sildénafil était un inhibiteur sélectif puissant de la PDE du GMPc administrable par voie orale pour le traitement des malaises entraînant le besoin de relâcher la musculature lisse (mémoire d'Apotex, au paragraphe 29). Si le juge de la Cour fédérale avait pris en compte cet élément de l'état de la technique, il aurait été forcé de conclure que la personne versée dans l'art avait les moyens d'obtenir l'invention.

[39] À ce sujet, l'avocat d'Apotex a renvoyé à la décision du juge Laddie au R.-U., qui a commencé son analyse en se référant au brevet '756 (*Pfizer Ltd.*, au paragraphe 23). Selon Apotex, cette référence met en lumière l'importance du brevet '756 et la portée de l'erreur commise par le juge de la Cour fédérale, qui ne l'a pas du tout pris en compte.

[40] Bien que le juge de la Cour fédérale ne fasse pas référence au brevet '756 en le nommant dans son analyse de l'évidence (il en fait mention dans son analyse de l'antériorité), il est clair qu'il avait ce brevet à l'esprit. Selon la façon dont le juge de la Cour fédérale a inter-

the patent, was whether the skilled person would be led to use sildenafil orally to treat ED. The '756 patent identified sildenafil as an antihypertensive. The Federal Court Judge did not give the '756 the significance which Apotex contends it should have because he found as a fact that it would have been counterintuitive to use a drug that lowers blood pressure to treat ED when ED is associated with low blood pressure (reasons, at paragraphs 68, 78, 83, 85, 95 and 98). While Apotex disagrees with this factual assessment, it cannot be seriously argued that the '756 patent was not considered.

[41] The assessment made by the Federal Court Judge is different than that made by Mr. Justice Laddie of the Chancery Division and confirmed by the English Court of Appeal in the U.K. case. The Federal Court Judge was aware of these decisions (reasons, at paragraph 119). However, he was entitled, indeed obliged to draw his own conclusions.

[42] Furthermore, a review of Mr. Justice Laddie's decision suggests that the issue of obviousness was determined on the basis of a broader test than that adopted by the Supreme Court in *Sanofi-Synthelabo*. In his decision, Mr. Justice Laddie says (*Pfizer Ltd.*, at paragraphs 106 and 107):

Whether something is obvious to try depends to a large extent on balancing the expected rewards if there is success against the size of the risk of failure. Here it was apparent that the rewards for finding an oral treatment would be substantial. The risk was not, as indicated above, the risk of killing anyone, but the risk that trying oral administration would not work so that the research would be unproductive. In considering this, it is worth bearing in mind the approach adopted by the EPO Technical Board of Appeal in case T0379/96, a case concerned with attempts to replace ozone damaging aerosol propellants with non-damaging ones. The Board said:

Moreover, having regard to the degree of pressure put on industry by existing or imminent legislation and by the public interest, to try to replace P12 [i.e. a damaging propellant], in the Board's view, it is a minor matter whether or not there was a particularly high degree of expected success before starting experimental work with HFC 134a.

prété le brevet, la question dont il était saisi était de savoir si la personne versée dans l'art serait amenée à utiliser le sildénafil par voie orale pour le traitement de la DE. Le brevet '756 identifiait le sildénafil comme un antihypertenseur. Le juge de la Cour fédérale n'a pas donné au brevet '756 l'importance qu'Apotex prétend qu'il devrait avoir parce qu'il a conclu en fait qu'il aurait été contre-intuitif d'utiliser pour traiter la DE un médicament hypotenseur alors que la DE est associée à une pression sanguine basse (motifs, aux paragraphes 68, 78, 83, 85, 95 et 98). Apotex conteste cette conclusion de fait, mais on ne peut sérieusement soutenir que le brevet '756 n'a pas été pris en considération.

[41] L'évaluation du juge de la Cour fédérale est différente de celle du juge Laddie de la Chambre de la chancellerie, confirmée par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire du R.-U. Le juge de la Cour fédérale connaissait ces décisions (motifs, au paragraphe 119). Toutefois, il était en droit, voire même obligé, de tirer ses propres conclusions.

[42] En outre, l'examen de la décision du juge Laddie suggère que la question de l'évidence a été tranchée sur le fondement d'un critère plus large que celui de la Cour suprême dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*. Dans sa décision, le juge Laddie dit (*Pfizer Ltd.*, aux paragraphes 106 et 107) :

[TRADUCTION] Le fait qu'un essai aille de soi dépend dans une large mesure de l'équilibre à réaliser entre les bénéfices attendus, le cas échéant, et l'envergure du risque d'échec. En l'espèce, il était manifeste que les bénéfices attendus de la découverte d'un traitement par voie orale seraient importants. Le risque n'était pas, comme je l'ai dit précédemment, le décès de quiconque, mais celui d'un échec de l'essai par voie orale, qui rendrait improductive la recherche. Sur ce point, il convient d'avoir à l'esprit l'approche adoptée par la Chambre de recours technique de l'OEB dans la décision T0379/96, qui visait des essais ayant pour objet de remplacer les agents propulseurs d'aérosol dommageables pour l'ozone par d'autres non dommageables. La Chambre a déclaré :

[TRADUCTION] En outre, considérant le degré de pression qu'exercent sur le secteur d'activité la législation actuelle ou imminente et l'intérêt public à l'égard du remplacement du P12 [agent propulseur dommageable], de l'avis de la Chambre, il importe peu de savoir si les espoirs de succès étaient ou non particulièrement grands avant le début des travaux d'expérimentation sur le HFC 134a.

I have come to the conclusion that the skilled team would not have been put off trying oral administration of a PDE inhibitor. On the contrary, on balance there is much in the evidence which suggests that trying oral administration was a worthwhile, and perhaps the first, avenue to pursue. [My emphasis.]

The English Court of Appeal in confirming the decision of Mr. Justice Laddie expressed the view that he properly identified the test (*Lilly Icos Ltd.*, at paragraphs 67 and 68).

[43] The reasoning advanced by Mr. Justice Laddie and approved by the English Court of Appeal is that where the motivation to achieve a result is very high, the degree of expected success becomes a minor matter. In such circumstances, the skilled person may feel compelled to pursue experimentation even though the chances of success are not particularly high.

[44] This is no doubt the case. However, the degree of motivation cannot transform a possible solution into an obvious one. Motivation is relevant in determining whether the skilled person has good reason to pursue “predictable” solutions or solutions that provide “a fair expectation of success” (see respectively the passages in *KSR International Co. v. Teleflex Inc.*, 127 S. Ct. 1727 (2007), at page 1742 and *Angiotech Pharmaceuticals Inc. v. Conor Medsystems Inc.*, [2008] UKHL 49, [2008] R.P.C. 28, at paragraph 42, both of which are referred to with approval in *Sanofi-Synthelabo*, at paragraphs 58 and 59).

[45] In contrast, the test applied by Mr. Justice Laddie appears to be met if the prior art indicates that something may work, and the motivation is such as to make this avenue “worthwhile” to pursue (*Pfizer Ltd.*, at paragraph 107, as quoted at paragraph 42 above). As such, a solution may be “worthwhile” to pursue even though it is not “obvious to try” or in the words of Rothstein J. even though it is not “more or less self-evident” (*Sanofi-Synthelabo*, at paragraph 66). In my view, this approach which is based on the possibility that something might work, was expressly rejected by the Supreme Court in *Sanofi-Synthelabo*, at paragraph 66.

J’en suis venu à la conclusion que l’équipe expérimentée n’aurait pas été détournée de faire l’essai de l’administration orale d’un inhibiteur de la PDE. Au contraire, la preuve, de manière assez prépondérante, indique que l’essai de l’administration orale valait la peine d’être tenté et qu’il était peut-être la première voie à explorer. [Non souligné dans l’original.]

En confirmant la décision du juge Laddie, la Cour d’appel d’Angleterre a exprimé l’avis que le juge avait correctement identifié le critère (*Lilly Icos Ltd.*, aux paragraphes 67 et 68).

[43] Selon le raisonnement avancé par le juge Laddie et approuvé par la Cour d’appel d’Angleterre, lorsque la motivation d’obtenir un résultat est très forte, le degré de succès attendu devient peu important. Dans ces conditions, la personne versée dans l’art peut se sentir poussée à poursuivre l’expérimentation même si les chances de succès ne sont pas particulièrement grandes.

[44] C’est incontestablement le cas en l’espèce. Cependant, le degré de motivation ne peut convertir une solution possible en solution évidente. La motivation est pertinente pour décider si la personne versée dans l’art est justifiée de rechercher des solutions [TRADUCTION] « prévisibles » ou des solutions qui comportent [TRADUCTION] « des chances raisonnables de succès » (voir respectivement les extraits des arrêts *KSR International Co. v. Teleflex Inc.*, 127 S. Ct. 1727 (2007), à la page 1742 et *Angiotech Pharmaceuticals Inc. v. Conor Medsystems Inc.*, [2008] UKHL 49, [2008] R.P.C. 28, au paragraphe 42, cités avec approbation dans l’arrêt *Sanofi-Synthelabo*, aux paragraphes 58 et 59).

[45] Au contraire, le critère qu’applique le juge Laddie apparaît rempli si l’état de la technique indique que quelque chose peut fonctionner et s’il existe une motivation telle qu’elle puisse faire que cette voie [TRADUCTION] « valait la peine » d’être explorée (décision *Pfizer Ltd.*, au paragraphe 107, citée au paragraphe 42 ci-dessus). À cet égard, on peut dire d’une solution qu’elle [TRADUCTION] « valait la peine » d’être explorée même si elle n’est pas un « essai allant de soi » ou, pour reprendre les mots du juge Rothstein, même si elle n’« allait [pas] plus ou moins de soi » (*Sanofi-Synthelabo*, au paragraphe 66). À mon avis, cette approche fondée sur la chance que quelque chose puisse fonctionner a été ex-

[46] The Federal Court Judge rendered his decision on the basis that more than possibilities were required. He concluded based on the evidence before him that Apotex had failed to establish more than that. In so doing, he applied the correct test.

[47] The appellant having failed to establish that either of the two alleged errors was committed, I would dismiss the appeal with costs. The respondents sought increased costs by reason of the late change in the appellant's position on appeal. I agree that if proper attention had been given to the matter, the change in approach would have been communicated earlier, and the respondents would have been in a position to reflect on their response. I would order that costs be computed in accordance with the mid-range of column V of Tariff B [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

LÉTOURNEAU J.A. : I agree.

BLAIS J.A. : I agree.

pressément rejetée par la Cour suprême dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*, au paragraphe 66.

[46] Le juge de la Cour fédérale a rendu sa décision en posant qu'il fallait plus que de simples possibilités. Il a conclu à partir de la preuve dont il était saisi qu'Apotex n'avait pas établi davantage que de simples possibilités. Il a donc appliqué le bon critère.

[47] L'appelante n'ayant pas établi que l'une ou l'autre des deux erreurs alléguées avait été commise, je rejetterais l'appel avec dépens. Les intimées ont demandé des dépens plus élevés en raison du changement de dernière heure intervenu dans la position de l'appelante dans l'appel. Je conviens que si on avait accordé assez d'attention à l'affaire, le changement d'approche aurait été communiqué plus tôt et les intimées auraient pu en tenir compte dans leur réponse. J'ordonnerais que les dépens soient taxés selon le milieu de la fourchette prévue à la colonne V du tarif B [*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE BLAIS, J.C.A. : Je suis d'accord.

T-1409-04  
2008 FC 1301

T-1409-04  
2008 CF 1301

**AstraZeneca Canada Inc. and Aktiebolaget Hässle**  
(*Plaintiffs*)

v.

**Apotex Inc.** (*Defendant*)

and

**Apotex Inc.** (*Plaintiff by Counterclaim*)

v.

**AstraZeneca Canada Inc., Aktiebolaget Hässle and AstraZeneca AB** (*Defendants by Counterclaim*)

**INDEXED AS: ASTRAZENECA CANADA INC. v. APOTEX INC.**  
(*F.C.*)

Federal Court, Hughes J.—Toronto, November 19 and 21, 2008.

*Practice — Discovery — Examination for Discovery — Appeals from Prothonotary’s decision disposing of requests for answers put to party representatives during discovery — Canadian discovery system reviewed, compared to other jurisdictions — Effect of Federal Courts Rules on discovery — Court must protect against abuses so as to ensure just, most expeditious, least expensive determination of every proceeding (r. 3) — “Relevance” must be weighed against degree of relevance, onerousness of obtaining answer, if answer requires fact, opinion, law — Deference owed to exercise of prothonotary’s discretion — Appeal dismissed.*

These were appeals from a Prothonotary’s orders concerning answers to questions on discovery.

*Held*, the appeals should be dismissed.

In setting out the rules respecting discovery of documents, subsection 222(2) of the *Federal Courts Rules* has changed the test of relevance. It provides that for the purposes of production

**AstraZeneca Canada Inc. et Aktiebolaget Hässle**  
(*demandereses*)

c.

**Apotex Inc.** (*défenderesse*)

et

**Apotex Inc.** (*demanderesse reconventionnelle*)

c.

**AstraZeneca Canada Inc., Aktiebolaget Hässle et AstraZeneca AB** (*défenderesses reconventionnelles*)

**RÉPERTORIÉ : ASTRAZENECA CANADA INC. c. APOTEX INC.**  
(*C.F.*)

Cour fédérale, juge Hughes—Toronto, 19 et 21 novembre 2008.

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Appels de la décision du protonotaire visant l’obtention de réponses à des questions posées aux représentants des parties au cours d’un interrogatoire préalable — Examen et comparaison du système canadien de communication préalable par rapport à d’autres juridictions — Répercussions des Règles des Cours fédérales sur la communication préalable — La Cour doit fournir une protection contre les abus afin de veiller à ce qu’il y ait une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible (règle 3) — La « pertinence » doit être pondérée par rapport au degré de pertinence, au point auquel il est pénible d’obtenir une réponse, à la question de savoir si la réponse exige un fait, une opinion ou un point de droit — Le pouvoir discrétionnaire du protonotaire doit faire l’objet de retenue — Appel rejeté.*

Il s’agissait d’appels à l’encontre des ordonnances d’un protonotaire visant l’obtention de réponses à des questions posées au cours d’un interrogatoire préalable.

*Jugement* : les appels doivent être rejetés.

Du fait qu’elle énonce les règles portant sur la communication préalable de documents, le paragraphe 222(2) des *Règles des Cours fédérales* a modifié le critère de la pertinence. Elle

a document is relevant if the party intends to rely on it or if the document tends to adversely affect the party's case or to support another party's case. Clearly, this rule was intended to bring to bear a more issue-oriented test of relevance and avoid the "train of inquiry" cases that have tended to expand discovery with little or no effect on matters that are ultimately presented to the trial judge. In *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, the Federal Court of Appeal held that subsection 222(2) modified the train of inquiry test. That test does not open the door to almost limitless discovery; it must be fairly shown that it is reasonable to suppose that a document contains information that will directly or indirectly enable a party to advance its own case or to damage that of the other party. As to documents which are part of the story or background, care must be taken to balance what must be disclosed with what effect, if any, the document may have.

Rule 240 provides for the scope of oral examination for discovery. It requires a person being examined to answer any question that is relevant to any unadmitted allegation of fact. Rule 242 sets out the grounds for objection to questions. "Relevance" alone is not the test as to whether a question put on discovery must be answered. If a question is irrelevant, it need not be answered. But if a question is relevant to some degree or another, then, if an objection is raised, the Court must consider factors such as the degree of relevance, how onerous it is to obtain an answer, whether the question requires fact or opinion or both, or is abusive. Thus, even a question which is relevant is subject to the discretionary power of the prothonotary or judge to disallow the question where it is abusive. The Court must protect against abuses so as to ensure the just, most expeditious and least expensive (rule 3) resolution of the proceeding not the discovery.

Deference must be given to a prothonotary's discretionary decision as to whether it is appropriate to order that a question be answered. That the reasons are cryptic is not a reason to set the decision aside or to determine it *de novo*.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 3, 222(2), 240, 242

précise que pour l'application de la production, un document est pertinent si la partie entend l'invoquer ou si le document est susceptible d'être préjudiciable à sa cause ou d'appuyer la cause d'une autre partie. Il est clair que cette disposition visait à appliquer à l'égard de ce qui est pertinent un critère plus fortement axé sur la question en litige, et à éviter les affaires de « lancement d'une enquête » qui ont servi à étendre la communication préalable avec peu ou pas d'effet sur les points qui sont en fin de compte présentés au juge du procès. Dans l'arrêt *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, la Cour d'appel fédérale a statué que le paragraphe 222(2) a modifié le critère du lancement d'une enquête. Ce critère n'ouvre pas la voie à une communication préalable presque illimitée; il doit être justement démontré qu'il est raisonnable de supposer qu'un document contient des renseignements permettant directement ou indirectement à une partie de faire valoir ses arguments ou de réfuter ceux de l'autre partie. S'agissant de documents qui font partie de l'histoire ou du contexte, il faut veiller à mettre en balance ce qui doit être communiqué avec l'effet, le cas échéant, que le document peut avoir.

La règle 240 prévoit la portée de l'interrogatoire visant la communication préalable. Elle oblige la personne soumise à un interrogatoire préalable de répondre à toute question qui se rapporte à un fait allégué et non admis. La règle 242 énonce les motifs permettant de soulever une objection au sujet d'une question. La « pertinence » à elle seule n'est pas le seul critère applicable lorsqu'il s'agit de savoir si une réponse doit être donnée à une question posée lors d'un interrogatoire préalable. Si une question est dénudée de pertinence, il n'est pas nécessaire d'y répondre. Toutefois, si une question a un certain degré de pertinence, alors, si une objection est soulevée, la Cour doit examiner des facteurs consistant à savoir à quel point elle est pertinente, à quel point il est pénible d'obtenir une réponse, si la question exige un fait, une opinion ou les deux, et à quel point elle constitue un abus de procédure. Ainsi, même une question qui est pertinente est assujettie au pouvoir discrétionnaire du protonotaire ou du juge de refuser la question dans le cas où elle constitue un abus de procédure. La Cour doit fournir une protection contre les abus afin de veiller à ce qu'il y ait une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible (règle 3) et non qu'il y ait une communication préalable.

La décision discrétionnaire du protonotaire doit faire l'objet de retenue à l'égard de la question de savoir s'il est approprié qu'une réponse soit donnée à une question. Le caractère peu explicite des motifs ne justifie pas que la décision soit annulée ni que l'affaire soit tranchée à nouveau.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 3, 222(2), 240, 242.

*Rules of Civil Procedure for the United States District Courts*, as amended to December 1, 2007, online: <<http://www.uscourts.gov/rules/civil2007.pdf>>, r.30(b)(6).

*Rules of Civil Procedure for the United States District Courts*, à jour au 1<sup>er</sup> décembre 2007, en ligne : <<http://www.uscourts.gov/rules/civil2007.pdf>>, règle 30(b)(6).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Merck & Co. v. Apotex Inc.*, 2003 FCA 438, 28 C.P.R. (4th) 491, 312 N.R. 273; *Apotex Inc. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2007 FCA 379; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2003 FCA 488, [2004] 2 F.C.R. 459, 30 C.P.R. (4th) 40, 315 N.R. 175; *Letourneau v. Clearbrook Iron Works Ltd.*, 2005 FC 475.

## CONSIDERED:

*Compagnie Financière du Pacifique v. Peruvian Guano Company* (1882), 11 Q.D.B. 55 (C.A.); *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2008 FCA 287, 69 C.P.R. (4th) 381, 381 N.R. 93; affg 2008 FC 281, 65 C.P.R. (4th) 61, 327 F.T.R. 266; affg 2007 FC 1195, 63 C.P.R. (4th) 1, 319 F.T.R. 310; *Apotex Inc. v. Pharmascience Inc.*, 2004 FC 1198, 36 C.P.R. (4th) 218, 260 F.T.R. 254; affd 2005 FCA 144, 39 C.P.R. (4th) 297, 332 N.R. 389.

## REFERRED TO:

*Anchor Brewing Co. v. Sleeman Brewing & Malting Co.*, 2001 FCT 1066, 15 C.P.R. (4th) 63.

## AUTHORS CITED

American College of Trial Lawyers. *Interim Report on the Joint Project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and the Institute for the Advancement of the American Legal System*, August 1, 2008, online: <<http://www.actl.com/AM/Template.cfm?Section=Publications>>.

Burdon, Michael. "An Experiment to Test the Attraction of Simplified Patent Litigation in England", U.K. Intellectual Property Lawyers' Association, October 20, 2008.

Farley, James. "Efficient Court Administration and Commercial Court Litigation and Dispute Resolution", December 1, 2006.

Ferland, Denis. Paper presented to the Canadian Bar Association Annual Meeting, August 1995.

Wolf, Right Honourable Lord. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, June 1995, online: <<http://www.dca.gov.uk/civil/interim/woolf.htm>>.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉS :

*Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 438; *Apotex Inc. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2007 CAF 379; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 488, [2004] 2 R.C.F. 459; *Letourneau c. Clearbrook Iron Works Ltd.*, 2005 CF 475.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Compagnie Financière du Pacifique v. Peruvian Guano Company* (1882), 11 Q.D.B. 55 (C.A.); *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2008 CAF 287; confirmant 2008 CF 281; confirmant 2007 CF 1195; *Apotex Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2004 CF 1198; conf. par 2005 CAF 144.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Anchor Brewing Co. c. Sleeman Brewing & Malting Co.*, 2001 CFPI 1066.

## DOCTRINE CITÉE

American College of Trial Lawyers. *Interim Report on the Joint Project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and the Institute for the Advancement of the American Legal System*, 1<sup>er</sup> août 2008, en ligne : <<http://www.actl.com/AM/Template.cfm?Section=Publications>>.

Burdon, Michael. « An Experiment to Test the Attraction of Simplified Patent Litigation in England », U.K. Intellectual Property Lawyers' Association, 20 octobre 2008.

Farley, James. « Efficient Court Administration and Commercial Court Litigation and Dispute Resolution », 1<sup>er</sup> décembre 2006.

Ferland, Denis. Document présenté à l'assemblée annuelle de l'Association du Barreau canadien, août 1995.

Wolf, Right Honourable Lord. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, juin 1995, en ligne : <<http://www.dca.gov.uk/civil/interim/woolf.htm>>.

APPEALS from Prothonotary's orders concerning answers to questions on discovery. Appeals dismissed.

APPELS à l'encontre des ordonnances du protonotaire visant l'obtention de réponses à des questions posées au cours d'un interrogatoire préalable. Appels rejetés.

APPEARANCES

*Julie Rosenthal* and *Peter Kolla* for defendant/plaintiff by counterclaim (applicant herein).

*Yoon Kang*, *Mark Biernacki* and *Andrew Evan Mandlsohn* for plaintiffs/defendants by counterclaim (respondents herein).

ONT COMPARU

*Julie Rosenthal* et *Peter Kolla* pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle (la demanderesse en l'espèce).

*Yoon Kang*, *Mark Biernacki* et *Andrew Evan Mandlsohn* pour les demanderesse/défenderesses reconventionnelles (les défenderesses en l'espèce).

SOLICITORS OF RECORD

*Goodmans LLP*, Toronto, for defendant/plaintiff by counterclaim (applicant herein).

*Smart & Biggar*, Toronto, for plaintiffs/defendants by counterclaim (respondents herein).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Goodmans LLP*, Toronto, pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle (la demanderesse en l'espèce).

*Smart & Biggar*, Toronto, pour les demanderesse/défenderesses reconventionnelles (les défenderesses en l'espèce).

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

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

[1] HUGHES J.: These reasons deal with two motions brought by way of an appeal from a Prothonotary's decision disposing of requests for answers put to party representatives during discovery. The defendant, plaintiff by counterclaim, Apotex is the moving party on both motions, the plaintiffs, defendants by counterclaim, collectively AstraZeneca are respondents.

[1] LE JUGE HUGHES : Les présents motifs traitent de deux requêtes présentées par voie d'appel d'une décision par laquelle le protonotaire a tranché des demandes visant l'obtention de réponses à des questions posées aux représentants des parties au cours d'un interrogatoire préalable. La défenderesse, demanderesse reconventionnelle, Apotex, est la partie requérante dans les deux requêtes, et les demanderesse, défenderesses reconventionnelles, appelées collectivement AstraZeneca, sont les intimées.

[2] In one appeal, Apotex seeks to overturn the Prothonotary's order compelling certain answers to be given by Apotex' representative, Dr. Sherman. In the other appeal, Apotex seeks to compel answers to be given by AstraZeneca's representative, Dr. Lovgren, which the Prothonotary ordered need not be given.

[2] Dans un appel, Apotex sollicite l'annulation de l'ordonnance par laquelle le protonotaire a enjoint au représentant d'Apotex, M. Sherman, de répondre à certaines questions. Dans l'autre appel, Apotex demande qu'il soit ordonné à M. Lovgren, le représentant d'AstraZeneca, de répondre à des questions pour lesquelles le protonotaire a déclaré dans son ordonnance qu'il n'était pas nécessaire de fournir des réponses.

[3] For the reasons that follow, I dismiss the appeals taken from both orders with costs to AstraZeneca.

#### I. Discovery Generally

[4] The Canadian discovery system common to the Federal Court and other superior courts in Canada has become a system that is unique to Canada. In other Anglo-based jurisdictions such as the United Kingdom and Australia, there is no oral discovery as we know it. Generally, they permit some form of limited interrogatories and limited discovery of documents. Even the limited discovery offered by the United Kingdom practice in patent matters has been criticized as overly complex and expensive in a proposal put forward by Michael Burdon, a U.K. patent litigator entitled “An Experiment to Test the Attraction of Simplified Patent Litigation in England” proposed by the U.K. Intellectual Property Lawyers’ Association, October 2008. Burdon suggests adopting a German/Dutch model in which complex patent litigation is disposed of without discovery at a trial lasting only a day.

[5] In the United States, the practice in the Federal Court system and many State courts is to require vast, undifferentiated, access to documents in the possession of a party and wide-ranging pre-trial depositions of potential witnesses. Actual oral discovery, called Rule 30(b)(6) [of the *Rules of Civil Procedure for the United States District Courts*, December 1, 2007] in the federal system, is quite perfunctory. This broad-ranging documentary production and deposition practice has been harshly criticized by the American College of Trial Lawyers in the Interim Report of the Task Force on Discovery delivered August 1, 2008 [*Interim Report on the Joint Project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and the Institute for the Advancement of the American Legal System*]. The

[3] Pour les motifs ci-après énoncés, je rejette les appels interjetés à l’égard des deux ordonnances, avec dépens en faveur d’AstraZeneca.

#### I. Communication préalable générale

[4] Le système canadien de communication préalable commun à la Cour fédérale et à d’autres cours supérieures au Canada est devenu un système que l’on observe seulement au Canada. Dans d’autres juridictions fondées sur le système anglais, comme au Royaume-Uni et en Australie, il n’y a pas de communication préalable orale selon la forme que nous connaissons. De façon générale, ces autres juridictions permettent une certaine forme d’interrogatoires limités et de communication limitée de documents. Même la communication limitée selon la pratique en vigueur au Royaume-Uni en matière de brevets a fait l’objet de critiques, ayant été qualifiée d’exagérément complexe et coûteuse dans une thèse avancée par Michael Burdon, un avocat du Royaume-Uni plaidant en matière de brevets intitulée « An Experiment to Test the Attraction of Simplified Patent Litigation in England », proposée par l’association des avocats du Royaume-Uni exerçant dans le domaine de la propriété intellectuelle (U.K. Intellectual Property Lawyers’ Association) en octobre 2008. M. Burdon suggère d’adopter un modèle allemand et néerlandais selon lequel les litiges complexes en matière de brevets sont tranchés sans communication préalable lors d’un procès qui ne dure qu’une journée.

[5] Aux États-Unis, la pratique dans le système judiciaire fédéral et dans les cours de justice de nombreux États consiste à exiger un accès étendu et général aux documents qu’une partie a en sa possession et une large gamme de dépositions préalables à l’instruction par des témoins potentiels. La communication préalable orale véritable, appelée la règle 30(b)(6) [des *Rules of Civil Procedure for the United States District Courts*, 1<sup>er</sup> décembre 2007] dans le système fédéral, est plutôt faite pour la forme. Cette pratique de production de documents et de dépositions couvrant un large éventail a fait l’objet de critiques sévères par l’American College of Trial Lawyers dans le rapport intérimaire du groupe de travail sur la communication préalable (Interim Report of the Task Force on Discovery) déposé le 1<sup>er</sup> août 2008

Interim Report's overview summarized four major themes on the issue [at pages 3–4]:

1. Although the civil justice system is not broken, it is in serious need of repair. The survey shows that the system is not working; it takes too long and costs too much. Deserving cases are not brought because the cost of pursuing them fails a rational cost-benefit test, while meritless cases, especially smaller cases, are being settled rather than being tried because it costs too much to litigate them.

2. The discovery system is, in fact, broken. Discovery costs far too much and has become an end in itself. As one respondent noted: “The discovery rules in particular are impractical in that they promote full discovery as a value above almost everything else.” Electronic discovery, in particular, clearly needs a serious overhaul. It is described time and time again as a “morass”. Concerning electronic discovery, one respondent stated, “The new rules are a nightmare. The bigger the case, the more the abuse and the bigger the nightmare.”

3. Judges should take more active control of litigation from the beginning. Where abuses occur, judges are perceived to be less than effective in enforcing the rules. According to one respondent, “Judges need to actively manage each case from the outset to contain costs; nothing else will work.”

4. Local Rules are routinely described as “traps for the unwary” and many think they should either be abolished entirely or made uniform.

[6] In Canada, James Farley, Q.C., previously Farley J. of the Ontario Superior Court, Commercial Court, in a paper entitled: “Efficient Court Administration and Commercial Court Litigation and Dispute Resolution” delivered to a judicial conference in Nassau, Bahamas on December 1, 2006, strongly criticized what he called “autopsy” discovery. This type of discovery has become common place and occurs when discovery itself becomes

[*Interim Report on the Joint Project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and the Institute for the Advancement of the American Legal System*]. L'aperçu du rapport intérimaire résumait quatre thèmes principaux à l'égard de cette question [aux pages 3 et 4] :

[TRADUCTION]

1. Bien que le système de justice en matière civile ne soit pas effondré, il a grand besoin d'être réparé. L'étude montre que le système ne fonctionne pas; il est trop lent et trop coûteux. Des causes dignes d'intérêt ne sont pas présentées parce que le coût associé à la poursuite de telles causes ne passe pas le test des coûts-avantages, et des causes qui sont moins dignes d'intérêt, en particulier de plus petites causes, font l'objet d'un règlement plutôt que de traîner en longueur parce que cela coûte trop cher de les débattre à la cour.

2. Le système de communication préalable est, en fait, effondré. La communication préalable coûte beaucoup trop cher et est devenue une fin en soi. Comme un défendeur a souligné : « Les règles de la communication préalable en particulier posent des difficultés d'ordre pratique en ce qu'elles font la promotion d'une communication préalable complète comme une valeur au-dessus de presque tout ». La communication préalable faite par voie électronique en particulier a clairement besoin d'une sérieuse réforme. Elle a été décrite à maintes reprises comme un « imbroglio ». À l'égard de la communication préalable par voie électronique, un défendeur a déclaré : « Les nouvelles règles sont un cauchemar. Plus la cause est importante, plus il y a d'abus et plus gros est le cauchemar ».

3. Les juges devraient dès le départ mener plus activement les litiges. Lorsque surviennent des abus, les juges sont perçus comme étant moins qu'efficaces dans l'application des règles. Selon un défendeur : « Les juges doivent gérer activement chaque cas dès le départ afin de limiter les coûts; rien d'autre ne fonctionnera ».

4. Les règles locales sont couramment décrites comme des « pièges pour des gens non avertis » et plusieurs pensent qu'elles devraient être abolies dans leur ensemble ou qu'elles devraient être uniformes.

[6] Au Canada, James Farley, c.r., auparavant juge à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, Rôle commercial, dans un exposé intitulé « Efficient Court Administration and Commercial Court Litigation and Dispute Resolution » présenté à une conférence judiciaire à Nassau, aux Bahamas, le 1<sup>er</sup> décembre 2006, a critiqué fortement ce qu'il a appelé la communication préalable sous forme d'« autopsie ». Ce type de communication

the objective—to uncover as much as possible from the other side however marginally relevant. One is in danger of losing perspective and becoming enmeshed in discovery, which should be only an intermediate process between pleading and trial, rather than focusing on obtaining only matters necessary and relevant for the trial on issues as defined by the pleadings.

[7] Rule 3 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] provides a procedural foundation to be followed in all matters, including discovery:

3. These Rules shall be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.

[8] Professor Denis Ferland, a law professor at Laval University, Quebec, and a member of the Federal Court Rules Committee that drafted the 1988 version of the Rules, wrote in a paper presented at the Canadian Bar Association's annual meeting in Winnipeg in August 1995:

To summarise, the new rules, which respect the uniqueness of the Federal Court and of the matters and geographical area under its jurisdiction, and the coexistence of two legal systems and traditions in Canada, and structured in a more consistent corpus, within the limits of enabling legislation, will have to be modern, flexible and efficient, in order to:

- make the Federal Court more accessible to parties
- ensure that effect is given to the rights of the parties to the proceedings
- ensure respect for the fundamental procedural rights of the parties and third party interveners
- unify or, failing that, harmonize or simplify certain procedures
- facilitate and accelerate proceedings

préalable est devenu chose courante et se produit lorsque la communication préalable elle-même devient l'objectif — en vue d'obtenir de l'autre partie le plus de renseignements possible même s'ils sont peu pertinents. On risque de perdre la perspective et de s'empêtrer dans la communication préalable, laquelle ne devrait être qu'un processus intermédiaire entre les actes de procédure et le procès, plutôt que de se concentrer sur l'obtention de ce qui est seulement nécessaire et pertinent pour le procès quant aux questions décrites dans les actes de procédures.

[7] La règle 3 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] prévoit une base procédurale devant être suivie pour toutes questions, notamment la communication préalable :

3. Les présentes règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

[8] Le professeur Denis Ferland, professeur de droit à l'Université Laval, à Québec, et membre du Comité des Règles de la Cour fédérale qui a rédigé la version de 1988 des Règles, a écrit un document qui a été présenté à l'assemblée annuelle de l'Association du Barreau canadien à Winnipeg en août 1995 :

En résumé, les nouvelles règles, respectant la spécificité de la Cour fédérale, des matières et de l'entendue territoriale de sa compétence, la coexistence de deux systèmes et traditions juridiques au Canada, et structurées dans un corpus plus cohérent, devront, dans les limites des lois habitantes actuelles, être modernes, souples et efficaces, aux fins :

- de favoriser une accessibilité accrue du justiciable à la Cour fédérale
- d'assurer la sanction des droits des parties à l'instance
- d'assurer le respect des droits procéduraux fondamentaux des parties et des tiers intervenants
- d'unifier ou, à défaut, d'harmoniser ou de simplifier certaines procédures
- de faciliter et d'accélérer le déroulement de l'instance

- place more responsibility on the parties by involving them in the matter in which their cases proceed or in the process of settling or adjudicating their cases

- maximize the efficiency of the judicial system, in terms of delays and the costs of the administration of justice.

## II. Discovery of Documents

[9] In setting out the rules respecting discovery of documents, the *Federal Courts Rules* have changed the test as to what a party is required to produce. The previous test was articulated in the British case of *Compagnie Financière du Pacifique v. Peruvian Guano Company* (1892), 11 Q.B.D. 55 (C.A.) [at page 63] [*Peruvian Guano*]. The test was expressed as follows:

It seems to me that every document relates to the matters in question in the action, which not only would be evidence upon any issue, but also which, it is reasonable to suppose, contains information which *may*—not which *must*—either directly or indirectly enable the party requiring the affidavit either to advance his own case or to damage the case of his adversary.

This test was severely criticized by Lord Woolf in his Interim Report *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, at paragraph 17 of Chapter 21:

The result of the *Peruvian Guano* decision was to make virtually unlimited the range of potentially relevant (and therefore discoverable) documents, which parties and their lawyers are obliged to review and list, and which the other side is obliged to read, against the knowledge that only a handful of such documents will affect the outcome of the case. In that sense, it is a monumentally inefficient process, especially in the larger cases. The more conscientiously it is carried out, the more inefficient it is.

[10] Subsection 222(2) of the *Federal Courts Rules* has changed the definition of “relevance” in respect of a document for production purposes. It states:

- de responsabiliser davantage les parties en les associant au processus du déroulement de l’instance ou au processus de règlement à l’amiable ou d’adjudication de leur litige

- de maximiser l’efficacité de l’appareil judiciaire, en termes de délai et de coût d’administration de la justice.

## II. La communication préalable de documents

[9] Du fait qu’elles énoncent des règles portant sur la communication préalable de documents, les *Règles des Cours fédérales* ont modifié le critère applicable quant à ce qu’une partie est tenue de produire. Le critère antérieur avait été énoncé dans l’affaire britannique *Compagnie Financière du Pacifique v. Peruvian Guano Company* (1892), 11 Q.B.D. 55 (C.A.) [à la page 63] [*Peruvian Guano*]. Le critère a été formulé de la façon suivante :

[TRADUCTION] Il me semble que se rapporte aux questions en litige tout document qui constituerait non seulement un élément de preuve sur un point donné, mais qui renfermerait, est-il raisonnable de supposer, des renseignements qui *peuvent* — et non qui *doivent* — permettre directement ou indirectement à la partie qui demande l’affidavit de prouver ses prétentions ou d’attaquer celles de son adversaire.

Lord Woolf a sévèrement critiqué ce critère au paragraphe 17 du chapitre 21 de son rapport intérimaire intitulé *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* :

[TRADUCTION] La décision *Peruvian Guano* a eu comme résultat de rendre essentiellement illimitée la gamme de documents potentiellement pertinents (et par conséquent susceptibles de communication préalable), que les parties et leurs avocats sont tenus d’examiner et d’énumérer, et que la partie adverse est tenue de lire, sachant que seule une poignée de tels documents aura une incidence sur l’issue de l’affaire. En ce sens, il s’agit d’un processus extrêmement inefficace, en particulier dans les causes plus importantes. Plus le processus est suivi consciencieusement, plus il est inefficace.

[10] Le paragraphe 222(2) des *Règles des Cours fédérales* a modifié la définition de ce qui est « pertinent » à l’égard d’un document aux fins de production. Il est rédigé comme suit :

**222. (1) ...**

(2) For the purposes of rules 223 to 232 and 295, a document of a party is relevant if the party intends to rely on it or if the document tends to adversely affect the party's case or to support another party's case.

[11] While some decisions of this Court appear to have overlooked this rule or applied it as *Peruvian Guano* would have looked at the matter, it is clear that the rule is intended to bring to bear a more issue-oriented test of relevance and avoid the “train of inquiry” cases that have served to expand discovery with little or no effect on matters that are ultimately presented to the trial judge. Again to quote from Lord Woolf, at paragraph 22 of Chapter 21 of his Interim Report, he grouped documents that could be discovered into four categories. The first two fall under the *Federal Courts Rules*, subsection 222(2); the third is what is in effect considered by the Federal Court of Appeal in *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2008 FCA 287, 69 C.P.R. (4th) 381:

- *The parties' own documents*: these are documents which a party relies upon in support of his contentions in the proceedings.
- *Adverse documents*: these are documents of which a party is aware and which to a material extent adversely affect his own case or support another party's case.
- *The relevant documents*: these are documents which are relevant to the issues in the proceeding, but which do not fall into categories 1 or 2 because they do not obviously support or undermine either side's case. They are part of the “story” or background. The category includes documents which, though relevant, may not be necessary for the fair disposal of the case. It is fair to say that this category produces proportionately the greatest number of documents disclosed and to least effect.
- *Train of inquiry documents*: these are the documents referred to by Brett LJ in the *Peruvian Guano* case. [Underlining added.]

**222. (1) [...]**

(2) Pour l'application des règles 223 à 232 et 295, un document d'une partie est pertinent si la partie entend l'invoquer ou si le document est susceptible d'être préjudiciable à sa cause ou d'appuyer la cause d'une autre partie.

[11] Bien que certaines décisions de la Cour semblent ne pas avoir tenu compte de ce paragraphe ou l'avoir appliqué comme *Peruvian Guano* l'aurait fait, il est clair que cette disposition vise à appliquer à l'égard de ce qui est pertinent un critère plus fortement axé sur la question en litige, et à éviter les affaires de « lancement d'une enquête » qui ont servi à étendre la communication préalable avec peu ou pas d'effet sur les points qui sont en fin de compte présentés au juge du procès. Je cite de nouveau Lord Woolf qui, au paragraphe 22 du chapitre 21 de son rapport intérimaire, a regroupé les documents pouvant faire l'objet d'une communication préalable en quatre catégories. Les deux premières catégories sont visées par le paragraphe 222(2) des *Règles des Cours fédérales*, et la troisième vise ce qui en fait est examiné par la Cour d'appel fédérale dans *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2008 CAF 287 :

[TRADUCTION]

- *Les documents des parties* : il s'agit de documents sur lesquels une partie se fonde au soutien de sa position dans l'instance.
- *Les documents défavorables* à la cause : il s'agit de documents qu'une partie connaît et qui dans une large mesure sont défavorables à sa cause ou appuient la cause d'une autre partie.
- *Les documents pertinents* : il s'agit de documents qui sont pertinents quant aux questions en litige dans l'instance, mais qui ne font pas partie des catégories 1 ou 2 parce que de façon évidente ils n'appuient pas la cause de l'une ou l'autre des parties ou ne lui nuisent pas. Ils font partie de l'« histoire » ou du contexte. La catégorie inclut des documents qui, bien que pertinents, peuvent ne pas être essentiels pour qu'une décision juste soit rendue. Il est juste de dire que c'est cette catégorie qui produit de façon proportionnée le plus grand nombre de documents qui sont communiqués et qui ont le moins d'effet.
- *Les documents pour le lancement d'une enquête* : il s'agit des documents mentionnés par le lord juge Brett dans l'affaire *Peruvian Guano*. [Soulignement ajouté.]

[12] In the *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* decision, the Federal Court of Appeal dealt with the production and inspection of documents on discovery in an appeal from a decision of Lemieux J. of this Court [2008 FC 281, 65 C.P.R. (4th) 61] who was, in turn, dealing with an appeal from a Prothonotary's order [2007 FC 1195, 63 C.P.R. (4th) 1]. While discussing the "train of inquiry" test, the Federal Court of Appeal made it clear that subsection 222(2) has modified that test. The "train of inquiry" test does not open the door to almost limitless discovery; it must be fairly shown that it is reasonable to suppose that a document contains information that will directly or indirectly enable a party to advance its own case or to damage that of the other party. It is Lord Woolf's third category, previously referred to, as being part of the story or background; care must be taken to balance what must be disclosed with what effect, if any, the document may have. I reproduce paragraphs 56, 63–64 of the reasons of the Federal Court of Appeal:

As I indicated earlier, Lemieux J. concluded, correctly in my view, that the disclosure of documents in an affidavit of documents was a matter of relevance and not of discretion. In so concluding, he relied on McNair J.'s Reasons in *Reading and Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (F.C.T.D.), where the learned Judge wrote at page 70, *inter alia*, that:

The test as to what documents are required to produce is simply relevance. The test of relevance is not a matter for the exercise of the discretion. What documents parties are entitled to is a matter of law, not a matter of discretion. The principle for determining what document properly relates to the matters in issue is that it must be one which might reasonably be supposed to contain information which may directly or indirectly enable the party requiring production to advance his own case or to damage the case of his adversary, or which might fairly lead him to a train of inquiry that could have either of these consequences: [authorities omitted].

...

[12] Dans l'arrêt *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, la Cour d'appel fédérale a traité de la question de la production et de l'inspection de documents lors de la communication préalable dans un appel interjeté à l'égard d'une décision rendue par le juge Lemieux de la Cour fédérale [2008 CF 281], qui à son tour traitait d'un appel d'une ordonnance rendue par un protonotaire [2007 CF 1195]. Même si elle analysait le critère du « lancement d'une enquête », la Cour d'appel fédérale a clairement établi que le paragraphe 222(2) des Règles a modifié ce critère. Le critère du « lancement d'une enquête » n'ouvre pas la voie à une communication préalable presque illimitée; il doit être justement démontré qu'il est raisonnable de supposer qu'un document contient des renseignements permettant directement ou indirectement à une partie de faire valoir ses arguments ou de réfuter ceux de l'autre partie. Il s'agit de la troisième catégorie énoncée par lord Woolf, à laquelle on a précédemment renvoyé comme une partie de l'histoire ou du contexte; il faut veiller à mettre en balance ce qui doit être communiqué avec l'effet, le cas échéant, que le document peut avoir. J'ai reproduit ci-après les paragraphes 56, 63 et 64 des motifs de la Cour d'appel fédérale :

Comme je l'ai indiqué auparavant, le juge Lemieux a conclu, correctement à mon avis, que la communication de documents dans un affidavit de documents relevait de la pertinence et non du pouvoir discrétionnaire. Pour arriver à cette conclusion, il s'est appuyé sur les motifs du juge McNair dans *Reading and Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp. et al.* (1988), 24 C.P.R. (3rd) 66, où il a écrit, à la page 70 :

En ce qui concerne les documents qui doivent être produits, le critère est simplement celui de la pertinence. Le critère de la pertinence ne peut donner lieu à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. C'est par l'application de la loi et non dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que l'on détermine quels documents les parties ont le droit de consulter. La question de savoir quel document se rapporte vraiment aux questions en litige est tranchée selon le principe suivant : il doit s'agir d'un document dont on peut raisonnablement supposer qu'il contient des renseignements qui peuvent permettre directement ou indirectement à la partie qui en demande la production de faire valoir ses propres arguments ou de réfuter ceux de son adversaire, ou qui sont susceptibles de la lancer dans une enquête qui pourra produire l'un ou l'autre de ces effets [jurisprudence omise].

[...]

Novopharm argues that the use of the word “show” means that it has to actually prove that a document which has not been produced would lead to information falling within the “train of inquiry” test. I cannot agree with Novopharm’s submission. In my view, the Prothonotary’s Reasons, when read in their entirety, clearly establish that Novopharm’s submission is without merit. It is clear from the Prothonotary’s Reasons that she was of the view that if there was a reasonable likelihood, as opposed to an outside chance, that a document sought for production would lead to information relevant under Rule 222(2), then an order for production should be made.

Furthermore, the Prothonotary’s reference to a fishing expedition in paragraph 19 of her Reasons was one where a party was required to disclose a document that might lead to another document that might then lead to useful information which would tend to adversely affect the party’s case or to support the other party’s case. In my view, limiting the “train of inquiry” test in this manner is consistent with the test described in *Peruvian Guano*, *supra*, and applied by this Court in *SmithKline Beecham Animal Health Inc. v. Canada*, [2002] 4 C.T.C. 93 (F.C.A.), where, at para. 24 of her Reasons for the Court, Madam Justice Sharlow wrote:

[24] The scope and application of the rules quoted above depend upon the meaning of the phrases “relating to any matter in question between ... them in the appeal” and “relating to any matter in issue in the proceeding”. In *Compagnie Financière et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Company* (1882), 11 Q.B.D. 55 (C.A.), Brett, L.J. said this about the meaning of the phrase “a document relating to any matter in question in the action” (at page 63):

It seems to me that every document relates to the matters in question in the action, which not only would be evidence upon any issue, but also which, it is reasonable to suppose, contains information which may — not which must — either directly or indirectly enable the party requiring the affidavit either to advance his own case or to damage the case of his adversary. I have put in the words “either directly or indirectly,” because, as it seems to me, a document can properly be said to contain information which may enable the party requiring the affidavit either to advance his own case or to damage the case of his adversary, if it is a document which may fairly lead him to a train of inquiry, which may have either of these two consequences. [Emphasis added.]

Novopharm plaide que l’emploi du mot « démontrer » signifie qu’elle doit véritablement prouver qu’un document qui n’a pas été produit mènerait à des renseignements répondant au critère du « lancement d’une enquête ». Je ne puis souscrire à la position de Novopharm. À mon avis, les motifs de la protonotaire, lus dans leur ensemble, établissent clairement que la thèse de Novopharm est sans fondement. Il ressort clairement des motifs de la protonotaire qu’elle était d’avis que, s’il y avait une probabilité raisonnable, par opposition à une chance ténue, qu’un document dont on demande la production puisse mener à des renseignements pertinents au sens du paragraphe 222(2) des Règles, une ordonnance de production devait être prononcée.

De plus, la recherche à l’aveuglette mentionnée par la protonotaire au paragraphe 19 de ses motifs visait le cas où une partie était tenue de communiquer un document qui pourrait mener à un autre document qui pourrait ensuite mener à des renseignements utiles susceptibles d’être préjudiciables à sa cause ou d’appuyer la cause de l’autre partie. À mon avis, limiter le critère du « lancement d’une enquête » de cette manière est compatible avec le critère énoncé dans l’arrêt *Peruvian Guano*, précité, et appliqué par la Cour dans *SmithKline Beecham Animal Health Inc. c. Canada*, [2002] 4 C.T.C. 93 (C.A.F.), où, au paragraphe 24 de ses motifs, la juge Sharlow, s’exprimant au nom de la Cour, a écrit :

[24] La portée et l’application des règles précitées dépendent du sens de ces mots : « qui portent sur toute question en litige entre les parties à l’appel » et « aux questions légitimes qui se rapportent à une question en litige ». Dans *Compagnie Financière et Commerciale du Pacifique c. Peruvian Guano Company* (1882), 11 Q.B.D. 55 (C.A.), à propos du sens des mots [TRADUCTION] « un document qui a trait à tout point litigieux de l’action », à la page 63, le lord juge Brett dit ceci :

[TRADUCTION] À mon avis, un document a trait aux points litigieux de l’action non seulement lorsqu’il constitue une preuve à l’égard de ces points litigieux mais également lorsqu’on peut raisonnablement supposer qu’il contient des renseignements pouvant — et non devant — soit directement soit indirectement, permettre à la partie qui exige l’affidavit ou bien de plaider sa propre cause ou bien de nuire à celle de son adversaire. J’ai dit « soit directement soit indirectement » parce que, à mon avis, un document peut, à proprement parler, contenir des renseignements pouvant permettre à la partie qui exige l’affidavit soit de plaider sa propre cause soit de nuire à celle de son adversaire s’il s’agit d’un document susceptible de la lancer dans une enquête et d’entraîner l’une ou l’autre de ces conséquences. [Non souligné dans l’original.]

### III. Oral Discovery

[13] When it comes to oral examination for discovery, rule 240 provides for the scope of examination which is defined as relevance in respect of any unadmitted allegation of fact:

**240.** A person being examined for discovery shall answer, to the best of the person's knowledge, information and belief, any question that

(a) is relevant to any unadmitted allegation of fact in a pleading filed by the party being examined or by the examining party; or

(b) concerns the name or address of any person, other than an expert witness, who might reasonably be expected to have knowledge relating to a matter in question in the action.

[14] In *Apotex Inc. v. Pharmascience Inc.*, 2004 FC 1198, 36 C.P.R. (4th) 218, Justice Blais, as he then was, in the Federal Court, presented a synopsis of the relevant principles on oral discovery. This decision was affirmed by the Federal Court of Appeal (2005 FCA 144, 39 C.P.R. (4th) 297) in brief reasons. At paragraph 19 of his decision, Blais J. said (to summarize):

- Expert opinion is not a proper subject-matter for discovery;
- Witnesses are not to testify as to questions of law;
- Examination for discovery may seek only facts, not law or argument; and
- The question “upon what facts do you rely for paragraph x of your pleading” is always improper.

[15] Rule 242 permits objections to questions, for instance a question may be relevant, however may be objected to where it is unreasonable or unnecessary or the inquiries to be made would be unduly onerous:

### III. La communication préalable orale

[13] Lorsqu'il s'agit de l'interrogatoire visant la communication préalable, la règle 240 des Règles prévoit la portée d'un interrogatoire que l'on définit comme ce qui se rapporte à un fait allégué et non admis :

**240.** La personne soumise à un interrogatoire préalable répond, au mieux de sa connaissance et de sa croyance, à toute question qui :

a) soit se rapporte à un fait allégué et non admis dans un acte de procédure déposé par la partie soumise à l'interrogatoire préalable ou par la partie qui interroge;

b) soit concerne le nom ou l'adresse d'une personne, autre qu'un témoin expert, dont il est raisonnable de croire qu'elle a une connaissance d'une question en litige dans l'action.

[14] Dans la décision *Apotex Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2004 CF 1198, M. le juge Blais, alors juge à la Cour fédérale, a présenté un résumé de ce qui serait considéré comme se rapportant à un interrogatoire préalable. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel fédérale (2005 CAF 144) dans de brefs motifs. Au paragraphe 19 de sa décision, le juge Blais a déclaré ce qui suit (en résumé) :

- Un avis d'expert ne peut faire l'objet d'un interrogatoire préalable.
- Les témoins n'ont pas à témoigner sur des questions de droit.
- Les interrogatoires préalables doivent viser à obtenir des réponses portant sur des faits, non sur le droit ou des arguments.
- La question « sur quels faits vous appuyez-vous à l'alinéa x de votre acte de procédure? » est toujours inopportune.

[15] La règle 242 permet à une personne de soulever une objection si, par exemple, une question pouvant se rapporter à des faits est déraisonnable ou inutile ou s'il serait trop onéreux de se renseigner à ce sujet :

**242.** (1) A person may object to a question asked in an examination for discovery on the ground that

- (a) the answer is privileged;
- (b) the question is not relevant to any unadmitted allegation of fact in a pleading filed by the party being examined or by the examining party;
- (c) the question is unreasonable or unnecessary; or
- (d) it would be unduly onerous to require the person to make the inquiries referred to in rule 241.

[16] “Relevance” alone is not the test as to whether a question put on discovery must be answered. Of course, if a question is irrelevant, it need not be answered. However, if a question is relevant to some degree or another, then, if an objection is raised, the Court must consider factors such as the degree of relevance, how burdensome is it to obtain an answer, is the question fair, is it abusive and so forth. Strayer J.A. when he was in the Federal Court of Appeal wrote in *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, 2003 FCA 438, 28 C.P.R. (4th) 491, at paragraph 13:

A person who is a party to a civil action is entitled to ask any question on discovery that is relevant to the issue: that is a matter of justice to him, subject of course to the discretionary power of the prothonotary or a judge to disallow the question where it is abusive for one of the reasons mentioned above.

[17] The Federal Court of Appeal again considered the scope of “relevance” in the context of oral discovery in *Apotex Inc. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2007 FCA 379. In that decision Sharlow J.A. for the Court, considered “relevance” as including not only that which will go to proving or disproving the case of one or other party, and considered the “train of inquiry” test which she stated was subject always to the “overriding discretion of a prothonotary or judge to control abuses of the discovery process.” At paragraphs 30–31 and 35, Sharlow J.A. wrote:

**242.** (1) Une personne peut soulever une objection au sujet de toute question posée lors d’un interrogatoire préalable au motif que, selon le cas :

- a) la réponse est protégée par un privilège de non-divulgation;
- b) la question ne se rapporte pas à un fait allégué et non admis dans un acte de procédure déposé par la partie soumise à l’interrogatoire ou par la partie qui l’interroge;
- c) la question est déraisonnable ou inutile;
- d) il serait trop onéreux de se renseigner auprès d’une personne visée à la règle 241.

[16] La « pertinence » à elle seule n’est pas le critère applicable lorsqu’il s’agit de savoir si une réponse doit être donnée à une question posée lors d’un interrogatoire préalable. Évidemment, si une question est dénuée de pertinence, il n’est pas nécessaire d’y répondre. Toutefois, lorsqu’une question a un certain degré de pertinence, alors, si une objection est soulevée, la Cour doit examiner des facteurs consistant à savoir à quel point elle est pertinente, à quel point il est pénible d’obtenir une réponse, à quel point la question est juste, à quel point elle constitue un abus de procédure, et ainsi de suite. Le juge Strayer, alors qu’il était juge à la Cour d’appel fédérale, a écrit dans l’arrêt *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 438, au paragraphe 13 :

Toute personne qui est partie à une action civile a le droit de formuler en interrogatoire préalable toute question pertinente à l’égard de l’objet du litige : il s’agit d’une question de justice à l’endroit de cette personne, naturellement assujettie au pouvoir discrétionnaire du protonotaire ou du juge de refuser la question dans le cas où elle constitue un abus de procédure pour l’une des raisons mentionnées ci-dessus.

[17] La Cour d’appel fédérale a de nouveau examiné l’étendue de la « pertinence » dans le contexte de l’interrogatoire préalable dans l’arrêt *Apotex Inc. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2007 CAF 379. Dans cet arrêt, la juge Sharlow, au nom de la Cour, a considéré que la « pertinence » incluait non seulement ce qui servira à démontrer ou à contredire le bien-fondé de la cause de l’une ou l’autre des parties, et a examiné le critère du « lancement d’une enquête », qui selon ce qu’elle a déclaré était toujours assujetti au « pouvoir discrétionnaire d’un protonotaire ou d’un juge de contrôler les

In determining the propriety of a particular question posed in the examination for discovery of Dr. Ryan, the test is whether it is reasonable to conclude that the answer to that question might lead Apotex to a train of enquiry that may either advance its case or damage the case of BMS: *Apotex v. Canada*, 2005 FCA 217. For example, Apotex is entitled to ask any question that could elicit an admission by BMS as to a relevant fact, or that could elicit information about the existence of documents that have not been disclosed but that meet the test of relevance for the purposes of pre-trial discovery, as set out in the Further and Better Order, subject always to the overriding discretion of a prothonotary or judge to control abuses of the discovery process.

In determining whether the test of relevance is met in a particular case, it is necessary to consider the allegation that the questioning party is attempting to establish or refute. In this case, Apotex is attempting to advance its allegation of inutility (based on its interpretation of the promise of the 436 patent as explained above), or to damage the position of BMS that denies the allegation of inutility.

...

The task of distinguishing proper questions from improper ones requires consideration of the factual and procedural context of the case, informed by an appreciation of the applicable legal principles. The determination made by the judge or prothonotary at first instance will stand if it is reasonable, unless it is based on an error of law.

[18] Thus, simply to say that a question is “relevant” does not mean that it must inevitably be answered. The Court must protect against abuses so as to ensure the just, most expeditious and least expensive (rule 3) resolution of the proceeding not the discovery. Relevance must be weighed against matters such as among other things, the degree of relevance, how onerous is it to provide an answer, if the answer requires fact or opinion or law and so forth.

abus dans la procédure de communication préalable ». Aux paragraphes 30, 31 et 35, la juge Sharlow a écrit ce qui suit :

Pour déterminer si une question particulière posée lors de l’interrogatoire préalable de M. Ryan est appropriée, il faut déterminer si on peut raisonnablement conclure que la réponse à cette question pourrait inspirer à Apotex des recherches qui pourraient favoriser sa cause ou anéantir celle de BMS : *Apotex c. Canada*, 2005 CAF 217. Par exemple, Apotex a le droit de poser toute question qui pourrait lui permettre de soutirer à BMS un aveu au sujet d’un fait pertinent ou d’obtenir des renseignements à relativement des documents qui n’ont pas été communiqués mais qui satisfont au critère de pertinence aux fins de la communication préalable à l’instruction, ainsi qu’il a été indiqué dans l’ordonnance plus détaillée et plus précise, sous réserve toujours du pouvoir discrétionnaire d’un protonotaire ou d’un juge de contrôler les abus dans la procédure de communication préalable.

Pour déterminer s’il est satisfait au critère de pertinence dans un cas donné, il convient d’examiner l’allégation que la partie qui procède à l’interrogatoire tente d’établir ou de réfuter. En l’espèce, Apotex tente de faire valoir son allégation d’inutilité (reposant sur son interprétation de ce que promet le brevet 436, ainsi qu’il a été expliqué plus haut) ou d’anéantir la thèse de BMS qui nie l’allégation d’inutilité.

[...]

Pour déterminer quelles sont les questions pertinentes et celles qui ne le sont pas, il convient d’examiner le contexte factuel et procédural de l’affaire, en tenant compte des principes juridiques applicables. La décision rendue en première instance par un juge ou un protonotaire sera maintenue si elle est raisonnable, à moins qu’elle soit fondée sur une erreur de droit.

[18] Ainsi, le fait de simplement dire qu’une question est « pertinente » ne signifie pas que l’on doive inévitablement y répondre. La Cour doit fournir une protection contre les abus afin de veiller à ce qu’il y ait une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique que possible (la règle 3) et non qu’il y ait une communication préalable. La pertinence doit être évaluée en fonction des questions comme, entre autres, le degré de pertinence, le point de savoir s’il est onéreux de fournir une réponse, le point de savoir si la réponse exige un fait, une opinion ou un point de droit, et ainsi de suite.

#### IV. Standard of Review of Prothonotary's Discovery Order

[19] Prothonotaries of this Court are burdened, to a large extent, with motions seeking to compel answers to questions put on discovery. Often hundreds of questions must be considered. Hours and often days are spent on such motions. It appears that in many cases the parties and counsel have lost sight of the real purpose of discovery, which is directed to what a party truly requires for trial. They should not slip into the “autopsy” form of discovery nor consider discovery to be an end in itself.

[20] A determination made by a prothonotary following this arduous process ought not to be disturbed unless a clear error as to law or as to the facts has been made, or the matter is vital to an issue for trial. Where there has been an exercise of discretion, such as weighing relevance against onerousness, that discretion should not be disturbed. The process is not endless. The parties should move expeditiously to trial.

[21] The standard of review generally applicable to decisions given by a prothonotary has been restated by the Federal Court of Appeal in *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, 2003 FCA 488, [2004] 2 F.C.R. 459, at paragraph 19:

To avoid the confusion which we have seen from time to time arising from the wording used by MacGuigan J.A., I think it is appropriate to slightly reformulate the test for the standard of review. I will use the occasion to reverse the sequence of the propositions as originally set out, for the practical reason that a judge should logically determine first whether the questions are vital to the final issue: it is only when they are not that the judge effectively needs to engage in the process of determining whether the orders are clearly wrong. The test would now read: “Discretionary orders of prothonotaries ought not be disturbed on appeal to a judge unless: (a) the questions raised in the motion are vital to the final issue of the case, or (b) the orders are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary

#### IV. La norme de contrôle applicable à une ordonnance du protonotaire portant sur la communication préalable

[19] Les protonotaires de la Cour sont accablés, dans une large mesure, de requêtes sollicitant qu’il soit ordonné que des réponses soient données à des questions posées lors d’interrogatoires préalables. Il arrive souvent que des centaines de questions doivent être examinées. Des heures et souvent des jours sont passés à traiter de telles requêtes. Il semble que, dans de nombreux cas, les parties et les avocats ont perdu de vue le véritable objet de la communication préalable, laquelle vise à obtenir ce dont une partie a vraiment besoin pour le procès. Ils ne devraient pas se livrer à la communication préalable sous forme d’« autopsie » ni la considérer comme une fin en soi.

[20] Une décision rendue par un protonotaire à la suite de ce processus ardu ne doit être pas modifiée à moins qu’une erreur ait clairement été commise quant au droit ou aux faits applicables, ou que le point soit déterminant quant à l’issue du procès. Dans les cas où un protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire, comme l’appréciation de la pertinence en fonction du caractère onéreux, la décision rendue par suite de l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne devrait pas être modifiée. Le processus n’est pas sans fin. Les parties devraient arriver au procès de manière expéditive.

[21] Dans l’arrêt *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2003 FCA 488, [2004] 2 R.C.F. 459, au paragraphe 19, la Cour d’appel fédérale a reformulé comme suit la norme de contrôle s’appliquant de façon générale aux décisions rendues par un protonotaire :

Afin d’éviter la confusion que nous voyons parfois découler du choix des termes employés par le juge MacGuigan, je pense qu’il est approprié de reformuler légèrement le critère de la norme de contrôle. Je saisirai l’occasion pour renverser l’ordre des propositions initiales pour la raison pratique que le juge doit logiquement d’abord trancher la question de savoir si les questions sont déterminantes pour l’issue de l’affaire. Ce n’est que quand elles ne le sont pas que le juge a effectivement besoin de se demander si les ordonnances sont clairement erronées. J’énoncerais le critère comme suit : « Le juge saisi de l’appel contre l’ordonnance discrétionnaire d’un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants : a) l’ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l’issue du principal, b) l’ordonnance est entachée

was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts.”

[22] Justice Strayer, having subsequently become a deputy judge of this Court discussed in particular appeals from decisions of prothonotaries as to requiring answers on examinations for discovery and the question of “relevance”. He pointed out that relevance alone does not determine whether an answer is to be given; there are other matters to be considered and deference is to be given to a decision of a prothonotary in that regard. In *Letourneau v. Clearbrook Iron Works Ltd.*, 2005 FC 475, at paragraph 4, he wrote:

The parties argue that many of the decisions of the Prothonotary are based on relevance and that relevance is not a discretionary matter. They argue that relevance is a question of law and not one on which the Prothonotary has a discretion: therefore I am at liberty to decide questions of relevance *de novo*. While there is a paucity of authority on this question, I am satisfied that it is more consistent with the role envisaged by Parliament for prothonotaries that deference should be shown to their decisions on matters of relevance just as it would be shown on other preliminary pre-trial matters. As was said by Décaré J.A. in the *Merck* case, *supra*, at paragraph 22:

In my respectful view it cannot reasonably be said that a standard of review which subjects all impugned decisions of prothonotaries to hearings *de novo* regardless of the issues involved in the decision or whether they decide the substantive rights of the parties is consistent with the statutory objective. Such a standard conserves neither “judge power” nor “judge time”. In every case, it would oblige the motions judge to re-hear the matter. Furthermore, it would reduce the office of a prothonotary to that of a preliminary “rest stop” along the procedural route to a motions judge. I do not think that Parliament could have intended this result.

I respectfully agree with Wetston J. in *Hayden Manufacturing Co. v. Canplas Industries Ltd.*, who in considering whether a decision of a prothonotary on matters of relevance was discretionary stated:

I agree that relevance is the test, but I also am of the opinion that the order is discretionary in that the Court must consider whether the Prothonotary had fallen into legal error

d’erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits. »

[22] Le juge Strayer, devenu par la suite juge suppléant de la Cour, a traité en particulier d’appels de décisions rendues par un protonotaire par lesquelles sont exigées des réponses lors d’interrogatoires préalables, et de la question de la « pertinence ». Il a souligné que la pertinence à elle seule ne permet pas de décider si une réponse doit être donnée, qu’il y a d’autres points à prendre en compte et qu’une retenue doit être exercée quant à une décision d’un protonotaire à cet égard. Dans la décision *Letourneau c. Clearbrook Iron Works Ltd.*, 2005 CF 475, au paragraphe 4, il a écrit ce qui suit :

Les parties font valoir que plusieurs des décisions du protonotaire sont fondées sur la pertinence et que la pertinence n’est pas une question discrétionnaire. Ils affirment que la pertinence est une question d’ordre juridique et non une question où le protonotaire détient un pouvoir discrétionnaire : je suis donc libre de décider des questions de pertinence *de novo*. Bien que la jurisprudence soit rare à ce sujet, je suis convaincu qu’il est plus conforme au rôle envisagé par le législateur pour les protonotaires, de faire preuve de retenue à l’égard de leurs décisions au sujet des questions de pertinence tout comme on le ferait à propos d’autres questions préalables à un procès. Comme l’a déclaré le juge Décaré dans l’arrêt *Merck*, précité, au paragraphe 22 :

À mon avis, on ne saurait raisonnablement dire qu’est compatible avec l’objectif de la loi, la norme de révision qui soumet toutes les décisions de protonotaire attaquées à l’instruction *de novo* quelles que soient les questions concernées et peu importe si ces décisions statuent au fond sur les droits des parties. Pareille norme n’économise ni les ressources judiciaires ni le temps des juges. Dans chaque cas, elle obligerait le juge des requêtes à reprendre l’affaire depuis le début. En outre, elle réduirait la fonction de protonotaire à un rôle d’« étape » préliminaire sur le chemin de la procédure qui mène au juge des requêtes. Je ne pense pas que ce soit là le résultat voulu par le législateur.

Je suis respectueusement d’accord avec le juge Wetston dans l’affaire *Hayden Manufacturing Co. c. Canplas Industries Ltd.* (1998), 86 C.P.R. (3d) 17, qui a déclaré ce qui suit au moment de considérer si la décision rendue par un protonotaire relativement à des questions de pertinence était discrétionnaire :

Je conviens que la pertinence est le critère à appliquer, mais je ne crois pas que l’ordonnance soit discrétionnaire au sens où la Cour doit se demander si le protonotaire a commis

of law which prevented him from exercising his discretion properly. If so the Court must exercise its own discretion *de novo*. In other words even if I would have made a different order, unless the Prothonotary erred in the manner described previously, this Court should not interfere. I am of the opinion therefore the order of the A.S.P. in this case is both interlocutory and discretionary.

[23] Law establishes if a question is relevant; discretion may be applied as to whether, nonetheless, it is appropriate to order, or not to order, that an answer be given. Deference is to be given to a prothonotary's order in that regard.

#### V. Specific Questions at Issue

##### A. Questions Put to Apotex (Dr. Sherman)

[24] Apotex takes issue with two areas of questioning put by AstraZeneca's lawyers to Apotex' representative, Dr. Sherman. The first deals with identification of the countries to which Apotex exported its products at issue. The second deals with information as to certain characteristics of the Apotex products.

[25] These groups of questions were ordered to be answered with very cryptic reasons given by the Prothonotary. Given the vast number of questions to be dealt with, the only practical way to dispose of answerability issues was to state reasons cryptically. This is not a reason to set the decision aside or to determine it *de novo* (*Anchor Brewing Co. v. Sleeman Brewing & Malting Co.* (2001), 15 C.P.R. (4th) 63 (F.C.T.D.), at paragraph 31).

[26] This first group consists of one question only, that identified as question 48. It asks that Apotex identify the countries to which it exports the products at issue. Apotex' counsel argues that the transcript shows that Apotex makes only one kind of product and, the trial being bifurcated, there is no reason to identify

une erreur de droit qui l'a empêché d'exercer son pouvoir discrétionnaire en bonne et due forme. Si tel était le cas, la Cour devrait exercer son propre pouvoir discrétionnaire *de novo*. En d'autres termes, même dans le cas où j'aurais rendu une ordonnance différente, à moins que le protonotaire n'ait commis d'erreur de la façon décrite ci-dessus, la Cour en l'espèce ne devrait pas intervenir. Par conséquent, je suis d'avis que l'ordonnance que le protonotaire adjoint a rendue en l'espèce est à la fois interlocutoire et discrétionnaire.

[23] Le droit établit dans quels cas une question est pertinente; un pouvoir discrétionnaire peut être exercé quant à savoir, néanmoins, s'il est approprié d'ordonner ou de ne pas ordonner qu'une réponse soit donnée à une question. L'ordonnance d'un protonotaire doit faire l'objet de retenue à cet égard.

#### V. Les questions précises en litige

##### A. Questions posées à Apotex (M. Sherman)

[24] Apotex s'oppose à deux groupes de questions posées par les avocats d'AstraZeneca aux représentant d'Apotex, M. Sherman. Le premier porte sur l'énumération des pays dans lesquels Apotex a exporté ses produits en litige. Le deuxième traite de renseignements se rapportant à certaines caractéristiques des produits d'Apotex.

[25] Le protonotaire a ordonné de répondre à ces groupes de questions et a énoncé des motifs très peu explicites. Compte tenu du grand nombre de questions à traiter, la seule façon pratique de trancher des questions portant sur le point de savoir si des réponses doivent être fournies était d'énoncer des motifs peu explicites. Le caractère peu explicite de ces motifs ne justifie pas que la décision soit annulée ni que l'affaire soit tranchée à nouveau (*Anchor Brewing Co. c. Sleeman Brewing & Malting Co.*, 2001 CFPI 1066, au paragraphe 31).

[26] Le premier groupe consiste en une question seulement, soit la question 48. Par cette question, on demande à Apotex d'énumérer les pays dans lesquels elle exporte les produits en litige. L'avocat d'Apotex soutient que la transcription montre qu'Apotex fabrique une seule sorte de produits et, puisque le procès a deux volets, il n'y a

such countries at this time. AstraZeneca's counsel points out that, on discovery, Apotex equivocated as to how many different types of products that it was making or would make in the future. Given the state of the discovery transcript, the Prothonotary did not err in ordering the question to be answered. I remind counsel for AstraZeneca as I did at the hearing that an implied undertaking exists such that the answers are to be used for the purposes of this action only and not otherwise.

[27] The second group consists of questions 88 and 219. They relate to information that Apotex has as to stability, discoloration and gastric acid resistance of its own products. AstraZeneca's counsel says that such information will be useful in rebutting some of Apotex' allegations as to inutility. Apotex' counsel says that, when closely read, Apotex' pleadings as to inutility skillfully avoid the need to make inquiries as to Apotex' own product. The Prothonotary was correct not to make such razor-sharp distinctions at this time and to exercise his discretion in ordering these questions to be answered.

[28] I will not interfere with the Prothonotary's determination as to these questions asked of Apotex.

#### B. Questions Put to AstraZeneca (Dr. Lovgren)

[29] Apotex takes issue with the Prothonotary's refusal to order AstraZeneca's representative, Dr. Lovgren, to answer certain questions. They are divided into four groups. The first group is characterized as dealing with paragraph 62 of Apotex' defence and counterclaim which deals with whether AstraZeneca's inventors were aware as to the bioequivalence of certain formulations containing water-insoluble alkaline-reacting compounds. The second deals with *in situ* subcoats. The third deals with testing performed by an AstraZeneca employee on an Apotex product, as set out in an affidavit of that employee filed in other proceedings. The fourth group

pas lieu d'énumérer ces pays pour le moment. L'avocat d'AstraZeneca souligne que, lors de l'interrogatoire préalable, Apotex a tergiversé sur la question de savoir combien de différentes sortes de produits elle fabriquait ou elle fabriquerait à l'avenir. Compte tenu de l'état de la transcription de l'interrogatoire préalable, le protonotaire n'a pas commis une erreur lorsqu'il a ordonné qu'une réponse soit donnée à la question. Je rappelle à l'avocat d'AstraZeneca, comme je l'ai fait lors de l'audience, qu'il existe un engagement implicite faisant en sorte que les réponses ne doivent être utilisées que dans le cadre de la présente action seulement et non autrement.

[27] Le deuxième groupe est constitué des questions 88 et 219. Ces questions se rapportent à des renseignements qu'Apotex détient quant à la stabilité, à la décoloration et à la résistance de l'acide gastrique de ses propres produits. L'avocat d'AstraZeneca affirme que de tels renseignements seront utiles pour réfuter certaines allégations d'Apotex à l'égard de l'inutilité. L'avocat d'Apotex affirme que l'argumentation d'Apotex sur l'inutilité, lorsqu'elle est examinée en détail, évite habilement l'obligation de poser des questions quant aux propres produits d'Apotex. Le protonotaire a eu raison de ne pas faire de distinctions tranchantes à ce moment et d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour ordonner que des réponses soient données à ces questions.

[28] Je n'interviendrai pas à l'égard de la décision rendue par le protonotaire quant aux questions posées à Apotex.

#### B. Questions posées à AstraZeneca (M. Lovgren)

[29] Apotex conteste le refus du protonotaire d'ordonner au représentant d'AstraZeneca, M. Lovgren, de répondre à certaines questions. Ces questions sont divisées en quatre groupes. Le premier groupe est décrit comme traitant du paragraphe 62 de la défense et demande reconventionnelle d'Apotex qui traite de la question de savoir si les inventeurs d'AstraZeneca étaient au courant des bioéquivalences de certaines formulations contenant des composés de réaction alcaline insolubles dans l'eau. Le deuxième traite de sous-enrobage *in situ*. Le troisième traite des tests effectués par un employé d'AstraZeneca sur un produit d'Apotex, comme l'énonce un affidavit de

deals with formulations and testing as described in the disclosure of the patents at issue.

[30] Again counsel for Apotex conceded at the hearing that these questions do not go to issues vital for trial.

[31] The first group is identified as items 27–29 as collated by the parties for consideration by the Prothonotary. It deals with Dr. Lovgren’s knowledge of bioequivalence of certain compounds that he may have worked on and includes discussion as to solubility of those and other compounds. The Prothonotary ordered that these items need not be answered: the first because it had been answered and was overbroad; the second because the witness stated that he could not answer and it was overbroad; the third because it had been answered and did not go to the witness’s knowledge but to a contention by Apotex.

[32] Having read the context in which the questions were put and answers otherwise given in the transcript, I will not interfere with the discretion exercised by the Prothonotary in ordering that these specific questions need not be answered.

[33] The second group comprises what has been identified as items 127–128. This group deals with information and documents that AstraZeneca may have as to certain properties of and how to identify what is called *in situ* subcoats. The Prothonotary ordered that these items need not be answered: item 127 was not relevant to the pleadings and not a fair question; item 128 was not relevant and was directed to paragraph 203 of Apotex’ defence, not paragraph 40 as argued on the motion by Apotex’ counsel.

cet employé déposé dans d’autres instances. Le quatrième groupe traite des formulations et des tests selon ce qui est décrit dans la divulgation préalable des brevets en litige.

[30] De nouveau, l’avocat d’Apotex a reconnu lors de l’audience que ces questions ne sont pas des questions déterminantes pour l’issue du procès.

[31] Le premier groupe est décrit comme les questions 27 à 29 compilées par les parties afin que le protonotaire les examine. Ces questions traitent des connaissances de M. Lovgren en matière de bioéquivalence de certains composés qu’il a pu utiliser et comportent des analyses sur la solubilité de ces composés et d’autres composés. Le protonotaire a déclaré dans son ordonnance qu’il n’était pas nécessaire que des réponses soient données à ces questions : la première parce qu’on y avait répondu et qu’elle était trop large; la deuxième parce que le témoin a déclaré qu’il ne pouvait pas répondre et qu’elle était trop large; et la troisième parce qu’on y avait répondu et qu’elle ne portait pas sur ce que le témoin savait, mais sur une affirmation d’Apotex.

[32] Après avoir lu dans la transcription le contexte dans lequel les questions ont été posées et les réponses par ailleurs données, je n’interviendrai pas quant au pouvoir discrétionnaire exercé par le protonotaire lorsqu’il a déclaré dans son ordonnance qu’il n’était pas nécessaire que des réponses soient données à ces questions précises.

[33] Le deuxième groupe comprend ce qui a été décrit comme les questions 127 et 128. Ce groupe traite des renseignements et des documents qu’AstraZeneca peut avoir à l’égard de certaines propriétés de ce qu’on appelle les sous-enrobages *in situ* et de la façon selon laquelle les décrire. Le protonotaire a déclaré dans son ordonnance qu’il n’était pas nécessaire de donner des réponses à ces questions; que la question 127 n’était pas pertinente quant à l’argumentation et qu’il ne s’agissait pas d’une question juste; et que la question 128 n’était pas pertinente et visait le paragraphe 203 de la défense d’Apotex, non le paragraphe 40 comme le soutenait l’avocat d’Apotex dans la requête.

[34] Having read the relevant portions of the transcript, the itemization chart prepared for the Prothonotary and Apotex' defence, I agree with the Prothonotary's disposition. Item 127 as framed is not relevant. Items 127 and 128 are really directed to paragraph 203 of the defence when read in context. A passing reference to paragraph 40 in an earlier item incorporated by reference does not alter the true context of these questions.

[35] The third group comprises items 194 and 196–198 and deals with questions directed to the knowledge that AstraZeneca and its employee Nicolas had in respect of certain testing referred to in an affidavit of Nicolas filed by AstraZeneca in another proceeding. Oddly, AstraZeneca chose to make this affidavit part of its documents which it produced in this action. Apparently, AstraZeneca was not asked as to the purpose to which the affidavit will be put in this action, and its counsel did not enlighten this Court as to the point when asked at the hearing. To the extent that the Prothonotary may have relied on jurisprudence directed to the propriety of questions directed to reports of experts that may be used at trial, he may have been somewhat misguided but again, looking at the transcript and questioning elsewhere, including a request to produce data that is broad enough to encompass data that would fall within the requests made respecting the Nicolas affidavit, I will not interfere with the Prothonotary's order in this respect.

[36] The fourth group consists of a collection of items, some of which Apotex' counsel dropped from its request during oral argument. The items remaining in the fourth group requested by Apotex are items 425, 429, 430, 432, 437–439, 441, 446–448, 450, 451, 455, 458, 459, 465, 466, 470, 471, 479, 485, 487, 567 and 579. These questions are argued by Apotex' counsel to seek information as to what is set out in the description of the patents at issue having regard to certain validity pleadings raised by Apotex.

[34] Après avoir lu les portions pertinentes de la transcription, le tableau des questions préparé pour le protonotaire puis la défense d'Apotex, je souscris à la décision du protonotaire. La question 127 qui est formulée n'est pas pertinente. Les questions 127 et 128 visent en fait le paragraphe 203 de la défense lorsqu'on en fait la lecture selon le contexte. Une mention en passant au paragraphe 40 dans une question antérieure incorporée par référence ne modifie pas le véritable contexte de ces questions.

[35] Le troisième groupe comprend les questions 194 et 196 à 198 et traite de points portant sur ce que savaient AstraZeneca et son employé, M. Nicolas, quant à certains tests mentionnés dans un affidavit de M. Nicolas déposé par AstraZeneca dans une autre instance. Bizarrement, AstraZeneca a choisi d'inclure cet affidavit dans les documents qu'elle a produits dans la présente action. Apparemment, on n'a pas demandé à AstraZeneca à quoi servirait l'affidavit dans la présente action, et son avocat n'a pas fourni à la Cour d'éclaircissements à cet égard lorsque la question lui a été posée lors de l'audience. Dans la mesure où le protonotaire a pu se fonder sur de la jurisprudence portant sur la propriété des questions visant des rapports d'experts qui peuvent être utilisés lors d'un procès, il a pu être un peu trompé, mais une fois de plus, par suite de l'examen de la transcription et de réponses à d'autres questions, notamment à une demande de production des données suffisamment large pour englober des données qui seraient visées par les demandes faites à l'égard de l'affidavit de M. Nicolas, il n'y a pas lieu que j'intervienne quant à l'ordonnance rendue par le protonotaire à cet égard.

[36] Le quatrième groupe consiste en une série de questions, dont certaines ont été retirées de la demande de l'avocat d'Apotex au cours de l'argumentation orale. Les questions restantes dans le quatrième groupe de questions posées par Apotex sont celles portant les numéros 425, 429, 430, 432, 437 à 439, 441, 446 à 448, 450, 451, 455, 458, 459, 465, 466, 470, 471, 479, 485, 487, 567 et 579. L'avocat d'Apotex débat de ces questions en vue d'obtenir des renseignements quant à ce qui est énoncé dans la description des brevets en litige portant sur certaines observations faites par Apotex à l'égard de la validité.

[37] On examining the questions as asked in context and hearing the submissions of Apotex' counsel, I am not satisfied that the Prothonotary was wrong in ordering that these questions need not be answered. The questions are not clearly linked to what Apotex has pleaded, despite Apotex' counsel's efforts after the fact, to argue otherwise. I will not disturb the Prothonotary's order in this regard.

[38] I will not interfere with the decision of the Prothonotary in respect of any of these groups of questions.

#### VI. Costs

[39] As to costs, AstraZeneca has been successful on these motions; therefore, I will award costs to AstraZeneca.

#### ORDER

For the reasons given above:

THIS COURT ORDERS that:

1. The two appeals brought by Apotex Inc. in respect of the order of Prothonotary Lafrenière dated July 15, 2008 are dismissed;
2. Costs are awarded to AstraZeneca.

[37] Après avoir examiné le contexte des questions comme elles ont été posées et après avoir entendu les observations de l'avocat d'Apotex, je ne suis pas convaincu que le protonotaire a eu tort de déclarer dans son ordonnance qu'il n'était pas nécessaire de répondre à ces questions. Les questions n'ont pas un lien clair avec l'argumentation d'Apotex, malgré les efforts déployés par l'avocat d'Apotex, après coup, pour en débattre autrement. Je ne modifierai pas l'ordonnance du protonotaire à cet égard.

[38] Je n'interviendrai pas quant à la décision du protonotaire portant sur l'un ou l'autre de ces groupes de questions.

#### VI. Les dépens

[39] Quant aux dépens, AstraZeneca a eu gain de cause à l'égard de ces requêtes et par conséquent j'adjugerai des dépens à AstraZeneca.

#### ORDONNANCE

Pour les motifs précédemment énoncés :

LA COUR ORDONNE :

1. Les deux appels présentés par Apotex Inc. à l'égard de l'ordonnance rendue par le protonotaire Lafrenière en date du 15 juillet 2008 sont rejetés.
2. Des dépens sont adjugés à AstraZeneca.

08-T-71  
2009 FC 44

08-T-71  
2009 CF 44

**Danone Inc.** (*Applicant*)

**Danone Inc.** (*demanderesse*)

v.

c.

**Attorney General of Canada, The Minister of Public Safety and Canada Border Services Agency** (*Respondents*)

**Le procureur général du Canada, le ministre de la Sécurité publique et l'Agence des services frontaliers du Canada** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: DANONE INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : DANONE INC. c. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (C.F.)**

Federal Court, Shore J.—Ottawa, January 14 and 20, 2009.

Cour fédérale, juge Shore—Ottawa, 14 et 20 janvier 2009.

*Federal Court Jurisdiction — Application to extend time to file application for judicial review of 2008 Canada Border Services Agency ruling replacing 2006 advance ruling on tariff classification, and for stay of 2008 ruling pending final disposition of application for judicial review — Federal Court not having jurisdiction to review ruling since Customs Act providing comprehensive statutory scheme setting out procedure for appeal, review of such decisions — Federal Courts Act, s. 18.5 also operating to oust Federal Court jurisdiction — However, application of three-part test in ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. supporting finding Federal Court has jurisdiction to issue interlocutory injunction pending decision by administrative decision maker — Application for extension of time dismissed; application for stay granted.*

*Compétence de la Cour fédérale — Demande de prorogation du délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire de la décision de 2008 de l'Agence des services frontaliers du Canada remplaçant la décision anticipée de 2006 sur le classement tarifaire et de suspension de l'application de la décision de 2008 jusqu'à ce que la demande de contrôle judiciaire fasse l'objet d'une décision définitive — La Cour fédérale n'a pas compétence pour contrôler la décision parce que la Loi sur les douanes instaure un régime législatif complet prévoyant des appels et des réexamens de pareilles décisions — L'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales fait aussi échec à la compétence de la Cour fédérale — Cependant, l'application du critère à trois volets exposé dans l'arrêt ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. permet de conclure à la compétence de la Cour fédérale d'accorder une injonction interlocutoire en attendant la décision d'un décideur administratif — Demande de prorogation du délai rejetée; demande de suspension accueillie.*

*Customs and Excise — Customs Act — Application to extend time to file application for judicial review of 2008 Canada Border Services Agency ruling replacing 2006 advance ruling on tariff classification and for stay of 2008 ruling pending final disposition of application for judicial review — Customs Act providing comprehensive statutory scheme setting out procedure for appeal, review of such decisions — Federal Court lacking jurisdiction to review appeal officer's decisions, but having jurisdiction to issue interlocutory injunction to stay implementation of 2008 ruling — Interlocutory injunction appropriate in circumstances, which include potential job losses in Canada, U.S. resulting from implementation of 2008 ruling.*

*Douanes et Accise — Loi sur les douanes — Demande de prorogation du délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire de la décision de 2008 de l'Agence des services frontaliers du Canada remplaçant la décision anticipée de 2006 sur le classement tarifaire et de suspension de l'application de la décision de 2008 jusqu'à ce que la demande de contrôle judiciaire fasse l'objet d'une décision définitive — La Loi sur les douanes instaure un régime législatif complet prévoyant des appels et des réexamens de pareilles décisions — La Cour fédérale n'a pas compétence pour contrôler les décisions de l'agent d'appel, mais elle a compétence pour accorder une injonction interlocutoire pour suspendre l'exécution de la décision de 2008 — L'injonction interlocutoire était indiquée dans les circonstances, qui comprennent des pertes d'emplois éventuelles au Canada et aux É.-U. par suite de l'exécution de la décision de 2008.*

This was an application for an extension of time to file an application for judicial review of a 2008 ruling of the Canada Border Services Agency (CBSA) and for an interim stay of the 2008 ruling pending final disposition of the application for judicial review. Prior to implementing a four-year test-marketing plan to determine whether it would be worthwhile to construct a facility in Canada capable of marketing a product called DanActive, Danone requested an advance ruling from the CBSA as to the tariff classification of DanActive which would be imported from the U.S. for the test-marketing plan. In its 2006 ruling CBSA classified DanActive as a “beverage containing milk”. Under this classification there is no import quota. Relying on this ruling, Danone began its test-marketing plan. The encouraging results led Danone to decide to construct an addition to its Boucherville, Quebec plant to allow it to produce DanActive domestically. The CBSA subsequently reviewed and replaced its ruling in 2008 with one classifying DanActive as “yogourt”. This new classification imposes an import quota. Danone does not possess any quota for imports because it relied on the 2006 ruling that assured them that a quota allocation would not be required for DanActive imports. Imports of DanActive will be assessed a duty of 237.5%, which results in a cost so prohibitive as to preclude the sale of DanActive in Canada.

The issues were whether the Federal Court had jurisdiction to judicially review the 2008 ruling or to issue an interlocutory injunction.

*Held*, the application for an extension of time should be dismissed for lack of jurisdiction; the application for a stay should be granted until the issue is fully disposed of at every level of all jurisdictions concerned.

The *Customs Act* provides a comprehensive statutory scheme of review of advance rulings and their revocations that ousts Federal Court review jurisdiction. Subsection 60(2) provides for a review of an advance ruling made under section 43.1. The President of the CBSA, as represented by an appeals officer, under paragraph 60(4)(b) must affirm, revise or reverse the advance ruling. Section 62 directs that such a decision made by an appeals officer under section 60 may only be appealed to the Canadian International Trade Tribunal (CITT). Finally, section 68 directs that decisions of the CITT may only be appealed to the Federal Court of Appeal on a question of law. Danone has already applied under subsection 60(2) to appeal the 2008 ruling and cannot seek to avoid the Act’s multi-stage review process by applying for judicial review.

Il s’agissait d’une demande de prorogation du délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire d’une décision de 2008 de l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC) et de suspension provisoire de l’application de la décision de 2008 en attendant que la demande de contrôle judiciaire fasse l’objet d’une décision définitive. Avant de mettre en œuvre un plan pilote de commercialisation quadriennal pour établir s’il était indiqué de construire un établissement au Canada capable de commercialiser un produit appelé DanActive, Danone a demandé à l’ASFC une décision anticipée concernant le classement tarifaire qui serait appliqué pour l’importation de DanActive des É.-U. dans le cadre du plan pilote de commercialisation. Dans sa décision de 2006, l’ASFC a déclaré que DanActive serait classé comme une « boisson contenant du lait ». Sous ce classement, il n’y a aucun contingent tarifaire. Se fiant à cette décision, Danone a commencé à mettre en œuvre son plan pilote de commercialisation. Les résultats encourageants ont amené Danone à décider de construire un rajout à son usine de Boucherville, au Québec, afin qu’elle puisse produire DanActive au Canada. L’ASFC a par la suite révisé sa décision et l’a remplacée en 2008 par une décision dans laquelle DanActive est classé comme un « yoghourt ». Ce nouveau classement impose un contingent d’importation. Danone ne possède aucun contingent d’importation parce qu’elle s’est fiée à la décision de 2006 qui l’assurait qu’aucune attribution de contingent ne serait nécessaire pour les importations de DanActive. Les importations de DanActive se verront imposer des droits de 237,5 %, ce qui entraîne un coût prohibitif au point d’empêcher la vente de DanActive au Canada.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour procéder au contrôle judiciaire de la décision de 2008 ou pour accorder une injonction interlocutoire.

*Jugement* : la demande de prorogation du délai doit être rejetée pour défaut de compétence; la demande de suspension doit être accueillie jusqu’à ce que la question fasse l’objet d’une décision définitive à tous les niveaux de tous les organismes concernés.

La *Loi sur les douanes* établit un régime législatif complet de réexamen et d’annulation des décisions anticipées qui fait échec à la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire. Le paragraphe 60(2) prévoit la révision d’une décision anticipée prise en application de l’article 43.1. En vertu de l’alinéa 60(4)(b), le président de l’ASFC, représenté par un agent d’appel, doit confirmer, modifier ou annuler la décision anticipée. Selon l’article 62, une telle décision prise par un agent d’appel en vertu de l’article 60 ne peut faire l’objet d’un appel que devant le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE). Enfin, l’article 68 dispose que les décisions du TCCE ne peuvent faire l’objet d’un appel devant la Cour d’appel fédérale que sur une question de droit. Danone a déjà fait une demande en vertu du paragraphe 60(2) pour

Even if the statutory scheme were not sufficient to oust the Federal Court's jurisdiction, section 18.5 of the *Federal Courts Act* ousts Federal Court jurisdiction to the extent an administrative decision may be appealed under a statutory scheme created under an Act of Parliament. Since any decision by an appeals officer is appealable under the statutory scheme set out in sections 58 to 68 of the *Customs Act*, section 18.5 of the *Federal Courts Act* operates to oust Federal Court jurisdiction.

However, the Federal Court appears to be the only forum with jurisdiction to issue an interlocutory injunction to stay the implementation of the 2008 ruling. The CBSA does not have jurisdiction to postpone or stay the implementation of the 2008 ruling other than the jurisdiction of the officer who makes the modification or revocation of an advance ruling to postpone its effective date for not more than 90 days. Once seized of an appeal of an appeals officer's decision the CITT has jurisdiction to grant interlocutory relief. Subsection 67(3) of the *Customs Act* requires that CITT decisions be exclusively reviewed according to section 68. Subsection 68(1) allows appeals of CITT decisions to the Federal Court of Appeal. The jurisdiction of the Federal Court of Appeal over appeals from CITT decisions is confirmed by subsection 28(1) of the *Federal Courts Act*. Paragraph 28(1)(e) provides that the "Federal Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of ... the Canadian International Trade Tribunal." The *Federal Courts Act* does not, however, grant the Federal Court of Appeal jurisdiction to issue an interlocutory injunction before an application for judicial review has been made. As there is no existing application for judicial review, subsection 28(3) of the *Federal Courts Act* does not operate to deprive the Federal Court of jurisdiction.

The three requirements set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.* to support a finding of jurisdiction in the Federal Court were met. (1) The Federal Court has residual jurisdiction under section 44 of the *Federal Courts Act* to grant an injunction. The *Customs Act* does not expressly or impliedly grant the Federal Court jurisdiction to issue an interlocutory injunction. The disposition of the appeal is left to an administrative decision maker, the appeals officer. The Federal Court already plays a role under the *Customs Act*. Under Part V.1, the Federal Court has jurisdiction over recovering payment of debts due under the *Customs Act*. These provisions demonstrate that the Federal Court does have a supervisory role in specific circumstances, which may qualify as the ability to grant "other relief" within

interjeter appel de la décision de 2008 et ne peut pas tenter de contourner le processus multi-étapes de réexamen complet en demandant un contrôle judiciaire.

Même à supposer que le régime législatif ne soit pas suffisant pour faire échec à la compétence de la Cour fédérale, l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* a cet effet, dans la mesure où une décision administrative peut faire l'objet d'un appel en vertu d'un régime législatif créé par une loi du Parlement. Puisque toute décision d'un agent d'appel peut faire l'objet d'un appel en vertu du régime législatif établi aux articles 58 à 68 de la *Loi sur les douanes*, l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* a pour effet de faire échec à la compétence de la Cour fédérale.

Cependant, la Cour fédérale semble être le seul organisme compétent pour accorder une injonction interlocutoire suspendant l'exécution de la décision de 2008. L'ASFC n'a pas compétence pour reporter ou suspendre l'exécution de la décision de 2008; toutefois, l'agent qui modifie ou annule une décision anticipée peut en reporter la prise d'effet d'au plus 90 jours. Une fois saisi de l'appel interjeté à l'encontre d'une décision d'un agent d'appel, le TCCE a compétence pour accorder une réparation interlocutoire. Le paragraphe 67(3) de la *Loi sur les douanes* exige que les décisions du TCCE soient examinées exclusivement en conformité avec l'article 68. Le paragraphe 68(1) permet les appels des décisions du TCCE devant la Cour d'appel fédérale. Le paragraphe 28(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* confirme la compétence de la Cour d'appel fédérale pour statuer sur les appels des décisions du TCCE. L'alinéa 28(1)e) dispose que la « Cour d'appel fédérale a compétence pour connaître des demandes de contrôle judiciaire visant [...] le Tribunal canadien du commerce extérieur ». La *Loi sur les Cours fédérales* ne confère toutefois pas compétence à la Cour d'appel fédérale pour accorder une injonction interlocutoire avant qu'une demande de contrôle judiciaire ait été faite. Puisqu'il n'y avait aucune demande de contrôle judiciaire existante, le paragraphe 28(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* n'a pas pour effet de priver la Cour fédérale de sa compétence.

Les trois conditions énoncées dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.* pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale ont été remplies. 1) La Cour fédérale a une compétence résiduelle en vertu de l'article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour accorder une injonction. La *Loi sur les douanes* n'attribue pas, ni expressément ni implicitement, compétence à la Cour fédérale pour accorder une injonction interlocutoire. La décision relative à l'appel est laissée à un décideur administratif, soit l'agent d'appel. La Cour fédérale joue déjà un rôle sous le régime de la *Loi sur les douanes*. En vertu de la partie V.1, la Cour fédérale a compétence quant au recouvrement des créances visées par la *Loi sur les douanes*. Ces dispositions démontrent que la Cour fédérale a effectivement un rôle de surveillance dans des cir-

the meaning of section 44 of the *Federal Courts Act*. (2) The *Customs Act* provides a body of federal law which nourishes the statutory grant of jurisdiction. (3) The *Customs Act* comes under the “The Regulation of Trade and Commerce” in section 91, Class 2 of the *Constitution Act, 1867* thus confirming federal legislative competence.

Applying the test set out in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, it was appropriate to issue an interlocutory injunction in the circumstances. (1) The lack of disclosure by CBSA of the laboratory results upon which it based its 2008 ruling raised a serious legal question of whether the 2008 ruling provided adequate reasons. (2) The implementation of the 2008 ruling has the potential to cause irreparable harm to Danone. It will force Danone to cease sales of DanActive once existing supplies are exhausted. Ceasing sales of DanActive during the test-marketing plan will destroy the growing customer loyalty. Competitors would take up the market position, profitability and client attachment which Danone has earned. Considerable investments undertaken to build the brand would be permanently lost as Danone would be unable to capitalize on the projected 2009 profits. And finally, the abrupt withdrawal from the market of DanActive will cause permanent damage to Danone’s market for its other products as well as its reputation with food retailers. (3) Conversely, granting the stay will maintain the *status quo*. The 2006 ruling has been in effect for two years. No threats to public health, safety or well-being are alleged to result from the application of the 2006 ruling. A significant matter of public interest is the potential loss of jobs in both countries as a result of the implementation of the ruling. Moreover the building of the new production facility has the potential to source liquid milk from Quebec farmers, thus lending job security to that industry as well.

constances précises, que l’on peut qualifier de pouvoir d’accorder « une autre forme de réparation » au sens de l’article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales*. 2) La *Loi sur les douanes* constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de l’attribution légale de compétence. 3) La *Loi sur les douanes* relève du chef de compétence « réglementation du trafic et du commerce » prévu au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, confirmant ainsi la compétence législative fédérale.

Appliquant le critère énoncé dans l’arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, il était indiqué d’accorder une injonction interlocutoire dans les circonstances. 1) La non-divulgaration, de la part de l’ASFC, des résultats de laboratoire sur lesquels elle a fondé sa décision de 2008 soulevait une question juridique sérieuse quant à savoir si la décision de 2008 était adéquatement motivée. 2) L’exécution de la décision de 2008 pourrait causer un préjudice irréparable à Danone. Elle forcera Danone à cesser les ventes de DanActive après qu’elle aura épuisé ses stocks existants. La cessation des ventes de DanActive pendant la période visée par le plan pilote de commercialisation détruira la fidélité croissante du consommateur. Les concurrents s’approprieraient la position sur le marché, les profits et l’attachement de la clientèle que Danone a acquis. Les investissements considérables effectués pour bâtir la marque seraient irrémédiablement perdus, puisque Danone ne pourrait pas tirer parti des profits projetés pour 2009. Enfin, le retrait soudain de DanActive du marché causera un tort permanent au marché de Danone pour ses autres produits ainsi qu’à sa réputation auprès des détaillants alimentaires. 3) Inversement, l’octroi d’une suspension maintiendrait le statu quo. La décision de 2006 a été en vigueur pendant deux ans. Il n’est pas allégué que l’application de la décision de 2006 menace la santé publique, la sécurité publique ou le bien-être de la population. Une importante question d’intérêt public est le risque de pertes d’emplois dans les deux pays à la suite de l’imposition de la décision. En outre, la construction du nouvel établissement de production pourrait constituer un nouveau débouché pour le lait liquide des producteurs québécois, et ainsi assurer également une plus grande sécurité d’emploi dans ce secteur.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.  
*Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 16(c),(d).  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(2),(10), 101.  
*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 43.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 87; 1996, c. 33, s. 33; 1997, c. 14, s. 39; 2001, c. 25, s. 36; c. 28, s. 28; 2004, c. 16, s. 6(F); 2005, c. 38, s.71), 60 (as am. by S.C.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.), (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(2), (10), 101.  
*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 16(c),d).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C.

1997, c. 36, s. 166; 2001, c. 25, s. 42(F); 2005, c. 38, s. 85), 62 (as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166), 67(1) (as am. *idem*, s. 169; 2001, c. 25, s. 48(F); 2005, c. 38, s. 85), (3), 68 (as am. by S.C. 1995, c. 41, s. 20; 2005, c. 38, s. 85), 74 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 98; 1996, c. 33, s. 36; 1997, c. 14, s. 43; c. 36, s. 175; 1999, c. 31, s. 71(F); 2001, c. 25, s. 51; 2002, c. 22, s. 337), Part V.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 25, s. 58).

*Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, Sch., items 0403.10, 2202.90.49.00.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s.1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 18.2 (as enacted *idem*; 2002, c. 8, s. 28), 18.5 (as enacted *idem*), 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35), 44 (as am. *idem*, s. 41).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 151.

*Tariff Classification Advance Rulings Regulations*, SOR/2005-256, ss. 7, 12, 16.

1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 18.2 (édicte, *idem*; 2002, ch. 8, art. 28), 18.5 (édicte, *idem*), 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35), 44 (mod., *idem*, art. 41).

*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 43.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 87; 1996, ch. 33, art. 33; 1997, ch. 14, art. 39; 2001, ch. 25, art. 36; ch. 28, art. 28; 2004, ch. 16, art. 6(F); 2005, ch. 38, art. 71), 60 (mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166; 2001, ch. 25, art. 42(F); 2005, ch. 38, art. 85), 62 (mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166), 67(1) (mod., *idem*, art. 169; 2001, ch. 25, art. 48(F); 2005, ch. 38, art. 85), (3), 68 (mod. par L.C. 1995, ch. 41, art. 20; 2005, ch. 38, art. 85); 74 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 98; 1996, ch. 33, art. 36; 1997, ch. 14, art. 43; ch. 36, art. 175; 1999, ch. 31, art. 71(F); 2001, ch. 25, art. 51; 2002, ch. 22, art. 337), partie V.1 (édicte par L.C. 2001, ch. 25, art. 58).

*Règlement sur les décisions anticipées en matière de classement tarifaire*, DORS/2005-256, art. 7, 12, 16.

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 151.

*Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36, annexe, n° 0403.10, 2202.90.49.00.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Abbott Laboratories, Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2004 FC 140, 246 F.T.R. 128, 12 Admin. L.R. (4th) 20; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641, 34 B.L.R. 251, 68 N.R. 241; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385, 6 Admin. L.R. (3d) 1, 22 C.P.C. (4th) 1; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385, 54 C.P.R. (3d) 114, 164 N.R. 1; *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451, (1989), 22 C.I.P.R. 172, 24 C.P.R. (3d) 1, 91 N.R. 341 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*TPG Technology Consulting Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2007 FCA

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Abbott Laboratories, Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2004 CF 140; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*TPG Technology Consulting Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*,

219, 367 N.R. 47; *Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.*, 2006 FC 188, 47 C.P.R. (4th) 135.

2007 CAF 219; *Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars Ltd.*, 2006 CF 188.

REFERRED TO:

*1099065 Ontario Inc. v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 1263, 301 F.T.R. 291; affd 2008 FCA 47, 375 N.R. 368; *Canada (Human Rights Commission) v. Winnicki*, 2005 FC 1493, [2006] 3 F.C.R. 446, 283 F.T.R. 235.

DÉCISIONS CITÉES :

*1099065 Ontario Inc. c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 1263; conf. par 2008 CAF 47; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Winnicki*, 2005 CF 1493, [2006] 3 R.C.F. 446.

APPLICATION for an extension of time to file an application for judicial review of a 2008 ruling of the Canada Border Services Agency and for an interim stay of the 2008 ruling pending final disposition of the application for judicial review. Application for an extension of time dismissed for lack of jurisdiction; application for a stay granted until the issue is fully disposed of at every level of all jurisdictions concerned.

DEMANDE de prorogation du délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire d'une décision de 2008 de l'Agence des services frontaliers du Canada et de suspension provisoire de l'application de la décision de 2008 en attendant que la demande de contrôle judiciaire fasse l'objet d'une décision définitive. La demande de prorogation du délai est rejetée pour défaut de compétence; la demande de suspension est accueillie jusqu'à ce que la question fasse l'objet d'une décision définitive à tous les niveaux de tous les organismes concernés.

APPEARANCES

*Brenda C. Swick and Simon V. Potter* for applicant.

*Michael G. Roach* for respondents.

ONT COMPARU

*Brenda C. Swick et Simon V. Potter* pour la demanderesse.

*Michael G. Roach* pour les défendeurs.

SOLICITORS OF RECORD

*McCarthy Tétrault LLP*, Ottawa, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

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

SHORE J.:

LE JUGE SHORE :

I. Introduction

I. Introduction

Why is the applicant before the Court?

Pourquoi la demanderesse s'est-elle adressée à la Cour?

[1] Is the DanActive product a yogourt to be eaten or a health product to be drunk? The crux of the answer is

[1] Le produit DanActive est-il un yoghourt à manger ou un produit santé à boire? La clé de la réponse à cette

in the mode of consumption by the purchaser; thus, to drink or to eat, that is the question. The answer for all intents and purposes has significant repercussions for the case at bar with respect to the customs duties under analysis; but that is for the government agency in question to answer.

What does the applicant request of the Court?

[2] This is an application for interlocutory relief, pending this Court's final adjudication on the application for judicial review. The applicant seeks three orders:

(a) *De bene esse*, an extension of time to file an application for judicial review of the challenged Canada Border Services Agency (CBSA) orders, pursuant to subsection 18.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)];

(b) An interim stay of the application of the 2008 ruling, pursuant to section 18.2 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act*;

(c) An order pursuant to rule 151 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] requiring that the version marked "confidential" of the affidavit sworn December 15, 2008 of Mr. Louis Frenette, President and Chief Executive Officer of the applicant, Danone Inc. (Danone), be treated as confidential.

[3] At the outset, in preliminary discussion in open Court, the applicant, however, agreed that the core issue is such that the applicant actually requests that the 2006 ruling remain in effect until final disposition in regard to the 2008 ruling; thus, the applicant only requests a stay of the 2008 ruling until final disposition of the matter.

question réside dans le mode de consommation par l'acheteur; ainsi, il s'agit de savoir si le produit est fait pour être bu ou mangé. Dans la pratique, la réponse a d'importantes répercussions dans la présente affaire quant aux droits de douane en cause; mais c'est à l'organisme gouvernemental visé qu'il incombe de répondre à cette question.

Qu'est-ce que la demanderesse demande à la Cour?

[2] La demande vise l'obtention d'une réparation interlocutoire en attendant la décision définitive de la Cour concernant la demande de contrôle judiciaire. La demanderesse sollicite trois ordonnances :

a) *De bene esse*, une prorogation du délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire visant les ordonnances contestées rendues par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), conformément au paragraphe 18.1(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)];

b) Une suspension provisoire de l'application de la décision de 2008, conformément à l'article 18.2 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales*;

c) Une ordonnance en vertu de la règle 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], exigeant que la version de l'affidavit que M. Louis Frenette, président et président-directeur général de la demanderesse, Danone Inc. (Danone), a signé le 15 décembre 2008 et qui porte la mention « confidentiel » soit considérée comme confidentielle.

[3] Cependant, au cours d'une discussion préliminaire au début de l'audience publique de la Cour, la demanderesse a convenu qu'en raison de l'enjeu du litige, elle demandait en fait que la décision de 2006 demeure en vigueur jusqu'au prononcé d'une décision définitive relativement à la décision de 2008; ainsi, la demanderesse demande seulement la suspension de la décision de 2008 jusqu'à ce que l'affaire fasse l'objet d'une décision définitive.

Can the Federal Court acquiesce to the request of the applicant?

[4] On what basis may the Federal Court entertain the motion put forward by Danone? Certain preliminary issues must be analysed as it is important to recognize which quasi-judicial or judicial entity has which jurisdiction, and under which circumstances. This is to ensure that what is effected below is understood within a legislative and jurisprudential framework. The following questions assist in arriving at a conclusion as to the jurisdiction of the Federal Court in this regard:

- a. Does the Federal Court have jurisdiction to judicially review the 2008 ruling, and thereby be enabled to grant an extension of time to file an application for judicial review?
- b. What forum has the jurisdiction to issue an interlocutory injunction?

II. Background

The four-year test-marketing plan

[5] Danone Inc. of Boucherville, Quebec, began in 2006 to consider marketing in Canada a product called DanActive. DanActive contains a patented series of bacterial cultures, which Danone claims has been scientifically proven to boost human immune systems when ingested regularly. Currently, Canada does not have a facility capable of producing DanActive.

[6] Before committing considerable sums required to construct a facility capable of producing DanActive in Canada, it decided to first undertake a four-year test-marketing plan during which it would invest considerable sums to market the DanActive brand in Canada to gauge whether there was sufficient demand to invest in such a facility. From the inception of the test-marketing plan in 2006, if DanActive showed signs of success in the Canadian market, Danone planned to construct a DanActive production facility at their Boucherville,

La Cour fédérale peut-elle acquiescer à la demande de la demanderesse?

[4] Sur quel fondement la Cour fédérale peut-elle accueillir la requête présentée par Danone? Certaines questions préliminaires doivent être analysées puisqu'il importe de déterminer quelle entité quasi-judiciaire ou judiciaire a quelle compétence, et dans quelles circonstances. Cet examen préliminaire vise à assurer que les motifs qui suivent s'inscrivent dans un cadre législatif et jurisprudentiel. Les questions suivantes sont utiles pour statuer sur la compétence de la Cour fédérale à cet égard :

- a. La Cour fédérale a-t-elle compétence pour procéder au contrôle judiciaire de la décision de 2008, et partant, compétence pour accorder une prorogation du délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire?
- b. Quel organisme a compétence pour accorder une injonction interlocutoire?

II. Contexte

Le plan pilote de commercialisation quadriennal

[5] Danone Inc., de Boucherville, au Québec, a commencé en 2006 à envisager de commercialiser au Canada un produit appelé DanActive. DanActive contient une série de cultures bactériennes brevetées, dont Danone prétend qu'il a été prouvé scientifiquement qu'elles stimulent les systèmes immunitaires chez l'humain lorsqu'elles sont ingérées régulièrement. À l'heure actuelle, il n'y a aucun établissement au Canada capable de produire DanActive.

[6] Avant d'engager les sommes considérables requises pour construire un établissement capable de produire DanActive au Canada, la demanderesse a décidé de procéder d'abord à la mise en œuvre d'un plan pilote de commercialisation quadriennal; pendant cette période, elle investirait des sommes considérables pour commercialiser la marque DanActive au Canada afin de déterminer s'il y avait une demande suffisante pour justifier d'investir dans un tel établissement. Dès le début de la période visée par le plan pilote de commercialisa-

Quebec, complex beginning in 2010. To carry out this plan, Danone first needed to import DanActive from Danone's Ohio plant, which is the closest facility to Canada capable of producing DanActive.

[7] In 2007, before sales of DanActive began in Canada, Danone met with representatives of the Dairy Farmers of Canada (DFC) and the Quebec dairy industry to inform them that, if the test phase was successful, Danone planned to construct a facility in Canada beginning in 2010. This facility would require the purchase of a significant quantity of Quebec liquid milk, an ingredient in DanActive. These dairy farmer groups were in support of the plan since its success could mean that DanActive would eventually be produced in Canada. They appeared to understand Danone's need to temporarily import from the United States (U.S.) until the test-marketing was successfully completed, acknowledging that this was a necessary step in order for the future benefits to Canadian farmers to be realized.

#### The 2006 advance ruling

[8] Prior to investing considerable sums to introduce DanActive to the Canadian market, the test-marketing plan would only be attempted if the duties applied to DanActive imports from the U.S. would be minimal and would not require quota allocation. If high duties or a quota requirement would be imposed, the cost to bring the product to market would be prohibitive. Therefore, for greater certainty, Danone requested an advance ruling from the CBSA as to the tariff classification that would be applied to DanActive upon its importation.

[9] On November 17, 2006, CBSA issued advance ruling 219663 (2006 ruling), finding that DanActive would be classified under tariff item 2202.90.49.00

tion en 2006, Danone prévoyait que, si DanActive montrait des signes de succès sur le marché canadien, elle construirait un établissement de production de DanActive à son complexe de Boucherville, au Québec, à partir de 2010. Pour mettre en œuvre ce plan, Danone devait d'abord importer DanActive de l'usine de Danone en Ohio, qui est l'établissement le plus proche du Canada capable de produire DanActive.

[7] En 2007, avant que les ventes de DanActive débute au Canada, Danone a rencontré des représentants des Producteurs laitiers du Canada (PLC) et de l'industrie laitière québécoise pour les informer que, si la phase d'essai s'avérait un succès, Danone prévoyait construire un établissement au Canada à compter de 2010. Pour approvisionner cet établissement, il faudrait acheter une quantité importante de lait liquide québécois, ingrédient qui entre dans la composition de DanActive. Ces groupes de producteurs laitiers appuyaient le plan puisque son succès pourrait éventuellement mener à la production de DanActive au Canada. Ils semblaient comprendre que Danone devrait importer temporairement le produit des États-Unis jusqu'à ce que l'essai de commercialisation soit mené à terme avec succès, et ils reconnaissaient qu'il s'agissait là d'une étape nécessaire pour que les avantages futurs pour les producteurs canadiens puissent se concrétiser.

#### La décision anticipée de 2006

[8] Avant d'investir des sommes considérables pour introduire DanActive sur le marché canadien, le plan pilote de commercialisation serait seulement mis en œuvre si les droits appliqués aux importations de DanActive des États-Unis étaient minimes et si on n'exigeait pas l'attribution d'un contingent. Si des droits élevés ou l'exigence d'un contingent étaient imposés, les coûts liés à la mise du produit sur marché seraient prohibitifs. Par conséquent, pour plus de certitude, Danone a demandé à l'ASFC une décision anticipée concernant le classement tarifaire qui serait appliqué pour l'importation de DanActive.

[9] Le 17 novembre 2006, l'ASFC a rendu la décision anticipée 219663 (la décision de 2006), qui concluait que DanActive serait classé sous le numéro tarifaire

[*Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, Schedule], which is, a “beverage containing milk”. Under this classification, there is no import tariff quota since DanActive benefits from duty-free access as a NAFTA (*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2) originating product. Relying on the fact that the duty imposed on importing DanActive from the U.S. would not be prohibitive, Danone began its test-marketing plan and began to import and sell DanActive in Canada in 2007.

#### The 2008 advance ruling

[10] According to Danone, the test-marketing plan proved successful. Danone spent millions of dollars on the test-marketing plan in 2006 and 2007, and claims that DanActive will break even in 2008 and forecasts it to earn a profit in 2009. Furthermore, Danone projects that sales and profit will continue to rise by significant margins for a number of years after 2009. Danone also claims that retailers enjoy substantial margins on their sales of DanActive, partly because consumers generally do not reduce their purchases of other food when they purchase DanActive: Consumers purchasing DanActive do not consider it a product used for meals or snacks, but rather as a small nutritional supplement. As such, the producers of other products, including dairy products, allegedly, do not suffer as a result.

[11] The encouraging results of the test-marketing plan led Danone to decide to construct the addition to its Boucherville, Quebec plant to allow it to produce DanActive domestically. Danone plans construction to begin in 2010, with completion scheduled for 2011. This new facility would provide a market for new purchases of Quebec milk, and provide new jobs in Boucherville and throughout Canada.

[12] In May, 2008, the CBSA informed Danone that the 2006 ruling was under review and requested infor-

2202.90.49.00 [*Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36, Annexe], qui vise une « boisson contenant du lait ». Sous ce classement, il n’y a aucun contingent tarifaire puisque DanActive bénéficie d’un accès en franchise de droits à titre de produit originaire d’un pays partie à l’ALÉNA (*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2). Se fiant au fait que les droits imposés à l’importation de DanActive des États-Unis ne seraient pas prohibitifs, Danone a commencé à mettre en œuvre son plan pilote de commercialisation et à importer et vendre DanActive au Canada en 2007.

#### La décision anticipée de 2008

[10] Selon Danone, le plan pilote de commercialisation a été couronné de succès. Danone y a consacré des millions de dollars en 2006 et 2007, et elle affirme que DanActive a atteint le seuil de rentabilité en 2008 et devrait générer des profits en 2009. En outre, Danone prévoit que les ventes et les profits continueront de croître dans des mesures appréciables pendant plusieurs années après 2009. Danone affirme aussi que les ventes de DanActive rapportent des profits importants aux détaillants, en partie parce que les consommateurs ne réduisent généralement pas leurs achats d’autres aliments lorsqu’ils achètent DanActive : en effet, les consommateurs qui achètent DanActive ne le considèrent pas comme un produit utilisé pour les repas ou les collations, mais plutôt comme un petit supplément nutritionnel. Ainsi, les producteurs d’autres produits, dont les produits laitiers, n’en subiraient aucune conséquence négative.

[11] Les résultats encourageants du plan pilote de commercialisation ont amené Danone à décider de construire le rajout à son usine de Boucherville, au Québec, afin qu’elle puisse produire DanActive au Canada. Danone prévoit entreprendre la construction en 2010, et la parachever en 2011. Ce nouvel établissement créerait un nouveau débouché pour le lait québécois ainsi que de nouveaux emplois à Boucherville et partout au Canada.

[12] En mai 2008, l’ASFC a informé Danone que la décision de 2006 faisait l’objet d’un réexamen et lui a

mation from Danone. On October 27, 2008, the CBSA sent Danone notice of advance ruling 232911 (2008 ruling). This notice informed Danone that the CBSA was revoking the 2006 ruling and replacing it with one classifying DanActive as a “yogourt” under tariff heading 0403.10. The 2008 ruling becomes effective January 27, 2009.

[13] This new classification imposes an import quota of 330 tonnes. Companies that possess an allocation of this quota may import yogourt from the U.S. duty free. Any imports of DanActive under the 2008 ruling that do not possess a quota allocation will be assessed a duty of 237.5%, which would impose such a prohibitive cost for DanActive as to preclude it from being sold in Canada.

[14] Danone does not possess any quota for imports because it relied on the 2006 ruling that assured them that a quota allocation would not be required for DanActive imports. Danone asserts that it will be unable to import any DanActive following the implementation of the 2008 ruling. Moreover, even if Danone possessed some of the 330 tonnes of quota already allotted, it would not be enough for Danone’s needs, which require substantially more to meet 2009 consumer demand.

### III. Analysis

Does the Federal Court have jurisdiction to judicially review the 2008 ruling, and thereby is enabled to grant an extension of time to file an application for judicial review?

[15] The *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1 (the Act), provides a comprehensive statutory scheme of review that ousts Federal Court judicial review jurisdiction. In *Abbott Laboratories, Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2004 FC 140, 246 F.T.R. 128, Justice François Lemieux found that a comprehensive statutory scheme to review decisions made under the *Customs Act*, expressed Parliament’s intention to oust

demandé des renseignements. Le 27 octobre 2008, l’ASFC a avisé Danone de la décision anticipée 232911 (la décision de 2008). Cet avis informait Danone que l’ASFC annulait la décision de 2006 et la remplaçait par une décision qui classait DanActive comme un « yoghourt » sous la position tarifaire 0403.10. La décision de 2008 prend effet le 27 janvier 2009.

[13] Ce nouveau classement impose un contingent d’importation de 330 tonnes. Les sociétés qui possèdent une attribution de ce contingent peuvent importer du yoghourt des États-Unis en franchise de droits. Toutes les importations de DanActive visées par la décision de 2008 qui ne bénéficient pas d’une attribution de contingent se verront imposer des droits de 237,5 %, ce qui constituerait un coût prohibitif au point d’empêcher la vente de DanActive au Canada.

[14] Danone ne possède aucun contingent d’importation parce qu’elle s’est fiée à la décision de 2006 qui l’assurait qu’aucune attribution de contingent ne serait nécessaire pour les importations de DanActive. Danone affirme qu’elle ne pourra importer aucun DanActive à la suite de la prise d’effet de la décision de 2008. En outre, même si Danone possédait quelque 330 tonnes de contingent déjà attribué, cela ne suffirait pas à répondre aux besoins de Danone, qui a besoin de beaucoup plus que cela pour répondre à la demande des consommateurs en 2009.

### III. Analyse

La Cour fédérale a-t-elle compétence pour procéder au contrôle judiciaire de la décision de 2008 et, partant, pour accorder une prorogation du délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire?

[15] La *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la Loi), établit un régime législatif complet de réexamen qui fait échec à la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire. Dans *Abbott Laboratories, Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2004 CF 140, le juge François Lemieux a statué qu’un régime législatif complet de réexamen des décisions rendues en vertu de la *Loi sur les douanes*

judicial review by the Federal Court (at paragraphs 38–39):

This case may be unique by the presence of three privative clauses in the review structure provided by sections 59 through 68 of the Act. Under those provisions, Ross Le Clair’s decisions may be reviewed only through the process of further redetermination by the Commissioner. The Commissioner’s redetermination is to be set aside or otherwise dealt with only by the CITT and the CITT’s decision may be appealed only on a question of law to the Federal Court of Appeal.

I cannot think how Parliament’s intention, by enacting this structure, could have been expressed in clearer terms. Parliament wanted the administrative, quasi-judicial and judicial review system to be followed to the exclusion of any other paths of review or appeal. This structure includes bodies with recognized expertise in the subject matter with the Commissioner and the CITT. Moreover, it is the Federal Court of Appeal and not the Federal Court which supervises the CITT in judicial review matters pursuant to paragraph 28(1)(b) of the *Federal Court Act*.

[16] As in *Abbott Laboratories*, in the case at bar, there is a comprehensive statutory scheme to review advance rulings and their revocation. It is comprehensive because subsection 60(2) [as am. by S.C. 2001, c. 25, s. 42] of the Act provides for a review of an advance ruling made under section 43.1 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 87; 1996, c. 33, s. 33; 1997, c. 14, s. 39; 2001, c. 25, s. 36; c. 28, s. 28; 2004, c. 16, s. 6(F); 2005, c. 38, s. 71] of the Act. The President of the CBSA, as represented by an appeals officer, under paragraph 60(4)(b) [as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166; 2001, c. 25, s. 42(F); 2005, c. 38, s. 85] of the Act must affirm, revise or reverse the advance ruling. Section 62 [as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166] directs that such a decision made by an appeals officer under section 60 [as am. *idem*; 2001, c. 25, s. 42; 2005, c. 38, s. 85] of the Act may only be appealed to the Canadian International Trade Tribunal (CITT). Finally, section 68 [as am. by S.C. 1995, c. 41, s. 20; 2005, c. 38, s. 85] directs that decisions of the CITT may only be appealed to the Federal Court of Appeal on a question of law.

[17] The comprehensiveness of the statutory scheme is sufficient, under the holding of *Abbott Laboratories*, to oust Federal Court jurisdiction. The fact that Danone

exprimait l’intention du législateur de faire échec à la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire (aux paragraphes 38 et 39) :

La présente affaire est peut-être unique parce que le mécanisme de révision prévu aux articles 59 à 68 de la Loi prévoit trois clauses privatives. D’après ces dispositions, les décisions de Ross Le Clair ne peuvent être révisées que par un réexamen effectué par le commissaire. Seul le TCCE peut annuler ou modifier le réexamen du commissaire et la décision du TCCE peut faire l’objet d’un appel devant la Cour d’appel fédérale, mais uniquement sur une question de droit.

Je ne pense pas qu’en adoptant cette structure, le législateur aurait pu exprimer son intention plus clairement. Le législateur voulait que les intéressés utilisent les recours administratifs, quasi judiciaires et judiciaires à l’exclusion de toute autre voie de révision ou d’appel. Cette structure comprend des organismes, comme le commissaire et le TCCE, qui possèdent une expertise reconnue dans le domaine. En outre, c’est la Cour d’appel fédérale et non pas la Cour fédérale qui exerce un pouvoir de surveillance judiciaire sur le TCCE, conformément à l’alinéa 28(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[16] Tout comme dans *Abbott Laboratories*, en l’espèce, il existe un régime législatif complet de réexamen et d’annulation des décisions anticipées. Ce régime est complet parce que le paragraphe 60(2) [mod. par L.C. 2001, ch. 25, art. 42] de la Loi prévoit la révision d’une décision anticipée prise en application de l’article 43.1 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 87; 1996, ch. 33, art. 33; 1997, ch. 14, art. 39; 2001, ch. 25, art. 36; ch. 28, art. 28; 2004, ch. 16, art. 6(F); 2005, ch. 38, art. 71] de la Loi. En vertu de l’alinéa 60(4)(b) [mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166; 2001, ch. 25, art. 42(F); 2005, ch. 38, art. 85], le président de l’ASFC, représenté par un agent d’appel, doit confirmer, modifier ou annuler la décision anticipée. Selon l’article 62 [mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166], une telle décision prise par un agent d’appel en vertu de l’article 60 [mod., *idem*; 2001, ch. 25, art. 42; 2005, ch. 38, art. 85] de la Loi ne peut faire l’objet d’un appel que devant le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE). Enfin, l’article 68 [mod. par L.C. 1995, ch. 41, art. 20; 2005, ch. 38, art. 85] dispose que les décisions du TCCE ne peuvent faire l’objet d’un appel devant la Cour d’appel fédérale que sur une question de droit.

[17] Le caractère complet du régime législatif est suffisant, suivant la décision *Abbott Laboratories*, pour faire échec à la compétence de la Cour fédérale. Le fait

has already made an application under subsection 60(2) of the Act to appeal the 2008 ruling indicates that it has already taken steps to protect its rights. Danone cannot seek to avoid the Act's comprehensive and multi-stage review process by applying for judicial review in this Court (*1099065 Ontario Inc. v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 1263, 301 F.T.R. 291, affd 2008 FCA 47, 375 N.R. 368) (at paragraphs 36–37):

At the end of the day, it seems that the fundamental basis for OSS' unwillingness to avail itself of the *Customs Act* review process is its reluctance to go through the various levels of review provided for in the legislation, and its desire to have its issues adjudicated now by the Federal Court.

With respect, a party's preference as to forum is not sufficient to override the clearly expressed will of Parliament that cases of this nature be determined elsewhere.

To allow the judicial review application in Federal Court would also result in a multiplicity of proceedings.

[18] Even if the statutory scheme is not sufficient to oust the Federal Court's jurisdiction, section 18.5 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act* ousts Federal Court jurisdiction. Section 18.5 ousts Federal Court jurisdiction to the extent an administrative decision may be appealed under a statutory scheme created under an Act of Parliament:

**18.5** Despite sections 18 and 18.1, if an Act of Parliament expressly provides for an appeal to the Federal Court, the Federal Court of Appeal, the Supreme Court of Canada, the Court Martial Appeal Court, the Tax Court of Canada, the Governor in Council or the Treasury Board from a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act.

As stated above, decisions under section 43.1 of the Act may be reviewed by an appeals officer, whose decision may in turn be reviewed by the CITT. Finally,

que Danone ait déjà fait une demande en vertu du paragraphe 60(2) de la Loi pour interjeter appel de la décision de 2008 indique qu'elle a déjà pris des mesures pour protéger ses droits. Danone ne peut pas contourner le processus multi-étapes de réexamen complet en demandant à la Cour de procéder à un contrôle judiciaire (*1099065 Ontario Inc. c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 1263, conf. par 2008 CAF 47) (aux paragraphes 36 et 37) :

À la fin de la journée, il est apparu que la principale raison pour laquelle OSS refusait de se prévaloir du processus d'examen prévu dans la *Loi sur les douanes* était sa réticence à suivre les différentes procédures d'examen prévues dans la Loi et son désir de voir ces questions tranchées par la Cour fédérale dès maintenant.

En toute déférence, les préférences d'une partie quant au choix du forum ne sont pas un motif suffisant pour justifier de contourner l'intention clairement exprimée du Parlement que de tels litiges soient instruits devant un autre tribunal.

Permettre le contrôle judiciaire par la Cour fédérale entraînerait aussi une multiplicité d'instances.

[18] Même à supposer que le régime législatif ne soit pas suffisant pour faire échec à la compétence de la Cour fédérale, l'article 18.5 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales* a cet effet. En effet, l'article 18.5 écarte la compétence de la Cour fédérale dans la mesure où une décision administrative peut faire l'objet d'un appel en vertu d'un régime législatif créé par une loi du Parlement :

**18.5** Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, les décisions prises en application de l'article 43.1 peuvent être réexaminées par un agent d'appel, dont la décision peut

decisions by the CITT may be reviewed by the Federal Court of Appeal.

[19] Since, in this case, any decision by an appeals officer is appealable under the statutory scheme set out in sections 58–68 of the Act, then section 18.5 of the *Federal Courts Act* operates to oust Federal Court jurisdiction.

What forum has the jurisdiction to issue an interlocutory injunction?

[20] While the Federal Court lacks jurisdiction to review appeal officer's decisions, the Federal Court appears to be the only forum with jurisdiction to issue an interlocutory injunction to stay the implementation of the 2008 advance ruling.

CBSA process

[21] Under section 16 of the *Tariff Classification Advance Rulings Regulations*, SOR/2005-256, an officer who makes the modification or revocation of an advance ruling may postpone its effective date for not more than 90 days:

**16.** (1) An officer shall postpone the effective date of a modification or revocation of an advance ruling for a period not exceeding 90 days where the person to whom the advance ruling was given demonstrates that the person has relied in good faith on that advance ruling to the person's detriment.

[22] The officer in this case postponed the effective date of the 2008 ruling for 90 days, until January 27, 2009. There does not seem to be any other jurisdiction for the CBSA to postpone or stay the implementation of the 2008 ruling.

[23] According to Memorandum D11-11-3 [Advance Rulings for Tariff Classification, April 1, 2003 (Memo D11-11-3)], the usual process in a situation where an importer disputes an advance ruling is to submit an appeal. Memo D11-11-3 describes the situation most applicable to Danone:

à son tour être réexaminée par le TCCE. Enfin, les décisions du TCCE peuvent être réexaminées par la Cour d'appel fédérale.

[19] Puisqu'en l'espèce toute décision d'un agent d'appel peut faire l'objet d'un appel en vertu du régime législatif établi aux articles 58 à 68 de la Loi, l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* a pour effet de faire échec à la compétence de la Cour fédérale.

Quel organisme a compétence pour accorder une injonction interlocutoire?

[20] Bien qu'elle n'ait pas compétence pour contrôler les décisions des agents d'appel, la Cour fédérale semble être le seul organisme compétent pour accorder une injonction interlocutoire suspendant l'exécution de la décision anticipée de 2008.

Le processus de l'ASFC

[21] Aux termes de l'article 16 du *Règlement sur les décisions anticipées en matière de classement tarifaire*, DORS/2005-256, l'agent qui modifie ou annule une décision anticipée peut en reporter la prise d'effet d'au plus 90 jours :

**16.** (1) L'agent reporte, d'au plus quatre-vingt-dix jours, la prise d'effet de la modification ou de l'annulation de la décision anticipée dans le cas où le destinataire de celle-ci démontre qu'il s'est fondé de bonne foi, à son détriment, sur la décision.

[22] En l'espèce, l'agent a reporté la date de prise d'effet de la décision de 2008 de 90 jours, soit jusqu'au 27 janvier 2009. L'ASFC ne semble avoir aucune autre compétence pour reporter ou suspendre l'exécution de la décision de 2008.

[23] D'après le Mémoire D11-11-3 [Décisions anticipées en matière de classement tarifaire, 1<sup>er</sup> avril 2003 (mémo D11-11-3)], le processus habituel dans une situation où un importateur conteste une décision anticipée consiste à interjeter un appel. Le mémo D11-11-3 décrit la situation qui s'applique le mieux à Danone :

37. Disputing an advance ruling may involve any of the following scenarios:

...

(c) The client has imported goods in accordance with an advance ruling that is in dispute under subsection 60(2) of the Act and has had no subsequent subsection 59(2) notice resulting from adjustment activity. Clients may file a refund application under section 74 of the Act either to obtain a refund after receiving a favourable advance ruling decision or for the CBSA to hold in abeyance pending the dispute outcome.

[24] While an appeal is pending, an importer should act in accordance with the disputed advance ruling by paying the duties due. As explained in Memo D11-11-3, at paragraphs 49–51, should an importer be successful in the appeal to the appeals officer, the importer is able to claim a refund on all duties paid.

[25] In Danone’s case, should the appeals officer not make a decision by January 27, 2009, the effective date of the 2008 ruling, then Danone must begin paying a 237.5% duty on imports of DanActive. Should Danone later be successful on appeal, it could then apply for a refund pursuant to section 74 [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 98; 1996, c. 33, s. 36; 1997, c. 14, s. 43; c. 36, s. 175; 1999, c. 31, s. 71(F); 2001, c. 25, s. 51; 2002, c. 22, s. 337] of the Act. Even before the issuance of a decision, however, Danone may still apply for a refund, but ask that the CBSA hold the request in abeyance until the issuance of the appeal decision.

#### The CITT

[26] Under subsection 67(1) [as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 169; 2001, c. 25, s. 48(F); 2005, c. 38, s. 85] of the Act, an appeals officer’s decision may be appealed to the CITT: Once seized of the appeal, the CITT then has jurisdiction to grant interlocutory relief [at paragraph 67(3)]:

67. (1) ...

37. La contestation d’une décision anticipée peut correspondre à un des scénarios suivants :

[...]

c) Le client a importé des marchandises conformément à une décision anticipée qui est contestée en vertu du paragraphe 60(2) de la *Loi* et n’a pas reçu de notification subséquente en vertu du paragraphe 59(2) découlant d’une activité de rajustement. Le client peut présenter une demande de remboursement en vertu de l’article 74 de la *Loi* pour obtenir un remboursement après avoir reçu une décision anticipée favorable ou pour que l’ASFC laisse l’affaire en suspens en attendant le résultat de la contestation.

[24] Pendant qu’un appel est en instance, l’importateur doit agir en conformité avec la décision anticipée contestée en payant les droits exigés. Comme l’explique le mémo D11-11-3, aux paragraphes 49 à 51, si l’agent d’appel fait droit à l’appel de l’importateur, celui-ci peut réclamer un remboursement de tous les droits payés.

[25] Dans le cas de Danone, si l’agent d’appel ne prend pas de décision avant le 27 janvier 2009, date de prise d’effet de la décision de 2008, Danone devra alors commencer à payer des droits de 237,5 % sur les importations de DanActive. Si Danone obtient plus tard gain de cause en appel, elle pourra alors demander un remboursement en vertu de l’article 74 [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 98; 1996, ch. 33, art. 36; 1997, ch. 14, art. 43; ch. 36, art. 175; 1999, ch. 31, art. 71(F); 2001, ch. 25, art. 51; 2002, ch. 22, art. 337] de la *Loi*. Même avant le prononcé de la décision, Danone peut toutefois demander un remboursement; elle doit alors demander à l’ASFC de mettre la demande en suspens jusqu’au prononcé de la décision statuant sur l’appel.

#### Le TCCE

[26] Aux termes du paragraphe 67(1) [mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 169; 2001, ch. 25, art. 48(F); 2005, ch. 38, art. 85] de la *Loi*, la décision d’un agent d’appel peut faire l’objet d’un appel devant le TCCE. Une fois saisi de l’appel, le TCCE a alors compétence pour accorder une réparation interlocutoire [au paragraphe 67(3)] :

67. (1) [...]

(3) On an appeal under subsection (1), the Canadian International Trade Tribunal may make such order, finding or declaration as the nature of the matter may require, and an order, finding or declaration made under this section is not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by section 68.

[27] *The Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 sets out the CITT's duties and functions:

16. The duties and functions of the Tribunal are to

...

(c) hear, determine and deal with all appeals that, pursuant to any other Act of Parliament or regulations thereunder, may be made to the Tribunal, and all matters related thereto; and

(d) exercise and perform such other duties or functions that, pursuant to any other Act of Parliament or regulations thereunder, shall or may be exercised or performed by the Tribunal.

[28] The CITT's duties are only engaged upon initiation of an appeal of the appeals officer's decision and not before.

#### Federal Court of Appeal

[29] Subsection 67(3) of the *Customs Act* requires that appeals of CITT decisions be exclusively reviewed according to section 68 of this Act. Subsection 68(1) allows appeals of CITT decisions to the Federal Court of Appeal. Under subsection 68(2), the Federal Court of Appeal "may dispose of an appeal by making such order or finding as the nature of the matter may require or by referring the matter back to the Canadian International Trade Tribunal for re-hearing."

[30] The jurisdiction of the Federal Court of Appeal over appeals from CITT decisions is confirmed by subsection 28(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35] of the *Federal Courts Act*:

28. (1) The Federal Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of any of the following federal boards, commissions or other tribunals:

(3) Le Tribunal canadien du commerce extérieur peut statuer sur l'appel prévu au paragraphe (1), selon la nature de l'espèce, par ordonnance, constatation ou déclaration, celles-ci n'étant susceptibles de recours, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues à l'article 68.

[27] *La Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47 énonce la mission du TCCE :

16. Le Tribunal a pour mission

[...]

c) de connaître de tout appel pouvant y être interjeté en vertu de toute autre loi fédérale ou de ses règlements et des questions connexes;

d) d'exercer les attributions qui lui sont conférées en vertu de toute autre loi fédérale ou de ses règlements.

[28] La mission du TCCE ne commence que lorsqu'un appel est interjeté de la décision de l'agent d'appel, et pas avant.

#### Cour d'appel fédérale

[29] Le paragraphe 67(3) de la *Loi sur les douanes* exige que les appels des décisions du TCCE soient examinés en conformité avec l'article 68 de la Loi. Le paragraphe 68(1) permet les appels des décisions du TCCE devant la Cour d'appel fédérale. En vertu du paragraphe 68(2), la Cour d'appel fédérale « peut statuer sur le recours, selon la nature de l'espèce, par ordonnance ou constatation, ou renvoyer l'affaire au Tribunal canadien du commerce extérieur pour une nouvelle audience ».

[30] Le paragraphe 28(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales* confirme la compétence de la Cour d'appel fédérale pour statuer sur les appels des décisions du TCCE :

28. (1) La Cour d'appel fédérale a compétence pour connaître des demandes de contrôle judiciaire visant les offices fédéraux suivants :

...

[...]

(e) the Canadian International Trade Tribunal established by the *Canadian International Trade Tribunal Act*;

e) le Tribunal canadien du commerce extérieur constitué par la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*;

[31] The *Federal Courts Act* does not, however, grant the Federal Court of Appeal jurisdiction to issue an interlocutory injunction before an application for judicial review of a CITT decision has been made.

[31] La *Loi sur les Cours fédérales* ne confère toutefois pas compétence à la Cour fédérale pour accorder une injonction interlocutoire avant qu'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du TCCE ait été faite.

[32] It is only after an appeal officer's decision is made that the Federal Court of Appeal has jurisdiction. Since section 28 of the *Federal Courts Act* operates as an exception to section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, whereby the Federal Court is given exclusive supervisory jurisdiction over all federal boards, commissions and other tribunals, it should be interpreted narrowly. While the Federal Court of Appeal has jurisdiction to judicially review decisions by the CITT, subsection 28(3) [as am. *idem*, s. 35] of the *Federal Courts Act* ousts Federal Court jurisdiction in the context of an application for judicial review.

[32] Ce n'est qu'après que la décision d'un agent d'appel est prise que la Cour d'appel fédérale a compétence. Puisque l'article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales* constitue une exception à l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui confère à la Cour fédérale une compétence de surveillance exclusive à l'égard de tout office fédéral, il faut l'interpréter restrictivement. La Cour d'appel fédérale a compétence pour procéder au contrôle judiciaire des décisions du TCCE, mais le paragraphe 28(3) [mod., *idem*, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales* écarte cette compétence dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire.

[33] In this case, as there is no existing application for judicial review, subsection 28(3) of the *Federal Courts Act* does not operate to deprive the Federal Court of jurisdiction.

[33] En l'espèce, puisqu'il n'y a aucune demande de contrôle judiciaire existante, le paragraphe 28(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* n'a pas pour effet de priver la Cour fédérale de sa compétence.

### Federal Court

### Cour fédérale

[34] While the Federal Court lacks jurisdiction to review an appeal officer's decisions, it does have jurisdiction to issue interlocutory injunctions to stay the implementation of an appeal officer's decision. In *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, the Supreme Court of Canada set out the three requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court [at page 766]:

[34] Bien qu'elle n'ait pas compétence pour contrôler les décisions d'un agent d'appel, la Cour fédérale a compétence pour accorder des injonctions interlocutoires afin de suspendre l'exécution de la décision d'un agent d'appel. Dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, la Cour suprême du Canada a énoncé les trois conditions qui doivent être remplies pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale [à la page 766] :

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

3. The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

3. La loi invoquée dans l'affaire doit être « une loi du Canada » au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

(a) Federal statutory grant of jurisdiction: Section 44 of the *Federal Courts Act*

a) Attribution de compétence par une loi fédérale : article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales*

[35] The Federal Court has residual jurisdiction under section 44 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 41] of the *Federal Courts Act* to grant an injunction. In *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626 (more recently, *Canada (Human Rights Commission) v. Winnicki*, 2005 FC 1493, [2006] 3 F.C.R. 446), the majority found that the Federal Court has residual jurisdiction to grant a free-standing injunction even if the final disposition of a dispute is left to an administrative decision maker and is not before the Court.

[35] L'article 44 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 41] de la *Loi sur les Cours fédérales* attribuée à la Cour fédérale une compétence résiduelle pour accorder une injonction. Dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626 (plus récemment, *Canada (Commission des droits de la personne) c. Winnicki*, 2005 CF 1493, [2006] 3 R.C.F. 446), la majorité a jugé que la Cour fédérale a une compétence résiduelle pour accorder une injonction autonome même si la décision définitive relative au différend est laissée à un décideur administratif et la Cour n'est pas saisie du différend.

[36] Writing for the majority of the Supreme Court of Canada, Justice Michel Bastarache found that the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, did not grant the Human Rights Tribunal the power to issue injunctions. Notwithstanding the lack of a grant of jurisdiction in the Human Rights Act, Justice Bastarache found that the wording of section 44 of the *Federal Courts Act* [then called the *Federal Court Act*] indicated that Parliament intended to grant the Federal Court a general administrative jurisdiction over federal tribunals (at paragraphs 36–37):

[36] S'exprimant au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada, le juge Michel Bastarache a jugé que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, ne conférait pas au Tribunal des droits de la personne le pouvoir d'accorder des injonctions. Malgré l'absence d'une attribution de compétence aux termes de la *Loi sur les droits de la personne*, le juge Bastarache a estimé que le libellé de l'article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales* [alors la *Loi sur la Cour fédérale*] indiquait que le Parlement avait voulu conférer à la Cour fédérale une compétence administrative générale sur les tribunaux administratifs fédéraux (aux paragraphes 36 et 37) :

As is clear from the face of the *Federal Court Act*, and confirmed by the additional role conferred on it in other federal Acts, in this case the *Human Rights Act*, Parliament intended to grant a general administrative jurisdiction over federal tribunals to the Federal Court. Within the sphere of control and exercise of powers over administrative decision-makers, the powers conferred on the Federal Court by statute should not be interpreted in a narrow fashion. This means that where an issue is clearly related to the control and exercise of powers of an administrative agency, which includes the interim measures to regulate disputes whose final disposition is left to an administrative decision-maker, the Federal Court can be considered to have a plenary jurisdiction.

Comme l'indique clairement le texte de la *Loi sur la Cour fédérale* et le confirme le rôle additionnel qui est confié à cette cour par d'autres lois fédérales, dans le présent cas la *Loi sur les droits de la personne*, le Parlement a voulu conférer à la Cour fédérale une compétence administrative générale sur les tribunaux administratifs fédéraux. Pour ce qui concerne son rôle de surveillance des décideurs administratifs, les pouvoirs confiés par une loi à la Cour fédérale à cet égard ne doivent pas être interprétés de façon restrictive. Cela signifie que, lorsqu'il s'agit d'une question relevant clairement de son rôle de surveillance d'un organisme administratif, ce qui inclut la prise de mesures provisoires visant à régir des différends dont l'issue finale est laissée au décideur administratif concerné, la Cour fédérale peut être considérée comme ayant plénitude de compétence.

In this case, I believe it is within the obvious intendment of the *Federal Court Act* and the *Human Rights Act* that s. 44 grant jurisdiction to issue an injunction in support of the latter. I reach this conclusion on the basis that the Federal Court does have the power to grant “other relief” in matters before the Human Rights Tribunal, and that fact is not altered merely because Parliament has conferred determination of the merits to an expert administrative decision-maker. As I have noted above, the decisions and operation of the Tribunal are subject to the close scrutiny and control of the Federal Court, including the transformation of the order of the Tribunal into an order of the Federal Court. These powers amount to “other relief” for the purposes of s. 44.

[37] In this case, the *Customs Act* also does not expressly or impliedly grant the Federal Court jurisdiction to issue an interlocutory injunction. As in *Canadian Liberty Net*, the disposition of the appeal is left to an administrative decision maker, the appeals officer. Moreover, the Federal Court already plays a role under the *Customs Act*. Under Part V.1 [ss. 97.21 to 97.58 (as enacted by S.C. 2001, c. 25, s. 58)] of the *Customs Act*, the Federal Court has jurisdiction over recovering payment of debts due under the *Customs Act*. These provisions demonstrate that the Federal Court does have a supervisory role in specific circumstances, which may qualify as the ability to grant “other relief” within the meaning of section 44 of the *Federal Courts Act*.

(b) An existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction

[38] Justice Bastarache set out the requirements of this branch in *Canadian Liberty Net* (at paragraph 43):

The requirement that there be valid federal law which nourishes the statutory grant of jurisdiction serves primarily to ensure that federal courts are kept within their constitutionally mandated sphere. As Wilson J. noted in *Roberts*, *supra*, the second and third requirements set out in *ITO*, *supra*, of a nourishing body of federal law, and its constitutional validity, go hand in hand (at p. 330):

En l’espèce, je suis d’avis qu’il ressort clairement de l’objet de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur les droits de la personne* que l’art. 44 confère à la Cour fédérale la compétence d’accorder une injonction dans le cadre de l’application de la *Loi sur les droits de la personne*. Je fonde cette conclusion sur le fait que la Cour fédérale a le pouvoir d’accorder toute « autre forme de réparation » dans les affaires soumises au Tribunal des droits de la personne, et que ce pouvoir n’est pas altéré du seul fait que le Parlement a confié à un décideur administratif spécialisé le rôle de statuer sur le fond de ces affaires. Comme je l’ai souligné plus tôt, les décisions et le fonctionnement du Tribunal sont assujettis de façon étroite aux pouvoirs de surveillance et de contrôle de la Cour fédérale, y compris son pouvoir de transformer les ordonnances du tribunal en ordonnances de la cour. Ces pouvoirs équivalent à une « autre forme de réparation » pour l’application de l’art. 44.

[37] En l’espèce, la *Loi sur les douanes* n’attribue pas non plus, ni expressément ni implicitement, compétence à la Cour fédérale pour accorder une injonction interlocutoire. Comme dans *Canadian Liberty Net*, la décision définitive relative à l’appel est laissée à un décideur administratif, soit l’agent d’appel. En outre, la Cour fédérale joue déjà un rôle sous le régime de la *Loi sur les douanes*. En effet, en vertu de la partie V.1 [art. 97.21 à 97.58 (édictees par L.C. 2001, ch. 25, art. 58)] de la *Loi sur les douanes*, la Cour fédérale a compétence quant au recouvrement des créances visées par la *Loi sur les douanes*. Ces dispositions démontrent que la Cour fédérale a effectivement un rôle de surveillance dans des circonstances précises, que l’on peut qualifier de pouvoir d’accorder « une autre forme de réparation » au sens de l’article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

b) Un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence

[38] Le juge Bastarache a exposé les exigences de ce volet du critère dans *Canadian Liberty Net* (au paragraphe 43) :

La condition relative à l’existence d’un ensemble de règles de droit fédérales constituant le fondement de l’attribution législative de compétence vise principalement à garantir le respect par les tribunaux fédéraux des limites constitutionnelles de leur compétence. Comme l’a souligné le juge Wilson dans *Roberts*, précité, les deuxième et troisième conditions énoncées dans l’arrêt *ITO*, précité — règles de droit fédérales servant de fondement et validité constitutionnelle de ces règles de droit — sont indispensables (aux pp. 330 et 331) :

While there is clearly an overlap between the second and third elements of the test for Federal Court jurisdiction, the second element, as I understand it, requires a general body of federal law covering the area of the dispute, i.e., in this case the law relating to Indians and Indian interests in reserve lands ... [Emphasis added.]

The dispute over which jurisdiction is sought must rely principally and essentially on federal law. If the dispute is only tangentially related to any corpus of federal law, then there is a possibility that assuming jurisdiction would take the Federal Court out of its constitutionally mandated role.

[39] Justice Bastarache found that the *Canadian Human Rights Act*, confined as it is to the federal jurisdiction over telephonic means of communication, provided the relevant federal law.

[40] In the present case, the *Customs Act* provides a body of federal law which nourishes the statutory grant of jurisdiction.

(c) The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867*

[41] The legislation in question must be validly within the jurisdiction of Parliament. In the *ITO* case, above, the Supreme Court of Canada found that Canadian maritime law and other laws dealing with navigation and shipping come within section 91, class 10 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], thus confirming federal legislative competence.

[42] In this case, the *Customs Act* comes under the “Regulation of Trade and Commerce” in section 91, class 2 of the *Constitution Act, 1867*, thus confirming federal legislative competence.

Bien qu’il y ait nettement un chevauchement entre les deuxième et troisième éléments du critère applicable pour établir la compétence de la Cour fédérale, le deuxième, tel que je le comprends, exige qu’il existe un ensemble de règles de droit fédérales applicables à l’objet de la contestation, en l’espèce le droit relatif aux Indiens et à leurs intérêts dans les terres des réserves ... [Je souligne.]

Le différend à l’égard duquel on plaide l’existence d’une compétence doit être principalement et essentiellement fondé sur des règles de droit fédérales. Si le différend ne se rattache qu’indirectement à un ensemble de règles de droit fédérales, il est alors possible que, en exerçant compétence, la Cour fédérale outre passe son rôle au regard de la Constitution.

[39] Le juge Bastarache a jugé que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, confinée comme elle l’est à la compétence fédérale sur les moyens de communication téléphonique, constituait la source du droit fédéral pertinent.

[40] En l’espèce, la *Loi sur les douanes* constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de l’attribution légale de compétence.

c) La loi invoquée dans l’affaire doit être « une loi du Canada » au sens où cette expression est employée à l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[41] La loi en cause doit relever d’un des champs de compétence du Parlement. Dans l’arrêt *ITO*, précité, la Cour suprême du Canada a jugé que le droit maritime canadien et d’autres lois relatives à la navigation et à la marine marchande relevaient du chef de compétence prévu à la catégorie 10 de l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], ce qui confirmait la compétence législative fédérale.

[42] En l’espèce, la *Loi sur les douanes* relève du chef de compétence « réglementation du trafic et du commerce » prévu à la catégorie 2 de l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce qui confirme la compétence législative fédérale.

Conclusion on the Federal Court's jurisdiction to issue interlocutory injunctions

[43] The Federal Court does not have jurisdiction to judicially review the 2008 ruling since there is a comprehensive statutory scheme setting out appeal and review of such decisions. The Federal Court, however, does have jurisdiction to issue an interlocutory injunction pending a decision by the administrative decision maker.

Should this Court grant an interim stay of the 2008 ruling?

[44] Given that this Court has jurisdiction to issue an interlocutory injunction, the question remains whether it is appropriate in the circumstances to do so. The test to be applied to determine whether the grant of an interim stay of an order is justified is set out in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311:

- (a) Is there a serious question to be tried?
- (b) Will the applicant suffer irreparable harm if the interim relief is not granted?
- (c) Which party will suffer the greater harm by virtue of the granting or refusal to grant the interim relief pending a decision on the merits (the “balance of convenience”)?

(a) Serious question

[45] In an application for an interim stay, there is a low threshold to be met by an applicant to demonstrate that there is a sufficiently serious question to be tried in the underlying issue. In *TPG Technology Consulting Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2007 FCA 219, 367 N.R. 47, the Federal Court of Appeal referred to *RJR — MacDonald* to explain the nature of the serious question inquiry [at paragraph 7]:

... there is a low threshold with respect to the determination of whether there is a serious issue to be tried and that if a preliminary assessment, and not a prolonged examination, of the

Conclusion au sujet de la compétence de la Cour fédérale pour accorder des injonctions interlocutoires

[43] La Cour fédérale n'a pas compétence pour procéder au contrôle judiciaire de la décision de 2008 puisqu'il existe un régime législatif complet prévoyant des appels et des réexamens de pareilles décisions. La Cour fédérale a toutefois compétence pour accorder une injonction interlocutoire en attendant une décision du décideur administratif.

La Cour devrait-elle accorder une suspension provisoire de la décision de 2008?

[44] Étant donné que la Cour a compétence pour accorder une injonction interlocutoire, il reste à savoir si une telle mesure est indiquée dans les circonstances. Le critère à appliquer pour déterminer si l'octroi d'une suspension provisoire d'une ordonnance est justifié est exposé dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 :

- a) Y-a-t-il une question sérieuse à juger?
- b) Le demandeur subira-t-il un préjudice irréparable si la réparation provisoire n'est pas accordée?
- c) Quelle partie subirait le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse la réparation provisoire en attendant une décision sur le fond (la prépondérance des inconvénients)?

a) Question sérieuse

[45] Dans une demande de suspension provisoire, le demandeur doit satisfaire à un critère peu exigeant pour démontrer que la cause sous-jacente soulève une question suffisamment sérieuse à juger. Dans *TPG Technology Consulting Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2007 CAF 219, la Cour d'appel fédérale a cité *RJR — MacDonald* pour expliquer la nature de l'analyse relative à l'existence d'une question sérieuse [au paragraphe 7] :

[TRADUCTION] [...] les exigences minimales sont très peu élevées lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a une question sérieuse à juger; ainsi, si une évaluation préliminaire, et non

merits of the issue reveals that it is neither frivolous nor vexatious, then the motions judge should proceed to consider the other two elements of the test.

[46] Justice Pierre Blais, then of the Federal Court, in *Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.*, 2006 FC 188, 47 C.P.R. (4th) 135, further clarified [at paragraph 7]:

It is not the job of the Court at this early stage of the proceedings to evaluate the merits of the issue but to establish, upon review of the record and submissions of parties, that the issue is not frivolous or vexatious.

[47] Danone argues that the 2008 ruling will impose significant damage because Danone acted upon the specific assurance that it could rely on the 2006 ruling. Furthermore, Danone argues that CBSA has refused to provide detailed reasons for the revocation and imposition of the new 2008 ruling.

[48] Danone asserts that there are indications that the 2008 ruling may have been the result of bias, improper influence, and/or ill-informed decision making. These assertions, according to Danone, may be mainly based on a November 26, 2008 meeting with CBSA where it was explained to Danone that the review was commenced as a result of “complaints” about DanActive imports, received from unnamed “industry” complainants (affidavit of Louis Frenette, applicant’s motion record, at page 9). The fact that “industry” complainants would have known the details of the 2006 ruling is troubling to Danone since Danone claims that all information regarding this ruling was to have been kept confidential. Danone alleges that CBSA disclosed its confidential information. Danone, thereby claims, that the above issues “clearly disclose” a number of serious legal questions.

[49] Under section 12 of the *Tariff Classification Advance Rulings Regulations*, SOR/2005-256 (TCARR), an officer may modify or revoke an advance ruling on certain grounds:

**12.** An officer may modify or revoke an advance ruling given in respect of goods

un long examen, du fond de la question révèle que celle-ci n’est pas futile ou vexatoire, le juge des requêtes devrait examiner les deux autres volets du critère.

[46] Dans *Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars Ltd.*, 2006 CF 188, le juge Pierre Blais, alors juge de la Cour fédérale, a précisé en outre [au paragraphe 7] :

Il n’appartient pas à la Cour, à ce stade peu avancé de l’instance, d’apprécier le bien-fondé de la question; il s’agit plutôt d’établir, sur examen du dossier et des prétentions des parties, que la question n’est pas futile ou vexatoire.

[47] Danone soutient que la décision de 2008 causera un dommage important parce qu’elle a agi sur la foi de l’assurance expresse qu’elle pouvait se fier à la décision de 2006. En outre, elle fait valoir que l’ASFC a refusé de lui fournir les motifs détaillés de l’annulation et de l’imposition de la nouvelle décision de 2008.

[48] Danone affirme qu’il y a des indications selon lesquelles la décision de 2008 a pu résulter de partialité, d’une influence indue et/ou d’une prise de décision mal éclairée. Ces affirmations, selon Danone, pourraient se fonder principalement sur une rencontre du 26 novembre 2008 avec l’ASFC au cours de laquelle il a été expliqué à Danone que le réexamen avait été entrepris à la suite de « plaintes » au sujet des importations de DanActive, reçues de plaignants non nommés de « l’industrie » (affidavit de Louis Frenette, dossier de requête de la demanderesse, à la page 9). Danone trouve troublant que des plaignants de « l’industrie » aient connu les détails de la décision de 2006 puisque, selon elle, tous les renseignements relatifs à cette décision devaient être considérés comme confidentiels. Elle allègue que l’ASFC a divulgué ses renseignements confidentiels. Ainsi, Danone soutient que les questions qui précèdent « révèlent clairement » plusieurs questions juridiques sérieuses.

[49] En vertu de l’article 12 du *Règlement sur les décisions anticipées en matière de classement tarifaire*, DORS/2005-256 (le Règlement), un agent peut modifier ou annuler une décision anticipée pour certains motifs :

**12.** L’agent peut modifier ou annuler la décision anticipée dans les cas suivants :

(a) if the advance ruling is based on an error of fact or in the tariff classification of the goods;

(b) to conform with a decision of a Canadian court or tribunal or a change in the laws of Canada;

(c) if there is a change in the material facts or circumstances on which the advance ruling is based; or

(d) if the Commissioner revises an advance ruling under paragraph 60(4)(b) of the Act.

a) la décision est fondée soit sur une erreur de fait, soit sur une erreur dans le classement tarifaire des marchandises;

b) la décision doit se conformer à la décision d'un tribunal canadien ou à une modification législative au Canada;

c) les faits ou circonstances essentiels sur lesquels est fondée la décision changent;

d) le commissaire modifie la décision anticipée en application de l'alinéa 60(4)b) de la Loi.

[50] Moreover, under section 7 of the TCARR, an officer shall provide the reasons for an advance ruling.

[50] En outre, en vertu de l'article 7 du Règlement, l'agent doit motiver ses décisions anticipées.

[51] In its reasons, the 2008 ruling invokes an error in tariff classification of the goods. The 2008 ruling states as its reasons, that, “[u]n examen détaillé du SRT# 219663 [2006 Ruling], boisson probiotique Danactive, émis le 16 novembre 2006, sous la sous-position SH 2202.90, a déterminé que ce classement est inexact” (applicant’s motion record, at page 34). It continues, “[u]ne analyse en laboratoire a établi que le produit en question est du yoghourt liquide. Le yoghourt est prévu sous la position 04.03”.

[51] Les motifs de la décision de 2008 invoquent une erreur dans le classement tarifaire des marchandises. La décision de 2008 énonce comme motifs qu’« [u]n examen détaillé du SRT#219663 [la décision de 2006], boisson probiotique Danactive, émis le 16 novembre 2006, sous la sous-position SH 2202.90, a déterminé que ce classement est inexact » (dossier de requête de la demanderesse, à la page 34). La décision poursuit en énonçant qu’« [u]ne analyse en laboratoire a établi que le produit en question est du yoghourt liquide. Le yoghourt est prévu sous la position 04.03 ».

[52] The 2008 ruling goes on to explain the misclassification that led to the revocation of the 2006 ruling. The 2008 ruling quotes the tariff definition of yogourt under classification 04.03, then shows through the explanatory notes of chapters 22 and 4 how DanActive was never meant to be classified under 22.02:

[52] La décision de 2008 explique ensuite l'erreur de classement qui a mené à l'annulation de la décision de 2006. La décision de 2008 cite la définition tarifaire du yoghourt sous la position 04.03, et démontre ensuite au moyen des notes explicatives des chapitres 22 et 4 que DanActive n'aurait jamais dû être classé sous la position 22.02 :

La Note explicative du Chapitre 22 énonce : « Ne sont pas compris dans ce Chapitre : a) Les produits laitiers liquides du Chapitre 4. » La Note explicative de la position 22.02 énonce : « Sont exclus de la présente position : a) le yoghourt à l'état liquide et les autres laits et crèmes fermentés ou acidifiés, additionnés de cacao, de fruits ou d'aromatisants (n° 04.03). »

La Note explicative du Chapitre 22 énonce : « Ne sont pas compris dans ce Chapitre : a) Les produits laitiers liquides du Chapitre 4. » La Note explicative de la position 22.02 énonce : « Sont exclus de la présente position : a) le yoghourt à l'état liquide et les autres laits et crèmes fermentés ou acidifiés, additionnés de cacao, de fruits ou d'aromatisants (n° 04.03). »

La Note explicative de la position 04.03 énonce : « les produits de la présente position peuvent se présenter à l'état liquide, pâteux ou solide (y compris congelé) et être concentrés (...) ou conservées (...). Les produits de la présente position peuvent être additionnés de sucre ou d'autres édulcorants, d'aromatisants, de fruits (y compris les pulpes et confitures) ou de cacao.

La Note explicative de la position 04.03 énonce : « les produits de la présente position peuvent se présenter à l'état liquide, pâteux ou solide (y compris congelé) et être concentrés (...) ou conservées (...). Les produits de la présente position peuvent être additionnés de sucre ou d'autres édulcorants, d'aromatisants, de fruits (y compris les pulpes et confitures) ou de cacao.

[53] Danone claims that CBSA has refused to release their laboratory analysis of DanActive that led to its reclassification as a liquid yogurt. CBSA has cited this laboratory analysis as the basis for its 2008 ruling. CBSA's refusal to disclose this laboratory analysis to Danone constitutes a failure to provide adequate reasoning for its decision, thus raising a serious legal question.

Conclusion on serious question

[54] On a motion for interlocutory injunction, the Court does not have to decide on the merits of the legal argument, but merely whether there is one for serious consideration. In this case, the lack of disclosure of the laboratory results upon which the CBSA based its 2008 ruling raises a serious legal question of whether the 2008 ruling provided adequate reasons.

(a) Irreparable harm

[55] In *RJR — MacDonald*, the Supreme Court of Canada explained the “irreparable harm” test as follows [at page 341]:

At this stage the only issue to be decided is whether a refusal to grant relief could so adversely affect the applicants' own interests that the harm could not be remedied if the eventual decision on the merits does not accord with the result of the interlocutory application.

[56] Permanent market loss or irrevocable damage to business reputation could be considered irreparable harm (*RJR — MacDonald*, above, at page 341; reference is also made to *TPG Technology*, above, at paragraph 23). Moreover, a product's relatively abrupt removal from the market is likely to “permanently tarnish” the relationship between the manufacturer and its clients (*Remo Imports*, above, at paragraph 19).

[57] The imposition of the 2008 ruling by CBSA on January 27, 2009 will cause a number of permanent and irreversible effects on Danone that cannot be remedied

[53] Danone prétend que l'ASFC a refusé de communiquer son analyse de laboratoire de DanActive qui a mené au nouveau classement du produit comme yoghurt liquide. L'ASFC a cité cette analyse de laboratoire comme fondement de sa décision de 2008. Le refus de l'ASFC de communiquer l'analyse de laboratoire à Danone constitue un défaut de fournir des motifs adéquats à l'appui de sa décision, ce qui soulève une question juridique sérieuse.

Conclusion au sujet de l'existence d'une question sérieuse

[54] Dans le cadre d'une requête en injonction interlocutoire, la Cour n'a pas à statuer sur le bien-fondé de l'argumentation juridique, mais n'a qu'à déterminer s'il existe une question sérieuse à examiner. En l'espèce, la non-divulgence des résultats de laboratoire sur lesquels l'ASFC a fondé sa décision de 2008 soulève une question juridique sérieuse quant à savoir si la décision de 2008 est adéquatement motivée.

a) Préjudice irréparable

[55] Dans *RJR — MacDonald*, la Cour suprême du Canada a expliqué le critère du « préjudice irréparable » comme suit [à la page 341] :

À la présente étape, la seule question est de savoir si le refus du redressement pourrait être si défavorable à l'intérêt du requérant que le préjudice ne pourrait pas faire l'objet d'une réparation, en cas de divergence entre la décision sur le fond et l'issue de la demande interlocutoire.

[56] Une perte commerciale permanente ou un tort irrévocable à la réputation commerciale pourraient être considérés comme un préjudice irréparable (*RJR — MacDonald*, précité, à la page 341; voir aussi *TPG Technology*, précité, au paragraphe 23). En outre, le retrait relativement soudain d'un produit du marché est susceptible de « compromettre à jamais » les rapports entre le manufacturier et ses clients (*Remo Imports*, précité, au paragraphe 19).

[57] L'imposition de la décision de 2008 par l'ASFC le 27 janvier 2009 aura plusieurs conséquences permanentes et irréversibles pour Danone auxquelles il ne

even in the event of a ruling in its favour. Due to the prohibitive cost of importation, which will subject DanActive to a 237.5% duty, the implementation of the 2008 ruling will force Danone to cease sales of DanActive once existing supplies are exhausted.

[58] First, ceasing sales of DanActive during the test-marketing plan will destroy the customer loyalty that has been growing. Competitors would take up the market position, profitability and client attachment which Danone has earned.

[59] Second, considerable investments undertaken to build the brand would be permanently lost, as Danone would be unable to capitalize on the projected 2009 profits. Danone has invested millions of dollars in market studies, marketing, distribution, listing fees and regulatory approvals in order to bring DanActive to Canada as part of its test-marketing plan. Losses were naturally expected in the early years, but profits were projected to rise as marketing initiatives yielded sales growth. After breaking even in 2008, DanActive was projected to return a profit in 2009. Part of this profit would be then used to recoup the earlier losses. Without being able to market DanActive in 2009, Danone would effectively not be able to recoup these millions of dollars of investments. Even if Danone is ultimately successful on its appeal of the 2008 ruling, these profits will be lost.

[60] Finally, the abrupt withdrawal from the market of DanActive will cause permanent damage to Danone's market for its other products as well as its reputation with food retailers. According to Danone, 80% of Danone's products are sold by three major retailers. These retailers are satisfied with DanActive, as it yields a substantial profit margin for them. For manufacturers in the food industry, maintaining strong relationships with the retailers who directly provide their products to consumers, are essential to drive sales.

pourra pas être remédié même dans l'éventualité d'une décision en sa faveur. L'exécution de la décision de 2008 forcera Danone à cesser les ventes de DanActive après qu'elle aura épuisé ses stocks existants en raison du coût d'importation prohibitif, qui assujettira DanActive à des droits de 237,5 %.

[58] Premièrement, cesser les ventes de DanActive pendant la période visée par le plan pilote de commercialisation détruira la fidélité du consommateur qui est allée grandissante, et les concurrents s'approprient vraisemblablement la position sur le marché, les profits et l'attachement de la clientèle que Danone a acquis.

[59] Deuxièmement, les investissements considérables effectués pour bâtir la marque seraient irrémédiablement perdus, puisque Danone ne pourrait pas tirer parti des profits projetés pour 2009. Danone a investi des millions de dollars en études de marché, en commercialisation, en distribution, en frais de listage et en approbations réglementaires afin d'amener DanActive au Canada dans le cadre de son plan pilote de commercialisation. Des pertes étaient naturellement prévues au cours des premières années, mais on s'attendait à ce que les profits croissent à mesure que les initiatives de commercialisation entraîneraient une augmentation des ventes. Après l'atteinte du seuil de rentabilité en 2008, il était prévu que DanActive génère des profits en 2009. Une partie de ces profits servirait alors à compenser les pertes antérieures. Si elle ne peut pas commercialiser DanActive en 2009, Danone ne pourra pas récupérer ces millions de dollars d'investissements. Même si son appel de la décision de 2008 est finalement accueilli, ces profits seront perdus.

[60] Enfin, le retrait soudain de DanActive du marché causera un tort permanent au marché de Danone pour ses autres produits ainsi qu'à sa réputation auprès des détaillants alimentaires. D'après Danone, 80 % de ses produits sont vendus par trois grands détaillants. Ceux-ci sont satisfaits de DanActive, car ils obtiennent une marge de profit importante sur ce produit. Pour les manufacturiers dans le secteur de l'alimentation, maintenir des liens solides avec les détaillants qui fournissent leurs produits directement aux consommateurs est essentiel pour stimuler les ventes.

(b) Balance of convenience

[61] The Federal Court of Appeal, in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451, explained that where there is doubt as to whether or not irreparable harm will be visited upon the applicant, the analysis of which party would be more inconvenienced by the issuance of a stay, or lack thereof, can be a factor. This aspect of the test may include several factors, varying in each case. Two such factors include whether the interim stay preserves the *status quo* and whether it would be in the public interest to grant the interim stay. Whether the interest of the public, both of society in general and of particular identifiable groups, would be better served by either the granting or denial of an interim stay is also considered in weighing the balance of convenience.

[62] As outlined above, the implementation of the 2008 ruling on January 27, 2009 has the potential to cause irreparable harm to Danone. Conversely, granting the stay will maintain the *status quo*. The 2006 ruling has been in operation for the last two years, thus, the *status quo* for an interim period, does not tilt the balance in favour of the respondent(s). Furthermore, no threats to public health, safety, or well-being are alleged to result from the application of the 2006 ruling.

[63] A significant matter of public interest is the potential loss of jobs as a result of the ruling's imposition. Danone claims that even if the 2008 ruling is eventually set aside, the cessation of DanActive sales after January 27, 2009 would require Danone to reduce its sales and marketing staff in light of the loss of one of its most heavily promoted products. The Danone facility in Ohio from which DanActive is presently imported will have reduced staffing demands as the result of the loss of a major market; thus, both countries would suffer job losses in the present economic market. Finally, the planned project to construct a new production facility in Boucherville, Quebec, will be cancelled. This would represent a lost opportunity to create construction and maintenance jobs, as well as new permanent jobs in

b) La prépondérance des inconvénients

[61] Dans *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451, la Cour d'appel fédérale a expliqué qu'en cas de doute quant à savoir si le demandeur subira ou non un préjudice irréparable, l'analyse de la question de savoir quelle partie subirait le plus d'inconvénients du fait de l'octroi ou du refus de la suspension peut constituer un facteur à prendre en compte. Ce volet du critère peut comprendre plusieurs facteurs, qui varieront dans chaque cas. Deux de ces facteurs sont les questions de savoir si la suspension provisoire préserve le statu quo et s'il serait dans l'intérêt public d'accorder la suspension provisoire. La question de savoir si c'est l'octroi ou le refus d'une suspension provisoire qui servirait le mieux l'intérêt du public, à la fois la société en général et des groupes particuliers identifiables, est aussi examinée dans le cadre de l'analyse de la prépondérance des inconvénients.

[62] Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'exécution de la décision de 2008 le 27 janvier 2009 pourrait causer un préjudice irréparable à Danone. Inversement, l'octroi d'une suspension maintiendrait le statu quo. La décision de 2006 a été en vigueur au cours des deux dernières années, de sorte que le statu quo pour une période provisoire ne fait pas pencher la balance en faveur des défendeurs. En outre, il n'est pas allégué que l'application de la décision de 2006 menace la santé publique, la sécurité publique ou le bien-être de la population.

[63] Une importante question d'intérêt public est le risque de pertes d'emplois à la suite de l'imposition de la décision. Danone prétend que même si la décision de 2008 est annulée à l'avenir, la cessation des ventes de DanActive après le 27 janvier 2009 obligera Danone à réduire son personnel des ventes et de la commercialisation en raison de la perte d'un de ses produits faisant l'objet de la plus importante campagne de promotion. L'établissement de Danone en Ohio à partir duquel DanActive est actuellement importé aura besoin de moins d'employés comme conséquence de la perte d'un marché important; ainsi, les deux pays subiront des pertes d'emplois dans le marché économique actuel. Enfin, le projet de construction d'un nouvel établissement de production à Boucherville, au Québec, sera annulé, et ainsi sera

manufacturing, sales, and distribution at a critical juncture. Moreover, the building of the new production facility has the potential to source liquid milk from Quebec farmers; and, thus lend job security to that industry as well.

Should this Court order that the Danone's President and CEO's confidential affidavit be treated as confidential?

[64] The disclosure of certain portions of Mr. Frenette's affidavit, in support of this motion, contain confidential business information and proprietary information. The disclosure of these may cause serious financial and non-financial harm to Danone; therefore, the confidential version of Mr. Frenette's affidavit is to be treated as confidential pursuant to rule 151 of the *Federal Courts Rules*.

IV. Conclusion

[65] The confidential version of the above-stated affidavit is to be treated as such.

[66] For the purpose of the core matter at issue, within the jurisdiction of the Federal Court, subsequent to the above analysis, the Court has the jurisdiction to consider the application for a stay of the 2008 ruling; thus, on the basis of the *RJR — MacDonald* test, the Court grants the stay until the issue is fully disposed of at every level of all jurisdictions concerned. Therefore, the 2006 ruling remains in effect prior to any final disposition of the matter.

ORDER

THIS COURT ORDERS that

perdue une occasion de créer des emplois dans les domaines de la construction et de l'entretien ainsi que de nouveaux emplois permanents dans les secteurs de la fabrication, des ventes et de la distribution à une époque critique. En outre, la construction du nouvel établissement de production pourrait constituer un nouveau débouché pour le lait liquide des producteurs québécois, et ainsi assurer également une plus grande sécurité d'emploi dans ce secteur.

La Cour devrait-elle ordonner que l'affidavit confidentiel du président et chef de la direction de Danone soit considéré comme confidentiel?

[64] La divulgation de certains passages de l'affidavit de M. Frenette, au soutien de la présente requête, contient des renseignements commerciaux et des renseignements de nature exclusive confidentiels. Leur divulgation pourrait causer de sérieux préjudices financiers et autres à Danone; par conséquent, la version confidentielle de l'affidavit de M. Frenette sera considérée comme confidentielle conformément à la règle 151 des *Règles des Cours fédérales*.

IV. Conclusion

[65] La version confidentielle de l'affidavit susmentionné sera considérée comme telle.

[66] En ce qui concerne le cœur du litige, qui relève de la compétence de la Cour fédérale, en raison de l'analyse qui précède, la Cour a compétence pour examiner la demande de suspension de la décision de 2008; ainsi, sur le fondement du critère énoncé dans *RJR — MacDonald*, la Cour accorde la suspension jusqu'à ce que la question fasse l'objet d'une décision définitive à tous les niveaux de tous les organismes concernés. Par conséquent, la décision de 2006 demeure en vigueur jusqu'à ce que l'affaire soit définitivement tranchée.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

(a) the confidential version of Mr. Frenette's affidavit be treated as confidential pursuant to rule 151 of the *Federal Courts Rules*;

(b) a stay be granted as specified in the conclusion.

a) la version confidentielle de l'affidavit de M. Frenette sera considérée comme confidentielle conformément à la règle 151 des *Règles des Cours fédérales*;

b) une suspension est accordée de la façon décrite à la conclusion des motifs.

### OBITER

Further considerations for all three prongs of the *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311 test, subsequent to oral and written submissions in the Court room

Recognizing the separation of powers, it is for the executive branch of government to consider, in an in-depth manner, the policy repercussions within the current economic climate that ensue from a micro to a macro level.

#### Economic

- Danone employs 500 people in its facilities in Boucherville, Quebec and has annual revenues in Canada of \$500 million;
- As part of its four-year test-marketing plan, Danone invested millions of dollars marketing the DanActive brand in Canada to gauge whether there was sufficient demand to invest in a facility capable of producing DanActive in Canada;
- According to Danone, DanActive broke even in 2008 and is projected to turn a profit in 2009;
- According to Danone, it plans to begin construction of a facility in Boucherville, Quebec, capable of producing DanActive. Danone plans for this facility to open in 2010, providing new jobs for the region;
- Danone also claims that it plans to source all the liquid dairy product needed to produce DanActive from within Canada;

### REMARQUES INCIDENTES

Autres considérations relatives aux trois volets du critère énoncé dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, à la suite des observations présentées de vive voix et par écrit à la salle d'audience

Compte tenu de la séparation des pouvoirs, il revient au pouvoir exécutif du gouvernement d'examiner en profondeur les répercussions d'ordre politique dans le contexte économique actuel aux niveaux micro-économique et macro-économique.

#### Considérations d'ordre économique

- Danone emploie 500 personnes à son établissement de Boucherville, au Québec, et a des revenus annuels de 500 millions de dollars au Canada;
- Dans le cadre de son plan pilote de commercialisation quadriennal, Danone a investi des millions de dollars pour commercialiser la marque DanActive au Canada afin d'évaluer s'il y avait suffisamment de demande pour justifier d'investir dans un établissement capable de produire DanActive au Canada;
- Selon Danone, DanActive a atteint le seuil de rentabilité en 2008 et devrait générer des profits en 2009;
- Danone affirme qu'elle planifie la construction d'un établissement à Boucherville, au Québec, capable de produire DanActive. Cet établissement entrerait en service en 2010 et créerait de nouveaux emplois dans la région;
- Danone affirme aussi qu'elle prévoit se procurer au Canada tous les produits laitiers liquides nécessaires à la production de DanActive;

- The cessation of DanActive exports from Danone's Ohio production facility may mean the downsizing of production operations there and the loss of jobs, both in Canada and the U.S., thus recognizing that the matter has repercussions for the two NAFTA neighbours.

#### Social and Political

- The imposition of a 237.5% tariff may be counter-productive if the 2008 ruling is changed in an eventual decision. The fact that the 2008 ruling may result in job losses in the U.S., as well as Canada, warrants, in and of itself, an in-depth analysis;
- Recognizing the situation of the rural areas of Quebec, if it is as it appears to be from documents submitted to the Court, then supporting the local provincial dairy farmers and industry is a factor to be taken into account, whatever the ultimate executive branch decision may be on further analysis.

- La cessation des exportations de DanActive de l'établissement de production de Danone en Ohio pourrait entraîner une réduction des activités de production et la perte d'emplois, tant au Canada qu'aux États-Unis, de sorte qu'il y aurait des répercussions pour ces deux États parties à l'ALÉNA.

#### Considérations d'ordre social et politique

- L'imposition d'un tarif de 237,5 % pourrait être contre-productive si la décision de 2008 est modifiée aux termes d'une décision ultérieure. Le fait que la décision de 2008 puisse entraîner des pertes d'emploi aux États-Unis ainsi qu'au Canada justifie en soi une analyse approfondie;
- Compte tenu de la situation qui prévaut dans les régions rurales du Québec, si elle est telle qu'il appert des documents présentés à la Cour, le soutien aux producteurs laitiers et à l'industrie laitière locaux dans la province est un facteur à prendre en compte, indépendamment de la décision finale que prendra l'autorité exécutive au terme d'une analyse plus poussée.

A-567-07  
2008 FCA 418

A-567-07  
2008 CAF 418

**Eghomwanre Jessica Idahosa** (*Appellant*)

**Eghomwanre Jessica Idahosa** (*appelante*)

v.

c.

**The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondent*)

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*intimé*)

*INDEXED AS: IDAHOSA v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ : IDAHOSA C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Sexton, Evans and Ryer JJ.A.—Toronto, December 8; Ottawa, December 23, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Sexton, Evans et Ryer, J.C.A.—Toronto, 8 décembre; Ottawa, 23 décembre 2008.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of enforcement officer's refusal to defer appellant's removal to Nigeria — Appellant, mother of two Canadian-born children, having undisputed custody thereof since birth — Successfully applying to Ontario Court of Justice for order of temporary custody, prohibition of children's removal from Ontario — Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) creating elaborate administrative scheme in which consequences of removal balanced against public interest in removal of non-nationals in Canada without status — Parliament not intending removal order be stayed by judicial order obtained from provincial court for purpose of preventing, delaying enforcement of removal order — While great weight must be given to best interests of children in administrative decision making (i.e. enforcing removal orders), not necessarily outweighing all other considerations — Appeal dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante à l'encontre du refus d'un agent d'exécution de reporter son renvoi au Nigeria — L'appelante, mère de deux enfants nés au Canada, en a la garde exclusive non contestée depuis leur naissance — Elle a sollicité, avec succès, de la Cour de justice de l'Ontario une ordonnance lui confiant la garde temporaire de ses enfants et interdisant leur sortie de l'Ontario — La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) met en place un régime administratif assez complexe où les conséquences d'une mesure de renvoi sont conciliées avec l'intérêt général qui veut que l'on puisse renvoyer du pays des étrangers se trouvant au Canada en situation irrégulière — Le législateur n'a pas voulu qu'il puisse être sursis à une mesure de renvoi par une ordonnance judiciaire sollicitée d'une cour provinciale dans le but d'empêcher ou de retarder l'exécution de la mesure de renvoi — Bien qu'un poids considérable doive être accordé à l'intérêt supérieur des enfants dans toute décision administrative (notamment l'exécution de mesures de renvoi), cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera nécessairement sur toutes les autres considérations — Appel rejeté.*

*Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 50(a) — Whether IRPA, s. 50(a) staying appellant's removal on basis directly contravening provincial court order granting appellant temporary custody of children, prohibiting their removal from Ontario — Appellant seeking, obtaining order despite having undisputed custody of children — Ordinary, grammatical meaning of words "a decision that was made in a judicial proceeding" in IRPA, s. 50(a) indicating applying to Ontario Court of Justice custody order — However, contextual interpretation of IRPA, s. 50(a) not supporting allegation appellant's removal would directly contravene custody order — Parliament not intending*

*Interprétation des lois — Art. 50a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Il s'agissait de savoir si l'art. 50a) de la LIPR surseoit à la mesure de renvoi prise contre l'appelante car ce renvoi irait directement à l'encontre de l'ordonnance confiant à l'appelante la garde temporaire de ses enfants et interdisant leur sortie de l'Ontario — L'appelante a sollicité et obtenu cette ordonnance même si elle a la garde non contestée de ses enfants — Le sens ordinaire et grammatical des mots employés à l'art. 50a) de la LIPR, soit « une décision judiciaire », indique que cette disposition s'applique à l'ordonnance de garde rendue en l'espèce par la Cour de justice de l'Ontario — Cependant, l'inter-*

*removal be stayed by judicial order obtained from provincial court for purpose of preventing, delaying enforcement of removal order.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of enforcement officer's refusal to defer appellant's removal to Nigeria — Appellant's removal in circumstances herein not so arbitrary as to constitute breach of principles of fundamental justice since best interests of appellant's children previously considered, other recourse available.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review of an enforcement officer's refusal to defer her removal to Nigeria. The appellant is a failed refugee claimant whose application for permanent resident status on humanitarian and compassionate (H&C) grounds as well as her pre-removal risk assessment (PRRA) were also both denied. She has two children who were born in Canada and has always had undisputed sole custody of them. Before her scheduled removal, the appellant applied to the Ontario Court of Justice for an order of temporary custody of her Canadian-born children and a prohibition of their removal from Ontario without further order of the Court, which order was granted. The appellant argued that paragraph 50(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) stayed her removal because its execution would directly contravene the order issued by the Ontario Court of Justice.

The Federal Court certified the question of whether the removal of a parent who has been granted custody of a Canadian-born child by a provincial court order, which prohibits removal of the child from the province, creates a statutory stay in accordance with paragraph 50(a) of the IRPA. However, given the absence of any custody dispute herein, this issue was narrowed down to whether the statutory stay under paragraph 50(a) applied to a custody order obtained solely for the purpose of preventing a parent's removal in such circumstances.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The ordinary and grammatical meaning of the words "a decision that was made in a judicial proceeding" in paragraph 50(a) of the IRPA indicates that it applies to the custody order made by the Ontario Court of Justice in this case. However, a contextual interpretation of paragraph 50(a) of the IRPA did

*prétation contextuelle de l'art. 50a) de la LIPR n'était pas l'allégation selon laquelle le renvoi de l'appelante irait directement à l'encontre de l'ordonnance — Le législateur n'a pas voulu qu'il puisse être sursis à une mesure de renvoi par une ordonnance judiciaire sollicitée d'une cour provinciale dans le but d'empêcher ou de retarder l'exécution de la mesure de renvoi.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante à l'encontre du refus d'un agent d'exécution de reporter son renvoi au Nigeria — Le renvoi de l'appelante dans les circonstances de l'espèce n'atteindrait pas un degré d'arbitraire tel qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale étant donné que la question de l'intérêt supérieur de ses enfants a déjà été examinée et qu'il existe d'autres recours.*

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante à l'encontre du refus, par un agent d'exécution, de reporter son renvoi au Nigeria. L'appelante est une demandeur d'asile déboutée dont la demande de résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire et l'examen des risques avant renvoi (l'ERAR) ont également été refusés. Elle a deux enfants qui sont nés au Canada et elle en a toujours eu la garde exclusive non contestée. Avant son renvoi prévu, l'appelante a sollicité de la Cour de justice de l'Ontario une ordonnance lui confiant la garde temporaire de ses enfants, nés au Canada, et interdisant leur sortie de l'Ontario sauf autorisation du tribunal; cette ordonnance lui a été accordée. L'appelante soutenait que l'alinéa 50a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) imposait qu'il soit sursis à la mesure de renvoi prise contre elle car ce renvoi irait directement à l'encontre de l'ordonnance rendue par la Cour de justice de l'Ontario.

La Cour fédérale a certifié la question de savoir si le renvoi d'un parent à qui la garde d'un enfant né au Canada a été accordée par une ordonnance d'un tribunal provincial, qui interdit la sortie de l'enfant de la province, fait l'objet d'un sursis en vertu de l'alinéa 50a) de la LIPR. Cependant, comme la garde des enfants n'était pas contestée en l'espèce, cette question a été délimitée davantage à celle de savoir si le sursis prévu à l'alinéa 50a) s'appliquait à une ordonnance de garde obtenue uniquement dans le but de faire obstacle au renvoi d'un parent dans de telles circonstances.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Le sens ordinaire et grammatical des mots employés à l'alinéa 50a) de la LIPR, soit « une décision judiciaire », indique que cette disposition s'applique à l'ordonnance de garde rendue en l'espèce par la Cour de justice de l'Ontario. Toutefois, une interprétation contextuelle de l'alinéa 50a) de la LIPR n'é-

not support the appellant's allegation that her removal would directly contravene the custody order. It would seem inconsistent with the duty imposed on the Minister by subsection 48(2) of the IRPA (i.e. to execute removal orders as soon as reasonably practicable) to interpret paragraph 50(a) as providing that a removal is stayed by a judicial order issued for the very purpose of preventing removal. The IRPA creates an elaborate administrative scheme in which the consequences of removal are balanced against the public interest in the removal of non-nationals who are in Canada without status. In recognition of the comprehensive nature of the administrative scheme created by the IRPA, the expertise of the Federal Courts in immigration law, and the exclusive supervisory jurisdiction conferred on them by Parliament, superior courts of the provinces have generally chosen not to involve themselves in immigration and refugee law, even when issues arise that are within their jurisdiction. Moreover, an important purpose of the IRPA, together with the *Federal Courts Act*, is to create a comprehensive statutory scheme for the administration of complex legislation and a single forum for judicial oversight of decision making under it. In the absence of a *lis* (controversy or dispute) with a subject-matter that is independent of the matters dealt with under the IRPA, the kind of conflict contemplated by paragraph 50(a) would seem not to arise. Therefore, Parliament should not be taken to have intended that a removal is stayed by a judicial order obtained from a provincial court for the purpose of preventing or delaying the enforcement of the removal order.

The appellant's removal in these circumstances would not be so arbitrary as to constitute a breach of the principles of fundamental justice (as guaranteed under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) especially since the best interests of her children had already been considered in her previous immigration applications and she has a right to request the Federal Court to stay her removal pending the determination of her second H&C application.

While great weight must be given to the best interests of children in administrative decision making, including whether it is appropriate to enforce a removal order, they do not necessarily outweigh all other considerations. None of the international human rights instruments relied on by the appellant prohibits the deportation of foreign nationals simply because removal would result in their separation from their children.

tayait pas l'allégation de l'appelante selon laquelle son renvoi irait directement à l'encontre de l'ordonnance de garde. Il semblerait incompatible avec le devoir que le paragraphe 48(2) de la LIPR (d'appliquer, dès que les circonstances le permettent, une mesure de renvoi) d'interpréter l'alinéa 50a) comme permettant qu'il soit sursis à une mesure de renvoi par une ordonnance judiciaire dont l'objet même était d'empêcher le renvoi en question. La LIPR met en place un régime administratif assez complexe où les conséquences d'une mesure de renvoi sont conciliées avec l'intérêt général qui veut que l'on puisse effectivement renvoyer du pays des étrangers se trouvant au Canada en situation irrégulière. Compte tenu de l'ensemble très complet de mesures instaurées par la LIPR, de l'expertise des cours fédérales en matière de droit de l'immigration et de la compétence exclusive de surveillance que leur a attribuée le législateur, les cours supérieures des provinces choisissent en général de ne pas se prononcer en matière de droit de l'immigration ou de droit des réfugiés, et ce, même dans des affaires relevant de leur compétence. Qui plus est, si l'on considère ensemble la LIPR et la *Loi sur les Cours fédérales*, on s'aperçoit que l'un des objets importants est d'instaurer un régime législatif complet permettant d'administrer une législation complexe et attribuant le contrôle judiciaire des décisions prises dans le cadre de cette législation à une seule juridiction. En l'absence de litige (controverse ou différend) au sujet d'une question n'ayant rien à voir avec les questions auxquelles s'applique la LIPR, les conflits qu'envisage l'alinéa 50a) ne surviendraient vraisemblablement pas. Par conséquent, il n'y a pas lieu de penser que le législateur aurait voulu qu'il puisse être sursis à une mesure de renvoi par une ordonnance judiciaire sollicitée d'une cour provinciale dans le but d'empêcher ou de retarder l'exécution de la mesure de renvoi.

Le renvoi de l'appelante dans ces circonstances n'atteindrait pas un degré d'arbitraire tel qu'il serait effectivement contraire aux principes de justice fondamentale (tels qu'ils sont garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*) particulièrement étant donné que la question de l'intérêt supérieur de ses enfants a déjà été examinée dans le cadre de ses demandes antérieures en matière d'immigration et qu'elle a le droit de solliciter de la Cour fédérale un sursis de la mesure de renvoi dont elle fait l'objet en attendant le dénouement de sa deuxième demande présentée pour des motifs d'ordre humanitaire.

Bien qu'un poids considérable doive être accordé à l'intérêt supérieur des enfants dans toute décision administrative, y compris celle de savoir s'il y a lieu d'exécuter une mesure de renvoi, cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur toutes les autres considérations. Aucun des instruments internationaux portant sur les droits de l'homme cités par l'appelante n'interdit l'expulsion d'étrangers du simple fait que leur renvoi aurait pour effet de les séparer de leurs enfants.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

- 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. 6, 7.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(d),(f), 25, 48, 50(a), 74(d).

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Convention of the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.
- Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, at p. 71 (1948).

## CASES CITED

## CONSIDERED:

- Alexander v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 1147, [2006] 2 F.C.R. 681, 279 F.T.R. 45, 49 Imm. L.R. (3d) 5; affd 2006 FCA 386, 57 Imm. L.R. (3d) 1, 360 N.R. 167; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 29 C.R.R. (2d) 184, 97 F.T.R. 118 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

- Simois v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 187 F.T.R. 219, 7 Imm. L.R. (3d) 141 (F.C.T.D.); *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682, 204 F.T.R. 5, 13 Imm. L.R. (3d) 289; *Chou v. Chou* (2005), 253 D.L.R. (4th) 548, [2005] O.T.C. 256 (Ont. S.C.J.); *H. (J.) v. A. (D.)* (2008), 89 O.R. (3d) 514, 290 D.L.R. (4th) 732, 51 R.F.L. (6th) 181; affd 2009 ONCA 17, 77 Imm. L.R. (3d) 123; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, 258 D.L.R. (4th) 193, 135 C.R.R. (2d) 1; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, (1994), 116 D.L.R. (4th) 61, 22 Admin. L.R. (2d) 79; *Alexander v. Powell* (2005), 13 R.F.L. (6th) 7 (Ont. C.J.); *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, 262 D.L.R. (4th) 13, 42 Admin. L.R. (4th) 234; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817,

## 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. 6, 7.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)d), f), 25, 48, 50a), 74d).

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3.
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. NU A/810, à la p. 71 (1948).
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

- Alexander c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 1147, [2006] 2 R.C.F. 681; conf. par 2006 CAF 386; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, (2008), 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Langner c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 469 (C.A.) (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

- Simois c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 936 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682; *Chou v. Chou* (2005), 253 D.L.R. (4th) 548, [2005] O.T.C. 256 (C.S.J. Ont.); *H. (J.) v. A. (D.)* (2008), 89 O.R. (3d) 514, 290 D.L.R. (4th) 732, 51 R.D.F. (6<sup>e</sup>) 181; conf. par 2009 ONCA 17; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Alexander v. Powell* (2005), 13 R.D.F. (6<sup>e</sup>) 7 (C.J. Ont.); *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, 46 R.D.F. (5<sup>e</sup>) 1.

(1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, 234 D.L.R. (4th) 257, 180 C.C.C. (3d) 353.

## AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a Federal Court decision (2007 FC 1200, 66 Imm. L.R. (3d) 159) dismissing the appellant's application for judicial review of an enforcement officer's refusal to defer her removal to Nigeria. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Carole Simone Dahan and Aviva Rae Basman* for appellant.  
*Gregory G. George and Bernard Assan* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Refugee Law Office*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

EVANS J.A.:

## A. INTRODUCTION

[1] This is an appeal by Eghomwanre Jessica Idahosa, a citizen of Nigeria, who entered Canada in 2001 and claimed Convention refugee status. Her claim was denied and she was ordered deported. She made other applications to remain in Canada, but these were also unsuccessful. Although her removal was originally scheduled for June 30, 2006, it has been deferred, or stayed by judicial order, several times, and Ms. Idahosa is still in Canada.

## DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.

APPEL de la décision (2007 CF 1200) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante à l'encontre du refus d'un agent d'exécution de reporter son renvoi au Nigeria. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Carole Simone Dahan et Aviva Rae Basman* pour l'appelante.  
*Gregory G. George et Bernard Assan* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Refugee Law Office*, Toronto, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

## A. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel interjeté par Eghomwanre Jessica Idahosa, une citoyenne du Nigeria qui est entrée au Canada en 2001 et a demandé l'asile à titre de réfugiée au sens de la Convention. Sa demande a été rejetée et une ordonnance d'expulsion a été rendue à son encontre. Elle a présenté d'autres demandes en vue d'être autorisée à demeurer au Canada, mais elles ont toutes été rejetées. Son renvoi du Canada était initialement prévu pour le 30 juin 2006, mais, à plusieurs reprises, la date a été reportée ou il a été sursis à l'exécution de la mesure en vertu d'une ordonnance judiciaire. M<sup>me</sup> Idahosa se trouve encore au Canada.

[2] The decision under review in these proceedings is a refusal by an enforcement officer to defer Ms. Idahosa's removal to Nigeria scheduled for November 1, 2006. She challenged this refusal in the Federal Court in an application for judicial review. She argued that paragraph 50(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) stayed the removal order because its execution would directly contravene an order of the Ontario Court of Justice awarding her sole custody of her Canadian-born children and prohibiting their removal from the province.

[3] Justice Hughes of the Federal Court denied Ms. Idahosa's application for judicial review of the enforcement officer's decision, (2007 FC 1200, 66 Imm. L.R. (3d) 159) and certified under paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act* that the following "serious question of general importance is involved":

Does the removal of a parent who has been granted custody of a Canadian born child by an Order of a provincial court, which order also prohibits removal of the child from the province, create a statutory stay pursuant to section 50(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

Does the fact that the Order can be varied and that the Minister had an opportunity to speak to the Order make a difference?

[4] In my opinion, the certified question is too broad because it omits an important aspect of this case, namely, the absence of any actual or potential dispute over the custody of the children. The custody and non-removal order was sought solely for the purpose of preventing the removal of Ms. Idahosa by obtaining a statutory stay under paragraph 50(a). The question is whether the statutory stay applies to a custody order obtained in the circumstances of this case. In my view, it does not.

## B. LEGISLATION

[5] The provision of the IRPA immediately relevant to the disposition of the appeal is as follows:

[2] La décision en cause en l'espèce est le refus, par un agent d'exécution, de reporter le renvoi au Nigeria de M<sup>me</sup> Idahosa, prévu pour le 1<sup>er</sup> novembre 2006. L'appelante a contesté ce refus devant la Cour fédérale dans une demande de contrôle judiciaire. Elle a fait valoir que l'alinéa 50a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), impose qu'il soit sursis à la mesure de renvoi, car l'exécution de cette mesure irait directement à l'encontre d'une ordonnance de la Cour de justice de l'Ontario lui accordant la garde exclusive de ses enfants nés au Canada et interdisant que les enfants quittent la province.

[3] Le juge Hughes, de la Cour fédérale, a rejeté la demande de contrôle judiciaire de M<sup>me</sup> Idahosa visant la décision de l'agent d'exécution (2007 CF 1200), et certifié, en application du paragraphe 74d) de la LIPR, que l'affaire « soulève une question grave de portée générale », qu'il a formulée en ces termes :

Le renvoi d'un parent à qui la garde d'un enfant né au Canada a été accordée par une ordonnance d'un tribunal provincial fait-il l'objet d'un sursis en vertu de l'alinéa 50a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* si l'ordonnance interdit le renvoi de l'enfant de la province?

Le fait que l'ordonnance peut être modifiée et que le ministre a eu le droit de présenter des observations concernant cette ordonnance fait-il une différence?

[4] J'estime que la question ainsi certifiée est formulée de manière trop large, car elle tait un des faits importants de l'affaire, à savoir qu'en l'occurrence, la garde des enfants n'est pas contestée et qu'il n'y a aucun risque qu'elle le soit. L'ordonnance de garde interdisant que les enfants quittent la province avait uniquement été sollicitée afin de faire obstacle au renvoi de M<sup>me</sup> Idahosa en lui permettant d'obtenir un sursis de la mesure de renvoi au titre de l'alinéa 50a). Il s'agit donc de savoir si ce sursis prévu par la loi peut s'appliquer à une ordonnance de garde obtenue dans de telles circonstances. J'estime que non.

## B. DISPOSITION LÉGISLATIVE APPLICABLE

[5] La disposition de la LIPR directement en cause en l'espèce est la suivante :

**50. A removal order is stayed**

(a) if a decision that was made in a judicial proceeding — at which the Minister shall be given the opportunity to make submissions — would be directly contravened by the enforcement of the removal order;

**50. Il y a sursis de la mesure de renvoi dans les cas suivants :**

a) une décision judiciaire a pour effet direct d'en empêcher l'exécution, le ministre ayant toutefois le droit de présenter ses observations à l'instance;

**C. FACTUAL BACKGROUND**

[6] Ms. Idahosa's claim for refugee protection was denied by the Immigration and Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board in April 2004. Her application for leave to apply for judicial review of that decision was dismissed by the Federal Court in August 2004.

[7] In November 2004, she applied to the Minister of Citizenship and Immigration under IRPA, subsection 25(1) for permanent resident status on humanitarian and compassionate (H&C) grounds. By this time, she had given birth in Canada to two children, a son born in 2002 and a daughter born in 2004, before her H&C was decided. Her H&C application was based in part on their best interests. It was denied in May 2006.

[8] Meanwhile, in March 2006, the best interests of the children were again considered, this time in the context of a pre-removal risk assessment (PRRA). The officer concluded that neither Ms. Idahosa nor her children would be at risk in Nigeria, where viable internal flight alternatives were available to her. In particular, the officer rejected the submission that Ms. Idahosa's daughter would be at risk of female genital mutilation (FGM) in Nigeria, noting that Ms. Idahosa is an educated woman with a law degree, who would make every effort to protect her daughter.

[9] In August 2006, Ms. Idahosa asked an enforcement officer to defer her removal, pending the determination of a second H&C application. Her request was refused because she had not yet made an application, the best interests of her children had already been considered in

**C. CONTEXTE DE L'AFFAIRE**

[6] La demande d'asile présentée par M<sup>me</sup> Idahosa a été rejetée en avril 2004 par la Section de l'immigration et de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Sa demande d'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée par la Cour fédérale en août 2004.

[7] En novembre 2004, M<sup>me</sup> Idahosa a demandé au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de lui accorder, au titre du paragraphe 25(1) de la LIPR, le statut de résident permanent pour des motifs d'ordre humanitaire. À l'époque, et avant le rejet de sa demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire (demande CH), elle avait donné naissance, au Canada, à deux enfants, un fils et une fille nés respectivement en 2002 et en 2004. Elle invoquait, à l'appui de sa demande CH, l'intérêt supérieur des enfants. Cette demande a été rejetée en mai 2006.

[8] Entre-temps, en mars 2006, la question de l'intérêt supérieur des enfants a été à nouveau examinée, cette fois-ci dans le cadre d'une évaluation des risques avant le renvoi (ERAR). L'agent chargé de cet examen (agent d'ERAR) a conclu qu'au Nigeria, ni M<sup>me</sup> Idahosa ni ses enfants ne seraient en danger étant donné qu'elle trouverait dans ce pays des possibilités de refuge intérieur. L'agent a notamment rejeté l'argument de M<sup>me</sup> Idahosa voulant que sa fille risque au Nigeria de se voir imposer une mutilation génitale, relevant que M<sup>me</sup> Idahosa, qui est diplômée en droit, saurait faire le nécessaire pour protéger sa fille.

[9] En août 2006, M<sup>me</sup> Idahosa a demandé à un agent d'exécution de reporter son renvoi en attendant que soit tranchée une seconde demande CH. Ce report lui a été refusé étant donné que la demande dont elle faisait état n'avait pas encore été présentée, que la question de l'in-

the first H&C application and in the PRRA, and the evidence she was presenting in support of the deferral had been submitted to the H&C and PRRA officers. Ms. Idahosa subsequently made a second H&C application on December 1, 2006, which, the Court has been informed, is unlikely to be decided for at least another eight months, that is, in mid-2009.

[10] Just a week before her removal scheduled for November 1, 2006, Ms. Idahosa applied to the Ontario Court of Justice for an order of temporary custody of her Canadian-born children and a prohibition of their removal from Ontario without further order of the Court. The children have been in Ms. Idahosa's sole care and control from birth. Their fathers apparently are in Nigeria and seem to have had no involvement with them. The Minister was given notice of the application and the Minister's representative made an appearance to say that the Minister had no objection to such an order, provided that the Court did not deal with Ms. Idahosa's immigration status.

[11] The Judge heard the matter on an urgent *ex parte* basis. In an order dated October 24, 2006, the Judge granted temporary custody of the children to Ms. Idahosa and prohibited their removal from Ontario and stated that the Court was not dealing with the issue of her immigration status.

[12] Nonetheless, armed with this custody order, Ms. Idahosa asserted to an enforcement officer that paragraph 50(a) stayed her removal, because it would directly contravene the order. In a decision of October 25, 2006, the officer refused her request, finding that her removal would not directly contravene the custody order because it did not require her to reside with her children.

[13] She applied to the Federal Court for judicial review of the enforcement officer's decision. Her removal was stayed by an order of the Court, pending the determination by the Federal Court of Appeal of a case rais-

térêt supérieur des enfants avait déjà été examinée dans le cadre de sa première demande CH et de l'ERAR, et que les preuves qu'elle invoquait à l'appui de sa demande de report avaient déjà été présentées à l'agent chargé d'examiner sa demande CH et à l'agent d'ERAR. Le 1<sup>er</sup> décembre 2006, M<sup>me</sup> Idahosa a présenté une seconde demande CH, demande qui, selon les indications fournies à la Cour, ne sera vraisemblablement pas tranchée avant huit mois, c'est-à-dire vers le milieu de 2009.

[10] Une semaine seulement avant son renvoi du Canada, fixé au 1<sup>er</sup> novembre 2006, M<sup>me</sup> Idahosa a sollicité de la Cour de justice de l'Ontario une ordonnance lui confiant la garde temporaire de ses enfants, nés au Canada, et interdisant leur sortie de l'Ontario sauf autorisation du tribunal. Depuis leur naissance, ces enfants n'ont jamais relevé de la garde et du contrôle d'une personne autre que M<sup>me</sup> Idahosa. Leurs pères se trouvent apparemment au Nigeria et il semble qu'ils ne s'occupent aucunement d'eux. Le ministre a été avisé de cette demande et son représentant s'est présenté devant la cour provinciale pour préciser que le ministre ne s'opposait aucunement à une telle ordonnance à la condition que la Cour ne se prononce pas sur le statut de M<sup>me</sup> Idahosa au regard de l'immigration.

[11] Le juge a entendu la cause *ex parte* en procédure d'urgence. Par ordonnance en date du 24 octobre 2006, il a accordé à M<sup>me</sup> Idahosa la garde temporaire des enfants et interdit leur sortie de l'Ontario, précisant que la Cour ne se prononçait aucunement sur le statut de M<sup>me</sup> Idahosa au regard de l'immigration.

[12] Munie de cette ordonnance de garde, M<sup>me</sup> Idahosa a néanmoins fait valoir devant un agent d'exécution que l'alinéa 50a) imposait qu'il soit sursis à la mesure de renvoi car ce renvoi irait directement à l'encontre de l'ordonnance. Par décision en date du 25 octobre 2006, l'agent a écarté cet argument, concluant que le renvoi n'irait pas directement à l'encontre de l'ordonnance de garde étant donné que cette ordonnance n'exigeait aucunement que M<sup>me</sup> Idahosa vive avec ses enfants.

[13] M<sup>me</sup> Idahosa a présenté à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent d'exécution. La Cour a ordonné qu'il soit sursis au renvoi en attendant que la Cour d'appel fédérale se pro-

ing the same point. In the event, this Court dismissed the appeal for mootness: *Alexander v. Canada (Solicitor General)*, 2006 FC 1147, [2006] 2 F.C.R. 681; aff'd 2006 FCA 386, 57 Imm. L.R. (3d) 1 (*Alexander*). Ms. Idahosa's removal was then stayed again by a judge of the Federal Court, pending the disposition of her application for judicial review.

#### D. DECISION OF THE FEDERAL COURT

[14] Justice Hughes held that Ms. Idahosa's removal, without her children, would not directly contravene the custody order granted by the Ontario Court because it did not require that she remain physically with them. And, if she wished to take them to Nigeria with her, she could request a variation of the part of the order requiring them to remain in the province. In so concluding, the Judge followed the Federal Court's decision in *Alexander*, which has been applied consistently in that Court.

[15] Justice Hughes also rejected arguments that removal would violate the rights of Ms. Idahosa and her children 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]], and Canada's international legal obligations under the United Nations *Convention on the Rights of the Child* [November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3], the *Universal Declaration of Human Rights* [GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, at p. 71 (1948)] and the *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47].

#### E. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Does the IRPA, paragraph 50(a) stay the enforcement of Ms. Idahosa's removal order because of the custody order issued by the provincial court?

nonce sur une affaire soulevant la même question. En l'occurrence, la Cour a rejeté l'appel, le jugeant sans objet : la décision *Alexander c. Canada (Solliciteur général)*, 2006 CF 1147, [2006] 2 R.C.F. 681; conf. par 2006 CAF 386 (*Alexander*). Le renvoi de M<sup>me</sup> Idahosa a, à nouveau, fait l'objet d'un sursis prononcé par un juge de la Cour fédérale en attendant que soit tranchée sa demande de contrôle judiciaire.

#### D. DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[14] Le juge Hughes a estimé que le renvoi de M<sup>me</sup> Idahosa, sans ses enfants, n'irait pas directement à l'encontre de l'ordonnance de garde prononcée par la Cour de l'Ontario étant donné que cette ordonnance n'imposait pas qu'elle demeure à leurs côtés. En outre, si elle souhaitait emmener ses enfants avec elle au Nigeria, elle pouvait demander à la Cour de modifier le passage de l'ordonnance interdisant de les faire sortir de la province. En concluant de la sorte, le juge s'en est tenu à la décision rendue par la Cour fédérale dans l'affaire *Alexander*, jurisprudence dont la Cour fédérale n'a jamais dévié.

[15] Le juge Hughes a également écarté les arguments voulant que le renvoi de M<sup>me</sup> Idahosa porterait atteinte aux droits que 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]] garantit à M<sup>me</sup> Idahosa et à ses enfants et entraînerait une violation des obligations internationales incombant au Canada en vertu de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3] de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* [Rés. AG 217 A (III), Doc. NU A/810, à la p. 71 (1948)] et du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47].

#### E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Question 1 : L'alinéa 50a) de la LIPR impose-t-il qu'il soit sursis à la mesure de renvoi visant M<sup>me</sup> Idahosa en raison de l'ordonnance de garde prononcée par la cour provinciale?

## (i) standard of review

[16] The only issue to be decided in this appeal is the interpretation of the IRPA, paragraph 50(a), which is a question of law. Although paragraph 50(a) is contained in the enforcement officer's "home statute", the mandate of enforcement officers is limited to scheduling removals and making the necessary administrative arrangements. Officers' discretion to defer a removal is narrow: see, for example, *Simoès v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 187 F.T.R. 219 (F.C.T.D.); *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682.

[17] In view of enforcement officers' limited and subsidiary decision-making role in the administration of the IRPA, their expertise does not extend to determining whether paragraph 50(a) applies to the judicial order in question here. Counsel for Ms. Idahosa rely on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and international law to support their interpretation of paragraph 50(a). This is another indication that the legal questions in dispute in this case are outside the officer's field of expertise and, hence, no deference is due to her interpretation of paragraph 50(a).

[18] Finally, paragraph 50(a) limits the circumstances in which the enforcement of removal orders issued under the IRPA are stayed by court orders made under other legal regimes. Compare *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 61 (*Dunsmuir*), where correctness was said to be the standard of review applicable to a tribunal's interpretation of a provision in its enabling statute demarcating which of two specialized tribunals should decide a matter.

[19] These circumstances are sufficient to rebut the presumption established in *Dunsmuir*, at paragraph 54 that administrative decision makers' interpretation of their "home" legislation is normally reviewable on a standard of reasonableness. Consequently, correctness

## i) La norme de contrôle

[16] La seule question à trancher en l'espèce concerne l'interprétation de l'alinéa 50a) de la LIPR, soit une question de droit. Bien que l'alinéa 50a) figure dans la « loi constitutive » de l'agent d'exécution, les agents d'exécution ont uniquement pour mission de fixer les dates de renvoi et de procéder aux arrangements administratifs nécessaires. En matière de report d'une date de renvoi, le pouvoir discrétionnaire de ces agents est mince : voir, par exemple, la décision *Simoès c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 936 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); la décision *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682.

[17] Étant donné qu'en matière d'administration de la LIPR, les agents d'exécution n'exercent qu'un rôle décisionnel restreint et subsidiaire, il ne leur appartient pas de dire si l'alinéa 50a) s'applique effectivement à l'ordonnance judiciaire en question. L'avocate de M<sup>me</sup> Idahosa invoque, à l'appui de son interprétation de l'alinéa 50a), la *Charte canadienne des droits et libertés* et divers textes de droit international. Cela confirme que les questions de droit soulevées en l'espèce se situent hors du champ d'expertise de l'agent et qu'il n'y a pas lieu, par conséquent, de s'en remettre à son interprétation de l'alinéa 50a).

[18] Enfin, l'alinéa 50a) limite les circonstances dans lesquelles il peut être, en vertu d'une ordonnance d'un tribunal judiciaire d'un autre ressort, sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi prononcée en vertu de la LIPR. On peut, à cet égard, se référer à l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 61 (*Dunsmuir*), où la Cour a dit que la norme de contrôle applicable à l'interprétation qu'un tribunal spécialisé donne d'une disposition de sa loi habilitante délimitant les compétences respectives de deux tribunaux spécialisés concurrents est la norme de la décision correcte.

[19] Cela suffit à réfuter la présomption posée au paragraphe 54 de l'arrêt *Dunsmuir*, présomption voulant que l'interprétation, par un décideur administratif, d'une disposition de la loi qui le constitue relève normalement de la norme de la raisonabilité. Par conséquent, en ce

is the applicable standard of review of the legal issues in dispute in this case.

(ii) appellant's position

[20] Ms. Idahosa's principal argument is attractively simple. She says that the rights inherent in an award of sole custody include the physical care and control of the child: *Chou v. Chou* (2005), 253 D.L.R. (4th) 548 (Ont. S.C.J.) (*Chou*). Accordingly, the order awarding sole custody to Ms. Idahosa gives her the right and responsibility to care for her children on a daily basis. Her removal would preclude this if her children remain in Canada, and the non-removal provision in the custody order prohibits her from taking them with her. Since the enforcement of the removal order would thus directly contravene the custody order, paragraph 50(a) stays Ms. Idahosa's removal.

[21] *Alexander*, she submits, was wrongly decided. The applications Judge in that case, Justice Dawson, erred when she concluded (at paragraph 41):

Thus, custody allows the custodial parent to control the child's place of residence but does not necessarily require that the parent reside with the child.

Justice Dawson, counsel says, overlooked the fact that *Chou* provides (at paragraph 21) that custody includes, not only control of the child's place of residence, but also "the right to physical care and control".

[22] Counsel argues that custody orders of the kind granted in the present case fill a "gap" in the IRPA by ensuring that a parent is not removed before her H&C application has been determined and the best interests of any affected children have been duly considered. As is evident from this case, and others, it can take several years for an H&C application to be decided. Meanwhile, a custody order, in effect, maintains the *status quo* pending the determination of an H&C application, which is

qui concerne les questions de droit en cause en l'espèce, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

ii) La position de l'appelante

[20] Le principal argument avancé par M<sup>me</sup> Idahosa attire par sa simplicité. Elle affirme que les droits se rattachant de manière inhérente à la garde exclusive comprennent le droit à la garde physique et au contrôle des enfants : l'arrêt *Chou v. Chou* (2005), 253 D.L.R. (4th) 548 (C.S.J. Ont.) (*Chou*). Par conséquent, l'ordonnance lui accordant la garde exclusive des enfants lui conférerait le droit et lui imposerait la responsabilité de s'occuper de ses enfants au jour le jour. Or, son renvoi empêchera cela si ses enfants restent au Canada. Il y a, en effet, dans l'ordonnance de garde une disposition qui lui interdit d'emmener ses enfants avec elle. M<sup>me</sup> Idahosa soutient que l'alinéa 50a) impose le sursis de la mesure de renvoi puisque l'exécution de cette mesure irait directement à l'encontre de l'ordonnance de garde.

[21] Elle fait valoir que la décision *Alexander* est erronée. La juge des requêtes dans cette affaire, la juge Dawson, a erronément conclu (au paragraphe 41) que :

Par conséquent, la garde de l'enfant permet au parent gardien de contrôler le lieu de résidence de l'enfant, mais ne prescrit pas nécessairement sa cohabitation avec l'enfant.

D'après l'avocate de l'appelante, la juge Dawson n'a pas tenu compte du fait que, selon le paragraphe 21 de la décision *Chou*, la garde comprend non seulement le droit de contrôler le lieu de résidence de l'enfant, mais également [TRADUCTION] « le droit à la garde physique et au contrôle de l'enfant ».

[22] L'avocate de l'appelante soutient que les ordonnances de garde telles que celle dont il est question en l'occurrence combleront une « lacune » de la LIPR en assurant qu'un parent ne sera pas renvoyé du Canada avant que soit tranchée une demande CH et que l'intérêt supérieur des enfants concernés soit dûment examiné. Or, on constate qu'il faut parfois plusieurs années avant que ne soit tranchée une demande CH. En attendant, une ordonnance de garde a pour effet de maintenir le

the proper forum for balancing the competing interests, including the best interests of any affected children.

(iii) Minister's response

[23] The main thrust of the response made by counsel for the Minister is no less cogent. He says that Ms. Idahosa's removal would not "directly contravene" the custody order because it does not require that she keep the children in her care and control. If she decides not to take the children with her, the separation will have resulted from her decision as to what is best for them.

[24] More broadly, he argues, it would be inconsistent with the scheme of the IRPA to accede to Ms. Idahosa's argument, and bring within the scope of paragraph 50(a) custody orders obtained, in the absence of a family law dispute, for the purpose of staying the removal of a person who has been ordered deported. He notes that the propriety of granting custody and non-removal orders in these circumstances is controversial (see *H. (J.) v. A. (D.)* (2008), 89 O.R. (3d) 514 (Ont. S.C.J.)) and is the subject of an appeal to be heard next month by the Court of Appeal for Ontario. [The appeal has since then been rejected. The reasons for judgment are reported at 2009 ONCA 17, 77 Imm. L.R. (3d) 123.]

[25] Indeed, the custody order granted in the present case seems itself to acknowledge that it does not have the effect claimed by Ms. Idahosa. In response to the concern expressed by the Minister's representative, the Judge endorsed on the motion the statement that the Court "will not be dealing at all" with Ms. Idahosa's immigration status.

[26] Counsel submits that the IRPA establishes a comprehensive scheme for its enforcement, including a provision, subsection 48(2), that removal orders must be enforced as soon as is reasonably practicable. In addition, section 25 confers a broad discretion on the

statu quo en attendant que soit tranchée la demande CH, car c'est lors de l'examen d'une telle demande que peuvent être conciliés des intérêts concurrents, dont l'intérêt supérieur des enfants concernés.

iii) La réponse du ministre

[23] Le principal argument invoqué en réponse par l'avocat du ministre n'est pas moins valable. D'après lui, le renvoi de M<sup>me</sup> Idahosa n'irait pas « directement à l'encontre » de l'ordonnance de garde, étant donné que celle-ci n'exige aucunement que M<sup>me</sup> Idahosa assure personnellement le soin et la garde de ses enfants. Si elle décide de ne pas emmener ses enfants avec elle, la séparation sera conforme à ce qu'elle aura jugé être dans leur intérêt.

[24] Il fait valoir, de manière plus générale, qu'il serait contraire à l'économie de la LIPR de retenir l'argument de M<sup>me</sup> Idahosa et de rendre l'alinéa 50(a) applicable à des ordonnances de garde qui, en l'absence de tout différend relevant du droit de la famille, ont été obtenues simplement pour qu'il soit sursis au renvoi d'une personne visée par une mesure d'expulsion. Selon lui, l'opportunité d'ordonnances de garde et de non-sortie prononcées dans de telles circonstances est controversée (voir *H. (J.) c. A. (D.)* (2008), 89 O.R. (3d) 514 (C.S.J. Ont.)) et il relève que la question fait par ailleurs l'objet d'un appel sur lequel la Cour d'appel de l'Ontario doit statuer le mois prochain. [L'appel a depuis lors été rejeté. Les motifs du jugement sont publiés dans 2009 ONCA 17, 77 Imm. L.R. (3d) 123.]

[25] D'ailleurs, par ses termes mêmes, l'ordonnance de garde en question semble reconnaître ne pas avoir l'effet que M<sup>me</sup> Idahosa lui prête. En réponse à la préoccupation manifestée par le représentant du ministre, le juge avait précisé, sur la requête même, que la Cour [TRADUCTION] « ne se prononcera aucunement » sur le statut de M<sup>me</sup> Idahosa au regard de l'immigration.

[26] L'avocat du ministre soutient que la LIPR instaure, pour l'exécution de ses dispositions, un régime complet, et prévoit notamment, en son paragraphe 48(2), que les mesures de renvoi doivent être appliquées dès que les circonstances le permettent. De plus, l'article

Minister, reviewable on an application for judicial review in the Federal Court, to permit otherwise ineligible non-nationals to remain in Canada on humanitarian and compassionate grounds. The Federal Court is the proper forum for determining whether the execution of a deportation order should be stayed pending the determination of an H&C application.

[27] To interpret paragraph 50(a) as applying to the custody order granted in this case, he says, would have the undesirable effects of creating an alternative system of decision making in provincial courts when deportation orders affect children, and of encouraging “forum shopping” for decisions that would defer the enforcement of removal orders. It would enable a provincial court, which neither has nor claims jurisdiction over deportation matters, to make an order to prevent or delay a removal.

(iv) interpretation of paragraph 50(a)

[28] Despite its notoriety, the courts’ current approach to the interpretation of legislation bears repeating. It was most famously formulated in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21, by Justice Iacobucci who quoted as follows from Elmer Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983):

... the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The Supreme Court has further distilled matters by stating that courts should interpret legislation by reference to its text, context and purpose: see, for example, *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 8. With this guidance firmly in mind,

25 confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire, susceptible de révision dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, en vertu duquel il peut, pour des motifs d’ordre humanitaire, autoriser à rester au Canada un étranger qui ne se conforme pas par ailleurs à la LIPR. C’est à la Cour fédérale qu’il appartient de dire s’il y a lieu de surseoir à l’exécution d’une mesure d’expulsion en attendant qu’il soit statué sur une demande CH.

[27] Selon l’avocat, si l’on interprète l’alinéa 50(a) comme étant applicable à l’ordonnance de garde en question, on créera, ce qui n’est pas souhaitable, un système décisionnel parallèle, au sein des cours provinciales, auquel on pourra recourir chaque fois qu’une mesure d’expulsion est susceptible d’affecter des enfants. Cela aura pour effet d’encourager les gens à se mettre à la recherche des juridictions les plus accommodantes afin de faire reporter l’exécution des mesures de renvoi. Cela permettrait à une cour provinciale, qui n’a pas, et qui ne revendique pas de compétence en matière d’expulsion, d’empêcher ou de retarder, par ordonnance, l’exécution d’une mesure de renvoi.

iv) L’interprétation de l’alinéa 50(a)

[28] Même si elle est bien connue, l’approche que les tribunaux retiennent actuellement en matière d’interprétation des lois mérite d’être rappelée. Sa formulation la plus mémorable se trouve dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, où, au paragraphe 21, le juge Iacobucci cite l’extrait suivant tiré de l’ouvrage d’Elmer Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983 :

[TRADUCTION] [...] il faut lire les termes d’une Loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

La Cour suprême a, par la suite, précisé encore sa position en disant que les cours devraient interpréter les lois en tenant compte de l’ensemble de l’objet, du texte et du contexte de la disposition en cause : voir, par exemple, l’arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51,

I turn now to the interpretation of paragraph 50(a).

[2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 8. Gardant ces principes à l'esprit, je passe maintenant à l'interprétation de l'alinéa 50a).

(a) statutory text

a) La disposition législative

[29] The ordinary and grammatical meaning of the words in paragraph 50(a), “a decision that was made in a judicial proceeding”, indicates that it applies to the custody order made by the Ontario Court of Justice in this case.

[29] Le sens ordinaire et grammatical des mots employés à l'alinéa 50a), « une décision judiciaire », indique que cette disposition s'applique à l'ordonnance de garde rendue en l'espèce par la Cour de justice de l'Ontario.

[30] The removal of Ms. Idahosa may “directly contravene” the custody order if, properly construed, it requires her to keep the children within her physical care and control, and prohibits her from taking them out of the province. However, the provincial court Judge’s statement that he was not dealing with Ms. Idahosa’s immigration status may put this in doubt. In any event, the basis on which I would dispose of this appeal does not require me to decide if the removal of a parent without her children would “directly contravene” the custody order, whether or not the order specified that they were to remain in the physical care and control of the parent subject to removal. However, if Ms. Idahosa wishes to take her children with her, she will presumably first need to ask the Ontario Court of Justice to vary the non-removal order which she herself had requested in order to delay her removal.

[30] Le renvoi de M<sup>me</sup> Idahosa irait peut-être « directement à l'encontre » de l'ordonnance de garde si l'interprétation correcte de cette ordonnance imposait effectivement que les enfants demeurent sous la garde physique et le contrôle de leur mère et interdisait à celle-ci de les faire sortir de la province. Toutefois, le fait que le juge de la cour provinciale ait précisé qu'il n'entendait aucunement se prononcer sur le statut de M<sup>me</sup> Idahosa au regard de l'immigration permet d'en douter. Quoi qu'il en soit, les motifs pour lesquels je trancherais le présent appel ne m'obligent pas à décider si le renvoi d'un parent sans ses enfants irait « directement à l'encontre » des termes de l'ordonnance de garde, que cette ordonnance prévoit ou non que les enfants doivent demeurer sous la garde physique et le contrôle du parent faisant l'objet de la mesure de renvoi. Cela dit, si M<sup>me</sup> Idahosa souhaite emmener avec elle ses enfants, elle devra vraisemblablement demander à la Cour de justice de l'Ontario de modifier l'ordonnance interdisant à ses enfants de sortir de la province, ordonnance qu'elle a elle-même sollicitée dans le but de retarder son propre renvoi.

(b) statutory context

b) Le contexte législatif

[31] While a literal, abstract reading of paragraph 50(a) would seem to support Ms. Idahosa’s position, a contextual interpretation of the words points the other way, for at least four reasons.

[31] Une interprétation littérale et abstraite de l'alinéa 50a) semblerait, certes, confirmer l'argument qu'en tire M<sup>me</sup> Idahosa, mais une interprétation contextuelle de la disposition porte à une conclusion contraire, et cela pour quatre raisons au moins.

[32] First, it would seem inconsistent with the duty imposed on the Minister by subsection 48(2) to execute removal orders as soon as reasonably practicable to

[32] D'abord, il semblerait incompatible avec le devoir que le paragraphe 48(2) impose au ministre d'appliquer, dès que les circonstances le permettent, une mesure de

interpret paragraph 50(a) as providing that a removal is stayed by a judicial order issued for the very purpose of preventing removal.

[33] Second, the IRPA creates an elaborate administrative scheme in which the consequences of removal, including its impact on children and the possible hardships or risks to which they may be exposed, are balanced against the public interest in the removal of non-nationals who are in Canada without status. In Ms. Idahosa's case, immigration officials have already considered these factors twice since her refugee claim was denied—in her first H&C application and in her pre-removal risk assessment, where the risk of FGM was taken into account.

[34] Third, it was open to Ms. Idahosa to make a motion in the Federal Court to stay the removal order pending the determination of her second H&C application, the recourse which she should have pursued, rather than a custody order in the Ontario Court of Justice. The Federal Court would have decided whether a stay was appropriate, pending the determination of the H&C application, on the basis of the normal criteria for staying an order, namely, the presence of an arguable issue, irreparable harm, and the balance of convenience.

[35] Fourth, the custody order granted in this case was final; it was not granted merely pending the determination of Ms. Idahosa's H&C application. Counsel suggested that if the H&C application were denied, the Minister could ask the Court to revoke the custody order, so that Ms. Idahosa could be removed, taking her children with her if she thought that this would be best for them. But why should the Minister be forced to go to court to make this request? And what guarantee is there that the Ontario Court of Justice would grant a request by the Minister to revoke the order, if it remained of the view that it was in the best interests of Ms. Idahosa's children that their mother should continue to care for them in Canada?

renvoi, d'interpréter l'alinéa 50a) comme permettant qu'il soit sursis à une mesure de renvoi par une ordonnance judiciaire dont l'objet même était d'empêcher le renvoi en question.

[33] Deuxièmement, la LIPR met en place un régime administratif assez complexe où les conséquences d'une mesure de renvoi, notamment son effet sur les enfants, et les risques ou difficultés auxquels ceux-ci pourraient être exposés, sont conciliés avec l'intérêt général qui veut que l'on puisse effectivement renvoyer du pays des étrangers se trouvant au Canada en situation irrégulière. S'agissant de M<sup>me</sup> Idahosa, les services de l'immigration ont, depuis le rejet de sa demande d'asile, déjà examiné deux fois ces facteurs, dans sa première demande CH et dans l'ERAR, où le risque de mutilation génitale des femmes a été pris en considération.

[34] Troisièmement, M<sup>me</sup> Idahosa pouvait demander par requête à la Cour fédérale de surseoir à la mesure de renvoi en attendant que soit tranchée sa deuxième demande CH, ce qui est la voie qu'elle aurait dû suivre au lieu de solliciter de la Cour de justice de l'Ontario une ordonnance de garde. La Cour fédérale aurait alors décidé s'il y avait effectivement lieu de prononcer le sursis en attendant que soit tranchée sa demande CH sur le fondement des critères habituels de sursis, à savoir l'existence d'une cause défendable, le risque de préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients.

[35] Quatrièmement, l'ordonnance de garde rendue dans la présente affaire était définitive. Il ne s'agissait pas d'une simple ordonnance provisoire en attendant que soit tranchée la demande CH présentée par M<sup>me</sup> Idahosa. L'avocate a avancé que si cette demande CH était rejetée, le ministre pourrait demander à la Cour provinciale de révoquer l'ordonnance de garde afin que M<sup>me</sup> Idahosa puisse effectivement être renvoyée et qu'elle puisse emmener avec elle ses enfants si elle estime que leur intérêt l'exige. Mais pourquoi le ministre devrait-il être obligé d'effectuer une telle démarche? Et d'ailleurs, quelle garantie y a-t-il que la Cour de justice de l'Ontario ferait effectivement droit à la demande du ministre en révoquant l'ordonnance dans l'hypothèse où elle demeurerait convaincue que l'intérêt supérieur des enfants de M<sup>me</sup> Idahosa exige que leur mère puisse continuer à s'occuper d'eux au Canada?

[36] In order to avoid conflicts of this kind, and in recognition of the comprehensive nature of the administrative scheme created by the IRPA, the expertise of the Federal Courts in immigration law, and the exclusive supervisory jurisdiction conferred on them by Parliament, superior courts of the provinces have generally chosen not to involve themselves in immigration and refugee law, even when issues arise that are within their jurisdiction: see, for example *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394.

[37] The endorsement on the motion by the Judge in the present case to the effect that the custody order did not deal with Ms. Idahosa's immigration status is true in a formal way, because that court has no jurisdiction over the deportation of non-nationals. However, if the custody order has the effect, via paragraph 50(a), of staying Ms. Idahosa's removal, then, in a substantive sense, the Ontario Court of Justice will have interfered with the administration of the IRPA by hindering the Minister in the discharge of the statutory duty to execute removal orders promptly.

[38] As counsel for the Minister put it, if Ms. Idahosa's argument succeeded it would quickly lead to the creation of a parallel system of immigration decision making in the provincial courts when children are affected by the execution of deportation orders.

[39] Thus, it seems to me plainly contrary to the scheme of the IRPA to interpret paragraph 50(a) as enabling non-nationals to defer their removal by obtaining a custody order from a provincial court on the basis of the best interests of the children, when there is no genuine dispute about custody. There is no "gap" in the IRPA that custody orders are needed to fill.

(c) statutory purposes

[40] The IRPA contains a long list of its purposes, including the promotion of family reunification in Canada:

[36] Afin d'éviter ce genre de conflits, et compte tenu de l'ensemble très complet de mesures instaurées par la LIPR, de l'expertise des Cours fédérales en matière de droit de l'immigration et de la compétence exclusive de surveillance que leur a attribuée le législateur, les cours supérieures des provinces choisissent en général de ne pas se prononcer en matière de droit de l'immigration ou de droit des réfugiés, et ce, même dans des affaires relevant de leur compétence (voir, par exemple, l'arrêt *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394).

[37] La mention portée sur la requête par le juge en l'espèce, précisant que l'ordonnance de garde n'entendait aucunement se prononcer sur le statut de M<sup>me</sup> Idahosa au regard de l'immigration, est formellement exacte, étant donné que la cour provinciale n'a aucune compétence en matière d'expulsion d'un étranger. Toutefois, si l'ordonnance de garde permet, au moyen de l'alinéa 50a), de surseoir au renvoi de M<sup>me</sup> Idahosa, la Cour de justice de l'Ontario se sera en fait immiscée dans l'administration de la LIPR en gênant le ministre dans l'accomplissement du devoir que lui impose la Loi d'exécuter les mesures de renvoi dans les meilleurs délais.

[38] Ainsi que l'a fait valoir l'avocat du ministre, si l'argument avancé par M<sup>me</sup> Idahosa était retenu par la Cour, on verrait rapidement, en matière d'immigration, s'instaurer au sein des cours provinciales un système décisionnel parallèle auquel il pourrait être recouru chaque fois que l'exécution d'une mesure d'expulsion est susceptible d'affecter des enfants.

[39] Je considère qu'il serait manifestement contraire à l'économie de la LIPR d'interpréter l'alinéa 50a) comme permettant à des étrangers de faire reporter leur renvoi en obtenant d'une cour provinciale une ordonnance de garde sur le fondement de l'intérêt supérieur des enfants lorsque la garde de ceux-ci n'est aucunement contestée. Il n'y a, dans la LIPR, aucune « lacune » qu'il y aurait lieu de combler à l'aide d'une ordonnance de garde.

c) Les objets de la Loi

[40] La LIPR contient une longue liste des objets poursuivis en matière d'immigration, dont celui de veiller à

paragraph 3(1)(d). Counsel for Ms. Idahosa submits that it would further this purpose to interpret paragraph 50(a) as staying her removal because of the custody order, and thus keeping her family intact.

[41] However, the IRPA has other competing purposes, which include the prompt removal of non-nationals who have been ordered deported: subsection 48(2). Further, taken as a whole, an important purpose of the IRPA, together with the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], is to create a comprehensive statutory scheme for the administration of complex legislation and a single forum for judicial oversight of decision making under it.

[42] On the other hand, subsection 48(1) limits the Minister's duty of prompt removal by recognizing that the enforcement of removal orders may be stayed. Counsel for Ms. Idahosa submits that, in enacting paragraph 50(a), Parliament contemplated the possibility of a conflict between the policy of prompt removal and court orders which would be directly contravened by removal, and resolved it by giving priority to those orders.

[43] Generally speaking, this is true. However, the question here is whether Parliament intended to give priority to custody orders, no doubt granted in the best interests of the children of a parent subject to removal, when obtained solely to defer the parent's removal, and not to deal with a family law dispute over custody: compare *Alexander v. Powell* (2005), 13 R.F.L. (6th) 7 (Ont. C.J.), at paragraph 24. In the absence of a *lis* with a subject-matter that is independent of the matters dealt with under the IRPA, the kind of conflict contemplated by paragraph 50(a) would seem not to arise.

la réunification des familles au Canada prévu à l'alinéa 3(1)d). Selon l'avocate de M<sup>me</sup> Idahosa, on contribuerait à cet objet en interprétant l'alinéa 50a) comme imposant qu'il soit sursis à son renvoi en raison de l'ordonnance de garde, permettant ainsi aux membres de la famille de rester ensemble.

[41] Mais la LIPR a d'autres objets, dont le renvoi, dans les meilleurs délais, d'étrangers visés par une mesure d'expulsion, énoncé au paragraphe 48(2). Ajoutons que si l'on considère ensemble la LIPR et la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], on s'aperçoit que l'un des objets importants est d'instaurer un régime législatif complet permettant d'administrer une législation complexe et attribuant le contrôle judiciaire des décisions prises dans le cadre de cette législation à une seule juridiction.

[42] Cela dit, le paragraphe 48(1) pose une limite à l'obligation faite au ministre d'exécuter les mesures de renvoi dans les meilleurs délais en reconnaissant la possibilité qu'il soit sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi. Selon l'avocate de M<sup>me</sup> Idahosa, en adoptant l'alinéa 50a), le législateur savait qu'il pourrait y avoir conflit entre une politique d'exécution rapide des mesures de renvoi et des ordonnances judiciaires dont l'exécution irait directement à l'encontre à la mesure de renvoi. D'après elle, le législateur a résolu ces conflits éventuels en accordant la préséance aux ordonnances judiciaires.

[43] Cela est vrai d'une manière générale. Mais, en l'espèce, il s'agit de savoir si le législateur entendait effectivement accorder la préséance à des ordonnances de garde, rendues sans aucun doute dans l'intérêt supérieur des enfants d'un parent ayant fait l'objet d'une mesure de renvoi, mais obtenues uniquement afin de faire reporter le renvoi du parent et non pas de régler un différend familial au sujet de la garde : voir la décision *Alexander v. Powell* (2005), 13 R.D.F. (6<sup>e</sup>) 7 (C.J. Ont.), au paragraphe 24. En l'absence de litige au sujet d'une question n'ayant rien à voir avec les questions auxquelles s'applique la LIPR, les conflits qu'envisage l'alinéa 50a) ne surviendraient vraisemblablement pas.

[44] In my view, the specific purposes of paragraph 50(a), and the more general purposes of the IRPA, on balance assist the Minister's narrower interpretation of the scope of the provision.

(d) section 7 of the Charter

[45] Ms. Idahosa does not challenge the constitutional validity of paragraph 50(a), but says that it must be interpreted and applied in a manner consistent with the Charter, as mandated by the IRPA, paragraph 3(3)(d).

[46] Counsel says that the rights protected by section 7 include the right of parents and children not to be separated by state action. To interpret paragraph 50(a) as imposing a stay on the removal from Canada of a mother who has been awarded sole custody of her Canadian-born children would be consistent with the section 7 rights of mother and children. I do not agree.

[47] First, section 7 protects individuals from being deprived of the right to life, liberty, and security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice. In her memorandum of fact and law, counsel does not identify in what respects paragraph 50(a) is contrary to the principles of fundamental justice. In oral argument, counsel suggested that removing Ms. Idahosa before her second H&C application was decided constituted a breach of the principles of fundamental justice. I do not agree that Ms. Idahosa's removal in these circumstances would be so arbitrary as to constitute a breach of the principles of fundamental justice, especially since the best interests of her children have already been considered in her first H&C application and PRRA, and she has a right to request the Federal Court to stay her removal, a right which she is yet to exercise.

[48] Second, counsel directed us to no case in which a court has held that section 7 invalidated the removal

[44] À mon avis, les buts précis visés par l'alinéa 50a) et les objets plus généraux de la LIPR portent plutôt à retenir l'interprétation plus restrictive proposée par le ministre.

d) L'article 7 de la Charte

[45] M<sup>me</sup> Idahosa ne conteste pas la validité constitutionnelle de l'alinéa 50a), mais fait valoir qu'il y a lieu d'interpréter cette disposition et de l'appliquer d'une manière conforme à la Charte, comme l'indique l'alinéa 3(3)d) de la LIPR.

[46] L'avocate fait valoir que les droits garantis par l'article 7 comprennent le droit des parents et des enfants de ne pas être séparés du fait d'une mesure prise par l'État. Selon elle, en interprétant l'alinéa 50a) comme imposant qu'il soit sursis au renvoi du Canada d'une mère qui s'est vu accorder la garde exclusive de ses enfants nés au Canada, on respectera les droits que l'article 7 garantit à la mère et à ses enfants. Je ne suis pas de cet avis.

[47] Premièrement, l'article 7 protège les personnes en garantissant leur droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne et en prévoyant qu'il ne peut être porté atteinte à ces droits qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Dans son mémoire des faits et du droit, l'avocate de l'appelante n'indique pas en quoi l'alinéa 50a) est contraire aux principes de justice fondamentale. Dans sa plaidoirie, elle a soutenu que le renvoi de M<sup>me</sup> Idahosa avant que soit tranchée sa deuxième demande CH constituait une violation des principes de justice fondamentale. Je ne considère pas, pour ma part, que le renvoi de M<sup>me</sup> Idahosa dans ces circonstances atteindrait un degré d'arbitraire tel qu'il serait effectivement contraire aux principes de justice fondamentale. Cela me paraît particulièrement vrai étant donné que la question de l'intérêt supérieur de ses enfants a déjà été examinée dans le cadre de la première demande CH ainsi que lors de l'ERAR, et que M<sup>me</sup> Idahosa a le droit de solliciter de la Cour fédérale un sursis de la mesure de renvoi dont elle fait l'objet, droit qu'elle n'a pas encore exercé.

[48] Deuxièmement, l'avocate n'a pu citer aucun précédent où un tribunal aurait jugé que l'article 7 de la

of a non-national who had not established that she would be at risk of serious harm in the country to which she was to be removed. The absence of case law to this effect is no doubt explained in part by section 6 of the Charter, which confers only on Canadian citizens a constitutional right to enter and remain in Canada.

[49] Third, this Court in *Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 184 N.R. 230 (F.C.A.), held that the deportation of the parents of Canadian-born children violated the section 7 rights of neither the parents nor their children. The Court pointed out that the separation of parents from their children is the result of the parents' decision not to take their children with them when removed from Canada. In the present case, if Ms. Idahosa decides to take her children with her, she may ask the Ontario Court of Justice to revoke the non-removal order which she herself requested. The Court will then decide whether it is in the best interests of the children to be with their mother or to remain in Canada.

[50] To the extent that paragraph 50(a) may be ambiguous, section 7 does not, in my view, lend any significant support to Ms. Idahosa's interpretation of it.

(e) international law

[51] Counsel for Ms. Idahosa submits that the IRPA, paragraph 3(3)(f) requires that the IRPA must be interpreted and applied consistently with international human rights instruments to which Canada is signatory, and that only the plainest statutory language will warrant an interpretation that would violate Canada's international legal obligations: see *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, at paragraphs 71–89.

[52] Since paragraph 50(a) contains no such language, counsel argues that it must be interpreted consistently with international human rights instruments protecting,

Charte a pour effet d'invalider le renvoi d'un étranger qui n'est pas en mesure d'établir que son renvoi dans tel ou tel pays l'exposera à un préjudice grave. L'absence de jurisprudence sur ce point s'explique sans doute en partie par l'article 6 de la Charte, aux termes duquel le droit constitutionnel d'entrer ou de sortir du Canada n'est garanti qu'aux citoyens canadiens.

[49] Troisièmement, dans l'arrêt *Langner c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 469 (C.A.) (QL), la Cour a jugé que l'expulsion des parents d'enfants nés au Canada ne portait atteinte ni aux droits de l'article 7 garantis aux parents, ni à ceux des enfants. La Cour a en effet fait remarquer que si les enfants sont séparés des parents, c'est simplement parce que les parents ont décidé de ne pas les emmener avec eux lors de leur renvoi du Canada. En l'espèce, si M<sup>me</sup> Idahosa décide d'emmener ses enfants avec elle, elle peut demander à la Cour de justice de l'Ontario de révoquer l'ordonnance interdisant la sortie des enfants de la province, ordonnance qu'elle a elle-même sollicitée. La Cour devra alors décider si l'intérêt supérieur des enfants est qu'ils accompagnent leur mère ou qu'ils restent au Canada.

[50] Si tant est que la formulation de l'alinéa 50a) puisse paraître quelque peu ambiguë, j'estime que l'article 7 ne confirme guère l'interprétation qu'en donne M<sup>me</sup> Idahosa.

e) Le droit international

[51] Selon l'avocate de M<sup>me</sup> Idahosa, l'alinéa 3(3)f) de la LIPR exige que cette loi soit interprétée et appliquée de manière conforme aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire, et que seule une disposition formulée de manière parfaitement explicite pourrait justifier une interprétation de nature à porter atteinte aux obligations incombant au Canada en vertu du droit international : voir l'arrêt de *Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 R.C.F. 655, aux paragraphes 71 à 89.

[52] Comme l'alinéa 50a) n'est pas formulé ainsi, l'avocate fait valoir que cette disposition doit être interprétée d'une manière conforme aux instruments interna-

for example, the best interests of children and the relationship of parent and child. This means, she says, that paragraph 50(a) should be interpreted as imposing a stay on the removal of Ms. Idahosa in contravention of the custody order. I do not agree.

[53] First, none of the international human rights instruments on which Ms. Idahosa relies prohibits the deportation of foreign nationals simply because removal would result in their separation from their children.

[54] Second, any assessment of whether a statutory provision violates Canada's international legal obligations must be made on the basis of the statute as a whole. The IRPA provides opportunities for the consideration of the best interests of the children of those subject to deportation. The interests of Ms. Idahosa's children have been considered by the officer who determined her H&C application and in the PRRA. While great weight must be given to the best interests of children in administrative decision making, they do not necessarily outweigh all other considerations: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 75; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at paragraph 10. The denial of Ms. Idahosa's H&C application is not under review in this appeal.

[55] It is open to Ms. Idahosa to request the Federal Court to stay her removal, pending the determination of her second H&C application. In my opinion, the international instruments on which Ms. Idahosa relies do not suggest that she should also have the benefit of an automatic stay of her removal, pending the determination of her second H&C, on the basis of a custody order obtained for the purpose of frustrating her removal.

(f) conclusions

tionaux portant sur les droits de l'homme protégeant notamment l'intérêt supérieur des enfants et la relation entre parent et enfant. D'après elle, cela veut dire que l'alinéa 50(a) doit être interprété comme imposant qu'il soit sursis au renvoi de M<sup>me</sup> Idahosa, dont l'exécution serait contraire à l'ordonnance de garde. Ce n'est pas mon avis.

[53] Premièrement, aucun des instruments internationaux portant sur les droits de l'homme cités par M<sup>me</sup> Idahosa n'interdit l'expulsion d'étrangers du simple fait que leur renvoi aurait pour effet de les séparer de leurs enfants.

[54] Deuxièmement, seul un examen global de la loi en cause permet de dire si l'une de ses dispositions est effectivement contraire aux obligations incombant au Canada en vertu du droit international. La LIPR offre plusieurs occasions de prendre en compte l'intérêt supérieur des enfants de personnes visées par une mesure d'expulsion. La question de l'intérêt des enfants de M<sup>me</sup> Idahosa a été examinée par l'agent qui s'est prononcé sur sa demande CH ainsi que dans l'ERAR. Dans toute décision administrative, un poids considérable doit être accordé à l'intérêt supérieur des enfants, mais cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur toutes les autres considérations : voir l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 75; l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, au paragraphe 10. Le rejet de la demande CH de M<sup>me</sup> Idahosa n'est pas en cause dans le présent appel.

[55] Il est loisible à M<sup>me</sup> Idahosa de solliciter de la Cour fédérale le sursis de son renvoi en attendant que soit tranchée sa seconde demande CH. Selon moi, les instruments internationaux invoqués par M<sup>me</sup> Idahosa ne permettent pas de dire que l'ordonnance de garde qu'elle a obtenue afin de faire obstacle à son renvoi lui confère un droit automatique au sursis de la mesure de renvoi en attendant que soit tranchée sa deuxième demande CH.

f) Conclusions

[56] When the text of paragraph 50(a) is considered in the context of the statutory scheme created by the IRPA, and in light of its purposes, I have concluded that Parliament should not be taken to have intended that a removal is stayed by a judicial order obtained from a provincial court for the purpose of preventing or delaying the enforcement of the removal order.

[57] In this case, there was no underlying dispute over custody, and the best interests of the children were considered by the provincial court in the context of their mother's imminent removal. The IRPA provides ample opportunity for those interests to be duly considered by immigration officials as an important, but not necessarily decisive, factor in determining whether, in all the circumstances, it is appropriate to enforce the removal order.

## F. CONCLUSIONS

[58] The certified questions were:

(a) Does the removal of a parent who has been granted custody of a Canadian born child by an Order of a provincial court, which order also prohibits removal of the child from the province, create a statutory stay pursuant to section 50(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

(b) Does the fact that the Order can be varied and that the Minister had an opportunity to speak to the Order make a difference?

[59] I would answer as follows:

(a) Paragraph 50(a) does not apply to a provincial court's order awarding custody to a parent of Canadian-born children for the purpose of delaying or preventing the enforcement of a removal order against the parent, when there is no *lis* respecting custody that is unrelated to the removal.

(b) On the facts of this case, no.

[60] For these reasons, I would dismiss the appeal.

SEXTON J.A.: I agree.

RYER J.A.: I agree.

[56] Après avoir examiné le texte de l'alinéa 50a) dans le contexte du régime créé par la LIPR, et compte tenu des objets de cette loi, j'estime qu'il n'y a pas lieu de penser que le législateur a voulu qu'il puisse être sursis à une mesure de renvoi par une ordonnance judiciaire sollicitée d'une cour provinciale dans le but d'empêcher ou de retarder l'exécution de la mesure de renvoi.

[57] Dans la présente affaire, il n'y a aucun différend au sujet de la garde des enfants et la question de leur intérêt supérieur a été examinée par la cour provinciale dans le contexte du renvoi imminent de leur mère. La LIPR prévoit amplement la prise en compte de l'intérêt des enfants par les services de l'immigration en tant que facteur important, mais pas nécessairement décisif, lorsqu'il s'agit de décider si, vu l'ensemble des circonstances, il y a effectivement lieu d'exécuter la mesure de renvoi.

## F. CONCLUSIONS

[58] Les questions certifiées étaient les suivantes :

a) Le renvoi d'un parent à qui la garde d'un enfant né au Canada a été accordée par une ordonnance d'un tribunal provincial fait-il l'objet d'un sursis en vertu de l'alinéa 50a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* si l'ordonnance interdit le renvoi de l'enfant de la province?

b) Le fait que l'ordonnance peut être modifiée et que le ministre a eu le droit de présenter des observations concernant cette ordonnance fait-il une différence?

[59] Selon moi, il convient d'y répondre comme suit :

a) L'alinéa 50a) ne s'applique pas à l'ordonnance d'une cour provinciale qui accorde à un parent la garde de ses enfants nés au Canada afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une mesure de renvoi visant le parent, en l'absence de litige sans lien avec le renvoi concernant la garde des enfants.

b) Vu les faits de la cause, non.

[60] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel.

LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE RYER, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-361-08  
2009 FCA 62

A-361-08  
2009 CAF 62

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Fritz Marketing Inc.** (*Respondent*)

**Fritz Marketing Inc.** (*intimée*)

**INDEXED AS: FRITZ MARKETING INC. v. CANADA (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : FRITZ MARKETING INC. c. CANADA (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Nadon and Sharlow JJ.A.—Ottawa, January 21, 2009; March 3, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Nadon et Sharlow, J.C.A.—Ottawa, 21 janvier 2009; 3 mars 2009.

*Customs and Excise — Customs Act — Appeal from Federal Court decision setting aside detailed adjustment statements (DAS) issued by Canada Border Services Agency based on evidence obtained in violation of Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Respondent appealing DAS to Canadian International Trade Tribunal (CITT) pursuant to Customs Act, s. 67 — CITT staying appeal pending outcome herein — Issue whether Federal Court having jurisdiction to set aside DAS; in affirmative, whether DAS should be set aside — Privative clauses in Act, ss. 58(3), 59(6), 62 depriving Federal Court of jurisdiction to set aside DAS (Abbott Laboratories, Ltd. v. M.N.R.) — Rolls Wood Group (Repairs & Overhauls) Ltd. v. M.N.R. wrongly decided — Parties, Federal Court mischaracterizing question — Fundamental issue admissibility of impugned evidence in CITT proceedings as CITT having mandate to determine validity, correctness of DAS — Appeal allowed.*

*Douanes et Accise — Loi sur les douanes — Appel de la décision de la Cour fédérale annulant des relevés détaillés de rajustement (RDR) émis par l'Agence des services frontaliers du Canada sur le fondement d'éléments de preuve obtenus en violation de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés — L'intimée a interjeté appel des RDR auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) en vertu de l'art. 67 de la Loi sur les douanes — Le TCCE a suspendu l'appel en attendant le dénouement en l'espèce — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour annuler les RDR et, si c'était le cas, si les RDR devaient être annulés — Les clauses privatives des art. 58(3), 59(6) et 62 de la Loi excluent la compétence de la Cour fédérale pour annuler un RDR (Abbott Laboratories, Ltd. c. M.N.R.) — Rolls Wood Group (Repairs & Overhauls) Ltd. c. M.N.R. est mal fondé — Les parties et la Cour fédérale ont mal formulé la question — La question fondamentale était l'admissibilité des éléments de preuve contestés dans l'instance devant le TCCE puisque celui-ci est investi du mandat de statuer sur la validité et le bien-fondé des RDR — Appel accueilli.*

*Federal Court Jurisdiction — Federal Court setting aside detailed adjustment statements (DAS) issued by Canada Border Services Agency based on evidence obtained in violation of Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Privative clauses in Customs Act, ss. 58(3), 59(6), 62 depriving Court of jurisdiction to set aside DAS — Fundamental issue admissibility of impugned evidence in proceedings before Canadian International Trade Tribunal (CITT) — CITT having mandate to determine validity, correctness of DAS.*

*Compétence de la Cour fédérale — La Cour fédérale a annulé des relevés détaillés de rajustement (RDR) émis par l'Agence des services frontaliers du Canada sur le fondement d'éléments de preuve obtenus en violation de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés — Les clauses privatives des art. 58(3), 59(6) et 62 de la Loi sur les douanes excluent la compétence de la Cour fédérale pour annuler un RDR — La question fondamentale était l'admissibilité des éléments de preuve contestés dans l'instance devant le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) — Le TCCE est investi du mandat de statuer sur la validité et le bien-fondé des RDR.*

This was an appeal from a Federal Court decision setting aside detailed adjustment statements issued on the basis of evidence obtained in violation of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé des relevés détaillés de rajustement émis sur le fondement d'éléments de preuve obtenus en violation de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

The respondent, an importer of goods from China, has been involved in four separate proceedings relating to import transactions between October 2002 and June 2003. These proceedings have their roots in a finding by a Canada Border Services Agency investigator that there were a number of transactions in which the respondent's declared value for duty of certain imported goods was only 50% of the invoiced value of the same goods. The investigator was granted a search warrant by a justice of the peace and the documents seized were relied on to lay criminal charges (covering the transactions at issue) against the respondent. The Ontario Court of Justice later granted an order setting aside the search warrant on the basis that the search and seizure violated section 8 of the Charter.

Through one of its lawyers, the respondent became aware that the Agency was in the process of issuing detailed adjustment statements to give effect to its conclusion that the respondent had deliberately undervalued the value for duty of the goods in the import transactions and consequently filed corrections pursuant to subsection 32.2(2) of the Act. The Agency then issued the detailed adjustment statements pursuant to subsection 59(2) of the Act. These statements were undisputedly based on the information obtained as a result of the execution of the search warrant. The respondent appealed these detailed adjustment statements to the Canadian International Trade Tribunal (CITT) pursuant to section 67 of the Act, but the CITT stayed the appeal pending the outcome of this case. The Federal Court rendered a judgment setting aside the detailed adjustment statements.

The case raises an issue as to whether the Federal Court has the jurisdiction to set aside a detailed adjustment statement issued by the Agency pursuant to the *Customs Act* and, in the affirmative, whether the detailed adjustment statements in issue should be set aside.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Federal Court correctly held, in *Abbott Laboratories, Ltd. v. M.N.R.*, that by virtue of the scheme of the *Customs Act*, which includes privative clauses at subsections 58(3), 59(6) and section 62, Parliament has ousted the jurisdiction of the Federal Court to quash a detailed adjustment statement. *Rolls Wood Group (Repairs & Overhauls) Ltd. v. M.N.R.*, which the parties relied on to argue that the Federal Court had jurisdiction, was wrongly decided.

The parties and the Federal Court mischaracterized the fundamental issue in this case, which was the admissibility of the impugned evidence in the proceedings before the CITT. It is that tribunal which has the mandate to determine the validity and correctness of the detailed adjustment statements.

L'intimée, une importatrice de marchandises de Chine, a été partie à quatre instances distinctes relatives à des transactions d'importation entre octobre 2002 et juin 2003. Ces instances trouvent leur origine dans une conclusion d'un enquêteur de l'Agence des services frontaliers du Canada selon laquelle il y avait plusieurs transactions pour lesquelles l'intimée avait déclaré une valeur en douane de certaines marchandises importées qui ne correspondaient qu'à 50 % de la valeur facturée de ces marchandises. Un juge de paix a décerné à l'enquêteur un mandat de perquisition et les documents saisis ont servi de fondement au dépôt d'accusations criminelles (visant les transactions en cause) contre l'intimée. Par la suite, la Cour de justice de l'Ontario a rendu une ordonnance annulant le mandat de perquisition au motif que la fouille et la saisie enfreignaient l'article 8 de la Charte.

L'intimée a appris, par l'intermédiaire de l'un de ses avocats, que l'Agence était en voie d'émettre des relevés détaillés de rajustement pour donner effet à sa conclusion selon laquelle l'intimée avait délibérément sous-évalué la valeur en douane des marchandises dans le cadre des transactions d'importation et elle a donc présenté des corrections en vertu du paragraphe 32.2(2) de la Loi. L'Agence a ensuite émis les relevés détaillés de rajustement en vertu du paragraphe 59(2) de la Loi. Il n'était pas contesté que ces relevés reposaient sur les renseignements obtenus à la suite de l'exécution du mandat de perquisition. L'intimée a interjeté appel de ces relevés détaillés de rajustement auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) en vertu de l'article 67 de la Loi, mais le TCCE a suspendu l'appel en attendant le dénouement de la présente affaire. La Cour fédérale a rendu une ordonnance annulant les relevés détaillés de rajustement.

L'affaire soulève la question de savoir si la Cour fédérale a compétence pour annuler un relevé détaillé de rajustement émis par l'Agence en vertu de la *Loi sur les douanes* et, si c'est le cas, celle de savoir si les relevés détaillés de rajustement en cause devaient être annulés.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a conclu à juste titre, dans *Abbott Laboratories, Ltd. c. M.R.N.*, qu'en vertu du régime de la *Loi sur les douanes*, qui comporte des clauses privatives aux paragraphes 58(3) et 59(6) et à l'article 62, le législateur a exclu la compétence de la Cour fédérale pour annuler un relevé détaillé de rajustement. L'arrêt *Rolls Wood Group (Repairs & Overhauls) Ltd. c. M.R.N.*, que les parties ont invoqué pour soutenir que la Cour fédérale avait compétence, est mal fondé.

Les parties et la Cour fédérale ont mal formulé la question fondamentale en l'espèce, soit l'admissibilité des éléments de preuve contestés dans l'instance devant le TCCE. Ce dernier est le tribunal investi du mandat de statuer sur la validité et le bien-fondé des relevés détaillés de rajustement. Bien que

While the respondent may face procedural difficulties in raising the Charter issues before the CITT, that would only be the unfortunate result of its litigation strategy. However, that outcome is not a certainty as the Court was referred to nothing in the CITT rules or case law that would preclude the appellant in a section 67 appeal from bringing a motion to set aside the detailed adjustments statements.

Furthermore, if the Charter issues are properly raised before the CITT, the CITT must consider them *de novo*, based on the record before it, and is not bound by the decision of the Federal Court or any of its conclusions. Similarly, nothing that was said in both the criminal proceedings in the Ontario Court of Justice and the civil proceedings in the Ontario Superior Court of Justice can be construed as a decision relating to the admissibility of the impugned evidence in the CITT proceedings.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*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. 8.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487.012 (as enacted by S.C. 2004, c. 3, s. 7).

*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 32 (as am. by S.C. 1992, c. 28, s. 5; 1995, c. 41, s. 8; 2001, c. 25, s. 21; 2005, c. 38, s. 63), 32.2(2) (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 82; 1997, c. 36, s. 152), (3) (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 82; 1997, c. 36, s. 152), (4) (as enacted by S.C. 1997, c. 36, s. 152), 58 (as am. by S.C. 1992, c. 28, s. 11; 1997, c. 36, s. 166; 2005, c. 38, s. 73), 59(1) (as enacted by S.C. 1997, c. 36, s. 166; 2001, c. 25, s. 41; 2005, c. 38, s. 74), (2) (as enacted by S.C. 1997, c. 36, s. 166), (6) (as enacted *idem*), 60 (as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166; 2001, c. 25, s. 42; 2005, c. 38, s. 85), 60.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 25, s. 43; 2005, c. 38, s. 85), 60.2 (as enacted by S.C. 2001, c. 25, s. 43; 2005, c. 38, s. 85), 61 (as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166; 2001, c. 25, s. 44; 2005, c. 38, s. 85), 62 (as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166), 67 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 52; S.C. 1997, c. 36, s. 169; 2001, c. 25, s. 48(F); 2005, c. 38, s. 85), 68 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 52; S.C. 1995, c. 41, s. 20; 2005, c. 38, s. 85).

*Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, ss. 10, 11.

l'intimée puisse rencontrer des difficultés d'ordre procédural à soumettre des arguments relatifs à la Charte au TCCE, ce serait le résultat malencontreux de la stratégie choisie dans le cadre du litige. Cependant, ce dénouement n'est pas inéluctable puisque aucune règle du TCCE ni aucun précédent n'ont été portés à l'attention de la Cour qui empêcheraient l'appelant, dans le cadre d'un appel en vertu de l'article 67, de présenter une requête visant à faire annuler les relevés détaillés de rajustement.

En outre, si les questions reliées à la Charte sont soulevées à bon droit devant le TCCE, celui-ci doit examiner ces questions *de novo*, sur le fondement du dossier dont il dispose et il n'est pas lié par la décision de la Cour fédérale ni par aucune de ses conclusions. Pareillement, l'instance pénale devant la Cour de justice de l'Ontario et l'instance civile devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario ne peuvent être interprétées comme une décision concernant l'admissibilité des éléments de preuve contestés dans l'instance devant le TCCE.

#### 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. 8.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487.012 (édicte par L.C. 2004, ch. 3, art. 7).

*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, ss. 32 (mod. par L.C. 1992, ch. 28, art. 5; 1995, ch. 41, art. 8; 2001, ch. 25, art. 21; 2005, ch. 38, art. 63), 32.2(2) (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 82; 1997, ch. 36, art. 152), (3) (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 82; 1997, ch. 36, art. 152), (4) (édicte par L.C. 1997, ch. 36, art. 152), 58 (mod. par L.C. 1992, ch. 28, art. 11; 1997, ch. 36, art. 166; 2005, ch. 38, art. 73), 59(1) (édicte par L.C. 1997, ch. 36, art. 166; 2001, ch. 25, art. 41; 2005, ch. 38, art. 74), (2) (édicte par L.C. 1997, ch. 36, art. 166), (6) (édicte, *idem*), 60 (mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166; 2001, ch. 25, art. 42; 2005, ch. 38, art. 85), 60.1 (édicte par L.C. 2001, ch. 25, art. 43; 2005, ch. 38, art. 85), 60.2 (édicte par L.C. 2001, ch. 25, art. 45; 2005, ch. 38, art. 85), 61 (mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166; 2001, ch. 25, art. 44; 2005, ch. 38, art. 85), 62 (mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166), 67 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 52; L.C. 1997, ch. 36, art. 169; 2001, ch. 25, art. 48(F); 2005, ch. 38, art. 85), 68 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 52; L.C. 1995, ch. 41, art. 20; 2005, ch. 38, art. 85).

*Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36, art. 10, 11.

## CASES CITED

## OVERRULED:

*Rolls Wood Group (Repairs & Overhauls) Ltd. v. M.N.R.* (2001), 199 F.T.R. 64 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*R. v. Fritz Marketing Inc.*, 2006 ONCJ 430 (CanLII); *R. v. Fritz Marketing Inc.*, [2006] O.J. No. 4094 (Ct. J.) (QL); *Abbott Laboratories, Ltd. v. M.N.R.*, 2004 FC 140, 246 F.T.R. 128, 12 Admin. L.R. (4th) 20; *Danone Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 44, [2009] 4 F.C.R. 264.

## REFERRED TO:

*1099065 Ontario Inc. v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 1263, 301 F.T.R. 291; aff'd 2008 FCA 47, 375 N.R. 368; *Canada v. O'Neill Motors Ltd.*, [1998] 4 F.C. 180, (1998), 162 D.L.R. (4th) 248, 55 C.R.R. (2d) 122 (F.C.A.).

APPEAL from a decision of the Federal Court (2008 FC 703, 329 F.T.R. 221, 174 C.R.R. (2d) 74) setting aside detailed adjustment statements issued on the basis of evidence obtained in violation of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Alexandre Kaufman* for appellant.  
*Alan D. Gold* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Alan D. Gold Professional Corporation*, Toronto, for respondent.

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

[1] SHARLOW J.A.: This case raises an issue as to whether the Federal Court has the jurisdiction to set aside a detailed adjustment statement issued by the Canada Border Services Agency pursuant to the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1. If there is jurisdic-

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION ÉCARTÉE :

*Rolls Wood Group (Repairs & Overhauls) Ltd. c. M.R.N.*, [2001] A.C.F. n° 20 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. v. Fritz Marketing Inc.*, 2006 ONCJ 430 (CanLII); *R. v. Fritz Marketing Inc.*, [2006] O.J. No. 4094 (C.J.) (QL); *Abbott Laboratories, Ltd. c. M.R.N.*, 2004 CF 140; *Danone Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 44, [2009] 4 R.C.F. 264.

## DÉCISIONS CITÉES :

*1099065 Ontario Inc. v. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 1263, conf. par 2008 CAF 47; *Canada c. O'Neill Motors Ltd.*, [1998] 4 C.F. 180 (C.A.).

APPEL de la décision (2008 CF 703) par laquelle la Cour fédérale a annulé des relevés détaillés de rajustement émis sur le fondement d'éléments de preuve obtenus en violation de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Appel accueilli.

## ONT COMPARU

*Alexandre Kaufman* pour l'appelante.  
*Alan D. Gold* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.

*Alan D. Gold Professional Corporation*, Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : La présente affaire soulève la question de savoir si la Cour fédérale a compétence pour annuler un relevé détaillé de rajustement émis par l'Agence des services frontaliers du Canada en vertu de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985)

tion, the question is whether the detailed adjustment statements in issue in this case should be set aside on the basis that they were issued in reliance on information obtained upon the execution of a search warrant that was found in subsequent criminal proceedings to have violated section 8 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 reasons for the order under appeal are reported as *Fritz Marketing Inc. v. Canada*, 2008 FC 703, 329 F.T.R. 221.

### STATUTORY FRAMEWORK

[2] To understand the issues that arise in this case, it is necessary to understand certain elements of the scheme of the *Customs Act* relating to the determination and collection of import duties. The Canada Border Services Agency (the Agency) is responsible for the administration of this statutory scheme.

[3] Import duties are determined on the basis of a formula that takes into account a number of elements, including the origin of the imported goods, the tariff classification of the imported goods as determined under sections 10 and 11 of the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, and the value for duty of the imported goods as determined under Part III of the *Customs Act* (sections 44 to 72.1). In this case, the only element of the computation in issue is the value for duty, which is the net cost of the imported goods.

[4] An importer of goods into Canada is required to report the importation pursuant to Part II of the *Customs Act* (sections 11 to 43.1). Section 32 [as am. by S.C. 1992, c. 28, s. 5; 1995, c. 41, s. 8; 2001, c. 25, s. 21; 2005, c. 38, s. 63] of the *Customs Act* requires the importer to account for the goods in the prescribed manner and pay the required duties.

[5] The Agency has the authority under subsection 58(1) [as am. *idem*, s. 73] of the *Customs Act* to deter-

(2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1. Si la Cour a compétence, la question est celle de savoir si les relevés détaillés de rajustement en cause en l'espèce devraient être annulés au motif qu'ils ont été émis sur le fondement de renseignements obtenus lors de l'exécution d'un mandat de perquisition dont il a été jugé, dans le cadre d'une instance pénale subséquente, que celui-ci contrevenait à l'article 8 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<sup>o</sup> 44]] (la Charte). Les motifs de l'ordonnance dont il est fait appel ont été publiés sous la référence *Fritz Marketing Inc. c. Canada*, 2008 CF 703.

### CADRE LÉGISLATIF

[2] Pour comprendre les questions qui se posent dans la présente affaire, il est nécessaire de comprendre certains éléments du régime de la *Loi sur les douanes* relatifs à la détermination et à la perception de droits d'importation. L'Agence des services frontaliers du Canada (l'Agence) est responsable de l'application de ce régime législatif.

[3] Les droits d'importation sont déterminés selon une formule qui prend en compte différents éléments, dont l'origine des marchandises importées, le classement tarifaire des marchandises importées déterminé conformément aux articles 10 et 11 du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36, et la valeur en douane des marchandises importées déterminée conformément à la partie III de la *Loi sur les douanes* (articles 44 à 72.1). En l'espèce, le seul élément litigieux du calcul est la valeur en douane, qui est le coût net des marchandises importées.

[4] L'importateur de marchandises au Canada est tenu de déclarer l'importation conformément à la partie II de la *Loi sur les douanes* (articles 11 à 43.1). L'article 32 [mod. par L.C. 1992, ch. 28, art. 5; 1995, ch. 41, art. 8; 2001, ch. 25, art. 21; 2005, ch. 38, art. 63] de la *Loi sur les douanes* exige que l'importateur déclare les marchandises selon les modalités réglementaires et paie les droits afférents.

[5] Le paragraphe 58(1) [mod., *idem*, art. 73] de la *Loi sur les douanes* confère à l'Agence le pouvoir de déter-

mine the value for duty of imported goods. However, if that determination is not made by the Agency, the determination is deemed by subsection 58(2) [as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166] to be as declared by the importer. Thus, in the absence of an initial determination by the Agency of the value for duty of imported goods, the importer's declaration is treated as the Agency's determination.

[6] Pursuant to subsection 32.2(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 82; 1997, c. 36, s. 152] of the *Customs Act*, an importer who has reason to believe that its declaration of the value for duty is incorrect must submit a correction within a specified time and pay any resulting deficiency in the duties payable. Subsection 32.2(3) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 82; 1997, c. 36, s. 152] provides that, for the purposes of the *Customs Act*, such a correction is treated as a re-determination by the Agency under paragraph 59(1)(a) [as enacted by S.C. 1997, c. 36, s. 166; 2001, c. 25, s. 41] of the *Customs Act*. The duty to make corrections expires after four years (subsection 32.2(4) [as enacted by S.C. 1997, c. 36, s. 152] of the *Customs Act*).

[7] Pursuant to paragraph 59(1)(a) of the *Customs Act*, the Agency may make a re-determination of the value for duty of imported goods, but it must do so within four years after the date of the initial determination. Further re-determinations are permitted under paragraph 59(1)(b) [as enacted by S.C. 1997, c. 36, s. 166], subject in some cases to further time limits.

[8] Subsection 59(2) [as enacted *idem*] of the *Customs Act* provides that an importer is entitled to notice of any determination under subsection 58(1) or any re-determination under subsection 59(1) [as enacted *idem*; 2001, c. 25, s. 41; 2005, c. 38, s. 74]. The form of notification is the "detailed adjustment statement" (also called a DAS). If the determination or re-determination changes the amount of the duties payable, the importer must pay the deficiency or is entitled to a refund, as the case may be. For example, the detailed adjustment statements in issue in this case are notices to the importer of goods that the Agency has determined that the value for duty of

miner la valeur en douane de marchandises importées. Cependant, si l'Agence ne fait pas cette détermination, au titre du paragraphe 58(2) [mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166], la détermination est réputée avoir été faite selon les énonciations formulées dans la déclaration de l'importateur. Ainsi, en l'absence d'une détermination initiale par l'Agence de la valeur en douane de marchandises importées, la déclaration de l'importateur est traitée comme la détermination de l'Agence.

[6] En vertu du paragraphe 32.2(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 82; 1997, ch. 36, art. 152] de la *Loi sur les douanes*, l'importateur qui a des raisons de croire que sa déclaration de la valeur en douane est inexacte doit effectuer une déclaration corrigée dans le délai prescrit et payer tout complément de droits payables, le cas échéant. Le paragraphe 32.2(3) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 82; 1997, ch. 36, art. 152] dispose que, pour l'application de la *Loi sur les douanes*, une telle correction est assimilée à la révision par l'Agence prévue à l'alinéa 59(1)a) [édicte par L.C. 1997, ch. 36, art. 166; 2001, ch. 25, art. 41] de la *Loi sur les douanes*. L'obligation d'effectuer des corrections prend fin après quatre ans (paragraphe 32.2(4) [édicte par L.C. 1997, ch. 36, art. 152] de la *Loi sur les douanes*).

[7] En vertu de l'alinéa 59(1)a) de la *Loi sur les douanes*, l'Agence peut procéder à une révision de la valeur en douane des marchandises importées, mais elle doit le faire dans les quatre années suivant la date de la détermination initiale. Des réexamens sont aussi permis par l'alinéa 59(1)b) [édicte par L.C. 1997, ch. 36, art. 166], à l'intérieur d'autres délais prescrits dans certains cas.

[8] Le paragraphe 59(2) [édicte, *idem*] de la *Loi sur les douanes* dispose que l'importateur a le droit d'être avisé de toute détermination faite en vertu du paragraphe 58(1) ou de toute révision effectuée en vertu du paragraphe 59(1) [édicte, *idem*; 2001, ch. 25, art. 41; 2005, ch. 38, art. 74]. L'avis se présente sous la forme d'un « relevé détaillé de rajustement » (aussi appelé RDR). Si la détermination ou la révision modifie le montant des droits payables, l'importateur doit payer le manque ou a droit à un remboursement, selon le cas. Par exemple, les relevés détaillés de rajustement en cause en l'espèce avisent l'importateur de marchandises que l'Agence a

certain goods is higher than the amount declared by the importer, and that the duties payable under the *Customs Act* are increased accordingly.

[9] An importer who receives a detailed adjustment statement may request the President of the Agency to make a further determination pursuant to section 60 [as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166; 2001, c. 25, s. 42; 2005, c. 38, s. 85]. The request must be made within a stipulated time limit, which may be extended by the President or, in certain circumstances, by the Canadian International Trade Tribunal (CITT) (sections 60.1 [as enacted by S.C. 2001, c. 25, s. 43; 2005, c. 38, s. 85] and 60.2 [as enacted by S.C. 2001, c. 25, s. 43; 2005, c. 38, s. 85]). Pursuant to section 61 [as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166; 2001, c. 28, s. 44; 2005, c. 38, s. 85] of the *Customs Act*, the President of the Agency has the authority to make a further re-determination, subject to certain conditions that are not relevant to this appeal.

[10] Pursuant to section 67 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 52; S.C. 1997, c. 36, s. 169; 2001, c. 25, s. 48(F); 2005, c. 38, s. 85] of the *Customs Act*, an appeal lies to the CITT from a decision of the President on a section 60 request, or a re-determination by the President under section 60 or section 61. A further appeal lies to the Federal Court of Appeal pursuant to section 68 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 52; S.C. 1995, c. 41, s. 20; 2005, c. 38, s. 85] of the *Customs Act*.

[11] The statutory scheme relating to determinations and re-determinations under sections 58 [as am. by S.C. 1992, c. 28, s. 11; 1997, c. 36, s. 166; 2005, c. 38, s. 73] to 61 of the *Customs Act* contains three privative clauses. They read as follows [ss. 59(6) (as enacted by S.C. 1997, c. 36, s. 166), 62 (as am. *idem*)]:

58. (1) ...

(3) A determination made under this section is not subject to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise

déterminé que la valeur en douane de certaines marchandises était plus élevée que le montant déclaré par l'importateur, et que les droits payables en vertu de la *Loi sur les douanes* étaient augmentés en conséquence.

[9] L'importateur qui reçoit un relevé détaillé de rajustement peut demander au président de l'Agence de procéder à un réexamen en vertu de l'article 60 [mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166; 2001, ch. 25, art. 42; 2005, ch. 38, art. 85]. La demande doit être présentée dans le délai prescrit, lequel peut être prorogé par le président ou, dans certaines circonstances, par le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) (articles 60.1 [édicte par L.C. 2001, ch. 25, art. 43; 2005, ch. 38, art. 85] et 60.2 [édicte par L.C. 2001, ch. 25, art. 43; 2005, ch. 38, art. 85]). L'article 61 [mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166; 2001, ch. 25, art. 44; 2005, ch. 38, art. 85] de la *Loi sur les douanes* confère au président de l'Agence le pouvoir de procéder à un réexamen, sous réserve de certaines conditions qui ne sont pas pertinentes pour le présent appel.

[10] En vertu de l'article 67 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 52; L.C. 1997, ch. 36, art. 169; 2001, ch. 25, art. 48(F); 2005, ch. 38, art. 85] de la *Loi sur les douanes*, la décision du président à la suite d'une demande présentée en application de l'article 60 et la révision effectuée par le président au titre de l'article 60 ou de l'article 61 peuvent être portées en appel devant le TCCE. La décision du TCCE peut à son tour être portée en appel devant la Cour d'appel fédérale en vertu de l'article 68 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 52; L.C. 1995, ch. 41, art. 20; 2005, ch. 38, art. 85] de la *Loi sur les douanes*.

[11] Le régime législatif relatif aux déterminations et aux révisions prévues aux articles 58 [mod. par L.C. 1992, ch. 28, art. 11; 1997, ch. 36, art. 166; 2005, ch. 38, art. 73] à 61 de la *Loi sur les douanes* comporte trois clauses privatives. Elles sont ainsi rédigées [art. 59(6) (édicte par L.C. 1997, ch. 36, art. 166), 62 (mod., *idem*)]:

58. (1) [...]

(3) La détermination faite en vertu du présent article n'est susceptible de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet

dealt with except to the extent and in the manner provided by sections 59 to 61.

**59. (1) ...**

(6) A re-determination or further re-determination made under this section is not subject to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by subsection 59(1) and sections 60 and 61.

...

**62.** A re-determination or further re-determination under section 60 or 61 is not subject to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by section 67.

**FACTS**

[12] The basic facts are not in dispute and are set out fully in the reasons of Justice Hughes. For the purposes of this appeal, only a summary is necessary.

[13] The respondent Fritz Marketing Inc. (Fritz) is an importer of goods from China. Fritz has been engaged in four separate proceedings relating to 21 import transactions between October 2002 and June 2003: (1) criminal proceedings in the Ontario Court of Justice, (2) civil proceedings culminating in an appeal to the CITT, (3) an application in the Ontario Superior Court of Justice, and (4) the Federal Court application that led to this appeal.

[14] All of these proceedings have their roots in certain events in the spring of 2002, when an employee of Fritz informed an employee of the Agency that Fritz appeared to be following a practice of systematically underreporting the value for duty of its imported goods by 50%. In June of 2002, an Agency investigator interviewed the informant and made notes of his information. The investigator compared his notes to information in the Agency's database, and concluded that there were a number of transactions in which Fritz's declared value for duty of certain imported goods was 50% of the invoiced value of the same goods.

ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 59 à 61.

**59. (1) [...]**

(6) La révision ou le réexamen fait en vertu du présent article ne sont susceptibles de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues au paragraphe 59(1) ou aux articles 60 ou 61.

[...]

**62.** La révision ou le réexamen prévu aux articles 60 ou 61 n'est susceptible de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues à l'article 67.

**LES FAITS**

[12] Les faits essentiels ne sont pas contestés et sont exposés de façon exhaustive dans les motifs du juge Hughes. Pour les besoins du présent appel, un simple résumé suffira.

[13] L'intimée Fritz Marketing Inc. (Fritz) est une importatrice de marchandises de Chine. Fritz a été partie à quatre instances distinctes relatives à 21 transactions d'importation entre octobre 2002 et juin 2003 : 1) une instance pénale devant la Cour de justice de l'Ontario, 2) une instance civile aboutissant à un appel devant le TCCE, 3) une demande en Cour supérieure de justice de l'Ontario, et 4) une demande en Cour fédérale qui a mené au présent appel.

[14] Toutes ces instances trouvent leur origine dans certains événements survenus au printemps de 2002, alors qu'un employé de Fritz a informé un employé de l'Agence que Fritz semblait avoir pour pratique de sous-déclarer systématiquement de 50 % la valeur en douane de ses marchandises importées. En juin 2002, un enquêteur de l'Agence a rencontré l'informateur et a pris note de ces renseignements. L'enquêteur a comparé ses notes aux renseignements contenus dans la base de données de l'Agence, et il a conclu qu'il y avait plusieurs transactions pour lesquelles Fritz avait déclaré une valeur en douane de certaines marchandises importées

qui correspondait à 50 % de la valeur facturée de ces marchandises.

(1) The Criminal Proceedings

[15] The investigator applied to a justice of the peace for a search warrant, which turned out to be the first formal step leading to the criminal proceedings against Fritz. The warrant was granted on June 16, 2003 and was executed the next day. The documents seized pursuant to that warrant were relied on to lay criminal charges against Fritz in the fall of 2004. The 21 import transactions in issue in this case were the transactions covered by the charges.

[16] At some point, probably early in 2006, the Agency sought and obtained an order for the production of documents pursuant to section 487.012 [as enacted by S.C. 2004, c. 3, s. 7] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, relying on substantially the same information as the search warrant. The production order was issued by a justice of the peace on February 10, 2006.

[17] Fritz applied to the Ontario Court of Justice (it is not clear exactly when) for an order setting aside the search warrant and requiring the return of the seized documents on the basis that the search and seizure violated section 8 of the Charter. That application was heard by Justice Cowan in early August 2006. In a decision issued August 31, 2006 [*R. v. Fritz Marketing Inc.*, 2006 ONCJ 430 (CanLII)], Justice Cowan granted the application and made the following order [at paragraph 62]:

As a result, I find that there is a section 8 violation of the *Charter Rights* of the Applicants. I am in doubt as to whether I have the jurisdiction to quash the warrant but can fashion a remedy under section 24(2) that the evidence seized pursuant to the warrant is excluded and the items seized be returned forthwith to the Applicants.

[18] This order deprived the Crown of the evidence it needed to pursue the criminal charges against Fritz. As a result, all charges were dropped.

1) L'instance pénale

[15] L'enquêteur a demandé à un juge de paix de décerner un mandat de perquisition, qui s'est avérée la première étape officielle ayant mené à la procédure pénale contre Fritz. Le mandat a été décerné le 16 juin 2003 et a été exécuté le jour suivant. Les documents saisis en vertu du mandat ont servi de fondement au dépôt d'accusations criminelles contre Fritz à l'automne de 2004. Les 21 transactions en cause en l'espèce étaient celles auxquelles se rapportaient les accusations.

[16] À un certain moment, probablement au début de 2006, l'Agence a demandé et obtenu une ordonnance de communication de documents en vertu de l'article 487.012 [édicte par L.C. 2004, ch. 3, art. 7] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, essentiellement sur le fondement des mêmes renseignements que pour l'obtention du mandat de perquisition. Un juge de paix a prononcé l'ordonnance de communication le 10 février 2006.

[17] Fritz a demandé à la Cour de Justice de l'Ontario (à une date incertaine) de rendre une ordonnance annulant le mandat de perquisition et exigeant la remise des documents saisis au motif que la fouille et la saisie enfreignaient l'article 8 de la Charte. Le juge Cowan a entendu cette demande au début d'août 2006. Dans une décision rendue le 31 août 2006 [*R. v. Fritz Marketing Inc.*, 2006 ONCJ 430 (CanLII)], le juge Cowan a fait droit à la demande et a prononcé l'ordonnance suivante [au paragraphe 62] :

[TRADUCTION] En conséquence, je suis d'avis que les droits conférés aux demandeurs par l'article 8 de la Charte ont été violés. Je ne suis pas certain d'avoir le pouvoir d'annuler le mandat, mais je peux, en application du paragraphe 24(2) de la Charte, accorder une réparation en disant que les pièces saisies conformément au mandat sont exclues et qu'elles doivent être retournées sur-le-champ aux demandeurs.

[18] Cette ordonnance privait le ministère public des éléments de preuve dont il avait besoin pour donner suite aux accusations au criminel contre Fritz. En conséquence, toutes les accusations ont été retirées.

[19] The Crown did not return the seized documents or destroy them, which led Fritz to apply to Justice Cowan for further relief. On October 11, 2006 [*R. v. Fritz Marketing Inc.*, [2006] O.J. No. 4094 (Ct. J.) (QL)], Justice Cowan made the following order [at paragraphs 13–14]:

So as to give full effect to my Order of August 31, 2006, I am further ordering that the Attorney General of Canada and all government agencies instructing them in this case return to the applicants all copies of documents seized from the applicants in whatever form, or in the alternative destroy all copies of records in whatever form. In the case of computer files where destruction is not possible, they are to be over-written until they cannot be read or recovered.

Then these agencies shall provide the Attorney General and the Attorney General shall file with the Applicants' counsel an undertaking that this has been done.

[20] The Crown complied with that order.

## (2) The Civil Proceedings in the CITT

[21] In the summer of 2005, a lawyer acting for Fritz became aware that the Agency was in the process of issuing detailed adjustment statements to give effect to its conclusion that Fritz had deliberately undervalued the value for duty of the goods in the import transactions in issue in the criminal proceedings. Fritz's lawyer concluded that corrections should be filed pursuant to subsection 32.2(2) of the *Customs Act* in relation to those transactions. Those corrections were filed on August 8, 2005. The stated reason for the corrections was:

VOLUNTARY AMEND. ERROR IN DETERMINING VALUE FOR DUTY, SHOULD BE BASED ON SELLING PRICE, LESS DISCOUNT/FREIGHT CHARGES BUT INCL. DUTIABLE PACKING/MISC. EXPENSES, CCI, INVOICE, LETTER FROM VENDOR ENCLOSED.

[19] Le ministère public n'a pas remis les documents saisis et ne les a pas non plus détruits, ce qui a amené Fritz à demander une autre mesure de redressement au juge Cowan. Le 11 octobre 2006 [*R. v. Fritz Marketing Inc.*, [2006] O.J. No. 4094 (C.J.) (QL)], le juge Cowan a prononcé l'ordonnance suivante [aux paragraphes 13 et 14] :

[TRADUCTION] Pour donner plein effet à mon ordonnance du 31 août 2006, j'ordonne également que le procureur général du Canada et tous les organismes publics qui lui donnent des instructions dans la présente affaire restituent aux demandeurs toutes les copies des documents qui ont été saisis entre les mains des demandeurs, quelle que soit leur forme, ou, subsidiairement, qu'ils détruisent toutes les copies des documents, quelle que soit leur forme. S'agissant des fichiers informatiques dont la destruction n'est pas possible, ils seront écrasés jusqu'à ce qu'ils ne puissent plus être lus ou récupérés.

Ces organismes remettront alors au procureur général, et le procureur général déposera auprès de l'avocat des demandeurs, une attestation que cela a été fait.

[20] Le ministère public s'est conformé à cette ordonnance.

## 2) L'instance civile devant le TCCE

[21] À l'été 2005, un avocat agissant pour le compte de Fritz a appris que l'Agence était en voie d'émettre des relevés détaillés de rajustement pour donner effet à sa conclusion selon laquelle Fritz avait délibérément sous-évalué la valeur en douane des marchandises dans le cadre des transactions d'importation en cause dans l'instance pénale. L'avocat de Fritz a conclu que des corrections devraient être présentées en vertu du paragraphe 32.2(2) de la *Loi sur les douanes* en ce qui concerne ces transactions. Ces corrections ont été présentées le 8 août 2005. Le motif évoqué pour les corrections était le suivant :

[TRADUCTION]

MODIFICATION VOLONTAIRE. ERREUR DANS LA DÉTERMINATION DE LA VALEUR EN DOUANE, DEVRAIT ÊTRE FONDÉE SUR LE PRIX DE VENTE, MOINS RABAIS OU FRET MARITIME PLUS EMBALLAGE ET AUTRES FRAIS PASSIBLES DE DROITS DE DOUANE. SE RÉFÉRER À LA FDC RÉVISÉE, FACTURE

[22] On August 24, 2005, the Agency issued to Fritz 21 detailed adjustment statements pursuant to subsection 59(1) of the *Customs Act*. Each detailed adjustment statement reflected one of the import transactions in issue in the criminal proceedings. Those 21 detailed adjustment statements are the subject of this appeal.

[23] It is undisputed that although the detailed adjustment statements were issued in response to the corrections filed by Fritz, they were based on information obtained as a result of the execution of the search warrant. (Whether the Agency could or would have obtained that information without the warrant is a disputed factual point on which I express no opinion.)

[24] Fritz applied to the President of the Agency pursuant to section 60 of the *Customs Act* for a further re-determination of the detailed adjustment statements, but without success. On August 23, 2006, Fritz appealed the detailed adjustment statements to the CITT pursuant to section 67 of the *Customs Act*. Fritz subsequently filed with the CITT all of the invoices relating to the transactions covered by the detailed adjustment statements. The CITT has apparently stayed the appeal pending the outcome of this case. That is where the civil appeal proceedings in the CITT now stand.

### (3) Application in the Ontario Superior Court of Justice

[25] At some point early in 2007, Fritz applied to the Ontario Superior Court of Justice for an order quashing the production order that had been issued by the justice of the peace on February 10, 2006 and the detailed adjustment statements.

[26] On July 7, 2007, Justice Corbett quashed the production order on the basis that it necessarily fell with the search warrant. However, he refused to quash the detailed adjustment statements because he concluded that he did not have the jurisdiction to do so. He noted that the parties had argued before him that the CITT

### ADDITIONNELLE, LETTRE D'EXPLICATION DU FOURNISSEUR JOINTE.

[22] Le 24 août 2005, l'Agence a émis à Fritz 21 relevés détaillés de rajustement en vertu du paragraphe 59(1) de la *Loi sur les douanes*. Chaque relevé détaillé de rajustement correspondait à une des transactions d'importation en cause dans l'instance pénale. Ces 21 relevés détaillés de rajustement sont l'objet du présent appel.

[23] Il n'est pas contesté que, bien que les relevés détaillés de rajustement aient été émis en réponse aux corrections présentées par Fritz, ils se fondaient sur des renseignements obtenus à la suite de l'exécution du mandat de perquisition. (Quant à savoir si l'Agence aurait pu obtenir ou aurait obtenu ces renseignements sans le mandat, il s'agit d'une question de fait contestée au sujet de laquelle je n'exprime aucun avis.)

[24] Fritz a demandé au président de l'agence de procéder à un réexamen des relevés détaillés de rajustement en vertu de l'article 60 de la *Loi sur les douanes*, mais sans succès. Le 23 août 2006, Fritz a interjeté appel des relevés détaillés de rajustement auprès du TCCE en vertu de l'article 67 de la *Loi sur les douanes*. Fritz a par la suite produit auprès du TCCE toutes les factures relatives aux transactions visées par les relevés détaillés de rajustement. Le TCCE a apparemment suspendu l'appel en attendant le dénouement de la présente affaire. Voilà où en est actuellement l'appel dans le cadre de l'instance civile devant le TCCE.

### 3) Demande à la Cour supérieure de justice de l'Ontario

[25] À un certain moment au début de 2007, Fritz a demandé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario une ordonnance annulant l'ordonnance de communication émise par un juge de paix le 10 février 2006 et les relevés détaillés de rajustement.

[26] Le 7 juillet 2007, le juge Corbett a annulé l'ordonnance de communication au motif qu'elle devait nécessairement connaître le même sort que le mandat de perquisition. Cependant, il a refusé d'annuler les relevés détaillés de rajustement, concluant qu'il n'avait pas compétence pour ce faire. Il a noté que les parties

did have the jurisdiction to grant a Charter remedy. He expressed no opinion on that point, but concluded that the Federal Court had the jurisdiction to quash the detailed adjustment statements.

#### (4) The Federal Court Proceedings

[27] At some point (it is not clear when), Fritz asked the Agency to cancel the detailed adjustment statements on the basis that they were based on unlawfully obtained evidence. The Agency refused to do so.

[28] In September of 2007, Fritz applied to the Federal Court for an order setting aside the detailed adjustment statements because they were issued on the basis of information obtained in breach of section 8 of the Charter. Justice Hughes granted that application by order dated June 5, 2008. The Crown has appealed that decision.

#### ANALYSIS

[29] The issue of the jurisdiction of the Federal Court in this matter was raised by this Court. At the Court's request, the parties made oral submissions on this point at the hearing of the appeal. The issue arises because Justice Hughes made an order setting aside the detailed adjustment statements issued to Fritz pursuant to subsection 59(1), even though subsection 59(6) says that a determination under subsection 59(1) is not to be set aside except as provided by the statutory scheme. I reproduce subsection 59(6) here for ease of reference:

**59. (1) ...**

(6) A re-determination or further re-determination made under this section is not subject to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by subsection 59(1) and sections 60 and 61. [My emphasis.]

[30] Both parties argued in the Federal Court and in this Court that the Federal Court has the jurisdiction to set aside the detailed adjustment statements. They relied

avaient soutenu devant lui que le TCCE avait compétence pour accorder une mesure de réparation en vertu de la Charte. Il n'a exprimé aucun avis sur ce point, mais a conclu que la Cour fédérale avait compétence pour annuler les relevés détaillés de rajustement.

#### 4) L'instance en Cour fédérale

[27] À un certain moment (dont la date précise n'est pas certaine), Fritz a demandé à l'Agence d'annuler les relevés détaillés de rajustement au motif qu'ils se fondaient sur des éléments de preuve obtenus illégalement. L'Agence a refusé d'acquiescer à cette demande.

[28] En septembre 2007, Fritz a demandé à la Cour fédérale une ordonnance annulant les relevés détaillés de rajustement au motif qu'ils avaient été émis sur le fondement de renseignements obtenus en violation de l'article 8 de la Charte. Le juge Hughes a fait droit à cette demande par ordonnance datée du 5 juin 2008. Le ministère public a interjeté appel de cette décision.

#### ANALYSE

[29] La question de la compétence de la Cour fédérale en l'espèce a été soulevée par la Cour. À la demande de la Cour, les parties ont formulé des observations de vive voix à ce sujet lors de l'audition de l'appel. La question se pose parce que le juge Hughes a prononcé une ordonnance annulant les relevés détaillés de rajustement émis à Fritz en vertu du paragraphe 59(1), même si le paragraphe 59(6) énonce qu'une détermination au titre du paragraphe 59(1) ne peut être annulée sauf dans la mesure prévue par le régime législatif. Je reproduis le paragraphe 59(6) par souci de commodité :

**59. (1) [...]**

(6) La révision ou le réexamen fait en vertu du présent article ne sont susceptibles de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues au paragraphe 59(1) ou aux articles 60 ou 61. [Non souligné dans l'original.]

[30] Les deux parties ont soutenu devant la Cour fédérale et devant la Cour que la Cour fédérale a compétence pour annuler des relevés détaillés de rajuste-

primarily on *Rolls Wood Group (Repairs & Overhauls) Ltd. v. M.N.R.* (2001), 199 F.T.R. 64 (F.C.T.D.). In that case, a judge of the Federal Court quashed “the decision contained in a Detailed Adjustment Statement” on the basis that the officer who issued it was not authorized to do so because of an invalid delegation of authority. The reasons do not indicate whether the judge in *Rolls Wood* was referred to subsections 58(3), 59(6) or section 62 of the *Customs Act*.

[31] The jurisdiction of the Federal Court in relation to detailed adjustment statements was considered more recently in *Abbott Laboratories, Ltd. v. M.N.R.*, 2004 FC 140, 246 F.T.R. 128. In that case, Justice Lemieux concluded that, by virtue of the scheme of the *Customs Act* that includes the privative clauses quoted above, Parliament had ousted the jurisdiction of the Federal Court to quash a detailed adjustment statement (see paragraph 40 of his reasons). In the alternative, he would have declined jurisdiction on the basis of the existence of an adequate statutory remedy.

[32] The decision of Justice Lemieux was followed by Justice Mactavish in *1099065 Ontario Inc. v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 1263, 301 F.T.R. 291 (confirmed on appeal, 2008 FCA 47, 375 N.R. 368), and by Justice Shore in *Danone Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 44, [2009] 4 F.C.R. 264 (at paragraph 19). Justice Shore went on to conclude that the Federal Court nevertheless has jurisdiction to order a stay of an advance ruling by the Agency (an appeal and cross-appeal of that case are pending).

[33] I agree with Justice Lemieux that subsection 59(6) of the *Customs Act* deprives the Federal Court of the jurisdiction to set aside a detailed adjustment statement for any reason. In my view, *Rolls Wood* was not correctly decided. It follows that the order under appeal cannot stand.

[34] I appreciate that in the Federal Court application, the detailed adjustment statements were not being challenged on the merits, but rather on the basis that the

ment. Ils ont invoqué principalement la décision *Rolls Wood Group (Repairs & Overhauls) Ltd. c. M.R.N.*, [2001] A.C.F. n° 20 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Dans cette affaire, un juge de la Cour fédérale a annulé « la décision qui figure dans un Relevé détaillé de rajustement » au motif que l’agent qui l’avait émis n’était pas autorisé à le faire en raison d’une délégation de pouvoir invalide. Les motifs n’indiquent pas si les paragraphes 58(3) et 59(6) et l’article 62 de la *Loi sur les douanes* avaient été portés à l’attention du juge dans la décision *Rolls Wood*.

[31] La compétence de la Cour fédérale en matière de relevés détaillés de rajustement a été examinée plus récemment dans la décision *Abbott Laboratories, Ltd. c. M.R.N.*, 2004 CF 140. Dans cette affaire, le juge Lemieux a conclu qu’en vertu du régime de la *Loi sur les douanes*, qui comporte les clauses privatives précitées, le législateur a exclu la compétence de la Cour fédérale pour annuler un relevé détaillé de rajustement (voir le paragraphe 40 de ses motifs). Subsidièrement, il se serait déclaré incompétent au motif de l’existence d’un recours adéquat prévu par la loi.

[32] La décision du juge Lemieux a été suivie par celles de la juge Mactavish dans la décision *1099065 Ontario Inc. c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 1263 (confirmé en appel, 2008 CAF 47), et du juge Shore dans la décision *Danone Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 44, [2009] 4 R.C.F. 264 (au paragraphe 19). Le juge Shore a conclu que la Cour fédérale avait néanmoins compétence pour ordonner le sursis d’une décision anticipée de l’Agence (un appel et un appel incident de cette décision sont en instance).

[33] Je suis d’accord avec le juge Lemieux pour dire que le paragraphe 59(6) de la *Loi sur les douanes* prive la Cour fédérale de la compétence d’annuler un relevé détaillé de rajustement pour quelque motif que ce soit. À mon avis, le jugement *Rolls Wood* est mal fondé. Il s’ensuit que l’ordonnance dont appel est interjeté ne peut subsister.

[34] Je sais que, dans la demande en Cour fédérale, les relevés détaillés de rajustement n’étaient pas contestés au fond, mais plutôt au motif que l’Agence n’aurait pas

Agency should not have issued them using information subsequently found to have been obtained in breach of section 8 of the Charter. Indeed, the issue as framed by the parties, and as adopted by Justice Hughes, was a challenge to the decision of the Agency to refuse to cancel the detailed adjustment statements when asked to do so after Justice Cowan concluded that section 8 of the Charter had been breached.

[35] However, in my view the parties and Justice Hughes mischaracterized the question. To accept their characterization would be to accept a semantic exercise. Any challenge to a detailed adjustment statement could be characterized as a challenge to the decision of the Agency not to cancel it, as long as the Agency refuses to cancel it when asked.

[36] In my view, the fundamental issue in this case is and should be the admissibility of the impugned evidence in the proceedings before the CITT, which is the tribunal that has the mandate to determine the validity and correctness of the detailed adjustment statements. No one has suggested that the CITT lacks the jurisdiction to exclude evidence on Charter grounds if it is persuaded that such a remedy is appropriate. No one has referred the Court to any jurisprudence suggesting that the CITT cannot exclude evidence on that basis.

[37] I have not ignored the argument that the rules of the CITT appear not to permit an amendment to a notice of appeal filed under section 67 of the *Customs Act*. I am not sure of the relevance of this argument, since the notice of appeal states no grounds of appeal but is simply a letter stating that an appeal is being commenced and listing the particulars of the detailed adjustment statements sought to be appealed (appeal book, Vol. 2, at pages 321–322). However, I understand this argument to reflect the concern of Fritz that it may face procedural difficulties in putting its Charter issues before the CITT. Indeed, depending upon what has actually been done in the CITT proceedings to this point in time, the CITT may well consider it to be too late to raise those Charter issues. If that is the outcome, it would be the unfortunate result of the litigation strategy chosen by Fritz.

dû les émettre en utilisant des renseignements jugés par la suite avoir été obtenus en violation de l'article 8 de la Charte. De fait, la question formulée par les parties, et adoptée par le juge Hughes, était une contestation de la décision de l'Agence de refuser d'annuler les relevés détaillés de rajustement sur demande après que le juge Cowan eut conclu que l'article 8 de la Charte avait été violé.

[35] Cependant, à mon avis, les parties et le juge Hughes ont mal formulé la question. Admettre leur formulation reviendrait à admettre un exercice de sémantique. Toute contestation d'un relevé détaillé de rajustement peut être qualifiée de contestation d'une décision de l'Agence de ne pas l'annuler, dans la mesure où l'Agence refuse de l'annuler sur demande.

[36] À mon avis, la question fondamentale en l'espèce est et devrait être l'admissibilité des éléments de preuve contestés dans l'instance devant le TCCE, qui est le tribunal investi du mandat de statuer sur la validité et le bien-fondé des relevés détaillés de rajustement. Personne n'a donné à entendre que le TCCE n'avait pas compétence pour exclure des éléments de preuve pour des motifs fondés sur la Charte s'il est convaincu qu'il y a lieu d'accorder une telle réparation. Personne n'a cité aucun précédent à la Cour donnant à entendre que le TCCE ne pouvait pas exclure d'éléments de preuve sur ce fondement.

[37] Je n'ai pas négligé l'argument selon lequel les règles du TCCE ne semblent pas permettre la modification d'un avis d'appel déposé en vertu de l'article 67 de la *Loi sur les douanes*. Je ne suis pas certain de la pertinence de cet argument, puisque l'avis d'appel n'énonce aucun motif d'appel; il est simplement une lettre affirmant qu'un appel est introduit et énumérant les éléments des relevés détaillés de rajustement dont appel est interjeté (dossier d'appel, vol. 2, aux pages 321 et 322). Cependant, je comprends de cet argument qu'il traduit la préoccupation de Fritz selon laquelle elle pourrait rencontrer des difficultés d'ordre procédural à soumettre ses arguments relatifs à la Charte au TCCE. De fait, suivant ce qui a effectivement été fait dans l'instance devant le TCCE jusqu'à présent, le TCCE pourrait bien considérer qu'il est trop tard pour évoquer

[38] However, that outcome is not a certainty. The Court was referred to nothing in the CITT rules or the jurisprudence that would preclude the appellant in a section 67 appeal from bringing a motion to the CITT to set aside the detailed adjustments statements on the basis that the Agency cannot support them except on the basis of illegally obtained evidence. It is also open to Fritz to contact the CITT to determine whether a more appropriate procedure can be devised.

[39] I would add that if the Charter issues are properly raised before the CITT, the CITT must consider those issues *de novo*, based on the record before it. The CITT is not bound by the decision of Justice Hughes or any of his conclusions, including his conclusion that “but for the illegal search and seizure of documents, the Agency would not have made any inquiry into or re-assessment of the Applicant’s situation in respect of duties owing”, his conclusion that “the Agency would never have made such an investigation in the absence of its illegal activity”, or his conclusion that this case is similar to *Canada v. O’Neill Motors Ltd.*, [1998] 4 F.C. 180 (C.A.) (reasons of Justice Hughes, at paragraphs 8 and 16).

[40] Similarly, nothing Justice Cowan said in his two decisions in the criminal proceedings involving Fritz, and nothing Justice Corbett said in his later decision relating to the application to quash the detailed adjustment statements, can be construed as a decision as to the admissibility of the impugned evidence in the CITT proceedings. Justice Cowan and Justice Corbett were speaking, and were entitled only to speak, in relation to the proceedings that were before them.

[41] For these reasons, I would allow this appeal with costs. I would set aside the order under appeal for want of jurisdiction and, making the order that should have been made by the Federal Court, I would dismiss with

ces questions liées à la Charte. Si tel est le cas, ce serait le résultat malencontreux de la stratégie choisie par Fritz dans le cadre de ce litige.

[38] Cependant, ce dénouement n’est pas inéluctable. Aucune règle du TCCE ni aucun précédent n’ont été portés à l’attention de la Cour qui empêcheraient l’appellant, dans le cadre d’un appel en vertu de l’article 67, de présenter au TCCE une requête visant à faire annuler les relevés détaillés de rajustement au motif que l’Agence ne peut pas les fonder sur autre chose que des éléments de preuve obtenus illégalement. Il est également loisible à Fritz de communiquer avec le TCCE pour déterminer si une procédure plus appropriée ne pourrait pas être envisagée.

[39] J’ajouterais que si les questions reliées à la Charte sont soulevées à bon droit devant le TCCE, le TCCE doit examiner ces questions *de novo*, sur le fondement du dossier dont il dispose. Le TCCE n’est pas lié par la décision du juge Hughes ni par aucune de ses conclusions, y compris sa conclusion selon laquelle « n’eût été la perquisition illégale et la saisie illégale des documents, l’Agence n’aurait pas examiné ni révisé la situation de la demanderesse au regard des droits exigibles », sa conclusion selon laquelle « l’Agence n’aurait jamais entrepris une telle enquête sans son activité illégale » ou sa conclusion selon laquelle cette affaire s’apparente à l’affaire *Canada c. O’Neill Motors Ltd.*, [1998] 4 C.F. 180 (C.A.) (motifs du juge Hughes, aux paragraphes 8 et 16).

[40] Pareillement, rien de ce que le juge Cowan a dit dans ses deux décisions dans l’instance pénale mettant en cause Fritz, ni rien de ce que le juge Corbett a dit dans sa décision ultérieure relative à la demande d’annulation des relevés détaillés de rajustement, ne peut être interprété comme une décision concernant l’admissibilité des éléments de preuve contestés dans l’instance devant le TCCE. Le juge Cowan et le juge Corbett s’exprimaient, et étaient seulement habilités à s’exprimer, au sujet de la procédure dont ils étaient saisis.

[41] Pour ces motifs, j’accueillerais le présent appel avec dépens. J’annulerais l’ordonnance dont appel est interjeté pour cause d’absence de compétence et, rendant l’ordonnance qu’aurait dû rendre la Cour fédérale, je

costs the application of Fritz Marketing Inc. to set aside the detailed adjustment statements issued to it on August 24, 2005.

DESJARDINS J.A.: I concur.

NADON J.A.: I agree.

rejetterais avec dépens la demande de Fritz Marketing Inc. visant à faire annuler les relevés détaillés de rajustement qui lui ont été émis le 24 août 2005.

LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-79-08  
2009 FCA 22

A-79-08  
2009 CAF 22

**Cynthia Harris** (*Applicant*)

v.

**Minister of Human Resources and Skills Development** (*Respondent*)

**INDEXED AS: HARRIS V. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES AND SKILLS DEVELOPMENT) (F.C.A.)**

Federal Court of Appeal, Linden, Evans and Ryer J.J.A. — Toronto, November 13, 2008; Ottawa, January 26, 2009.

*Pensions — Judicial review of Pension Appeals Board decision child rearing drop-out (CRDO) provisions in Canada Pension Plan (CPP), s. 44(2)(b)(iv), Canada Pension Plan Regulations, s. 77(1)(a) not infringing Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Applicant staying at home to care for disabled son, missing one year of CPP contributions to meet “recency requirement” under CPP — Therefore, not entitled to disability pension — Per Evans J.A.: “Recency requirement” to determine eligibility for CPP relaxed by Parliament in favour of parents temporarily leaving employment to look after young children under age seven — Extent of relaxation defined by reference to age at which children in Canada can attend public school — Parent’s ability to satisfy “recency requirement” not prejudiced from Parliament’s selection of age seven — CRDO provisions applying equally to all parents, applicant not treated any differently because of disabled son — CRDO provisions not discriminatory — Per Ryer J.A. (concurring): Applicant’s admission having received maximum benefit under CRDO provisions barring her from establishing denied benefit provided by law sought to have declared unconstitutional — Appeal dismissed — Per Linden J.A. (dissenting): CRDO discriminating against disabled children, parents, not saved under section 1.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Judicial review of Pension Appeals Board decision child rearing drop-out (CRDO) provisions in Canada Pension Plan*

**Cynthia Harris** (*demanderesse*)

c.

**Ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences** (*défendeur*)

**RÉPERTORIÉ : HARRIS C. CANADA (MINISTRE DES RESSOURCES HUMAINES ET DU DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES) (C.A.F.)**

Cour d’appel fédérale, juges Linden, Evans et Ryer, J.C.A.—Toronto, 13 novembre 2008; Ottawa, 26 janvier 2009.

*Pensions — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d’appel des pensions portant que les clauses d’exclusion pour élever des enfants (les CEEE) énoncées à l’art. 44(2)(b)(iv) du Régime de pensions du Canada (le RPC) et à l’art. 77(1)(a) du Règlement sur le Régime de pensions du Canada ne vont pas à l’encontre de l’art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — La demanderesse est restée à la maison pour s’occuper de son fils handicapé et il lui manquait une année de cotisations au RPC pour satisfaire à l’exigence de récence qui y est prévue — Elle n’avait donc pas droit à une pension d’invalidité — Selon le juge Evans, J.C.A. : le législateur a assoupli l’« exigence de récence » en faveur de parents qui quittent temporairement le marché du travail pour s’occuper d’enfants âgés de moins de sept ans — La portée de l’assouplissement a été définie en fonction de l’âge auquel les enfants vivant au Canada peuvent fréquenter l’école publique — La possibilité pour un parent de satisfaire à l’« exigence de récence » ne fait pas l’objet d’un préjugé parce que le législateur a choisi sept ans — Les CEEE s’appliquent de la même façon à tous les parents; la demanderesse n’a pas été traitée différemment en raison de son fils handicapé — Les CEEE ne sont pas discriminatoires — Selon le juge Ryer, J.C.A. (souscrivant à ses motifs) : en admettant avoir reçu l’avantage maximal prévu par les CEEE, la demanderesse ne pouvait prouver qu’elle avait été privée du droit au bénéfice de la mesure législative qu’elle voulait faire déclarer inconstitutionnelle — Appel rejeté — Selon le juge Linden, J.C.A. (dissident) : les CEEE sont discriminatoires à l’endroit des enfants ayant des déficiences et elles ne peuvent être sauvegardées par l’article premier.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d’appel des pensions portant que les clauses d’exclusion pour*

*(CPP), s. 44(2)(b)(iv), Canada Pension Plan Regulations, s. 77(1)(a) not infringing Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Per Evans J.A.: Applicant's application failing at first hurdle of Charter, s. 15 analysis since CRDO provisions not creating difference on ground of disability — Per Ryer J.A. (concurring): Since applicant's constitutional challenge to CRDO provisions failed, consideration of purpose of impugned legislation not required — Therefore, no need to address issue of whether CRDO provisions discriminatory — Per Linden J.A. (dissenting): CRDO discriminating against disabled children, parents — Distinction reflecting prejudicial attitudes, perpetuating economic disadvantage — Not saved under section 1.*

This was an application for judicial review of the Pension Appeals Board decision that the child rearing drop-out (CRDO) provisions contained in subparagraph 44(2)(b)(iv) of the *Canada Pension Plan* (CPP) and paragraph 77(1)(a) of the *Canada Pension Plan Regulations* do not infringe subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The applicant was barred from claiming permanent disability benefits under the CPP because she did not work outside the home in 1998 since she had to take care of her severely disabled son. In order to qualify for a disability pension, a claimant must have made contributions to the Plan in at least four out of the last six years that are considered for eligibility (the recency requirement). The CRDO was enacted to relax this requirement for parents who temporarily leave the workforce due to child-rearing responsibilities. The provision excludes years in which the claimant was out of the work force caring for children under the age of seven from being considered as part of the six years. The six years that were considered to determine whether the applicant met the "recency requirement" were 2002, 2001, 2000, 1999, 1998 and 1991, her youngest child having turned seven in 1998. Because the applicant had made contributions in only three of those years (1991, 2001, 2002), she was deemed ineligible for a disability pension. The applicant argued that the CRDO cut-off violates subsection 15(1) of the Charter since it only applies to parents of children under seven years old who stay at home to provide childcare and overlooks the plight of parents of disabled children seven years and older who must remain at home to look after their children beyond the time that non-disabled children are expected to be in school.

*élever des enfants (les CEEE) énoncées à l'art. 44(2)(b)(iv) du Régime de pensions du Canada (le RPC) et à l'art. 77(1)(a) du Règlement sur le Régime de pensions du Canada ne vont pas à l'encontre de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Selon le juge Evans, J.C.A. : la demande de la demanderesse a échoué à la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 15 de la Charte parce que les CEEE ne créent pas de distinction pour le motif de la déficience — Selon le juge Ryer, J.C.A. (souscrivant à ses motifs) : comme la contestation constitutionnelle de la demanderesse à l'égard des CEEE a échoué, il n'était pas nécessaire d'examiner l'objet des mesures contestées — En conséquence, il n'était pas nécessaire de traiter de la question de savoir si les CEEE sont discriminatoires — Selon le juge Linden, J.C.A. (dissentent) : les CEEE sont discriminatoires à l'endroit des enfants ayant des déficiences et leurs parents — Cette distinction traduit des préjugés fondés sur des stéréotypes injustes et a pour effet de perpétuer un désavantage économique — Elles ne sont pas sauvegardées par l'article premier.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions portant que les clauses d'exclusion pour élever des enfants (les CEEE) énoncées au sous-alinéa 44(2)(b)(iv) du *Régime de pensions du Canada* (le RPC) et à l'alinéa 77(1)(a) du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada* ne vont pas à l'encontre du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La demanderesse était empêchée de réclamer des prestations d'invalidité permanente en vertu du RPC parce qu'elle n'a pas travaillé à l'extérieur du foyer en 1998 afin de prendre soin de son fils gravement handicapé. Pour être admissible à une pension d'invalidité, le demandeur doit avoir versé des cotisations au Régime pendant au moins quatre des six années dont il est tenu compte aux fins d'admissibilité (l'exigence de récence). Les CEEE ont été édictées pour assouplir cette exigence dans le cas des parents qui quittent temporairement le marché du travail pour s'acquitter de leurs responsabilités liées à l'éducation des enfants. Elles ont pour effet d'exclure de la période de six ans les années au cours desquelles le demandeur est resté à l'extérieur du marché du travail pour s'occuper d'enfants âgés de moins de sept ans. Les six années qui ont été prises en compte pour savoir si la demanderesse respectait l'exigence de récence ont été 2002, 2001, 2000, 1999, 1998 et 1991, sa benjamine ayant atteint l'âge de sept ans en 1998. Comme la demanderesse avait versé des cotisations uniquement pendant trois de ces années (1991, 2001, 2002), elle a été jugée inadmissible à une pension d'invalidité. La demanderesse soutenait que le délai butoir prévu aux CEEE va à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte parce qu'il ne s'applique qu'aux parents d'enfants âgés de moins de sept ans qui restent à la maison pour s'occuper de ceux-ci, et ne tient pas compte du sort des parents qui ont des enfants atteints d'une déficience et âgés d'au moins sept ans et qui doivent rester à

The issue was whether the CRDO cut-off violates subsection 15(1) of the Charter and, if so, whether it can be saved by section 1 thereof.

*Held* (Linden J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

*Per Evans J.A.*: The “recency requirement” was relaxed by Parliament in favour of parents who temporarily leave employment to look after young children under the age of seven. The extent of the relaxation was defined by reference to the *age* at which children in Canada can attend public school full-time and not require that a parent stay at home to care for them. The parent’s ability to satisfy the “recency requirement” for eligibility for CPP is therefore not prejudiced as a result of Parliament’s selection of that age. In this light, the CRDO provisions apply equally to all. While “parents of a child with disabilities” constituted an analogous ground for the purposes of a section 15 Charter analysis, the applicant’s application failed at the first hurdle thereof. The CRDO provisions do not create a difference on the ground of disability. The applicant is treated no differently from parents whose children, over the age of seven, do not have a disability that requires a parent to stay out of the work force to care for them at home since none are entitled to the benefit of the CRDO. Whether the CRDO provisions should extend to parents who are at home looking after children with disabilities beyond the age of seven is a matter of social and economic policy and priorities to be decided in the political realm, not of constitutionally guaranteed human rights to be determined by the courts.

*Per Ryer J.A.* (concurring): The purpose of the CRDO provisions is to provide the benefit to a parent who leaves the work force to provide at-home care to “young children”, as postulated by Evans J.A. Nevertheless, the applicant’s constitutional challenge to the CRDO provisions did not require a consideration of the purpose of that impugned legislation. Because the subsection 15(1) challenge was based on an allegation that the applicant was not provided with “equal benefit of the law without discrimination”, the applicant had to identify the impugned legislation and the benefit provided thereunder. She then had to establish that the benefit was denied to her because of discrimination based on one of the enumerated grounds in subsection 15(1) of the Charter or analogous grounds. The applicant’s admission that she received the maximum benefit

la maison pour s’occuper d’eux après que ceux-ci ont atteint l’âge auquel les enfants n’ayant pas de déficiences commencent normalement à fréquenter l’école.

La question litigieuse était celle de savoir si le délai butoir prévu aux CEEE va à l’encontre du paragraphe 15(1) de la Charte et, dans l’affirmative, si cette restriction peut être sauvegardée par l’article premier.

*Arrêt* (le juge Linden, J.C.A., dissident) : l’appel doit être rejeté.

Selon le juge Evans, J.C.A. : L’« exigence de la récence » a été assouplie par le législateur en faveur des parents qui quittent temporairement le marché du travail pour s’occuper d’enfants âgés de moins de sept ans. La portée de l’assouplissement a été définie en fonction de l’*âge* auquel les enfants vivant au Canada peuvent fréquenter l’école publique à temps plein et n’ont pas besoin qu’un parent reste à la maison pour s’occuper d’eux. La possibilité pour un parent de satisfaire à l’« exigence de récence » aux fins de l’admissibilité au RPC ne fait donc pas l’objet d’un préjugé parce que le législateur a choisi cet âge. Examinées sous cet angle, les CEEE s’appliquent de la même façon à tous. Bien que la distinction à l’endroit des « parents d’un enfant ayant une déficience » constituait un motif analogue pour l’application de l’analyse fondée sur l’article 15 de la Charte, la demande de la demanderesse a échoué à la première étape. Les CEEE n’établissent pas de différence sur le fondement de la déficience. La demanderesse n’est pas traitée différemment des parents dont les enfants âgés de plus de sept ans ne sont pas atteints d’une déficience qui oblige un parent à rester en dehors du marché du travail afin de s’occuper d’eux à la maison, car aucun d’eux n’a droit au bénéfice des CEEE. La question de savoir si les CEEE devraient couvrir les parents qui restent à la maison pour s’occuper d’enfants âgés de plus de sept ans qui ont des déficiences est une question de politique socioéconomique qui relève des instances politiques et qu’il n’appartient pas aux tribunaux de trancher dans le cadre de l’examen des droits de la personne garantis par la Constitution.

Selon le juge Ryer, J.C.A. (souscrivant à ses motifs) : Les CEEE visent à accorder l’avantage à un père ou une mère qui quitte le marché du travail pour s’occuper à temps plein de « jeunes enfants », comme l’a dit le juge Evans, J.C.A. Néanmoins, la contestation constitutionnelle des CEEE, par la demanderesse, ne nécessitait pas un examen de l’objet des mesures contestées. Parce que la contestation relative au paragraphe 15(1) était fondée sur une allégation selon laquelle la demanderesse a été privée du « droit au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination », elle devait identifier la mesure législative contestée et l’avantage qui y est prévu. Elle devait ensuite prouver que l’avantage lui a été refusé, et ce, en raison d’une discrimination fondée sur les motifs énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte ou sur des

provided by the CRDO provisions made it impossible for her to establish that she had been denied the benefit provided by the law that she sought to have declared unconstitutional. Therefore, her application failed and the question of whether there was discrimination did not need to be addressed.

*Per* Linden J.A. (dissenting): The CRDO creates a distinction based on the enumerated ground of disability. It discriminates against disabled children and their parents, who are forced to remain out of the work force to care for their children, since these parents are only entitled to the benefit of the CRDO until their children reach the age of seven. Because this distinction reflects prejudicial attitudes (that children aged seven and over are capable of attending school full-time) and perpetuates economic disadvantage, that distinction is discriminatory within the meaning of subsection 15(1) of the Charter. Furthermore, the cut-off is not minimally impairing of the applicant's section 15 rights since the expert evidence showed that the CRDO could be extended to parents of older disabled children without jeopardizing the financial viability of the Plan. Therefore, the CRDO provision in subparagraph 44(2)(b)(iv) of the CPP is not saved by section 1 of the Charter.

motifs analogues. En admettant qu'elle a reçu l'avantage maximal prévu par les CEEE, la demanderesse ne pouvait prouver qu'elle a été privée du droit au bénéfice de la mesure législative qu'elle voulait faire déclarer inconstitutionnelle. En conséquence, sa demande a été rejetée et il n'y avait pas lieu de trancher la question de savoir s'il y avait discrimination ou non.

Selon le juge Linden, J.C.A. (dissident) : Les CEEE créent une distinction fondée sur le motif énuméré de la déficience. Elles sont discriminatoires à l'endroit des enfants ayant des déficiences et de leurs parents, qui doivent rester en dehors du marché du travail pour prendre soin de leurs enfants puisqu'ils n'ont droit au bénéfice de la CEEE que jusqu'à ce que leurs enfants atteignent l'âge de sept ans. Étant donné que cette distinction traduit des préjugés fondés sur des stéréotypes injustes (le fait que les enfants âgés d'au moins sept ans sont en mesure de fréquenter l'école à temps plein) et a pour effet de perpétuer un désavantage économique, elle est discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. En outre, le délai butoir ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits que l'article 15 reconnaît à la demanderesse puisque la preuve d'expert démontrait qu'il serait possible d'étendre la portée de la CEEE aux parents d'enfants ayant des déficiences plus âgées sans mettre en péril la viabilité financière du Régime. Par conséquent, la CEEE énoncée au sous-alinéa 44(2)(b)(iv) du RPC n'est pas sauvegardée par l'article premier de la Charte.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 44(1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13; S.C. 1992, c. 2, s. 1; 1997, c. 40, s. 69), (2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13; S.C. 1997, c. 40, s. 69; 2007, c. 11, s. 2).
- Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385, s. 77(1)(a) (as am. by SOR/96-522, s. 19; 2000-411, s. 12).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
- Universal Child Care Benefit Act*, S.C. 2006, c. 4, s. 168.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

- Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703, 186 D.L.R. (4th) 1, 50 C.C.E.L. (2d) 177.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.
- Loi sur la prestation universelle pour la garde d'enfants*, L.C. 2006, ch. 4, art. 168.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 44(1)(b) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 13; L.C. 1992, ch. 2, art. 1; 1997, ch. 40, art. 69), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 13; L.C. 1997, ch. 40, art. 69; 2007, ch. 11, art. 2).
- Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385, art. 77(1)(a) (mod. par DORS/96-522, art. 19; 2000-411, art. 12).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

- Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703.

## CONSIDERED:

*R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, 294 D.L.R. (4th) 1, [2008] 8 W.W.R. 1; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 56 D.L.R. (4th) 1, [1989] 2 W.W.R. 289; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1, 43 C.C.E.L. (2d) 49; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, (1995), 124 D.L.R. (4th) 609, 95 CLLC 210-025; *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357, 244 D.L.R. (4th) 257, 125 C.R.R. (2d) 48; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, (1998), 212 A.R. 237, 156 D.L.R. (4th) 385; *Wynberg v. Ontario* (2006), 82 O.R. (3d) 561, 269 D.L.R. (4th) 435, 40 C.C.L.T. (3d) 176 (C.A.); *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, (1997), 143 D.L.R. (4th) 577, 42 C.R.R. (2d) 1; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, (1996), 31 O.R. (3d) 574, 142 D.L.R. (4th) 385; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577, [1998] 1 W.W.R. 50; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, 217 N.S.R. (2d) 301, 231 D.L.R. (4th) 385; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, 221 D.L.R. (4th) 257, 100 C.R.R. (2d) 1; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321.

## REFERRED TO:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657, 245 D.L.R. (4th) 1, [2005] 2 W.W.R. 189; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, 242 Nfld. & P.E.I.R. 113, 244 D.L.R. (4th) 294; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992) 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036.

## AUTHORS CITED

Abella, Rosalie Silberman. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.  
 Gilbert, Daphne. "Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter" (2003), 48 *McGill L.J.* 627.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. loose-leaf. Toronto: Carswell, 2007.

APPLICATION for judicial review of a Pension Appeals Board decision that the child rearing drop-out

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Wynberg v. Ontario* (2006), 82 O.R. (3d) 561, 269 D.L.R. (4th) 435, 40 C.C.L.T. (3d) 176 (C.A.); *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Eaton c. Conseil scolaire du comité de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

## DOCTRINE CITÉE

Abella, Rosalie Silberman. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1984.  
 Gilbert, Daphne. « Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter » (2003), 48 *R.D. McGill* 627.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles). Toronto : Carswell, 2007.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions portant que les

provisions contained in subparagraph 44(2)(b)(iv) of the *Canada Pension Plan* and paragraph 77(1)(a) of the *Canada Pension Plan Regulations* do not infringe subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Dianne Irene Wintermute* and *Laurie E. Letheren*  
for applicant.  
*Joël J. Robichaud* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*East Toronto Community Legal Services* and *ARCH Disability Law Centre*, Toronto, for applicant.  
  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] LINDEN J.A. (dissenting reasons): The issue in this application for judicial review is whether the applicant, Cynthia Harris, is barred from claiming permanent disability benefits under the *Canada Pension Plan* [R.S.C., 1985, c. C-8] (CPP or the Plan), because she did not work outside the home in 1998, in order to take care of her severely disabled son. She raises the question of whether certain provisions of the Plan, known as the child rearing drop-out provisions (the CRDO) violate subsection 15(1) 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]], as they apply only to parents of children under seven years old who stay at home to provide childcare, and overlook the plight of parents of disabled children seven years and older who must remain at home to look after their children beyond the time that non-disabled children are expected to be in school.

clauses d'exclusion pour élever des enfants énoncées au sous-alinéa 44(2)b)(iv) du *Régime de pensions du Canada* et à l'alinéa 77(1)a) du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada* ne vont pas à l'encontre du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Dianne Irene Wintermute* et *Laurie E. Letheren*  
pour la demanderesse.  
*Joël J. Robichaud* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*East Toronto Community Legal Services* et *ARCH Disability Law Centre*, Toronto, pour la demanderesse.  
  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A. (motifs dissidents) : La question à trancher dans la présente demande de contrôle judiciaire est de savoir si la demanderesse, Cynthia Harris, est empêchée de réclamer des prestations d'invalidité permanente en vertu du *Régime de pensions du Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-8] (RPC ou le Régime), parce qu'elle n'a pas travaillé à l'extérieur du foyer en 1998 afin de prendre soin de son fils gravement handicapé. Elle soulève la question de savoir si certaines dispositions du Régime, appelées les clauses d'exclusion pour élever des enfants (les CEEE), vont à l'encontre du paragraphe 15(1) 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]], parce qu'elles ne s'appliquent qu'aux parents d'enfants âgés de moins de sept ans qui restent à la maison pour s'occuper de ceux-ci, et ne tiennent pas compte du sort des parents qui ont des enfants atteints d'une déficience et âgés d'au moins sept ans et qui doivent rester à la maison pour s'occuper d'eux après que ceux-ci ont atteint l'âge auquel les enfants n'ayant pas de déficiences commencent normalement à fréquenter l'école.

[2] This is an application for judicial review of a decision of the Pension Appeals Board (PAB), which held that the child rearing drop-out (CRDO) provisions contained in subparagraph 44(2)(b)(iv) [as am. by S.C. 1997, c. 40, s. 69] of the *Canada Pension Plan* and paragraph 77(1)(a) [as am. by SOR/96-522, s. 19; 2000-411, s. 12] of the Regulations [*Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385] do not infringe subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For the reasons that follow, I would allow the application, and find that the CRDO does infringe subsection 15(1), and is not saved by section 1 of the Charter. I am aware that my colleagues, Evans and Ryer J.J.A., have concluded that there is no subsection 15(1) violation, but with the greatest of respect, I cannot agree.

[3] This question arises because the Minister denied Ms. Harris's application for a disability pension. Under the Plan, in order to qualify for a disability pension, the claimant must have made contributions to the Plan in at least four out of the last six years (the recency requirement). The CRDO was enacted to relax this requirement for parents who temporarily leave the workforce due to child-rearing responsibilities. The provision excludes years in which the claimant was out of the workforce caring for children under the age of seven from being considered as part of the six years. While Ms. Harris contributed to the Plan, she did not meet this recency requirement, and hence was held not to qualify for benefits on that basis.

[4] The respondent's experts provided evidence that Parliament chose the age of seven as the cut-off, as this reflects the age at which most children are able to attend school full-time, easing the burden of childcare on the parent and providing him or her with more flexibility in the labour market. Central to this case are the implications of generalizations about "most children" for the parents of children who are disabled and who do not fit this mould, as was the situation with Ms. Harris.

[2] Il s'agit en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision par laquelle la Commission d'appel des pensions (CAP) a conclu que les CEEE énoncées au sous-alinéa 44(2)b(iv) [mod. par L.C. 1997, ch. 40, art. 69] et à l'alinéa 77(1)a) [mod. par DORS/96-522, art. 19; 2000-411, art. 12] du Règlement [*Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385] ne vont pas à l'encontre du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour les motifs exposés ci-dessous, je ferais droit à la demande et je conclurais que la CEEE va à l'encontre du paragraphe 15(1) et n'est pas sauvegardée par l'article premier de la Charte. Je sais que mes collègues, les juges Evans et Ryer, en sont arrivés à la conclusion que le paragraphe 15(1) n'est pas violé; cependant, en toute déférence, je ne puis souscrire à leur avis.

[3] La question en litige en l'espèce se pose parce que le ministre a refusé la demande de pension d'invalidité de M<sup>me</sup> Harris. Selon le Régime, pour être admissible à une pension d'invalidité, le demandeur doit avoir versé des cotisations au Régime pendant au moins quatre des six dernières années (l'exigence de récence). La CEEE a été édictée pour assouplir cette exigence dans le cas des parents qui quittent temporairement le marché du travail pour s'acquitter de leurs responsabilités liées à l'éducation des enfants. Elle a pour effet d'exclure de la période de six ans les années au cours desquelles le demandeur est resté à l'extérieur du marché du travail pour s'occuper d'enfants âgés de moins de sept ans. Bien que M<sup>me</sup> Harris ait versé des cotisations au Régime, elle n'a pas respecté cette exigence de récence et a donc été jugée inadmissible à toucher des prestations.

[4] Les experts du défendeur ont présenté des éléments de preuve selon lesquels le législateur a choisi l'âge de sept ans comme âge butoir parce qu'il correspond à l'âge auquel la plupart des enfants sont en mesure de fréquenter l'école à temps plein, ce qui allège le fardeau des parents et leur donne plus de latitude pour participer au marché du travail. Un des aspects cruciaux de la présente affaire concerne les incidences des généralisations au sujet de « la plupart des enfants » pour les parents qui, comme c'était le cas de M<sup>me</sup> Harris, ont des enfants atteints de déficiences qui n'entrent pas dans ce moule.

## RELEVANT LEGISLATIVE PROVISIONS

[5] Subsection 44(2) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13; S.C. 1997, c. 40, s. 69; 2007, c. 11, s. 2] of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, sets out the “recency requirement”, discussed above, for eligibility for a disability pension. I have underlined the portions that are relevant to this application:

44. (1) ...

(2) For the purposes of paragraphs (1)(b) and (e),

(a) a contributor shall be considered to have made contributions for not less than the minimum qualifying period only if the contributor has made contributions on earnings that are not less than the basic exemption of that contributor, calculated without regard to subsection 20(2),

(i) for at least four of the last six calendar years included either wholly or partly in the contributor’s contributory period or, where there are fewer than six calendar years included either wholly or partly in the contributor’s contributory period, for at least four years,

(i.1) for at least 25 calendar years included either wholly or partly in the contributor’s contributory period, of which at least three are in the last six calendar years included either wholly or partly in the contributor’s contributory period, or

(ii) for each year after the month of cessation of the contributor’s previous disability benefit; and

(b) the contributory period of a contributor shall be the period

(i) commencing January 1, 1966 or when he reaches eighteen years of age, whichever is the later, and

(ii) ending with the month in which he is determined to have become disabled for the purpose of paragraph (1)(b),

but excluding

(iii) any month that was excluded from the contributor’s contributory period under this Act or under a provincial pension plan by reason of disability, and

(iv) in relation to any benefits payable under this Act for any month after December, 1977, any month for which

## LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[5] Le paragraphe 44(2) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 13; L.C. 1997, ch. 40, art. 69; 2007, ch. 11, art. 2] du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, énonce « l’exigence de récence » susmentionnée qu’un cotisant doit respecter pour être admissible à une pension d’invalidité. J’ai souligné les parties qui sont pertinentes en l’espèce :

44. (1) [...]

(2) Pour l’application des alinéas (1)(b) et e) :

a) un cotisant n’est réputé avoir versé des cotisations pendant au moins la période minimale d’admissibilité que s’il a versé des cotisations sur des gains qui sont au moins égaux à son exemption de base, compte non tenu du paragraphe 20(2), selon le cas :

(i) soit, pendant au moins quatre des six dernières années civiles comprises, en tout ou en partie, dans sa période cotisable, soit, lorsqu’il y a moins de six années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable, pendant au moins quatre années,

(i.1) pendant au moins vingt-cinq années civiles comprises, en tout ou en partie, dans sa période cotisable, dont au moins trois dans les six dernières années civiles comprises, en tout ou en partie, dans sa période cotisable,

(ii) pour chaque année subséquente au mois de la cessation de la pension d’invalidité;

b) la période cotisable d’un cotisant est la période qui :

(i) commence le 1<sup>er</sup> janvier 1966 ou au moment où il atteint l’âge de dix-huit ans, en choisissant celle de ces deux dates qui est postérieure à l’autre,

(ii) se termine avec le mois au cours duquel il est déclaré invalide dans le cadre de l’alinéa (1)(b),

mais ne comprend pas :

(iii) un mois qui, en raison d’une invalidité, a été exclu de la période cotisable de ce cotisant conformément à la présente loi ou à un régime provincial de pensions,

(iv) en ce qui concerne une prestation payable en application de la présente loi à l’égard d’un mois postérieur à

the contributor was a family allowance recipient in a year for which the contributor's unadjusted pensionable earnings are less than the basic exemption of the contributor for the year, calculated without regard to subsection 20(2). [Emphasis added.]

[6] Briefly, subparagraph 44(2)(a)(i) provides that a contributor will be eligible for a disability pension if she contributed to the Plan for four out of the last six years of her contributory period. The contributory period is then defined by paragraph 44(2)(b), generally as the entire time between the contributor's 18th birthday and the time she becomes disabled.

[7] The child rearing drop-out provision is introduced in subparagraph 44(2)(b)(iv), which allows any month to be excluded from the contributory period where two conditions are met: (1) the contributor is a "family allowance recipient", as defined in the Regulations; and (2) the contributor has earnings for the year below the basic exemption amount.

[8] "Family allowance recipient" is in turn defined by paragraph 77(1)(a) of the *Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385, as including:

77. (1) ...

(a) the spouse of a person, where the person is described in that definition as having received or being in receipt of an allowance or a family allowance, if the spouse remains at home and is the primary care giver for a child under seven years of age, and where the other spouse cannot be considered a family allowance recipient for the same period. [Emphasis added.]

[9] Thus a parent who remains out of the paid workforce, and in the home, to care for a child under the age of seven, is entitled to drop the years she does so from her contributory period. This has the benign effect of preserving a contributor's eligibility for a CPP disability pension, even though she is not working (and thus not contributing to the Plan), because of her child-rearing responsibilities.

[10] I turn now to consider the particular circumstances of the applicant, Cynthia Harris.

décembre 1977, un mois relativement auquel il était bénéficiaire d'une allocation familiale dans une année à l'égard de laquelle ses gains non ajustés ouvrant droit à pension étaient inférieurs à son exemption de base pour l'année, compte non tenu du paragraphe 20(2). [Non souligné dans l'original.]

[6] En résumé, le sous-alinéa 44(2)a)(i) prévoit qu'un cotisant sera admissible à une pension d'invalidité s'il a versé des cotisations au Régime pendant quatre des six dernières années de sa période cotisable. La période cotisable d'un cotisant est ensuite définie à l'alinéa 44(2)b), comme la période totale comprise entre le 18<sup>e</sup> anniversaire de naissance du cotisant et le mois au cours duquel il est déclaré invalide.

[7] La CEEE figure au sous-alinéa 44(2)b)(iv), qui permet d'exclure tout mois de la période cotisable lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : 1) le cotisant est « bénéficiaire d'une allocation familiale » au sens du Règlement; 2) les gains du cotisant pour l'année sont inférieurs à son exemption de base.

[8] Selon l'alinéa 77(1)a) du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385, l'expression « bénéficiaire d'une allocation familiale » s'entend notamment :

77. (1) [...]

a) du conjoint d'une personne qui, selon cette définition, reçoit ou a reçu une allocation ou une allocation familiale, lorsque le conjoint reste à la maison et est la principale personne qui s'occupe d'un enfant âgé de moins de sept ans, et que l'autre conjoint ne peut être considéré comme bénéficiaire d'une allocation familiale pour la même période. [Non souligné dans l'original.]

[9] En conséquence, un père ou une mère qui ne travaille pas et qui reste à la maison pour s'occuper d'un enfant âgé de moins de sept ans a le droit d'exclure les années en question de sa période cotisable. Il peut ainsi demeurer admissible à toucher une pension d'invalidité en application du RPC, même s'il ne travaille pas (et ne verse pas de cotisations au Régime) en raison de ses responsabilités liées à l'éducation des enfants.

[10] J'examine maintenant la situation particulière de la demanderesse, Cynthia Harris.

## FACTS

[11] Ms. Harris's son, Bradley, was born in 1989. Her second child, Jessica, was born in 1991. While Ms. Harris had returned to work briefly in 1991, between the birth of her children, when Jessica was born she and her husband decided that she would stay at home full-time to care for the children until they reached school age.

[12] In 1996, Bradley suffered a number of strokes. Between 1996 and 1998, Bradley was severely disabled, and had to re-learn basic activities such as walking and using his hands and arms. Ms. Harris cared for her son full-time during this period. Her evidence was that he could only attend school for the equivalent of two days a week, and that she could not afford to hire a babysitter qualified to deal with Bradley's special needs.

[13] By the fall of 1998, Bradley had largely recovered and was able to begin attending school full-time, albeit with his mother attending with him at least three times per week. Ms. Harris returned to the paid workforce in 2001.

[14] In 1997, Ms. Harris was diagnosed with multiple sclerosis (MS). In 2002, she stopped working due to impairments caused by MS, and made her application for a disability pension.

[15] Pursuant to the CRDO, the years 1990 and 1992-1997 were dropped from her contributory period, Jessica having turned seven in 1998. Thus, the six years that were considered to determine if Ms. Harris met the recency requirement were 2002, 2001, 2000, 1999, 1998, and 1991. Ms. Harris made contributions in only three of those years (1991, 2001, 2002). Therefore, she was deemed ineligible for a disability pension. That decision was affirmed upon reconsideration by the Minister.

## LES FAITS

[11] Le fils de M<sup>me</sup> Harris, Bradley, est né en 1989. M<sup>me</sup> Harris a aussi une fille, Jessica, qui est née en 1991. Bien que M<sup>me</sup> Harris soit retournée au travail pour une courte période en 1991, entre la naissance de ses deux enfants, son époux et elle-même ont décidé, lorsque Jessica est née, que la demanderesse resterait à la maison à temps plein pour s'occuper des enfants jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge scolaire.

[12] En 1996, Bradley a subi plusieurs accidents vasculaires cérébraux. Entre 1996 et 1998, il était gravement handicapé et a dû réapprendre les fonctions de base, comme marcher et utiliser ses mains et ses bras. M<sup>me</sup> Harris s'est occupée à temps plein de son fils pendant cette période. Elle a expliqué au cours de son témoignage que son fils ne pouvait fréquenter l'école que l'équivalent de deux jours par semaine et qu'elle n'avait pas les moyens d'engager une personne qui aurait les compétences voulues pour s'occuper de lui et répondre aux besoins spéciaux nécessités par l'état de celui-ci.

[13] À l'automne de 1998, Bradley s'était bien rétabli et a pu commencer à fréquenter l'école à temps plein, même si sa mère l'accompagnait au moins trois fois par semaine. M<sup>me</sup> Harris a recommencé à travailler en 2001.

[14] En 1997, M<sup>me</sup> Harris a appris qu'elle était atteinte de sclérose en plaques. En 2002, elle a cessé de travailler en raison de la dégradation de son état de santé et elle a présenté une demande de pension d'invalidité.

[15] Conformément à la CEEE, les années 1990 et 1992 à 1997 ont été exclues de la période cotisable de M<sup>me</sup> Harris, Jessica ayant atteint l'âge de sept ans en 1998. En conséquence, les six années qui ont été prises en compte pour savoir si M<sup>me</sup> Harris respectait l'exigence de récence ont été 2002, 2001, 2000, 1999, 1998 et 1991. Or, M<sup>me</sup> Harris a versé des cotisations uniquement pendant trois de ces années (1991, 2001 et 2002). En conséquence, elle a été jugée inadmissible à une pension d'invalidité. Cette décision a été confirmée lors du réexamen par le ministre.

[16] The key point here is that if 1998, a year in which Ms. Harris was engaged in providing care for her disabled son, is also dropped from the contributory period, she would be eligible for a disability pension. In that scenario, the six years of her contributory period would be 2002, 2001, 2000, 1999, 1991, and 1989, and she would have made contributions in four of those years (2002, 2001, 1991, and 1989), which would have allowed her to qualify. My colleague Ryer J.A. is correct to note that Ms. Harris would also be eligible for a disability pension if she had worked between the fall of 1998 (when Bradley returned to school) and 2001. However, this does not negate the fact that but for her inability to “drop-out” 1998, when she was providing necessary full-time care for Bradley, she also would have been eligible.

#### ISSUES AND STANDARD OF REVIEW

[17] The issue in this application is whether the CRDO cut-off violates subsection 15(1) of the Charter, and if so, whether it can be saved by section 1. Subsection 15(1) reads as follows:

**15.** (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[18] Ms. Harris argues that the cut-off is discriminatory because it is rooted in norms about able-bodied children and when they are able to begin attending school, and fails to take into account the circumstances faced by her as a parent and caregiver to a severely disabled child. The respondent, on the other hand, submits that the cut-off is based only on the age of the child and is neutral to the issue of disability.

[19] The parties agree that the standard of review for constitutional questions is correctness (*Dunsmuir v. New*

[16] L'élément clé est le fait que si l'année 1998, au cours de laquelle M<sup>me</sup> Harris s'est occupée de son fils handicapé, était également exclue de la période cotisable, la demanderesse serait admissible à une pension d'invalidité. Dans ce scénario, les six années faisant partie de la période cotisable de M<sup>me</sup> Harris seraient 2002, 2001, 2000, 1999, 1991 et 1989 et celle-ci aurait versé des cotisations pendant quatre de ces années en question (2002, 2001, 1991 et 1989), de sorte qu'elle aurait été admissible. Mon collègue le juge Ryer souligne à juste titre que M<sup>me</sup> Harris serait également admissible si elle avait travaillé entre l'automne de 1998 (lorsque Bradley est retourné à l'école) et 2001. Cependant, cela ne change rien au fait que, si elle avait pu exclure l'année 1998, au cours de laquelle elle s'est occupée à temps plein de Bradley, elle aurait également été admissible.

#### LES QUESTIONS EN LITIGE ET LA NORME DE CONTRÔLE

[17] La question à trancher dans la présente demande est de savoir si le délai butoir prévu à la CEEE va à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte et, dans l'affirmative, si cette restriction peut être sauvegardée par l'article premier. Voici le texte du paragraphe 15(1) :

**15.** (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[18] M<sup>me</sup> Harris soutient que le délai butoir est discriminatoire, parce qu'il est fondé sur des normes concernant les enfants bien portants et le moment auquel ils sont en mesure de fréquenter l'école et ne tient pas compte de la situation dans laquelle elle s'est trouvée comme parent ayant pris soin d'un enfant gravement handicapé. Pour sa part, le défendeur soutient que le délai butoir est fondé uniquement sur l'âge de l'enfant et est neutre en ce qui concerne la question de la déficience.

[19] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable aux questions constitutionnelles est la

*Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 58).

décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 58).

#### A REFOCUSED EQUALITY ANALYSIS

[20] The treatment of section 15 has posed a unique challenge for courts since its coming into force in 1985. The approach that has been employed over the years has been refined and adjusted, but we have still not definitively crystallized and stabilized the correct approach. The most recent Supreme Court decision to address the framework for equality cases is *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483. Justice Abella, writing for the majority, referred back to Justice McIntyre's statement in the very first section 15 case, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, explaining that the purpose of the guarantee is to promote substantive, rather than merely formal equality. He cautioned against an approach focused on treating "likes" alike, writing (at paragraph 26):

In simple terms, then, it may be said that a law which treats all identically and which provides equality of treatment between "A" and "B" might well cause inequality for "C", depending on differences in personal characteristics and situations. To approach the ideal of full equality before and under the law — and in human affairs an approach is all that can be expected — the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned. Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

[21] Thus, in *Andrews*, the majority articulated a two-part test for establishing discrimination within the meaning of subsection 15(1): (1) does the impugned law create a distinction based on an enumerated or analogous

#### RÉORIENTATION DE L'ANALYSE CONCERNANT L'ÉGALITÉ

[20] L'application de l'article 15 représente un défi unique pour les tribunaux depuis l'entrée en vigueur de cette disposition en 1985. Au fil des années, l'analyse a été peaufinée et corrigée, mais nous n'avons pas encore établi définitivement l'approche qui convient. Le plus récent jugement dans lequel la Cour suprême du Canada a examiné le cadre d'analyse des affaires portant sur l'égalité est l'arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483. Dans cet arrêt, la juge Abella, qui a rédigé le jugement majoritaire, a cité le jugement rendu dans le tout premier litige concernant l'article 15, l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, où le juge McIntyre a expliqué que l'objet de la garantie est de promouvoir l'égalité réelle et non seulement formelle. De l'avis du juge McIntyre, l'interprétation axée sur l'égalité de traitement des individus semblables comporte certains dangers (au paragraphe 26) :

Donc, en termes simples, on peut affirmer qu'une loi qui prévoit un traitement identique pour tous et l'égalité de traitement entre « A » et « B » pourrait fort bien causer une inégalité à « C », selon les différences de caractéristiques personnelles et de situations. Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi — et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre — la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.

[21] Ainsi, dans l'arrêt *Andrews*, la majorité a établi un critère à deux volets à utiliser pour démontrer l'existence de discrimination au sens du paragraphe 15(1) : 1) la loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré

ground; and (2) does that distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping?

[22] Subsequently, in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the Court attempted to address the schisms in the jurisprudence that followed *Andrews*. *Law* articulated a three-part test for finding discrimination: the courts were to ask: (1) did the impugned law make a distinction on the basis of one or more personal characteristics or fail to take into account the claimant's already disadvantaged position in Canadian society; (2) was that distinction based on an enumerated or analogous ground; and (3) was the distinction discriminatory, in the sense of perpetuating or promoting the view that the claimant was less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society? However, as the Court later noted in *Kapp*, the *Law* test was essentially the same as the two-part test from *Andrews*.

[23] However, in *Law*, the Court suggested that the last part of the inquiry, determining whether a distinction resulted in discrimination within the meaning of subsection 15(1), should focus on whether an impugned law negatively affected a claimant's "human dignity". It articulated four contextual factors to assist this analysis: (1) any pre-existing disadvantage suffered by the group; (2) the degree of correspondence between the impugned law and the actual needs, circumstances, and capacities of the group; (3) whether the law or program has an ameliorative purpose or effect; and (4) the nature of the interest affected (at paragraphs 62–75).

[24] In *Kapp*, the Court acknowledged that while *Law* was an attempt to unify the law, "human dignity" has proved to be a difficult concept to apply in legal analysis. The human dignity analysis was born in Justice L'Heureux-Dubé's dissenting reasons in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, where she advocated that the

ou analogue?; 2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes?

[22] Subséquemment, dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, la Cour suprême du Canada a tenté de régler les divergences d'interprétation qui ont suivi l'arrêt *Andrews* et a énoncé un critère tripartite à appliquer pour conclure à l'existence de discrimination; les tribunaux devaient se demander : 1) si la loi contestée établissait une distinction en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles ou si elle omettait de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouvait déjà dans la société canadienne; 2) si cette distinction était fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues; 3) si la distinction était discriminatoire au sens où elle aurait eu pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion selon laquelle le demandeur était moins capable ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne. Cependant, comme la Cour suprême l'a souligné plus tard dans l'arrêt *Kapp*, le critère énoncé dans l'arrêt *Law* était à peu près le même que le critère à deux volets établi dans l'arrêt *Andrews*.

[23] Toutefois, dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême a donné à entendre que la dernière partie de l'analyse, soit la question de savoir si une distinction constitue de la discrimination au sens du paragraphe 15(1), devrait porter essentiellement sur la mesure dans laquelle la loi contestée a porté atteinte à la dignité humaine du demandeur. Elle a énoncé quatre facteurs contextuels devant servir à faciliter cette analyse : 1) la préexistence d'un désavantage subi par le groupe; 2) la correspondance entre la loi contestée et les besoins, les capacités et la situation propres du groupe; 3) la question de savoir si la loi ou le programme a un objet ou un effet d'amélioration; 4) la nature du droit touché (aux paragraphes 62 à 75).

[24] Dans l'arrêt *Kapp*, la Cour a reconnu que, même si l'arrêt *Law* visait à unifier l'approche relative à l'article 15, la « dignité humaine » s'est révélée un concept difficile à appliquer dans le cadre de l'analyse juridique. Le concept de la dignité humaine a été analysé pour la première fois dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2

equality analysis focus on whether legislation exacerbated the pre-existing disadvantage of oppressed groups, and de-emphasized the role of the enumerated and analogous grounds. This strand of her analysis was later incorporated into the third prong of the *Law* test and its focus on whether the impugned law promoted a view that the claimant was less capable or worthy of respect, thus perpetuating the disadvantage of oppressed groups. However, it was clear that the need to identify an enumerated or analogous ground remained significant to the analysis.

[25] Scholars have suggested that the concept of “human dignity”, which Justice L’Heureux-Dubé described as the underlying value of section 15, was transformed into an additional hurdle which claimants had to overcome to establish discrimination (see Daphne Gilbert, “Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter” (2003), 48 *McGill L.J.* 627). It was said that claimants were forced not only to establish that they felt subjectively demeaned by a distinction, but also had to satisfy the court that their perceptions were “objectively” reasonable.

[26] While the promotion of human dignity is undoubtedly the ultimate objective of section 15 (and indeed, the Charter as a whole), it has proved problematic as a legal standard. The Court in *Kapp* recognized this in suggesting that “[t]he factors cited in *Law* should not be read literally as if they were legislative dispositions, but as a way of focussing on the central concern of s. 15 identified in *Andrews* — combatting discrimination, defined in terms of perpetuating disadvantage and stereotyping” (*Kapp*, at paragraph 24).

[27] In my view, in *Kapp* the Supreme Court calls for a recommitment to the ideal of substantive equality. We must focus on the perspective of the claimant, that is, to view the situation through the eyes of the claimant. We should heed the words of Justice Frankfurter (then of

R.C.S. 513, où la juge L’Heureux-Dubé a souligné, dans son jugement dissident, que l’analyse de l’égalité devrait être axée sur la question de savoir si le texte législatif en cause avait pour effet d’amplifier le désavantage préexistant des groupes opprimés et qu’il fallait accorder moins d’importance aux motifs énumérés et aux motifs analogues. Cette partie de l’analyse de la juge L’Heureux-Dubé a plus tard été intégrée dans le troisième volet du critère énoncé dans l’arrêt *Law*, soit la question de savoir si la loi contestée avait pour effet de promouvoir l’opinion selon laquelle le demandeur était moins capable ou ne méritait pas le même respect, perpétuant ainsi le désavantage dont souffraient les groupes opprimés. Cependant, il demeurait évident que l’un ou l’autre des motifs énumérés, ou un motif analogue, devaient être précisés dans le cadre de l’analyse.

[25] Selon certains universitaires, le concept de la dignité humaine, que la juge L’Heureux-Dubé a décrit comme la valeur qui sous-tend l’article 15, a été transformé en obstacle supplémentaire que les demandeurs doivent surmonter pour prouver la discrimination (voir Daphne Gilbert, « Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter » (2003), 48 *R.D. McGill* 627). Apparemment, les demandeurs ont été contraints de prouver non seulement l’effet dégradant d’une distinction sur le plan subjectif, mais également le caractère raisonnable de leurs perceptions sur le plan objectif.

[26] Bien que l’article 15 (et, d’ailleurs, l’ensemble de la Charte) vise indéniablement en dernier ressort à promouvoir la dignité humaine, cet objectif s’est révélé problématique comme norme juridique. Dans l’arrêt *Kapp*, la Cour a reconnu ce problème : « Les facteurs énoncés dans l’arrêt *Law* doivent être interprétés non pas littéralement comme s’il s’agissait de dispositions législatives, mais comme un moyen de mettre l’accent sur le principal enjeu de l’art. 15, qui a été décrit dans l’arrêt *Andrews* — la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d’un désavantage et de l’application de stéréotypes » (*Kapp*, au paragraphe 24).

[27] À mon avis, dans l’arrêt *Kapp*, la Cour suprême demande que l’accent soit mis à nouveau sur l’idéal de l’égalité réelle. Nous devons examiner la situation du point de vue du demandeur et conserver à l’esprit la mise en garde du juge Frankfurter (alors juge à la Cour

the United States Supreme Court), who once cautioned “[i]t was a wise man who said that there is no greater inequality than the equal treatment of unequals” (*Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), at page 184). This Court must ensure that the *Law* factors are not used as a mere cloak for formalism. As for disabled individuals, to honour this principle it may be necessary for legislation to provide something extra to level the playing field in order to truly treat people equally. I have approached the following analysis with these directives in mind.

#### THE PURPOSE OF THE CPP AND THE CRDO

[28] As the Supreme Court has stated in numerous cases, the section 15 inquiry should begin with an understanding of the purposes of the impugned legislation (*Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357, at paragraph 26).

[29] The Plan is a federally administered social insurance plan based on compulsory contributions. Its purpose is to provide a reasonable level of income replacement on the retirement, disability, or death of a contributor. This income replacement function makes prior participation in the workforce by beneficiaries an important basis of eligibility.

[30] The admirable purpose of the CRDO provision is not contentious. As was stated in the House of Commons, its purpose is to:

... ensure that a contributor who remains home to care for young children will not be penalized for that period during which he or she has low or zero earnings. The provision would protect eligibility for CPP benefits which the contributor has earned through contributions before, during and after the period devoted to raising young children. Again, this provision will provide a measure of real economic recognition and financial security to work in the home, and it will do so without compromising the basic contributory earnings-related structure of the Plan.

suprême des États-Unis), qui a déjà affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « C’était un homme sage celui qui a dit qu’il n’y avait pas de plus grande inégalité que l’égalité de traitement entre individus inégaux » (*Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), à la page 184). Dans la présente affaire, la Cour doit veiller à ce que les facteurs énoncés dans l’arrêt *Law* ne soient pas utilisés pour masquer le formalisme. Pour que ce principe soit respecté dans le cas des personnes handicapées, il sera peut-être nécessaire que le texte législatif aille plus loin qu’équilibrer les chances afin de traiter les personnes de façon véritablement égale. C’est en conservant ces directives à l’esprit que j’ai poursuivi l’analyse en l’espèce.

#### L’OBJET DU RPC ET DE LA CEEE

[28] Comme la Cour suprême l’a souligné à maintes reprises, l’analyse fondée sur l’article 15 devrait débiter par un examen de l’objet de la mesure législative attaquée (*Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357, au paragraphe 26).

[29] Le RPC est un régime d’assurance sociale qui est administré par le gouvernement fédéral et qui est fondé sur des cotisations obligatoires. Il vise à offrir un revenu de remplacement raisonnable lors de la retraite, de l’invalidité ou du décès du cotisant. En raison de cette fonction de remplacement du revenu, la participation antérieure des bénéficiaires à la main-d’œuvre active constitue un critère d’admissibilité important.

[30] L’objet admirable de la CEEE n’est pas contesté. Comme on l’a souligné à la Chambre des communes, cette clause vise :

[TRADUCTION] [...] à éviter que le cotisant qui reste à la maison pour prendre soin de jeunes enfants soit pénalisé pendant la période au cours de laquelle il ne touche à peu près aucun gain. La disposition aurait pour effet de protéger l’admissibilité aux prestations au titre du RPC que le cotisant a acquises au moyen de cotisations versées pendant, avant et après la période consacrée à l’éducation de jeunes enfants. Encore là, cette disposition offrira une certaine reconnaissance économique réelle du travail à la maison ainsi qu’une sécurité financière à ces personnes, sans compromettre la structure fondamentale du Régime, qui est liée aux gains cotisables.

[31] The expert report of Marianna Giordano (which was before the PAB in this case) also addressed the cut-off of age seven:

Age seven is the age by which children would most likely be expected to be enrolled in school on a full time basis. Once children are in school parents would have greater labour market flexibility and a wider range of options with respect to childcare.

[32] On the basis of the evidence, the CRDO has the purpose of according recognition (economic, and to some degree, social) to work performed in the home, primarily by women. It also recognizes the fact that child-rearing responsibilities do impose a certain lack of labour market flexibility on parents, particularly mothers. The cut-off age of seven reflects a common understanding of a stage where that burden is significantly lessened, as most children are cared for during the day at school. While many parents do continue to remain out of the workforce as full-time caregivers even after their children enter school, the cut-off seems to reflect a notion that this is a choice or preference on the part of the parent, rather than an inherent necessity of child-rearing.

[33] The problem I find with the CRDO, as will become clear, is that it treated Ms. Harris as though she had a real choice to re-enter the workforce, when in fact she had none. Faced with a child who needed special care, a public school system that could not accommodate him, and insufficient finances to hire a professional caregiver, she did what many parents in her situation do: she remained out of the workforce to be a full-time caregiver. Unfortunately, now that Ms. Harris is herself disabled, she finds that she is being penalized for having served this indispensable caregiving role.

[31] L'âge butoir de sept ans a également été commenté dans le rapport d'expert de Marianna Giordano (qui a été déposé dans le dossier de la CAP en l'espèce) :

[TRADUCTION] L'âge de sept ans est l'âge auquel les enfants seraient probablement inscrits à l'école à temps plein. Une fois que les enfants commencent à fréquenter l'école, les parents disposent d'une plus grande marge de manœuvre pour participer au marché du travail et d'un plus vaste éventail d'options en ce qui a trait aux soins des enfants.

[32] Selon la preuve, la CEEE vise à accorder une reconnaissance (économique et, jusqu'à un certain point, sociale) au travail effectué à la maison, principalement par les femmes. Elle reconnaît également que les responsabilités liées à l'éducation des enfants imposent certaines contraintes aux parents, surtout aux mères, en ce qui a trait à la participation au marché du travail. L'âge butoir de sept ans est généralement perçu comme un âge où ce fardeau est sensiblement allégé, puisque la plupart des enfants sont pris en charge par l'école le jour. Même si bon nombre de parents continuent de rester à l'extérieur du marché du travail et de prendre soin à temps plein de leurs enfants après que ceux-ci commencent à fréquenter l'école, l'âge butoir semble traduire une perception selon laquelle cette décision découle d'un choix ou d'une préférence de la part des parents plutôt que d'une obligation inhérente à l'éducation des enfants.

[33] Cependant, comme je l'explique clairement ci-après, la CEEE a eu pour effet de traiter M<sup>me</sup> Harris comme si elle avait vraiment eu la possibilité de réintégrer le marché du travail, alors que tel n'était pas le cas. Comme elle avait un enfant ayant besoin de soins spéciaux, que le système d'école publique n'était pas prêt à accommoder ces besoins et qu'elle n'avait pas les moyens de retenir les services d'un aide-soignant professionnel, elle a fait ce que de nombreux parents font dans le même cas : elle est restée à l'extérieur du marché du travail pour s'occuper à temps plein de ses enfants. Malheureusement, M<sup>me</sup> Harris est à son tour atteinte d'une déficience et constate qu'après avoir joué ce rôle indispensable auprès de ses enfants, elle est maintenant pénalisée.

## THE SECTION 15 INQUIRY

[34] Applying the framework discussed by the Supreme Court in *Kapp*, the first stage of the inquiry is to ask whether the CRDO creates a distinction based on an enumerated or analogous ground. Contrary to the finding of the PAB, I find that it does.

## The proper comparator group

[35] In *Kapp*, the majority noted that “[c]riticism has also accrued for the way *Law* has allowed the formalism of some of the Court’s post-*Andrews* jurisprudence to resurface in the form of an artificial comparator analysis focussed on treating likes alike” (at paragraph 22). From this teaching, at the very least, this Court should be cautious not to accept a comparator group that would give rise to a formalistic analysis.

[36] It may also be that the Supreme Court in *Kapp* has signalled that it may be rethinking the comparator group-based analysis, given the emphasis it placed on stereotyping and disadvantage more generally. If that were so, and, if the analysis of this case were not channelled through the comparator group framework, the discriminatory nature of the CRDO becomes much clearer. This is a case where discrimination is apparent on the basis of the disproportionate and prejudicial economic impact of the legislation on an already disadvantaged group, the caregivers of disabled children. On this fresh approach, it is obvious to me that the disabled have once again been overlooked by well-meaning legislators.

[37] To the extent that comparator groups are still relevant, however, it is essential to define the comparator group in a way that reflects the claimant’s perspective (*Law*, at paragraph 59). For this reason, I would reject the PAB’s choice of comparator group, which is supported by the Minister in this application: parents of non-disabled children seven and older who stay out of the workforce to care for their children. The PAB found,

## L’ANALYSE FONDÉE SUR L’ARTICLE 15

[34] Eu égard au cadre d’analyse que la Cour suprême a exposé dans l’arrêt *Kapp*, la première étape de la démarche consiste à se demander si la CEEE crée une distinction fondée sur l’un des motifs énumérés ou sur un motif analogue. Contrairement à la conclusion de la CAP, ma réponse à cette question est affirmative.

## Le groupe de comparaison approprié

[35] Dans l’arrêt *Kapp*, la majorité a souligné que « [l]es critiques se sont aussi accumulées à l’égard de la façon dont l’arrêt *Law* a permis au formalisme de certains arrêts de la Cour ultérieurs à l’arrêt *Andrews* de ressurgir sous la forme d’une analyse comparative artificielle axée sur l’égalité de traitement des individus égaux » (au paragraphe 22). À la lumière de cet enseignement, la Cour d’appel fédérale devrait, à tout le moins, éviter d’accepter un groupe de comparaison qui donnerait lieu à une analyse formaliste.

[36] Il se pourrait aussi que, dans l’arrêt *Kapp*, la Cour suprême ait signalé son intention de réorienter l’analyse fondée sur un groupe de comparaison, compte tenu de l’importance qu’elle a accordée aux stéréotypes et, de façon plus générale, aux désavantages. Si tel était le cas et que le cadre d’analyse utilisé en l’espèce n’était pas le groupe de comparaison, la nature discriminatoire de la CEEE ressortirait bien davantage. La présente affaire est un cas où la discrimination réside dans les répercussions économiques disproportionnées du régime législatif sur un groupe déjà défavorisé, les soignants d’enfants ayant des déficiences. Lorsque cette nouvelle approche est utilisée, il m’apparaît évident que les personnes ayant des déficiences ont, une fois de plus, été oubliées par un législateur bien intentionné.

[37] Toutefois, dans la mesure où les groupes de comparaison sont encore pertinents, il est essentiel de définir le groupe de comparaison d’une façon qui traduit le point de vue du demandeur (*Law*, au paragraphe 59). C’est pourquoi je rejetterais le choix que la CAP a fait du groupe de comparaison et que le ministre a appuyé en l’espèce : les parents qui restent en dehors du marché du travail pour s’occuper de leurs enfants âgés d’au moins

using this comparator, that the CRDO does not make a distinction, since the parents of non-disabled children seven and over are also not eligible for the drop-out. I agree with the applicant that this comparator group does not reflect the *full* universe of people potentially entitled to the benefit of the CRDO, namely, parents.

[38] Further, as discussed above, the purpose of the CRDO is to avoid penalizing parents for the lack of labour market flexibility imposed by child-rearing responsibilities; in my view, the burden imposed by child rearing, not the age of the child *per se*, is the relevant characteristic for the inquiry.

[39] The proper comparator group must reflect the sociological fact central to this claim—that while free full-time schooling is available to non-disabled and less-severely disabled children over six, severely disabled children may continue to require full-time parental caregiving beyond age six. The respondent's proposed comparator group gives rise to an analysis that is formalistic and not responsive to the claimed ground of discrimination, disability, or to the experiences of disabled people and their families, whose difficulties are totally ignored.

[40] I would adopt the comparator group proposed by counsel for Ms. Harris at the hearing: the parents of all non-disabled children six years and under, and the parents of children seven and older, whose disabilities are not severe enough that they are prevented from attending school full-time.

#### Differential treatment

[41] Having considered the appropriate comparator group, I find that the CRDO cut-off does impose differential treatment on Ms. Harris. While parents in the comparator group are entitled to the benefit of the CRDO for the full period that their labour choices are

sept ans et non atteints de déficience. En utilisant ce groupe de comparaison, la CAP a conclu que la CEEE n'établit aucune distinction, puisque les parents des enfants âgés d'au moins sept ans qui n'ont pas de déficience ne sont pas admissibles non plus à l'exclusion. Je conviens avec la demanderesse que ce groupe de comparaison n'englobe pas l'univers *complet* de personnes qui pourraient avoir le droit d'invoquer la CEEE, en l'occurrence, les parents.

[38] De plus, tel qu'il est mentionné plus haut, la CEEE a pour but d'éviter de pénaliser les parents qui ne peuvent participer pleinement au marché du travail en raison de leurs responsabilités liées à l'éducation des enfants; à mon avis, c'est le fardeau imposé par l'éducation des enfants et non l'âge de l'enfant en soi qui est la caractéristique pertinente aux fins de l'analyse.

[39] Le groupe de comparaison utilisé doit traduire la réalité sociologique inhérente à la présente demande, soit le fait que, tandis que les enfants non handicapés ou moins gravement handicapés et âgés d'au moins six ans peuvent fréquenter gratuitement l'école à temps plein, ceux qui ont de graves déficiences auront peut-être besoin du soutien parental à temps plein après l'âge de six ans. Le groupe de comparaison proposé par le défendeur donne lieu à une analyse qui est formaliste et qui ne tient pas compte du motif de discrimination invoqué, la déficience, ou de l'expérience des personnes ayant des déficiences et de leurs familles, dont les difficultés sont totalement ignorées.

[40] J'adopterais le groupe de comparaison qu'a proposé l'avocate de M<sup>me</sup> Harris à l'audience : les parents de tous les enfants âgés d'au plus six ans qui n'ont pas de déficience et les parents des enfants âgés d'au moins sept ans dont les déficiences ne les empêchent pas de fréquenter l'école à temps plein.

#### La différence de traitement

[41] Ayant examiné le groupe de comparaison approprié, j'estime que le délai butoir de la CEEE se traduit par une différence de traitement à l'endroit de M<sup>me</sup> Harris. Tandis que les parents du groupe de comparaison ont droit au bénéfice de la CEEE pour toute la période au

restricted by having to care for children at home full-time, a parent in her position is only so entitled for part of that time, until her youngest child reaches the age of seven. Since the “recency requirement” of the CPP makes the availability of a disability pension an “all-or-nothing” prospect, in Ms. Harris’s case the CRDO cut-off translated into the total unavailability of a pension. This must be considered differential treatment.

[42] I note briefly that even if I had accepted the PAB’s comparator group, I would have also found differential treatment on the basis of the disproportionate impact of the cut-off on parents of severely disabled children, following the Supreme Court’s reasoning in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. In that case, it was argued that the exclusion of sexual orientation as a prohibited ground of discrimination under Alberta’s human rights legislation did not amount to a distinction, since neither heterosexuals nor homosexuals were able to claim discrimination on the basis of sexual orientation. Justice Cory, writing on this point for the majority, rejected this formalistic reasoning, pointing out the unlikelihood that a heterosexual person would be discriminated against on the basis of sexual orientation.

[43] The same logic applies in the instant case. While the parents of non- or less-severely-disabled children are no longer confronted with the burden of a child who requires full-time care in the home once they reach the age of seven, the parents of severely disabled children over the age of seven are. The CRDO cut-off has a disproportionate impact on these parents because it fails to address their very real needs, ignoring their already disadvantaged position.

cours de laquelle leurs choix liés au travail sont restreints par la nécessité de rester à temps plein à la maison pour s’occuper des enfants, le parent qui se trouve dans la position de M<sup>me</sup> Harris n’y a droit que pour une partie de cette période, soit jusqu’à la date à laquelle le plus jeune de ses enfants atteint l’âge de sept ans. Étant donné que, en raison de l’exigence de récence du RPC, l’admissibilité à une pension d’invalidité devient une perspective de « tout ou rien », le délai butoir de la CEEE a entraîné, dans le cas de M<sup>me</sup> Harris, l’inadmissibilité totale. Cette situation doit être considérée comme une différence de traitement.

[42] Je souligne brièvement que, même si j’avais accepté le groupe de comparaison de la CAP, j’aurais également conclu à une différence de traitement en raison de l’effet disproportionné du délai butoir sur les parents d’enfants ayant de graves déficiences, compte tenu du raisonnement que la Cour suprême a énoncé dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Dans cette affaire, l’intimé a soutenu que l’omission de l’orientation sexuelle dans les motifs de distinction interdits par la législation de l’Alberta sur les droits de la personne n’avait pas pour effet de créer une distinction, puisque ni les hétérosexuels, ni les homosexuels ne pouvaient alléguer la discrimination sur le fondement de l’orientation sexuelle. S’exprimant au nom de la majorité sur cette question, le juge Cory a rejeté ce raisonnement formaliste, soulignant qu’il était peu probable qu’une personne hétérosexuelle soit victime de discrimination en raison de son orientation sexuelle.

[43] La même logique s’applique en l’espèce. Tandis que les parents d’enfants qui n’ont pas de déficiences ou qui ont des déficiences légères ne sont plus tenus de supporter le fardeau d’un enfant ayant besoin de soins à temps plein à la maison lorsque celui-ci atteint l’âge de sept ans, les parents d’enfants âgés de plus de sept ans qui ont de graves déficiences continuent d’assumer ce fardeau. Le délai butoir de la CEEE a un effet disproportionné sur ces parents, parce qu’il ne tient pas compte de leurs besoins réels en ignorant la position désavantagée dans laquelle ils se trouvent déjà.

## Distinction based on an enumerated or analogous ground

[44] I also find that this differential treatment is based on an enumerated ground, the disability of Ms. Harris's son, Bradley. It was argued that a parent cannot claim discrimination on the basis of her child's personal characteristics. However, this is not a case where a parent is merely trying to reassert a claim of discrimination made in the name of her child, as the Ontario Court of Appeal found in *Wynberg v. Ontario* (2006), 82 O.R. (3d) 561, at paragraphs 205–206. This is a case where a parent is the “real” and only target of a law that embodies allegedly discriminatory attitudes towards her child, similar to the case of *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358.

[45] In *Benner*, the Supreme Court held the relationship between a parent and child is of a “particularly unique and intimate nature”, such that the characteristics of a child's parent (such as race or nationality) were as immutable to him as his own (at paragraph 82). Thus, a law that imposed a burden on Mr. Benner as the result of the gender of his parent was found to discriminate against him on the basis of gender, even though it was neutral as to his own gender.

[46] The reverse proposition should also apply. A parent has no more control than the child over whether the child is disabled. Further, because of the special care disabled children require, even over and above the dependent relationship all children have with their parents, the child's disability affects the parent in a way that is profound and unchangeable. I therefore conclude that the differential treatment is based on an enumerated ground, disability.

[47] This finding does not represent an extension of the principle from *Benner*, on my reading. The Supreme Court was clear that it was not introducing a broad doctrine of “discrimination by association”, and that this

## Distinction fondée sur un motif énuméré ou sur un motif analogue

[44] Je suis également d'avis que cette différence de traitement est fondée sur un motif énuméré, la déficience du fils de M<sup>me</sup> Harris, Bradley. Le défendeur a soutenu qu'un parent ne peut invoquer la discrimination fondée sur les caractéristiques personnelles de son enfant. Cependant, il ne s'agit pas ici d'un cas où un parent cherche simplement à invoquer à nouveau une allégation de discrimination au nom de son enfant, comme la Cour d'appel de l'Ontario a conclu dans l'arrêt *Wynberg v. Ontario* (2006), 82 O.R. (3d) 561, aux paragraphes 205 et 206. Il s'agit en l'espèce d'une situation où un parent est la cible « véritable » et la seule cible d'une loi qui présuppose des attitudes discriminatoires à l'endroit de son enfant, comme c'était le cas dans l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358.

[45] Dans l'arrêt *Benner*, la Cour suprême a décidé que le lien entre un enfant et son père ou sa mère a « un caractère particulièrement unique et intime », de sorte que les caractéristiques de ce parent (comme la race ou la nationalité) étaient aussi immuables pour l'enfant que si elles étaient les siennes propres (au paragraphe 82). En conséquence, la Cour a conclu qu'une loi qui imposait un fardeau à M. Benner en raison du sexe du père ou de la mère de celui-ci créait une distinction fondée sur le sexe, même si elle était neutre quant au sexe de l'enfant lui-même.

[46] La proposition inverse devrait également s'appliquer. Un père ou une mère n'a pas plus de contrôle que l'enfant sur le fait que celui-ci a ou non une déficience. De plus, en raison des soins spéciaux que les enfants ayant des déficiences requièrent, en plus de la situation de dépendance dans laquelle tous les enfants se trouvent déjà à l'endroit de leurs parents, la déficience d'un enfant touche le parent d'une façon profonde et immuable. J'en arrive donc à la conclusion que la différence de traitement est fondée sur un motif énuméré, la déficience.

[47] À mon avis, cette conclusion n'a pas pour effet d'élargir la portée du principe énoncé dans l'arrêt *Benner*. La Cour suprême a pris soin de préciser qu'elle ne créait pas un principe général de « discrimination par

was a question for another day. Specifically, it left open whether its analysis could extend “to cover situations where, for example, the association is voluntary rather than involuntary, or where the characteristic of the parent in question upon which the differential treatment is founded is not an enumerated or analogous ground” (at paragraph 86). The instant case does not raise either of these questions, but involves the same type of relationship (parent-child) and a claim centred on an enumerated ground of discrimination (disability).

#### The distinction is discriminatory

[48] I now turn to the second part of the *Kapp* test, the issue of whether the differential treatment is discriminatory within the meaning of the equality guarantee. In her landmark *Report of the Commission on Equality in Employment*, Ottawa: Supply and Services Canada, 1984, Justice Abella (then of the Ontario Family Court), at page 2, wrote that where disadvantage was suffered by a particular group, this was a *prima facie* indicator of discrimination:

It is not a question of whether this discrimination is motivated by an intentional desire to obstruct someone’s potential, or whether it is the accidental by-product of innocently motivated practices or systems. If the barrier is affecting certain groups in a disproportionately negative way, it is a signal that the practices that lead to this adverse impact may be discriminatory.

[49] Further, she explained (at pages 3, 5 and 13):

Sometimes equality means treating people the same, despite their differences, and sometimes it means treating them as equals by accommodating their differences.

Formerly, we thought that equality only meant sameness and that treating persons as equals meant treating everyone the same. We now know that to treat everyone the same may be to offend the notion of equality. Ignoring differences may mean ignoring legitimate needs. It is not fair to use the differ-

association » et que cette question devrait être examinée à une autre occasion. Plus précisément, elle a laissé sans réponse la question de savoir si son analyse devrait s’étendre « aux situations dans lesquelles, par exemple, l’association d’une personne à un groupe est volontaire plutôt qu’involontaire, ou dans lesquelles la caractéristique appartenant au père ou à la mère et sur laquelle est fondé le traitement différent n’est pas un motif énuméré ou analogue » (au paragraphe 86). La présente affaire ne soulève aucune de ces questions, mais porte sur le même type de lien (parent-enfant) et sur une demande fondée sur un motif de discrimination énuméré (la déficience).

#### La distinction est discriminatoire

[48] J’en arrive maintenant à la deuxième partie du critère énoncé dans l’arrêt *Kapp*, soit la question de savoir si la différence de traitement est discriminatoire au sens du droit à l’égalité qui est garanti. Dans son rapport historique intitulé *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi*, Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984, la juge Abella (alors juge à la Cour de la famille de l’Ontario) a écrit, à la page 2, que lorsqu’un groupe particulier souffrait d’un désavantage, il s’agissait à première vue d’un indice de discrimination :

La question n’est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c’est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c’est une indication qu’elles sont peut-être discriminatoires.

[49] La juge Abella a poursuivi en ces termes (aux pages 3, 5 et 14) :

L’égalité peut parfois signifier traiter tous les individus de la même façon, malgré les différences qui les caractérisent, mais elle peut également signifier les traiter en égaux en tenant compte de leurs différences.

Auparavant, la notion d’égalité s’associait uniquement à celle d’identité, et mettre tout le monde sur un pied d’égalité voulait dire traiter tout le monde de la même manière. Nous savons maintenant que cette façon de voir va peut-être à l’encontre de la notion d’égalité. À faire fi des différences, il arrive

ences between people as an excuse to exclude them arbitrarily from equitable participation.

For disabled persons, there must be as full accommodation as possible and the widest range of human and technical supports.... Pension and benefit schemes must be adjusted so as to encourage disabled persons to join the workplace.

Equality under the Charter, then, is a right to integrate into the mainstream of Canadian society based on, and notwithstanding, differences. It is acknowledging and accommodating differences rather than ignoring and denying them.

[50] It is important to note that this claim is based on the ground of disability. Because persons with disabilities will often require accommodation, sometimes requiring that something extra be provided, this Court must be particularly vigilant not to adopt an analysis that focuses on “treating likes alike”. Laws that discriminate on the basis of disability will often do so not because they draw formal distinctions between disabled people and non-disabled people, but rather because they “fail to take into account the claimant’s already disadvantaged position” of the former, as contemplated in *Law* (at paragraph 39).

[51] Equality rights have proven to be a difficult area for courts. As evidenced by the above discussion of the evolving section 15 framework, even the Supreme Court has struggled to define the scope of the right with precision. The ground of disability is additionally complicated, as the Supreme Court acknowledged in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at paragraph 69, because there are endless differences between disabled individuals, in terms of the type and severity of their disabilities, and many options available to accommodate those differences.

[52] With these complexities, it is no surprise that it is difficult to discern a unified theory underlying the Supreme Court’s disability jurisprudence. Sometimes the Court interferes, as in *Eldridge v. British Columbia*

qu’on ne tienne plus compte des besoins légitimes. Il est injuste de se servir des différences entre individus pour les empêcher d’accéder à une participation équitable.

Pour ce qui est des personnes handicapées, il faut tout mettre en œuvre pour leur offrir des services de soutien technique et personnel. [...] Les régimes de pension et d’avantages doivent être modifiés pour inciter les personnes handicapées à se joindre à la population active.

L’égalité, au sens de la Charte, est par conséquent le droit de s’intégrer à l’ensemble de la société canadienne compte tenu des différences. Il s’agit de reconnaître et d’accepter les différences, et non de les ignorer et de les rejeter.

[50] Il importe de souligner que la présente demande est fondée sur le motif de la déficience. Étant donné que les personnes ayant des déficiences ont souvent besoin d’accommodements, allant parfois jusqu’à l’adoption de mesures supplémentaires pour elle, la Cour doit, en l’espèce, se montrer particulièrement vigilante afin d’éviter que son analyse soit axée sur l’égalité de traitement des individus semblables. Dans bien des cas, les lois qui créent une discrimination fondée sur la déficience n’établissent pas nécessairement des distinctions formelles entre les personnes ayant des déficiences et les autres, mais omettent plutôt « de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà », comme l’a souligné la Cour suprême dans l’arrêt *Law* (au paragraphe 39).

[51] Les droits à l’égalité ont soulevé de nombreuses difficultés d’interprétation pour les tribunaux. Comme le montrent les commentaires précités au sujet de l’évolution du cadre d’analyse de l’article 15, même la Cour suprême a éprouvé du mal à définir avec précision la portée du droit. De plus, comme elle l’a reconnu dans l’arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comité de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, au paragraphe 69, le motif de la déficience est encore plus complexe en raison des différences innombrables entre les personnes handicapées en ce qui a trait au type et à la gravité des déficiences dont elles souffrent et aux nombreuses options disponibles pour accommoder ces différences.

[52] Compte tenu de ces complexités, il n’est pas étonnant qu’il soit difficile de trouver une théorie uniforme sous-tendant les décisions que la Cour suprême a rendues au sujet de la déficience. La Cour suprême

(*Attorney General*), [1997] 3 S.C.R. 624, where the Court found that the government had a duty to accommodate deaf patients by providing sign language interpreters under the auspices of the province's health services plan.

[53] In other cases, disability claimants have been unsuccessful. As Professor Peter Hogg summarizes, these cases (including *Eaton, Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703, and *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657), involved legislative schemes that already attempted to accommodate persons with disabilities; the claimants alleged that the accommodations were not extended far enough or were otherwise inappropriate. Professor Hogg concludes that the Supreme Court has generally been willing to show deference to the legislatures' attempts to accommodate disability (*Constitutional Law in Canada*, 5th ed. looseleaf. (Toronto: Carswell, 2007), at pages 55–74).

[54] On the other hand, in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, the Court found a legislative scheme which denied workers' compensation to chronic pain sufferers discriminated against them on the basis of disability. The unanimous Court found that the blanket denial of benefits to chronic pain sufferers, without any assessment of their individual circumstances, ignored the very real needs of these individuals and perpetuated stereotyping of persons claiming chronic pain as malingerers (see especially at paragraph 86). Since *Martin*, it is much less clear how much deference is owed to legislative attempts to accommodate disability.

[55] Even the Supreme Court has struggled with issues of disability, in addition to its grappling with section 15 more generally, most recently in *Kapp*. Despite these

intervient parfois, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, où elle a conclu que le gouvernement avait l'obligation d'accommoder les patients sourds en fournissant des services d'interprétation gestuelle dans le cadre du régime d'assurance maladie de la province.

[53] Dans d'autres cas, les demandes fondées sur une déficience ont été rejetées. Comme le résume le professeur Peter Hogg, ces litiges (y compris *Eaton, Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703, et *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657), concernaient des régimes législatifs qui visaient à accommoder des personnes ayant des déficiences; les demandeurs ont soutenu que les accommodements n'allaient pas assez loin ou étaient par ailleurs inadéquats. Le professeur Hogg conclut que la Cour suprême s'est généralement montrée disposée à faire preuve de retenue à l'égard des efforts du législateur en vue d'accommoder la déficience (*Constitutional Law in Canada*, 5<sup>e</sup> éd. feuilles mobiles. (Toronto : Carswell, 2007), aux pages 55 à 74).

[54] Par ailleurs, dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, la Cour suprême a conclu qu'un régime législatif qui excluait de son champ d'application les accidentés du travail souffrant de douleurs chroniques établissait contre ceux-ci une discrimination fondée sur la déficience. La Cour a décidé à l'unanimité que l'exclusion générale des personnes souffrant de douleur chronique, sans la moindre évaluation de la situation de chacune d'elles, avait pour effet d'ignorer leurs besoins très réels et de perpétuer les stéréotypes répandus à leur endroit, selon lesquels ces personnes feignent leur mal (voir, notamment, au paragraphe 86). Depuis l'arrêt *Martin*, il est beaucoup plus difficile de déterminer le degré de retenue à accorder aux efforts législatifs visant à accommoder la déficience.

[55] Même la Cour suprême s'est heurtée à des difficultés lors de l'examen de questions liées à la déficience, ainsi que de questions plus générales portant sur l'ar-

difficulties, Justice Sopinka gave some useful guidance in this area in his judgment in *Eaton* (at paragraph 67):

Exclusion from the mainstream of society results from the construction of a society based solely on “mainstream” attributes to which disabled persons will never be able to gain access. Whether it is the impossibility of success at a written test for a blind person, or the need for ramp access to a library, the discrimination does not lie in the attribution of untrue characteristics to the disabled individual. The blind person cannot see and the person in a wheelchair needs a ramp. Rather, it is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not result in the relegation and banishment of disabled persons from participation, which results in discrimination against them. The discrimination inquiry which uses “the attribution of stereotypical characteristics” reasoning as commonly understood is simply inappropriate here. It may be seen rather as a case of reverse stereotyping which, by not allowing for the condition of a disabled individual, ignores his or her disability and forces the individual to sink or swim within the mainstream environment. It is recognition of the actual characteristics, and reasonable accommodation of these characteristics which is the central purpose of s. 15(1) in relation to disability.

[56] Similarly, in *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at paragraph 37, Chief Justice McLachlin wrote, “a law that imposes restrictions or denies benefits on account of presumed or unjustly attributed characteristics is likely to deny essential human worth and to be discriminatory.”

[57] There can be no doubt that in this case, the CRDO cut-off is based on a presumed characteristic, that children seven years of age and older are capable of attending school full-time. As counsel for the Minister sets out in the memorandum of fact and law, “the cut-off age reflects the norm that once children are in school full-time, parents have more flexibility to participate in the paid workforce and a reduced need for childcare”. This view was also reflected in the Giordano report. This lays bare the discriminatory nature of the cut-off, which reflects assumptions based on the capabilities of non-

ticle 15, et ce, tout récemment dans l’arrêt *Kapp*. Malgré ces difficultés, le juge Sopinka a formulé quelques commentaires utiles sur cet aspect dans le jugement qu’il a rendu dans l’arrêt *Eaton* (au paragraphe 67) :

L’exclusion de l’ensemble de la société découle d’une interprétation de la société fondée seulement sur les attributs « de l’ensemble » auxquels les personnes handicapées ne pourront jamais avoir accès. Qu’il s’agisse de l’impossibilité pour une personne aveugle de réussir un examen écrit ou du besoin d’une rampe pour avoir accès à une bibliothèque, la discrimination ne consiste pas dans l’attribution de caractéristiques fausses à la personne handicapée. La personne aveugle ne peut pas voir et la personne en fauteuil roulant a besoin d’une rampe d’accès. C’est plutôt l’omission de fournir des moyens raisonnables et d’apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n’entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. L’enquête sur la discrimination qui recourt au raisonnement fondé sur « l’attribution de caractéristiques stéréotypées », dans son acception courante, est tout simplement inappropriée dans le cas présent. Elle peut être considérée plutôt comme un cas d’inversion d’un stéréotype qui, en ne tenant pas compte de la condition d’une personne handicapée, fait abstraction de sa déficience et la force à se tirer d’affaire toute seule dans l’environnement de l’ensemble de la société. C’est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l’adaptation raisonnable à celles-ci, qui constitue l’objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.

[56] Dans la même veine, dans l’arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, au paragraphe 37, la juge en chef McLachlin s’est exprimée comme suit : « une mesure qui impose des restrictions ou refuse des avantages sur le fondement de caractéristiques présumées ou attribuées à tort risque de porter atteinte à la valeur humaine essentielle des personnes visées et d’être discriminatoire. »

[57] Il est indéniable que, dans la présente affaire, le délai butoir de la CEEE est fondé sur une caractéristique présumée, soit le fait que les enfants âgés d’au moins sept ans sont en mesure de fréquenter l’école à temps plein. Comme l’avocat du ministre l’a expliqué dans son mémoire, [TRADUCTION] « l’âge butoir correspond à la norme selon laquelle, une fois que les enfants fréquentent l’école à temps plein, les parents sont plus disponibles pour participer au marché du travail et ont moins besoin d’aide pour prendre soin des enfants ». Cette perception ressort également du rapport Giordano.

disabled children, without any regard for the different circumstances of disabled children who are not able to attend school full-time and continue to require ongoing full-time home care.

[58] It may be true, as the respondent argues, that age-based cut-offs are often arbitrary and must be based on generalizations. Yet the CRDO cut-off is not arbitrary. The Minister admits it is rooted in assumptions about the capabilities of “most” children—that is, non-disabled children. These norms are not neutral to the issue of disability, and reinforce a worldview that is “relentlessly oriented to the able-bodied”, to borrow a phrase from *Granovsky* (at paragraph 33). To say that the cut-off is based only on age is to gloss over this “reverse stereotyping”, as it was described by Justice Sopinka in *Eaton*. Such an approach is the very essence of formalism, and must be rejected, for it totally overlooks the plight of the disabled, perpetuating their disadvantaged situation.

[59] Further, the applicant has adduced considerable evidence about the economic and psychological disadvantages suffered by parents who are forced to remain out of the workforce to care for disabled children. The CRDO was enacted in acknowledgement of the burdens imposed on parents when child-rearing responsibilities require them to leave the workforce temporarily. Surely, parents who must remain out of the workforce for even longer due to their child’s special needs must suffer this disadvantage to an even greater degree. However, by not extending the same benefit to parents who are forced to remain out of the workforce for longer due to their child’s disability, the Minister has allowed the stereotyping and disadvantage of the disabled to be perpetuated, another indicator of discrimination.

Ces commentaires révèlent la nature discriminatoire de l’âge butoir, qui traduit des présomptions fondées sur les capacités des enfants non handicapés sans tenir compte de la situation des enfants ayant des déficiences, qui ne sont pas en mesure de fréquenter l’école à temps plein et ayant encore besoin de soins continus à la maison.

[58] Il est peut-être vrai, comme le défendeur le soutient, que les délais butoirs fondés sur l’âge sont souvent arbitraires et doivent reposer sur des généralisations. Pourtant, le délai butoir de la CEEE n’est pas arbitraire. Le ministre admet qu’il repose sur des hypothèses concernant les capacités de « la plupart » des enfants, c’est-à-dire les enfants non handicapés. Ces normes ne sont pas neutres quant à la question de la déficience et renforcent une perception générale d’une société « implacablement conçue pour répondre aux besoins des personnes physiquement aptes », pour reprendre l’expression qu’a utilisée la Cour suprême dans l’arrêt *Granovsky* (au paragraphe 33). Dire que le délai butoir est fondé uniquement sur l’âge équivaut à faire abstraction de cette inversion d’un stéréotype, comme l’a dit le juge Sopinka dans l’arrêt *Eaton*. Une approche de cette nature constitue l’essence même du formalisme et doit être rejetée, car elle a pour effet d’ignorer totalement le sort des personnes défavorisées et de perpétuer leur situation.

[59] De plus, la demanderesse a présenté une preuve abondante au sujet des inconvénients économiques et psychologiques auxquels se heurtent les parents qui doivent rester en dehors du marché du travail pour prendre soin d’enfants ayant des déficiences. La CEEE a été édictée en reconnaissance du fardeau imposé aux parents qui doivent quitter temporairement le marché du travail pour s’acquitter de leurs responsabilités liées à l’éducation des enfants. Ce fardeau est certainement plus lourd pour les parents qui doivent rester encore plus longtemps en dehors du marché du travail en raison des besoins spéciaux de leur enfant. Cependant, en omettant d’accorder le même avantage prévu par la mesure législative aux parents qui sont contraints de rester plus longtemps en dehors du marché du travail en raison de la déficience de leur enfant, le ministre a permis que les stéréotypes à l’endroit des personnes défavorisées et les désavantages dont elles souffrent soient perpétués, ce qui est un autre indice de la discrimination.

[60] Finally, the CRDO cut-off reflects an understanding that parents who stay home to care for their children after the age of seven do so as a matter of choice, as the burden of full-time caregiving is normally relieved by the school system. This provision fails to reflect the fact that many parents in the position of Ms. Harris simply do not have this choice, and therefore fails to recognize that the work performed by such parents is just as essential as the caregiving work performed by the parents of children who have not yet reached school age. This failure to accord this same recognition to the necessary caregiving role performed by parents whose disabled children cannot attend school also suggests that the cut-off is discriminatory.

[61] My colleague, Evans J.A., concludes that the Supreme Court's decision in *Granovsky* is "virtually dispositive" of Ms. Harris's application. In *Granovsky*, the Court held that another CPP drop-out provision was not discriminatory (and thus did not violate subsection 15(1) of the Charter) simply because it benefited only the permanently disabled, and excluded the temporarily disabled. Writing for the Court, Justice Binnie concluded that it was open to Parliament to target more severely disabled individuals than Mr. Granovsky, those with permanent disabilities. The drop-out provisions in issue in that case were already an attempt to accommodate the disabled; in the absence of evidence that Parliament's line-drawing had stigmatized or demeaned persons with temporary disabilities, the court would not find the limits of this accommodation discriminatory. Mr. Granovsky was excluded from the drop-out not because his needs were being marginalized or ignored by Parliament, but rather because he was a member of a more advantaged group than those it sought to assist.

[62] With respect to Evans J.A., in my view this case differs from *Granovsky*. The CRDO drop-out may have

[60] Enfin, le délai butoir de la CEEE laisse supposer que les parents qui restent à la maison pour s'occuper de leurs enfants après l'âge de sept ans le font par choix, car la tâche à temps plein des parents est normalement allégée lorsque l'enfant commence à fréquenter l'école. La mesure législative en cause ne tient pas compte du fait que bon nombre de parents qui se trouvent dans la situation de M<sup>me</sup> Harris n'ont tout simplement pas ce choix et, par conséquent, elle ne reconnaît pas que le travail accompli par ces parents est tout aussi essentiel que celui des parents auprès d'enfants qui n'ont pas encore atteint l'âge scolaire. Cette omission d'accorder la même reconnaissance au rôle essentiel que jouent les parents dont les enfants ayant des déficiences ne peuvent fréquenter l'école donne également à penser que le délai butoir est discriminatoire.

[61] Mon collègue, le juge Evans, conclut que la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Granovsky* a pour ainsi dire pour effet de trancher la demande de M<sup>me</sup> Harris. Dans l'arrêt *Granovsky*, la Cour suprême a conclu qu'une autre clause d'exclusion du RPC n'était pas discriminatoire (et n'allait donc pas à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte) pour la simple raison que seules les personnes souffrant d'une déficience permanente, et non celles qui souffraient d'une déficience temporaire, en bénéficiaient. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie a conclu qu'il était loisible au législateur de cibler des personnes plus gravement handicapées que M. Granovsky, soit les personnes ayant des déficiences permanentes. Les clauses d'exclusion en litige dans cette affaire découlaient déjà d'un effort visant à accommoder les personnes ayant des déficiences; en l'absence d'éléments de preuve montrant que la ligne de démarcation choisie par le législateur a eu pour effet de stigmatiser ou de rabaisser les personnes ayant des déficiences temporaires, la Cour n'était pas disposée à conclure que les restrictions inhérentes à cet accommodement étaient discriminatoires. M. Granovsky a été exclu de la portée de cette disposition non pas parce que le législateur a marginalisé ou ignoré les besoins de celui-ci, mais plutôt parce qu'il faisait partie d'un groupe de personnes plus favorisées que celles qui étaient visées par la mesure.

[62] Malgré le respect que j'éprouve pour l'opinion du juge Evans, j'estime que la situation mise en preuve en

an ameliorative purpose, but it is not one directed at easing the plight of the disabled, or parents of disabled children. It is a scheme that seeks to assist a vulnerable group, stay-at-home parents of young children, but in doing so wholly fails to consider the needs of an even more disadvantaged group, the parents of young disabled children. This is not a case where Parliament has already attempted to accommodate disability, and the courts are being called upon to force it to go further. This is a case where an admittedly well-meaning legislative scheme has, as a result of stereotyping, totally ignored and failed to offer any accommodation for the parents of disabled children.

[63] For these reasons, I conclude that the distinction both reflects prejudicial attitudes and perpetuates economic disadvantage, which to use the “philosophically enhancing” phrase, demeans the human dignity of these disabled individuals. It is therefore discriminatory within the meaning of subsection 15(1) of the Charter. As there was no issue raised with regard to subsection 15(2), there is no need to consider it here.

#### THE SECTION 1 INQUIRY

[64] The test for justifying an infringement of a Charter right under section 1 was outlined in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The respondent must establish first that there is a “pressing and substantial” legislative objective behind the impugned provisions. Then, it must establish that the infringement of the applicant’s section 15 rights are rationally connected to that objective, that the infringement is minimally impairing of the right, and finally that there is proportionality between the deleterious effects and the salutary effects of the limit on Ms. Harris’s Charter rights. All of these tests must be met for section 1 to apply and save the violation.

l’espèce est différente de celle qu’a examinée la Cour suprême dans l’arrêt *Granovsky*. La CEEE a peut-être un objet d’amélioration, mais elle ne vise pas à atténuer les difficultés des personnes ayant des déficiences ou des parents d’enfants ayant des déficiences. Il s’agit d’un régime qui a pour but d’aider un groupe vulnérable, les parents qui restent à la maison pour s’occuper de jeunes enfants, mais qui, ce faisant, ignore totalement les besoins d’un groupe encore plus défavorisé, les parents de jeunes enfants ayant des déficiences. Il ne s’agit pas d’un cas où le législateur a déjà tenté d’accommoder la déficience et où on demande aux tribunaux de le contraindre à aller plus loin. Il s’agit d’un cas où un régime législatif fondé sur de bonnes intentions au départ a, par suite des stéréotypes créés, totalement ignoré les parents d’enfants ayant des déficiences et ne leur a offert aucun accommodement.

[63] Pour les motifs exposés ci-dessus, j’en arrive à la conclusion que la distinction traduit des préjugés fondés sur des stéréotypes injustes et a pour effet de perpétuer un désavantage économique, ce qui, selon l’« éclaircissement philosophique », porte atteinte à la dignité humaine de ces personnes ayant des déficiences. Elle est donc discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. Étant donné qu’aucune question n’a été soulevée au sujet du paragraphe 15(2), il n’est pas nécessaire d’examiner cette disposition dans la présente affaire.

#### L’ANALYSE FONDÉE SUR L’ARTICLE PREMIER

[64] Le critère à établir pour justifier une violation d’un droit reconnu par la Charte, en vertu de l’article premier a été énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le défendeur doit d’abord établir qu’un objectif « suffisamment important » sous-tend les dispositions attaquées. Il doit ensuite prouver que l’atteinte aux droits que l’article 15 reconnaît à la demanderesse en l’espèce a un lien rationnel avec cet objectif, que la mesure en cause porte le moins possible atteinte aux droits en question et qu’il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la restriction sur les droits que la Charte reconnaît à M<sup>me</sup> Harris. Tous ces critères doivent être établis pour que l’article premier s’applique de façon à sauvegarder la mesure contestée.

[65] The respondent states rightly that the objective of the CRDO is pressing and substantial—that is, to protect the eligibility for Plan benefits earned by contributors who leave or reduce their participation in the workforce to care for young children. However, the cut-off cannot be rationally connected to this purpose, because, in reality, it is a limit placed on the realization of this objective by some parents of some young children that need consideration, the disabled.

[66] I would adopt another statement of the CRDO's purpose from the respondent's written submissions, "to protect the eligibility of contributors who leave the paid work force to care for young children while still ensuring the Plan remains sustainable and accessible to most wage earners" (emphasis mine). The cut-off is ostensibly oriented at limiting the drop-out provisions in order to ensure that the CPP remains financially viable. Hence it can be said to be rationally connected to that objective, so that the first two tests of section 1 are met.

[67] In my view, however, the cut-off is not minimally impairing of the applicant's section 15 rights. As the Review Tribunal noted, the respondent's actuarial expert admitted that the extension of the CRDO to parents who remain out of the workforce to care for severely disabled children would not have a serious impact on the financial viability of the Plan. His report indicated that if the CRDO were extended to parents with children aged 7 to 24 who are disabled, that this would increase annual CPP expenditures by only 0.1%. Such a long extension, to age 24, is not necessary in this case, so the costs would be significantly less. All that is sought is to extend it to the parents of young disabled children until they can attend school full-time.

[68] Although it may be possible for the government to justify section 15 infringements where the financial consequences would be very severe, the Supreme Court

[65] Le défendeur soutient à juste titre que l'objectif de la CEEE est suffisamment important, puisqu'il consiste à protéger l'admissibilité aux avantages du Régime acquis par les cotisants qui quittent le marché du travail ou réduisent leur participation à celui-ci afin de prendre soin de jeunes enfants. Cependant, le délai butoir ne peut avoir un lien rationnel avec cet objet puisque, en réalité, il a pour effet d'en restreindre la réalisation pour certains parents de certains jeunes enfants qui doivent être pris en compte, les enfants ayant des déficiences.

[66] J'adopterais un autre énoncé de l'objet de la CEEE qui figure dans les observations écrites du défendeur, soit [TRADUCTION] « protéger l'admissibilité des cotisants qui quittent le marché du travail pour prendre soin de jeunes enfants, tout en veillant à ce que le Régime demeure viable et accessible pour la plupart des salariés » (non souligné dans l'original). Le délai butoir vise manifestement à restreindre la portée des clauses d'exclusion afin de veiller à ce que le RPC demeure financièrement viable. En conséquence, il est permis de dire qu'il a un lien rationnel avec cet objectif, de sorte que les deux premiers éléments de l'article premier sont établis.

[67] Cependant, à mon avis, le délai butoir ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits que l'article 15 reconnaît à la demanderesse. Comme le tribunal de révision l'a souligné, l'actuaire du défendeur a admis que l'application de la CEEE aux parents qui demeurent à l'extérieur du marché du travail pour s'occuper d'enfants ayant de graves déficiences n'aurait pas un effet important sur la viabilité financière du Régime. D'après le rapport de cet expert, si la CEEE était appliquée aux parents ayant des enfants âgés de 7 à 24 ans qui ont des déficiences, les dépenses annuelles du RPC n'augmenteraient que de 0,1 p. 100. Comme il n'est pas nécessaire, en l'occurrence, d'accorder cet avantage jusqu'à l'âge de 24 ans, l'augmentation serait nettement inférieure. Tout ce qui est demandé, c'est que la clause s'applique aux parents des jeunes enfants handicapés jusqu'à ce que ceux-ci puissent fréquenter l'école à temps plein.

[68] Bien que le gouvernement puisse justifier certaines violations de l'article 15 dans les cas où les conséquences financières seraient très graves, la Cour suprême a

has also cautioned that justification arguments based on cost should be viewed with scepticism (*Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at paragraph 72).

[69] Notably, the Minister has not attempted to justify this infringement on the basis of the expense involved. Its minimal impairment argument is based on the fact that there are other provisions in the Plan that it claims would help provide women in Ms. Harris's position some measure of financial security. This does not strengthen the respondent's argument that the cut-off itself is minimally impairing of her equality rights, especially since these other provisions have actually proved to be of no assistance to her. The fact remains that, as a direct result of the CRDO, Ms. Harris, because she was the mother of a disabled child in 1998, has found herself completely ineligible for a disability pension, despite the professed purpose of these provisions.

[70] Given the expert evidence that the CRDO could be extended without jeopardizing the financial viability of the Plan (the objective of the cut-off), I conclude that the artificial cut-off at seven years of age is not minimally impairing to Ms. Harris. I would, therefore, without the need to consider the fourth stage of the *Oakes* test, find that the infringement of Ms. Harris's section 15 rights is not justified under section 1 of the Charter.

## CONCLUSION

[71] For the foregoing reasons, I would allow this application, and conclude that the CRDO provision infringes subsection 15(1) of the Charter, and is not saved by section 1. The cut-off, while on its face based only on the age of a child, discriminates against disabled children and their parents. Through its foundation in norms pertaining to non-disabled children, the CRDO ignores the needs of workers who, by virtue of discrimination on

également précisé qu'il y a lieu de faire montre d'un grand scepticisme à l'égard des tentatives de justifier des atteintes par des restrictions budgétaires (*Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, au paragraphe 72).

[69] Cependant, le ministre n'a pas tenté de justifier l'atteinte examinée en l'espèce sur la base des coûts. L'argument qu'il invoque au sujet de l'atteinte minimale repose sur le fait que le Régime comporte d'autres dispositions qui, selon lui, permettraient aux femmes se trouvant dans la situation de M<sup>me</sup> Harris d'obtenir une certaine sécurité financière. Cette possibilité ne renforce nullement l'argument du défendeur selon lequel le délai butoir lui-même porte atteinte de façon minimale aux droits à l'égalité que l'article 15 reconnaît à la demanderesse, d'autant plus que ces autres dispositions se sont révélées inutiles pour elle. Il est indéniable que, en raison de l'application directe de la CEEE, M<sup>me</sup> Harris a constaté qu'elle était totalement inadmissible à toucher une pension d'invalidité, malgré l'objet déclaré de ces dispositions, parce qu'elle était la mère d'un enfant handicapé en 1998.

[70] Eu égard à la preuve d'expert selon laquelle il serait possible d'étendre la portée de la CEEE sans mettre en péril la viabilité financière du Régime (l'objectif du délai butoir), je suis d'avis que la démarcation établie artificiellement à l'âge de sept ans ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits de M<sup>me</sup> Harris. Je conclus donc, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le quatrième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, que l'atteinte aux droits que l'article 15 reconnaît à M<sup>me</sup> Harris ne peut se justifier au titre de l'article premier de la Charte.

## CONCLUSION

[71] Pour les motifs exposés ci-dessus, je ferais droit à la présente demande et je conclurais que la CEEE va à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte et n'est pas sauvegardée par l'article premier. Le délai butoir qui, à première vue, est fondé uniquement sur l'âge d'un enfant, est discriminatoire à l'endroit des enfants ayant des déficiences et de leurs parents. Étant donné qu'elle repose sur des normes applicables aux enfants non han-

the basis of their children's disabilities, are denied the choice of returning to the paid workforce once their children reach the age of seven. This is a case, as Justice McIntyre contemplated in *Andrews*, where purportedly equal treatment has produced serious inequality.

#### THE APPROPRIATE REMEDY

[72] Ms. Harris has asked this Court to declare that the CRDO be extended to her, by ordering that 1998 be dropped from her contributory period, making her eligible for a disability pension. Essentially, she is suggesting that the words "or where the child is a person with a disability, until that child is able to attend school full-time" be read into paragraph 77(1)(a) of the Regulations. However, in the circumstances, this would be too hasty and simplistic a solution.

[73] The *Canada Pension Plan* is a sophisticated statutory scheme, and Parliament would have a number of legislative choices in response to this ruling. The requirement that two-thirds of the provinces comprising two-thirds of Canada's population must consent to any amendment to the Plan also demonstrates the complexity of this area. In these circumstances, reading in would represent an improper intrusion by this Court into Parliament's role (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at paragraph 52).

[74] The only option is to declare invalid the offending paragraphs. I would therefore strike down subparagraph 44(2)(b)(iv) of the *Canada Pension Plan*, and paragraph 77(1)(a) of the Regulations.

[75] However, a temporary suspension of a declaration of invalidity is appropriate in cases such as this where benefit schemes are found to be underinclusive, because striking down the provisions immediately would have the harsh effect of denying benefits to deserving persons already entitled (*Schachter*, at paragraph 79).

dicapés, la CEEE ignore les besoins des travailleurs qui, en raison de la discrimination fondée sur les déficiences de leurs enfants, sont privés du choix de retourner sur le marché du travail une fois que leurs enfants atteignent l'âge de sept ans. Il s'agit d'un cas, comme le juge McIntyre l'a décrit dans l'arrêt *Andrews*, où un traitement apparemment identique engendre de graves inégalités.

#### LA RÉPARATION ADÉQUATE

[72] M<sup>me</sup> Harris a demandé à la Cour d'appel fédérale de rendre un jugement déclaratoire portant que la CEEE s'applique à elle en ordonnant que l'année 1998 soit exclue de sa période cotisable, ce qui la rendrait admissible à une pension d'invalidité. Essentiellement, elle propose que les mots [TRADUCTION] « ou lorsque l'enfant est une personne invalide, jusqu'à ce qu'il soit en mesure de fréquenter l'école à temps plein » soient intégrés à l'alinéa 77(1)a) du Règlement. Cependant, dans les circonstances, cette mesure serait une solution trop hâtive et simpliste.

[73] Le *Régime de pensions du Canada* est un régime législatif sophistiqué et le législateur disposerait de certaines options pour mettre en œuvre la présente décision. Le fait que les deux tiers des provinces comprenant les deux tiers de la population du Canada doivent consentir à toute modification du Régime démontre également la complexité de cet aspect. Dans les circonstances, la solution proposée par la demanderesse représenterait une ingérence déplacée dans le rôle du législateur de la part de la Cour (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, au paragraphe 52).

[74] La seule option qui reste est de déclarer invalides les dispositions qui portent atteinte aux droits de la demanderesse. En conséquence, j'annulerais le sous-alinéa 44(2)b)(iv) du *Régime de pensions du Canada* ainsi que l'alinéa 77(1)a) du Règlement.

[75] Cependant, une suspension temporaire d'une déclaration d'invalidité convient lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les régimes d'avantages sont jugés limitatifs, parce que l'annulation des dispositions priverait des personnes admissibles d'un bénéfice (*Schachter*, au paragraphe 79).

[76] In the result, I would declare invalid and strike down subparagraph 44(2)(b)(iv) of the *Canada Pension Plan*, and paragraph 77(1)(a) of the Regulations. In the circumstances, I would grant a one-year suspended declaration of invalidity to allow Parliament to formulate an appropriate legislative response to this decision.

\* \* \*

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

[77] EVANS J.A.: I have had the great benefit of reading the reasons of my colleague, Linden J.A., who concludes that the child rearing drop-out (CRDO) provisions of the *Canada Pension Plan* (CPP) are unconstitutionally under inclusive because they discriminate on the ground of disability against parents who stay at home to care for children over the age of seven with a disability that prevents them from attending full-time public school.

[78] I gratefully accept my colleague's account of the relevant facts of this case and his description of the statutory scheme. However, I respectfully disagree with his conclusion. In my view, the CRDO provisions do not infringe Ms. Harris's rights under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedom*.

[79] The basis of our disagreement concerns the definition of the purposes of the impugned CRDO provisions and the nature of the benefit that they provide. My colleague says that these provisions ensure that parents' CPP benefits are not jeopardized by their decision to stay at home to care for their children while they are unable to attend full-time public school. Parliament has relaxed the CPP "recency requirement", he reasons, for the benefit of parents of children under the age of seven because that is the age at which "normal" children can go to school. Subsequently, the parent who had been looking after them at home (generally, the mother) will have more flexibility, which enables her to return to the labour market.

[76] En conséquence, je déclarerais invalides et j'annulerais le sous-alinéa 44(2)b)(iv) du *Régime de pensions du Canada* ainsi que l'alinéa 77(1)a) du Règlement. Dans les circonstances, je prononcerais une suspension de la déclaration d'invalidité pour une durée d'un an afin de permettre au législateur d'élaborer une mesure législative conforme à la présente décision.

\* \* \*

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

[77] LE JUGE EVANS, J.C.A. : J'ai eu le grand avantage de lire les motifs de mon collègue, le juge Linden, qui conclut que les clauses d'exclusion pour élever des enfants (CEEE) du *Régime de pensions du Canada* (RPC) sont limitatives et inconstitutionnelles, parce qu'elles créent de la discrimination fondée sur le motif de la déficience à l'endroit des parents qui restent à la maison pour s'occuper d'enfants âgés de plus de sept ans dont la déficience les empêche de fréquenter l'école à temps plein.

[78] J'accepte avec gratitude le compte rendu que mon collègue a présenté des faits pertinents en l'espèce ainsi que sa description du régime législatif. Cependant, je ne puis souscrire à sa conclusion. À mon avis, les CEEE ne portent pas atteinte aux droits que l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît à M<sup>me</sup> Harris.

[79] La source de notre désaccord réside dans la définition de l'objet des CEEE contestées et dans la nature de l'avantage qu'elles accordent. Mon collègue est d'avis que ces dispositions font en sorte que les prestations auxquelles les parents ont droit au titre du RPC ne sont pas mises en péril par leur décision de rester à la maison pour s'occuper de leurs enfants pendant la période au cours de laquelle ceux-ci ne peuvent fréquenter l'école publique à temps plein. Selon mon collègue, le législateur a assoupli l'« exigence de récence » du RPC au profit des parents d'enfants âgés de moins de sept ans, parce qu'il s'agit de l'âge auquel les enfants « normaux » peuvent commencer à fréquenter l'école. Par la suite, le parent qui s'est occupé d'eux à la maison

[80] The problem with limiting the relaxation to parents of children under the age of seven, Linden J.A. says, is that Parliament has thereby defined eligibility on the basis of a stereotype: the able-bodied child who can attend school at age seven. Parliament has thus denied to parents of children who cannot attend school at that age because of a disability the benefit enjoyed by other parents, namely, the right to stay at home to look after children who cannot attend school without prejudicing their eligibility for CPP benefits.

[81] In my respectful view, this is too broad a view of the purpose of the legislation and the benefit that it provides. As I see it, Parliament has decided to relax the “recency requirement” in favour of parents who temporarily leave employment to look after *young* children: see the expert report of Marianna Giordano, respondent’s record, Vol. 1, at page 22, paragraph 10.

[82] The extent of the relaxation was defined by reference to the *age* at which children in Canada can attend public school. Viewed in this light, the CRDO provisions apply equally to all. Thus, parents of children under the age of seven, regardless of whether or not they have a disability, are eligible for the benefit of the CRDO, while parents of children over the age of seven are not.

[83] This is not a case where it is more difficult for those with a personal characteristic protected by section 15 to qualify for a statutory benefit: all children take the same length of time to reach the age of seven. Nor is it a case where some parents are prejudiced because their children must be older than seven before they can go to school. Bradley Harris was unable to attend school in 1998 because of his disability, not because of his age.

[84] Counsel for Ms. Harris says that, for the CRDO provisions to comply with section 15, they must apply

(généralement, la mère) aura une plus grande marge de manœuvre pour retourner sur le marché du travail.

[80] Selon le juge Linden, en limitant l’assouplissement aux parents d’enfants âgés de moins de sept ans, le législateur a défini l’admissibilité en fonction d’un stéréotype : l’enfant bien portant qui peut fréquenter l’école à l’âge de sept ans. De cette façon, le législateur a refusé aux parents d’enfants qui ne peuvent fréquenter l’école à cet âge en raison d’une déficience l’avantage accordé aux autres parents, soit le droit de rester à la maison pour s’occuper des enfants qui ne peuvent fréquenter l’école sans pour autant mettre en péril leur admissibilité aux prestations du RPC.

[81] À mon humble avis, c’est là une perception trop large de l’objet de la mesure législative et de l’avantage qu’elle accorde. Selon moi, le législateur a décidé d’assouplir l’« exigence de récence » en faveur des parents qui quittent temporairement le marché du travail pour s’occuper de *jeunes* enfants : voir le rapport d’expert de Marianna Giordano, dossier du défendeur, vol. 1, à la page 22, paragraphe 10.

[82] La portée de l’assouplissement a été définie en fonction de l’âge auquel les enfants vivant au Canada peuvent fréquenter l’école publique. Examinées sous cet angle, les CEEE s’appliquent de la même façon à tous. Ainsi, les parents d’enfants âgés de moins de sept ans peuvent bénéficier des CEEE, que leurs enfants soient ou non atteints d’une déficience, tandis que les parents d’enfants âgés de plus de sept ans n’y sont pas admissibles.

[83] Il ne s’agit pas d’un cas où il est plus difficile pour les personnes ayant une caractéristique personnelle protégée par l’article 15 d’invoquer un avantage découlant d’un texte législatif : la durée de la période qui s’écoule avant l’âge de sept ans est la même pour tous les enfants. Il ne s’agit pas non plus d’un cas où certains parents sont lésés parce que leurs enfants doivent être âgés de plus de sept ans avant de pouvoir fréquenter l’école. Bradley Harris n’a pu fréquenter l’école en 1998 en raison de la déficience qu’il avait, et non en raison de son âge.

[84] L’avocate de M<sup>me</sup> Harris soutient que, pour que les CEEE soient conformes à l’article 15, elles doivent

regardless of the age of a child whose disability prevents them from attending school and their parent from returning to work. Thus, on the facts of this case, if Bradley had not recovered sufficiently to go to school, Ms. Harris would have been entitled to drop from the “recency requirement” every year that she stayed at home to care for him until he reached the age of 18.

[85] In my view, this underlines the fact that Ms. Harris’s complaint is not that she was excluded from the benefit of the relaxation of the “recency requirements” available to the parents of children without a disability that prevented them from attending school. In other words, her argument is that the Constitution prevents Parliament from designing a program for the benefit of the parents of pre-school age children, without also extending it to those whose children, regardless of age, are unable to attend school by virtue of a disability. And, if Ms. Harris is right, why might a section 15 claim not also be made by a person who stayed at home to care for a child over the age of 18, a parent, or a sibling, who had a serious disability and for whom no publicly provided care was available?

[86] In my view, whether the CRDO provisions should extend to parents who are at home looking after children with disabilities beyond the age of seven is a matter of social and economic policy and priorities to be decided in the political realm, not of constitutionally guaranteed human rights to be determined by the courts.

[87] First, it is neither inappropriate nor unsurprising for Parliament to design a program that recognizes the particular needs of young children for nurture, and the demands that these place on parents. Other programs are similarly directed, such as the monthly allowance paid to all parents of pre-school age children: see *Universal Child Care Benefit Act*, S.C. 2006, c. 4, section 168.

s’appliquer indépendamment de l’âge d’un enfant dont la déficience empêche celui-ci de fréquenter l’école et ses parents de retourner au travail. Ainsi, d’après les faits mis en preuve en l’espèce, si Bradley ne s’était pas rétabli suffisamment pour fréquenter l’école, M<sup>me</sup> Harris aurait eu le droit d’exclure de l’« exigence de récence » chaque année au cours de laquelle elle est restée à la maison pour s’occuper de lui jusqu’à ce qu’il atteigne l’âge de 18 ans.

[85] À mon avis, cette particularité montre que M<sup>me</sup> Harris ne soutient pas qu’elle a été exclue du bénéfice de l’assouplissement de l’« exigence de récence » accordé aux parents d’enfants ne souffrant pas d’une déficience qui les empêchait de fréquenter l’école. En d’autres termes, elle fait valoir que la Constitution empêche le législateur de concevoir un programme au profit des parents d’enfants d’âge préscolaire sans également en étendre la portée aux enfants qui, indépendamment de leur âge, sont incapables de fréquenter l’école en raison d’une déficience. Si M<sup>me</sup> Harris a raison, pourquoi une allégation fondée sur l’article 15 ne pourrait-elle pas également être formulée par une personne qui est restée à la maison pour prendre soin d’un enfant âgé de plus de 18 ans, d’un parent, d’un frère ou d’une sœur qui souffrait d’une grave déficience et pour lequel aucun service de soins public n’était disponible?

[86] À mon sens, la question de savoir si les CEEE devraient couvrir les parents qui restent à la maison pour s’occuper d’enfants âgés de plus de sept ans qui ont des déficiences est une question de politique socioéconomique qui relève des instances politiques et qu’il n’appartient pas aux tribunaux de trancher dans le cadre de l’examen des droits de la personne garantis par la Constitution.

[87] D’abord, il n’est pas incorrect ni surprenant que le législateur conçoive un programme qui reconnaît les besoins particuliers des jeunes enfants et les exigences que ces besoins créent pour les parents. D’autres programmes sont conçus dans un esprit similaire, comme l’allocation mensuelle versée à tous les parents ayant des enfants d’âge préscolaire : voir la *Loi sur la prestation universelle pour la garde d’enfants*, L.C. 2006, ch. 4, article 168.

[88] The age of seven in the CRDO provisions is not merely a proxy for a child's being in full-time school. Rather, it was chosen by Parliament to define when a child is no longer young enough to require a parent to stay at home, without prejudicing her ability to satisfy the "recency requirement" for eligibility for CPP. That the rationale of the selection of the age was that children are then old enough for full-time school, and their parents can thus more easily return to work, does not mean that the program should be divorced from the age of the children.

[89] Second, the CPP is a self-funded, contributory, and compulsory social insurance program, in which the period of insured coverage is related to the date when a contributor ceases to pay premiums. The CRDO provisions are designed to extend the period of CPP coverage for a relatively short and well-defined period of time. They do this by directing the benefit to parents who stay at home with pre-school age children, that is, who temporarily leave employment for a maximum of seven years. A program aimed at all parents who leave employment to care for a child with a disability, for a maximum of another 12 years, would constitute such an extension of the period of coverage that the program would be qualitatively different from the one enacted.

[90] Third, the Supreme Court of Canada has observed that eligibility for benefits under the CPP, and other social benefit programs, inevitably involves the somewhat arbitrary drawing of lines in complex schemes involving the balancing of competing interests. Hence, courts have been reluctant to conclude that Parliament has drawn those lines at constitutionally impermissible points. In order to ensure that Parliament has sufficient room to manoeuvre, courts should not define at too high a level of generality the legislative purpose underlying a particular benefit.

[91] Thus, in *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1

[88] L'âge de sept ans qui figure dans les CEEE n'est pas simplement un indicateur de l'âge auquel un enfant fréquente l'école à temps plein. Le législateur a plutôt choisi cet âge pour préciser le moment où un enfant n'est plus assez jeune pour nécessiter la présence à temps plein d'un parent à la maison, sans diminuer la possibilité pour ce parent de satisfaire à l'« exigence de récence » aux fins de l'admissibilité au RPC. Le fait que l'âge de sept ans a été choisi parce que les enfants sont alors assez vieux pour fréquenter l'école à temps plein, ce qui permet à leurs parents de retourner plus facilement au travail, ne signifie pas qu'il faille éliminer tout lien entre le programme et l'âge des enfants.

[89] En deuxième lieu, le RPC est un programme d'assurance sociale obligatoire, cotisable et autofinancé dont la période de couverture assurée est liée à la date à laquelle le cotisant cesse de verser des primes. Les CEEE visent à prolonger la période de couverture pendant un laps de temps relativement court et bien défini. Cet avantage est offert aux parents qui restent à la maison avec des enfants d'âge préscolaire, c'est-à-dire qui quittent temporairement le marché du travail pour une période maximale de sept ans. Le programme destiné à tous les parents qui cessent de travailler pour s'occuper d'un enfant ayant une déficience pendant une période maximale supplémentaire de 12 ans aurait pour effet de prolonger la période de couverture au point où le programme en question serait qualitativement différent de celui qui a été adopté.

[90] En troisième lieu, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que l'admissibilité aux avantages accordés par le RPC et d'autres programmes d'avantages sociaux sous-entend inévitablement une démarcation arbitraire découlant de la conciliation d'intérêts opposés dans des régimes complexes. C'est pourquoi les tribunaux se sont montrés réticents à conclure que le législateur a tiré ces lignes de démarcation de manière inacceptable sur le plan constitutionnel. Afin de veiller à ce que le législateur dispose d'une marge de manœuvre suffisante, les tribunaux ne devraient pas définir de manière trop générale l'objet législatif qui sous-tend un avantage donné.

[91] Ainsi, dans l'arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000]

S.C.R. 703, at paragraph 79 (*Granovsky*), the Court rejected a section 15 challenge to other CPP drop-out provisions. The claimant in that case unsuccessfully argued that the provisions were discriminatory because they benefited only the permanently disabled, and not the temporarily disabled. In my view, *Granovsky* is virtually dispositive of this application.

[92] I am prepared to accept for the purpose of this application that “parents of a child with disabilities” constitute an analogous ground for the purpose of section 15. Nonetheless, this application in my view fails at the first hurdle of the section 15 analysis. The CRDO provisions do not create a difference on the ground of disability, even if the comparator group is defined as Ms. Harris suggests, namely, parents whose children, over the age of seven, do not have a disability that requires a parent to stay out of the workforce in order to care for them at home. Ms. Harris is treated no differently from these parents: none are entitled to the benefit of the CRDO. While age is a constitutionally prohibited ground of discrimination under section 15, it is not alleged that the CRDO provisions discriminate on the ground of age.

[93] In reaching this conclusion, I am mindful of the financial and other difficulties experienced by Ms. Harris, and other parents, who stay at home to care for children with a disability that prevents them from attending school. The facts of this case are particularly compelling because Ms. Harris needs to drop only one additional year in order to be eligible for a long-term disability pension (an all-or-nothing benefit, which is not prorated) and, thanks in large part to her efforts, Bradley made an excellent recovery and was soon able to go to school.

[94] The applicant submitted evidence indicating that, since relatively few children have disabilities which cannot be accommodated in school, the cost to the CPP of extending the CRDO provisions in the manner urged by counsel is relatively modest. This evidence would be relevant at the section 1 stage of a Charter analysis

1 R.C.S. 703, au paragraphe 79 (*Granovsky*), la Cour suprême a rejeté une contestation fondée sur l'article 15 à l'égard d'autres clauses d'exclusion du RPC. Dans cette affaire, le demandeur a soutenu en vain que les dispositions étaient discriminatoires parce que seules les personnes atteintes d'une invalidité « permanente », et non celles qui souffraient d'une invalidité « temporaire » en bénéficiaient. À mon avis, l'arrêt *Granovsky* a pour ainsi dire pour effet de trancher la demande de M<sup>me</sup> Harris.

[92] Je suis disposé à accepter, aux fins de la présente demande, que la distinction à l'endroit des « parents d'un enfant ayant une déficience » constitue un motif analogue visé par l'article 15. Néanmoins, la présente demande échoue à la première étape de l'analyse fondée sur l'article 15. Les CEEE n'établissent pas de différence sur le fondement de la déficience, même si le groupe de comparaison se compose, comme le suggère M<sup>me</sup> Harris, des parents dont les enfants âgés de plus de sept ans ne sont pas atteints d'une déficience qui oblige un parent à rester en dehors du marché du travail afin de s'occuper d'eux à la maison. M<sup>me</sup> Harris n'est pas traitée différemment de ces parents : aucun d'eux n'a droit au bénéfice de la CEEE. Bien que l'âge soit un motif de discrimination interdit selon l'article 15, la demanderesse ne soutient pas que les CEEE établissent une distinction fondée sur l'âge.

[93] Pour en arriver à cette conclusion, je suis conscient des difficultés, financières et autres, éprouvées par M<sup>me</sup> Harris et d'autres parents qui restent à la maison pour prendre soin d'enfants qui ne peuvent fréquenter l'école en raison d'une déficience. La situation est encore plus pénible en l'espèce, parce que M<sup>me</sup> Harris n'a besoin que d'une autre année à exclure pour être admissible à une pension d'invalidité à long terme (prestation « tout ou rien », qui n'est pas calculée sur une base proportionnelle) et que, grâce en bonne partie à ses efforts, son fils s'est très bien rétabli et a pu rapidement fréquenter l'école.

[94] La demanderesse a présenté des éléments de preuve montrant que, étant donné que peu d'enfants ont des déficiences qui ne peuvent être accommodées à l'école, l'application des CEEE de la façon proposée par l'avocate représente un coût relativement peu élevé pour le RPC. Cette preuve serait pertinente à l'étape de

and in the political process. However, it is not relevant here because Ms. Harris's claim does not get past section 15.

[95] Ms. Harris has argued her case in this Court, as she must, as one of constitutional legal principle, and this is the basis on which it has to be decided. The Constitution cannot erase all the financial and other hardships suffered by parents of a child with a disability which prevents the child from attending school. It can only ensure that the law does not treat them in a discriminatory manner, which in my view, the present CRDO provisions do not. See *Granovsky*, at paragraph 33.

[96] For these reasons, I would dismiss the application for judicial review.

\* \* \*

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

[97] RYER J.A.: I have reviewed the reasons of my colleague Linden J.A. and except to the extent otherwise indicated, I adopt his description of the relevant facts and the statutory scheme. I cannot agree with his conclusion with respect to the disposition of this application. I am in agreement with the conclusion reached by Evans J.A., although for reasons that differ from his.

[98] Paragraph 44(1)(b) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13; S.C. 1992, c. 2, s. 1; 1997, c. 40, s. 69] of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (the Plan) sets out a number of conditions that must be met before a contributor will qualify to receive a disability pension. Pursuant to subparagraphs 44(1)(b)(i) and 44(2)(a)(i) of the Plan, a contributor is required to establish that he or she has made contributions of stipulated amounts for at least four of the last six years (the 4 of 6 contribution requirement) in the contributory period that ends in the month that the contributor becomes disabled.

l'analyse fondée sur l'article premier de la Charte et dans le cadre du processus politique. Cependant, elle n'est pas pertinente en l'espèce, parce que la demande de M<sup>me</sup> Harris ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'article 15.

[95] M<sup>me</sup> Harris a présenté sa cause devant la Cour, comme elle devait le faire, comme un litige portant sur un principe de droit constitutionnel, et c'est sur ce fondement que l'affaire doit être tranchée. La Constitution ne peut éliminer toutes les contraintes, financières et autres, auxquelles font face les parents d'un enfant qui, en raison d'une déficience, ne peut fréquenter l'école. Elle peut simplement empêcher que la loi les traite de manière discriminatoire, ce qui, à mon avis, n'est pas le cas des CEEE examinées en l'espèce. Voir l'arrêt *Granovsky*, au paragraphe 33.

[96] Pour les motifs exposés ci-dessus, je rejeterais la demande de contrôle judiciaire.

\* \* \*

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

[97] LE JUGE RYER, J.C.A. : J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue, le juge Linden, et, sauf indication contraire, j'adopte sa description des faits pertinents et du régime législatif. Je ne puis souscrire à sa conclusion concernant le sort de la présente demande. Je suis d'accord avec la conclusion à laquelle en arrive le juge Evans, pour des raisons qui sont toutefois différentes des siennes.

[98] L'alinéa 44(1)b) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 13; L.C. 1992, ch. 2, art. 1; 1997, ch. 40, art. 69] du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (le Régime), énonce certaines conditions qui doivent être respectées avant que le cotisant soit admissible à toucher une pension d'invalidité. Conformément aux sous-alinéas 44(1)b)(i) et 44(2)a)(i) du Régime, le cotisant doit prouver qu'il a versé des cotisations selon les montants prévus pendant au moins quatre des six dernières années (l'exigence de quatre ans sur six) de sa période cotisable qui se termine avec le mois au cours duquel il devient invalide.

[99] Pursuant to paragraph 44(2)(b) of the Plan, the contribution period generally begins on the 18th birthday of the contributor and ends in the month in which the contributor is determined to have become disabled. Importantly, in this case, subparagraph 44(2)(b)(iv) of the Plan, in conjunction with paragraph 77(1)(a) of the *Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385 (the Plan Regulations), permits a contributor to exclude from the contributory period any month that the contributor provides at-home care for a child under the age of seven.

[100] The applicant urges the Court to declare that subparagraph 44(2)(b)(iv) of the Plan and paragraph 77(1)(a) of the Plan Regulations (the CRDO provisions) are unconstitutional and to strike them down because they discriminate against her in a manner that contravenes subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act 1982*, Schedule B to the *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) (the Charter). Subsection 15(1) of the Charter reads as follows:

**15.** (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[101] In their reasons, Justices Linden and Evans disagree as to the purpose behind the CRDO provisions. Both agree that those provisions provide a benefit in terms of a relaxation of the 4 of 6 contribution requirement. To that extent, I am in agreement with them. Evans J.A. postulates that the purpose of the CRDO provisions is to provide the benefit to a parent who leaves the work force to provide at-home care to “young children”—those under the age of seven. Linden J.A. views the purpose of the CRDO provisions more broadly. In his view, those provisions should be regarded as having been intended to permit a contributor to “drop-out” as many months of at-home care for a disabled child as may be required until that child is able to go to school. In terms of these divergent views with respect to the purpose of the CRDO provisions, I am in agreement with the view stated by Evans J.A.

[99] Selon l’alinéa 44(2)b) du Régime, la période cotisable débute généralement au dix-huitième anniversaire de naissance du cotisant et se termine avec le mois au cours duquel il est déclaré invalide. Fait important à souligner, le sous-alinéa 44(2)b)(iv) du Régime et l’alinéa 77(1)a) du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385 (le Règlement sur le Régime), permettent ensemble au cotisant d’exclure de la période cotisable un mois au cours duquel il reste à la maison pour s’occuper d’un enfant âgé de moins de sept ans.

[100] La demanderesse demande à la Cour de conclure que le sous-alinéa 44(2)b)(iv) du Régime et l’alinéa 77(1)a) du Règlement sur le Régime (les CEEE) sont inconstitutionnels et de les radier, parce qu’ils créent de la discrimination à son endroit d’une manière allant à l’encontre du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) (la Charte). Le paragraphe 15(1) de la Charte est ainsi libellé :

**15.** (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[101] Dans leurs motifs, les juges Linden et Evans ne s’entendent pas sur l’objet qui sous-tend les CEEE. Tous les deux conviennent que ces dispositions accordent un avantage sous forme d’assouplissement de l’exigence de quatre ans sur six. Dans cette mesure, je suis d’accord avec eux. Le juge Evans est d’avis que les CEEE visent à accorder l’avantage à un père ou une mère qui quitte le marché du travail pour s’occuper à temps plein de jeunes enfants à la maison, c’est-à-dire d’enfants âgés de moins de sept ans. Pour sa part, le juge Linden examine l’objet des CEEE de façon plus globale. À son avis, l’objet de ces dispositions devait être de permettre au cotisant d’exclure tous les mois au cours desquels il doit rester à la maison pour prendre soin d’un enfant ayant une déficience jusqu’à ce que cet enfant soit en mesure de fréquenter l’école. En ce qui a trait à ces opinions divergentes au sujet de l’objet des CEEE, je souscris à l’avis du juge Evans.

[102] However, with respect to my colleagues, I am of the view that the applicant's constitutional challenge to the CRDO provisions should be dealt with on a simpler basis, one that does not require a consideration of the purpose of that impugned legislation.

[103] In this case, the subsection 15(1) challenge is based on an allegation that the applicant was not provided with "equal benefit of the law without discrimination". In my view, this challenge requires the applicant to identify the impugned legislation and the benefit provided thereunder. Thereafter, the applicant must establish that the benefit was denied to her and that the basis for the denial was discrimination on the grounds enumerated in subsection 15(1) or analogous grounds.

[104] The impugned legislative provisions are subparagraph 44(2)(b)(iv) of the Plan and paragraph 77(1)(a) of the Plan Regulations. In my view, the benefit provided by this legislation is the entitlement of a disability pension claimant to exclude from the determination of the claimant's contributory period, for the purposes of the 4 of 6 contribution requirement, each month of at-home care for a child under the age of seven, subject to certain other criteria that are not in issue in this application. In short, the benefit of the impugned legislation is the entitlement to exclude or "drop-out" up to 72 months of absence from the work force, due to at-home child care, for the purpose of determining whether the 4 of 6 contribution requirement has been met.

[105] The next step is to determine whether the claimant was denied the benefit that is provided by the impugned legislation. It is at this point, in my view, that the applicant meets an insurmountable obstacle. At the hearing, the applicant conceded that in her application for a disability pension, she in fact excluded the maximum number of months permitted by the CRDO provisions in attempting to demonstrate that she met the 4 of 6 contribution requirement. Unfortunately for the applicant, she did not meet that requirement, notwithstanding that she claimed and received the maximum benefit that the impugned legislation provided.

[102] Cependant, avec égard pour l'opinion de mes collègues, je suis d'avis que la contestation constitutionnelle des CEEE en l'espèce devrait être examinée dans le cadre d'une analyse plus simple, qui ne nécessite pas un examen de l'objet des mesures contestées.

[103] Dans la présente affaire, la contestation relative au paragraphe 15(1) est fondée sur une allégation selon laquelle la demanderesse a été privée du droit « au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination ». À mon sens, dans ce contexte, la demanderesse doit identifier la mesure législative contestée et l'avantage qui y est prévu. Par la suite, elle doit prouver que l'avantage lui a été refusé, et ce, en raison d'une discrimination fondée sur les motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou sur des motifs analogues.

[104] Les dispositions législatives attaquées sont le sous-alinéa 44(2)b)(iv) du Régime et l'alinéa 77(1)a) du Règlement sur le Régime. Selon moi, l'avantage accordé par ces mesures est le droit d'un prestataire de pension d'invalidité d'exclure du calcul de sa période cotisable, aux fins de l'exigence de quatre ans sur six, chaque mois au cours duquel il est resté à temps plein à la maison pour s'occuper d'un enfant âgé de moins de sept ans, sous réserve de certains autres critères qui ne sont pas en litige en l'espèce. Bref, l'avantage accordé par les mesures législatives contestées est le droit d'exclure jusqu'à 72 mois d'absence du travail pour prendre soin d'un enfant à la maison, en vue de décider si l'exigence de quatre ans sur six a été satisfaite.

[105] L'étape suivante consiste à se demander si le prestataire s'est vu refuser l'avantage prévu dans les dispositions législatives contestées. À mon avis, c'est à cette étape que la demanderesse se heurte à un obstacle insurmontable. À l'audience, la demanderesse a admis que, dans sa demande de pension d'invalidité, elle a effectivement exclu le nombre maximal de mois autorisé par les CEEE afin de tenter de démontrer qu'elle respectait l'exigence de quatre ans sur six. Malheureusement pour la demanderesse, elle ne respectait pas cette exigence, malgré le fait qu'elle a demandé et obtenu l'avantage maximal prévu dans les dispositions législatives contestées.

[106] In my view, the applicant's admission that she *received* the maximum benefit provided by the CRDO provisions makes it impossible for her to establish that she has been *denied* the benefit provided by the law that she wishes to have declared unconstitutional. Accordingly, her application must fail.

[107] This conclusion appears to be consistent with the concept of equality under subsection 15(1) of the Charter that was described by McIntyre J., at paragraph 26 of his decision in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. In that paragraph, he stated:

Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another. [Emphasis added.]

The underlined portion of this quotation, in my view, reinforces my conclusion by informing that a law may be susceptible to challenge under subsection 15(1) of the Charter where that law has a “less beneficial impact on one than another.” To me, this indicates that where a person has received the full extent of the beneficial impact of a particular law, that person has not been denied equality of the benefit of that law. In this regard, it is important to keep in mind that in *Andrews*, the complainant was denied the benefit of membership in the Law Society of British Columbia because he lacked Canadian citizenship.

[108] It seems to me that the applicant's claim is not that she has been denied any “benefit of the law”. Instead, her complaint is that the impugned legislation should have provided more of a benefit than it does. Similar assertions were rejected by the Supreme Court of Canada in *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657, *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357 and *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703.

[106] À mon avis, en admettant qu'elle a *reçu* l'avantage maximal prévu par les CEEE, la demanderesse ne peut prouver qu'elle a été *privée* du droit au bénéfice de la mesure législative qu'elle veut faire déclarer inconstitutionnelle. En conséquence, sa demande doit être rejetée.

[107] Cette conclusion semble aller de pair avec le concept de l'égalité au sens du paragraphe 15(1) de la Charte que le juge McIntyre a décrit dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Voici comment le juge McIntyre s'est exprimé au paragraphe 26 de cet arrêt :

Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre. [Non souligné dans l'original.]

La partie soulignée de cet extrait renforce à mon avis ma conclusion, parce qu'elle donne à entendre qu'une loi peut être contestée au titre du paragraphe 15(1) de la Charte lorsqu'elle a « un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre ». Cela signifie selon moi que, lorsqu'une personne a obtenu les effets favorables d'une loi dans la pleine mesure prévue, elle n'a pas été privée du droit au même bénéfice de celle-ci. À cet égard, il importe de se rappeler que, dans l'arrêt *Andrews*, le plaignant s'est vu refuser le droit d'adhérer à la Law Society of British Columbia, parce qu'il n'était pas citoyen canadien.

[108] Il me semble que la demanderesse ne soutient pas qu'elle a été privée du droit au « même bénéfice de la loi ». Elle fait plutôt valoir que les dispositions législatives contestées auraient dû accorder un avantage plus étendu. La Cour suprême du Canada a rejeté des allégations semblables dans l'arrêt *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657, l'arrêt *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357, et l'arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Im-*

While it may well be debatable as to whether the CRDO provisions should impart more extensive benefits than they currently do, in my view, that debate should be held in Parliament, not in the courts.

[109] It follows, in my view, that the question of whether discrimination is afoot is not one that needs to be addressed in this appeal. If it did, the arguments between my colleagues as to the purpose of the impugned legislation might well become live issues. In *Hodge*, Binnie J. stated, at paragraph 24:

The usual starting point is an analysis of the legislation (or state conduct) that denied the benefit or imposed the unwanted burden. While we are dealing in this appeal with access to a government benefit, and the starting point is thus the *purpose* of the legislative provisions, a similar exercise is required where a claim is based on the *effect* of an impugned law or state action.

This passage indicates that an analysis of the purpose of the impugned legislation will be relevant where there has been a denial of the benefit of the law. It seems to follow that where the full benefit of the impugned law has been enjoyed by the person challenging the law, no such analysis should be necessary.

[110] I wish to make an observation with respect to certain factual characterizations that appear in the reasons of my colleague Linden J.A. In particular, in paragraphs 33 and 59 of his reasons, Linden J.A. intimates that the reason that the applicant was unable to meet the 4 of 6 contribution requirement was because she was forced to provide full-time at-home care for her son. In that regard, I would observe that the applicant's son was able to go to school in the fall of 1998 but she did not return to the work force until 2001. That period of absence from the work force cannot be attributed to a requirement to provide at-home care to her son and if she had worked for a year during that period, she would have met the 4 of 6 contribution requirement.

[111] For these reasons, I would dismiss the application.

*migration*), 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703. La question de savoir si la portée de l'avantage prévu dans les CEEE devrait être plus étendue qu'elle l'est à l'heure actuelle pourrait fort bien susciter un débat, mais il appartient au législateur de le trancher, et non aux tribunaux.

[109] Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire, dans le présent appel, de décider s'il y a discrimination. Dans le cas contraire, les arguments de mes collègues au sujet de l'objet de la mesure législative contestée pourraient bien devenir de véritables questions à trancher. Dans l'arrêt *Hodge*, le juge Binnie s'est exprimé comme suit au paragraphe 24 :

Habituellement, il faut tout d'abord analyser la législation (ou la conduite de l'État) qui a donné lieu à la privation de l'avantage ou à l'imposition de l'obligation non désirée. S'il est vrai qu'en l'espèce nous avons affaire à une demande d'accès à un avantage offert par l'État et qu'il faut donc en premier lieu examiner l'*objet* des dispositions législatives, il faut se livrer au même exercice lorsque la demande est fondée sur l'*effet* d'une loi ou d'une action de l'État contestée.

Il appert de cet extrait qu'une analyse de l'objet de la mesure législative contestée sera pertinente lorsqu'il y a eu privation du bénéfice de la loi. Cela signifie donc que, lorsque la personne qui conteste la loi a reçu le plein avantage de la mesure législative contestée, aucune analyse de cette nature ne devrait être nécessaire.

[110] J'aimerais faire une observation au sujet de certaines descriptions factuelles qui figurent dans les motifs de mon collègue le juge Linden. Ainsi, aux paragraphes 33 et 59 de ses motifs, le juge Linden souligne que, si la demanderesse n'a pu respecter l'exigence de quatre ans sur six, c'est parce qu'elle a été contrainte de rester à temps plein à la maison pour prendre soin de son fils. À cet égard, je ferais remarquer que le fils de la demanderesse a été en mesure de fréquenter l'école à l'automne de 1998, mais qu'elle-même n'est retournée au travail qu'en 2001. Cette période d'absence du travail ne peut être attribuée à une obligation de rester à la maison pour s'occuper à temps plein de son fils et, si elle avait travaillé pendant un an au cours de cette période, elle aurait respecté l'exigence de quatre ans sur six.

[111] Pour les motifs exposés ci-dessus, je rejetterais la demande.

DES-5-08  
2009 FC 204

DES-5-08  
2009 CF 204

**In the Matter of a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act);**

**In the Matter of the referral of that certificate to the Federal Court of Canada pursuant to subsection 77(1), sections 78 and 80 of the Act;**

**And in the Matter of Mohamed Harkat**

*INDEXED AS: HARKAT (RE) (F.C.)*

Federal Court, Noël J.—Ottawa, September 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18 and 19; December 22, 2008.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Request to identify, produce for cross-examination covert human intelligence source(s) who provided information to Canadian Security Intelligence Service in relation to intelligence investigation into Mohamed Harkat's activities (subject of security certificate) — Police informer privilege, innocence-at-stake exception not applicable in security certificate proceedings — However, analogous privilege may apply — Exception to that privilege limited to closed portion of security certificate proceeding where establishing need to know identity of source(s) to prevent flagrant denial of procedural fairness — Application of exception not established herein — Until proof of joint, informed waiver provided, Court must protect asserted privilege.*

*Security Intelligence — Civilian intelligence agency recruiting covert human intelligence source(s) who provided information in relation to intelligence investigation into Mohamed Harkat's activities (subject of security certificate) — Police informer privilege, innocence-at-stake exception not applicable since source(s) not recruited by police, security certificate proceeding not criminal proceeding — But public policy justifications for analogous common-law privilege applying to relationship between covert human intelligence sources, Canadian Security Intelligence Service — Exception limited to closed portion of proceeding where special advocate establishing “need to know” identity of covert human intelligence source — Covert human intelligence source privilege,*

**Affaire intéressant un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi);**

**Et le dépôt de ce certificat devant la Cour fédérale du Canada en vertu du paragraphe 77(1), et des articles 78 et 80 de la Loi;**

**Et Mohamed Harkat**

*RÉPERTORIÉ : HARKAT (RE) (C.F.)*

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18 et 19 septembre; 22 décembre 2008.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Requête pour que l'identité des sources humaines secrètes de renseignement qui ont fourni des renseignements au Service canadien du renseignement de sécurité concernant l'enquête en matière de renseignement sur les activités de Mohamed Harkat (visé par le certificat de sécurité) soit divulguée et que celles-ci soient contre-interrogées — Le privilège relatif aux indicateurs de police et l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé ne s'appliquent pas dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité — Toutefois, un privilège analogue peut s'appliquer — L'exception à ce privilège n'est applicable que dans la portion de l'instance qui se déroule à huis clos lorsqu'il est établi que le besoin de connaître l'identité des sources vise à empêcher une violation flagrante du principe d'équité procédurale — L'application de l'exception n'a pas été établie en l'espèce — Tant que la preuve d'une renonciation conjointe et éclairée n'a pas été fournie, la Cour est tenue de maintenir le privilège revendiqué.*

*Renseignements de sécurité — Un service de renseignements civil a recruté les sources humaines secrètes de renseignement qui ont fourni des renseignements concernant l'enquête en matière de renseignement sur les activités de Mohamed Harkat (visé par le certificat de sécurité) — Le privilège relatif aux indicateurs de police et l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé ne s'appliquaient pas parce que les sources n'ont pas été recrutées par la police et l'instance concernant un certificat de sécurité n'est pas une instance pénale — Cependant, les justifications relatives à l'ordre public données pour étendre un privilège de common law analogue s'appliquent aux rapports entre les sources humaines secrètes de renseignement et le Service*

*exception designed to balance rights of individuals, collective — Given approach taken in present case, special advocates not establishing procedural fairness denied by exception not applied.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Public policy justifications for common law privilege analogous to police informer privilege — Privilege necessary to protect identities of covert human intelligence source(s) recruited by Canadian Security Intelligence Service during investigation into activities of person inadmissible to Canada on grounds of national security — Given nature of consequences to subject of security certificate, Charter, s. 7 justifying exception to privilege — That exception limited to closed portion of proceedings where special advocate establishing “need to know” identity of covert human intelligence source to prevent flagrant denial of justice which would bring administration of justice into disrepute — “Need to know” not established herein.*

*Criminal Justice — Evidence — Police informer privilege, innocence-at-stake exception reviewed — Not applicable to security certificate proceedings — Covert intelligence source(s) recruited by civilian intelligence agency, not police — Security certificate proceeding not criminal proceeding.*

This was a request by the special advocates to have human source(s) identified and made available for cross-examination in the context of a security certificate proceeding. Mohamed Harkat was named in a certificate as a person inadmissible to Canada on grounds of national security under the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The ministers’ evidence in support of the reasonableness of the certificate and the danger associated with Mr. Harkat included information provided by human source(s) to the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) in relation to the investigation into Mr. Harkat’s activities. The special advocates appointed to represent Mr. Harkat’s interests wanted to cross-examine the covert human intelligence source(s) in order to test their credibility and possibly corroborate future explanations offered by Mr. Harkat in relation to his motives for coming to Canada. They proposed to conduct their cross-examination during a closed

*canadien du renseignement de sécurité — L’exception est limitée à la portion de l’instance qui se déroule à huis clos lorsque l’avocat spécial a établi qu’il a « besoin de connaître » l’identité de la source humaine secrète de renseignement — Le privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement ainsi que son exception visent à établir un équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs — Compte tenu de l’approche en l’espèce, les avocats spéciaux n’ont pas établi qu’il y a eu violation de l’équité procédurale du fait de la non-application de l’exception.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Justifications relatives à l’ordre public données pour étendre un privilège de common law analogue au privilège relatif aux indicateurs de police — Le privilège est nécessaire pour protéger l’identité des sources humaines secrètes de renseignement recrutées par le Service canadien du renseignement de sécurité dans le cadre d’une enquête sur les activités d’une personne interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale — Vu la nature des répercussions pour la personne visée par le certificat de sécurité, l’art. 7 de la Charte peut appeler une exception au privilège — Cette exception est limitée à la portion de l’instance qui se déroule à huis clos lorsque l’avocat spécial a établi qu’il a « besoin de connaître » l’identité de la source humaine secrète de renseignement afin d’empêcher une violation flagrante du principe d’équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice — Le « besoin de connaître » n’a pas été démontré en l’espèce.*

*Justice criminelle et pénale — Preuve — Examen du privilège relatif aux indicateurs de police et de l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé — Inapplicables aux instances concernant un certificat de sécurité — Les sources secrètes de renseignement ont été recrutées par un service de renseignement civil, pas la police — L’instance concernant un certificat de sécurité ne constitue pas une instance pénale.*

Il s’agissait d’une requête présentée par les avocats spéciaux pour que l’identité des sources humaines soit divulguée et que celles-ci soient contre-interrogées dans le cadre d’une instance concernant un certificat de sécurité. Mohamed Harkat a été désigné dans un certificat à titre de personne interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale en vertu de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). La preuve des ministres à l’appui du caractère raisonnable du certificat et du danger posé par M. Harkat comprenait des renseignements fournis par des sources humaines au Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) concernant l’enquête sur les activités de M. Harkat. Les avocats spéciaux nommés pour représenter les intérêts de M. Harkat voulaient contre-interroger les sources humaines secrètes de renseignement pour vérifier leur crédibilité et corroborer éventuellement les explications que M. Harkat pourrait ulté-

hearing. They also requested an opportunity to interview the human source(s) prior to any evidence being given during a closed hearing.

The issues were whether police informer privilege applied to security certificate proceedings and, if so, whether the “innocence-at-stake” exception established in criminal proceedings applied.

*Held*, the request should be denied.

The police informer privilege is designed to protect the confidential police informer and, in doing so, encourage others to come forward with essential information which will aid in the protection of the public at large. Once the privilege is properly invoked, the Court is obligated to protect the police informer’s identity. Even where the Crown does not invoke the privilege, the Court is under a duty to apply it. The only exception to this rule of law is where a person’s innocence is at stake. This exception is only applicable in a criminal proceeding and is based on the principle that the “right of an individual accused to establish his or her innocence by raising a reasonable doubt as to guilt is paramount.” Police informer privilege is absolute in a civil context.

The covert human intelligence source(s) at issue were recruited by a civilian intelligence agency. They were not “police” informers. Moreover, a security certificate proceeding is not a criminal proceeding. Therefore, the common law privilege protecting police informers and the innocence-at-stake exception to that privilege did not apply.

However, the courts have recognized that the public policy justifications for extending an analogous privilege to informants in the prison system or in a child protection context may be sufficient to override the public interest that information which might assist a judicial tribunal to ascertain facts relevant to an issue upon which it is required to adjudicate should be withheld from that tribunal. Such policy justifications apply with equal or greater force to the relationship between covert human intelligence sources and CSIS.

Wigmore identified four requisite fundamental conditions in *Evidence in Trials at Common Law* for a common law privilege. Those conditions were met herein. Covert human intelligence sources are vital to the functioning of intelligence

riement offrir relativement aux motifs qui l’ont incité à venir au Canada. Ils proposaient de procéder à leur contre-interrogatoire pendant une audience à huis clos. Ils demandaient aussi la possibilité de rencontrer les sources humaines avant la production de toute preuve au cours d’une audience à huis clos.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait dans le cadre d’une instance concernant un certificat de sécurité et, si oui, si l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé » dans le cadre d’une instance pénale s’appliquait.

*Jugement* : la requête doit être rejetée.

Le privilège relatif aux indicateurs de police est conçu pour protéger les informateurs confidentiels de la police et encourager ainsi d’autres informateurs à dévoiler des renseignements essentiels qui contribueront à assurer la protection de l’ensemble de la population. Dès lors que le privilège est invoqué à bon droit, la Cour est tenue de protéger l’identité de l’informateur de police. Même dans le cas où la Couronne n’invoque pas ce privilège, la Cour est tenue de le faire jouer. La seule exception à cette règle de droit est lorsque l’innocence de l’intéressé est en jeu. Cette exception joue uniquement dans une instance pénale et s’appuie sur le principe selon lequel le « droit d’une personne accusée de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité a [toujours] primé ». Le privilège relatif aux indicateurs de police est absolu en matière civile.

Les sources humaines secrètes de renseignement en cause ont été recrutées par un service de renseignement civil; il ne s’agissait pas d’indicateurs de « police ». En outre, une instance concernant un certificat de sécurité ne constitue pas une instance pénale. Par conséquent, le privilège de common law qui protège les indicateurs de police et l’exception à ce privilège relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé ne jouent pas.

Toutefois, la jurisprudence a reconnu que les justifications relatives à l’ordre public données pour étendre un privilège analogue aux informateurs dans le système carcéral ou dans le contexte de la protection de l’enfance peuvent être suffisantes pour primer par rapport à l’intérêt public au refus de communiquer à un tribunal judiciaire les renseignements susceptibles de l’aider à déterminer les faits se rapportant à un litige qu’il doit trancher. Ces justifications de principe valent autant sinon plus à l’égard des rapports entre les sources humaines secrètes de renseignement et le SCRS.

Dans l’ouvrage *Evidence in Trials at Common Law*, M. Wigmore a exposé les quatre conditions fondamentales applicables à un privilège de common law. Ces conditions ont été remplies en l’espèce. Les sources humaines secrètes de

agencies and to the national security of Canada. They are essential national security assets. To fulfill their role, sources must remain anonymous and fully protected. Upon recruitment, CSIS gives a source a guarantee of confidentiality. Given the nature of the tasks performed by covert human intelligence sources, confidentiality is required to protect them from reprisals or ostracization from their community. The evidence established that the recruitment of human sources would be harmed if the guarantees of confidentiality were not upheld by the courts and that identifying a source to a special advocate or requiring a source to testify in a closed proceeding, even anonymously, will almost certainly end CSIS's relationship with that source.

A person named in a security certificate is in jeopardy of losing his status in Canada and being deported, and is subject to detention until such time as he leaves Canada or is released by Court order. Such a person is entitled to an elevated level of procedural fairness such that, where ordinarily an informer privilege analogous to the "police informer privilege" would be absolute, the engagement of section 7 of the Charter may justify an exception to the privilege. This exception will only be applicable in the closed portion of the proceeding where a special advocate has established that he or she has a "need to know" the identity of a covert human intelligence source to prevent a flagrant denial of procedural fairness which would bring the administration of justice into disrepute. This exception is based on the "need-to-know" rule which is a fundamental principle of the intelligence world. This exception is consistent with the intent of Parliament set out in subsection 18(2) of the CSIS Act, which provides for limited disclosure of information concerning human sources and covert operatives. The covert human intelligence source privilege and its necessarily limited exception is designed to balance the rights of individuals with those of the collective.

Parliament may abrogate common law privileges by legislation. However it must do so explicitly. The IRPA does not abrogate the operation of common law privileges. The ministers' obligation to disclose information is set out in subsection 77(2) and expanded by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2008] 2 S.C.R. 326. Nothing in that case indicates that the Supreme Court intended to abrogate the application of common law privileges in the context of a security certificate proceeding.

The closed nature of the proceedings may limit the harm where a designated judge finds it necessary to apply the need-

reignement sont d'une importance vitale pour le fonctionnement des services de renseignement ainsi que pour la sécurité nationale du Canada. Elles constituent des ressources essentielles en ce qui touche la sécurité nationale. Pour remplir leur rôle, les sources doivent demeurer anonymes et pleinement protégées. Au moment du recrutement, le SCRS donne à la source une garantie de confidentialité. Vu la nature des tâches que les sources humaines secrètes de renseignement accomplissent, la confidentialité est nécessaire pour assurer leur protection contre les représailles ou l'ostracisme de leur communauté. La preuve démontrait que le recrutement des sources humaines serait compromise si les tribunaux ne respectaient pas les garanties de confidentialité et que le fait de divulguer l'identité d'une source aux avocats spéciaux ou d'exiger qu'une source témoigne dans une séance à huis clos, même sous le couvert de l'anonymat, mettra presque à coup sûr fin à la collaboration entre le SCRS et cette source.

La personne désignée dans un certificat de sécurité risque de perdre son statut au Canada et d'être expulsée, et est détenue jusqu'à ce qu'elle quitte le Canada ou qu'elle soit mise en liberté sur ordonnance de la Cour. Cette personne a droit à un niveau élevé d'équité procédurale de sorte que, là où un privilège analogue au « privilège relatif aux indicateurs de police » serait habituellement absolu, l'application de l'article 7 de la Charte peut appeler une exception au privilège en question. Cette exception sera uniquement applicable dans la portion de l'instance qui se déroule à huis clos, lorsque l'avocat spécial a établi qu'il a « besoin de connaître » l'identité de la source humaine secrète de renseignement afin d'empêcher une violation flagrante du principe d'équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cette exception est fondée sur la règle du « besoin de connaître » qui est un principe fondamental dans le monde du renseignement. Cette exception s'accorde avec l'intention du législateur énoncée au paragraphe 18(2) de la Loi sur le SCRS, qui prévoit la communication restreinte de renseignements au sujet des sources humaines et des agents secrets. Le privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement ainsi que son exception forcément restreinte visent à établir un équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs.

Le législateur peut écarter des privilèges de common law par un texte législatif; toutefois, il doit le faire de manière explicite. La LIPR ne vient pas écourter les privilèges de common law. L'obligation des ministres de divulguer des renseignements est énoncée au paragraphe 77(2) et a été élargie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2008] 2 R.C.S. 326. Cet arrêt ne contient aucun élément qui indique que la Cour suprême a voulu écarter les privilèges de common law dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité.

Le fait que l'instance se déroule à huis clos peut limiter le risque de préjudice lorsque le juge désigné estime qu'il est

to-know exception to the covert human intelligence source privilege in the context of a security certificate proceeding. However, the private closed nature of the hearing merely minimizes the impact of the disclosure order on an individual human source; it does not abrogate the privilege or eliminate the policy basis on which it is founded. The Court will always have the power to order that information be provided to it to determine whether that information is relevant or privileged.

The need-to-know exception cannot be used as an instrument of corroboration. In the context of security certificate proceedings, the need-to-know exception may only apply if it is the only way to establish that the proceeding will otherwise result in a flagrant denial of procedural justice which would bring the administration of justice into disrepute. It is not to be used as a part of an arsenal of litigation strategy. There are other ways in which a special advocate may test the credibility and reliability of the information provided by a human source which do not require that the source be identified and produced. A CSIS witness testified and was cross-examined by the special advocates about the value, reliability and usefulness of information provided by the human sources. The witness also gave evidence as to the motivation of the source(s), handling issues, monetary payments and the personal history of the source(s) as a covert human intelligence source. The ministers filed an exhibit outlining the background of the human source(s), the source(s)'s motivation, meetings with the source(s)'s handlers, targeting of the source(s) and source handling issues. The exhibit also evaluated the value of the information received from the source(s) by highlighting instances of corroboration with other sources of information including other human sources, technical sources and information provided by foreign intelligence agencies. This approach met the requirements of fundamental justice and was consistent with the judicial duties of the designated judge. Therefore, the special advocates did not establish that the production of a human source(s) as a witness was necessary to avoid a flagrant denial of procedural fairness.

Covert human intelligence source privilege cannot be renounced unilaterally either by the human source or by the Crown. Any renunciation must be a joint decision based on a full understanding of the consequences. Until such time as proof of a joint and informed waiver is provided to it, the Court has an obligation to protect the asserted privilege subject only to the exception as outlined above. Great care must be taken to balance competing interests.

nécessaire de faire jouer l'exception touchant le besoin de connaître au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement dans le contexte d'une instance concernant un certificat de sécurité. Toutefois, l'audience à huis clos ne fait que réduire les conséquences d'une ordonnance de divulgation sur une source humaine particulière; elle n'écarte pas le privilège ni ne dément la philosophie sous-jacente à celui-ci. La Cour aura toujours le pouvoir d'ordonner que les renseignements lui soient remis pour qu'elle puisse décider s'ils sont pertinents ou sujets à un privilège.

On ne peut invoquer l'exception relative au besoin de connaître afin de faire des recoupements. Dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité, cette exception ne peut jouer que si c'est là la seule façon de démontrer que l'instance donnera lieu par ailleurs à une violation flagrante de l'équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cette exception ne saurait être intégrée à l'arsenal du plaideur. Il existe d'autres façons par lesquelles un avocat spécial peut vérifier la crédibilité et la fiabilité des renseignements fournis par une source humaine, qui n'appellent pas la divulgation de son identité ni sa production. Un témoin du SCRS a fait une déposition et a été contre-interrogé par les avocats spéciaux au sujet de la valeur, de la fiabilité et de l'utilité des renseignements fournis par les sources humaines. Le témoin a témoigné également au sujet de la motivation des sources, des questions touchant le contrôle et la rétribution financière des sources ainsi que leurs antécédents personnels et activités en tant que sources humaines secrètes de renseignement. Les ministres ont déposé une pièce exposant les antécédents et la motivation des sources humaines, les rencontres avec les contrôleurs, le ciblage, ainsi que la question du contrôle des sources. Elle y faisait également l'examen de la valeur des renseignements reçus en mettant en évidence des exemples de recoupement avec d'autres sources de renseignement, dont d'autres sources humaines, des sources techniques et des renseignements fournis par des organismes étrangers de renseignement. Cette démarche s'accordait avec les obligations judiciaires du juge désigné et répondait aux exigences de la justice fondamentale. En conséquence, les avocats spéciaux n'ont pas établi que la production de sources humaines comme témoins était nécessaire pour empêcher une violation flagrante de l'équité procédurale.

Ni la source humaine ni la Couronne ne peuvent renoncer unilatéralement au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement. Toute renonciation doit être faite de concert par les intéressés, qui doivent en saisir pleinement les conséquences. Tant qu'on ne lui a pas fourni la preuve d'une renonciation conjointe et éclairée, la Cour est tenue de maintenir le privilège revendiqué sous réserve seulement de l'exception énoncée ci-dessus. Il faut accorder une attention particulière à l'évaluation des enjeux divergents.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 36 (as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 153).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 18(1),(2), 39.
- Executive Order 12356*, 3 C.F.R. 66 (1982).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(1)(c),(d),(f), 77 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 83(1)(c) (as am. *idem*), 85.2 (as enacted *idem*), 85.4(1) (as enacted *idem*), 112.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 34 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, Item 6(1)).
- Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (U.K.), 2000, c. 23, s. 29(5).
- Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5, s. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 25).

## CASES CITED

## CONSIDERED:

- Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, (1997), 143 D.L.R. (4th) 38, [1997] 3 W.W.R. 457; *Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, (1981), 128 D.L.R. (3d) 193, 62 C.C.C. (2d) 193; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, (1983), 2 D.L.R. (4th) 193, 4 Admin. L.R. 205; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, (1990), 61 C.C.C. (3d) 300, 2 C.R. (4th) 153; *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1977] UKHL 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 152; *R. c. Treu*, [1979] J.Q. No. 202 (C.A.) (QL); *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754, (1995), 162 A.R. 269, 96 C.C.C. (3d) 318; *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65.

## REFERRED TO:

- Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, 294 D.L.R. (4th) 385, 74 Admin. L.R. (4th) 38; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, 285

## 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.
- Executive Order 12356*, 3 C.F.R. 66 (1982).
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 36 (mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 153).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(1)(c),(d),(f), 77 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 83(1)(c) (mod., *idem*), 85.2 (édicte, *idem*), 85.4(1) (édicte, *idem*), 112.
- Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. (1985), ch. O-5, art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 25).
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 34 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 6(1)).
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 18(1),(2), 39.
- Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (R.-U.), 2000, ch. 23, art. 29(5).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

- Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Solliciteur général du Canada et autre c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1977] UKHL 1; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Treu*, [1979] J.Q. n° 202 (C.A.) (QL); *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754; *Harkat (Re)*, 2005 CF 393.

## DÉCISIONS CITÉES :

- Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Rice c. Commission*

D.L.R. (4th) 193, [2008] 1 W.W.R. 223; *Rice v. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157 (F.C.T.D.); *Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for Home Department*, [1973] A.C. 388 (H.L.); *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33, 185 C.C.C. (3d) 129, 320 N.R. 275; *R. v. Ribic*, 2008 ONCA 790, 238 C.C.C. (3d) 225, 63 C.R. (6th) 70, 181 C.R.R. (2d) 262; *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2008] UKHL 64; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (2005), 41 EHRR 494; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, (1995), 162 A.R. 272, 27 Alta. L.R. (3d) 1; *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497, 180 C.R.R. (2d) 338, 331 F.T.R. 301.

## AUTHORS CITED

Canada. *Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin*, (Honourable Frank Iacobucci, Q.C. Commissioner), Ottawa: Public Works and Government Services, 2008, online: <<http://www.iacobucciinquiry.ca>>.

Canada. Royal Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (McDonald Commission). *Report*. (3 vols.), Ottawa: Supply and Services Canada, 1981.

Canada. Royal Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (McDonald Commission). *Second Report: Freedom and Security under the Law*, Vol. 1, Ottawa: Supply and Services Canada, 1981.

New Zealand. *Security in the Government Sector*. Department of the Prime Minister and Cabinet, 2002, online: <<http://www.security.govt.nz/signs/signs.pdf>>.

Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1999.

Supreme Court of Canada. Remarks of the Right Honourable Beverley McLachlin, P.C. Chief Justice of Canada, Symons Lecture—2008, online: <<http://www.scc-csc.gc.ca>>.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961.

REQUEST by the special advocates to have human source(s) identified and made available for cross-examination in the context of a security certificate proceeding. Request denied.

## APPEARANCES

*M. W. Dale, David W. Tyndale* and *A. Seguin* for applicant.

*nationale des libérations conditionnelles*, [1985] A.C.F. n° 600 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for Home Department*, [1973] A.C. 388 (H.L.); *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33; *R. v. Ribic*, 2008 ONCA 790, 238 C.C.C. (3d) 225, 63 C.R. (6th) 70; *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2008] UKHL 64; *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (2005), 41 EHRR 494; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 72; *Almrei (Re)*, 2008 CF 1216, [2009] 3 R.C.F. 497.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald). *Rapport*. (3 vols.), Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1981.

Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald). *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1, Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1981.

Canada. *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin* (l'honorable Frank Iacobucci, c.r. commissaire), Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux, 2008, en ligne : <<http://www.iacobucciinquiry.ca>>.

Cour suprême du Canada. Notes d'allocation de la très honorable Beverley McLachlin, C.P. Juge en chef du Canada, Causerie Symons — 2008, en ligne : <<http://www.scc-csc.gc.ca>>.

Nouvelle-Zélande. *Security in the Government Sector*, Département du Premier ministre et du Cabinet, 2002, en ligne : <<http://www.security.govt.nz/signs/signs.pdf>>.

Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto : Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961.

REQUÊTE présentée par les avocats spéciaux pour que l'identité des sources humaines soit divulguée et que celles-ci soient contre-interrogées dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité. Requête rejetée.

## ONT COMPARU

*M. W. Dale, David W. Tyndale* et *A. Seguin* pour le demandeur.

*Paul D. Copeland and Paul J. J. Cavalluzzo as special advocates.*

SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada for applicant.*

*Copeland, Duncan, Toronto, and Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre and Cornish, LLP, Toronto, as special advocates.*

*The following are the expurgated\* public reasons for judgment and judgment rendered in English by*

[1] NOËL J.: On February 22, 2008, a certificate naming Mohamed Harkat as a person inadmissible to Canada on grounds of national security was referred to the Federal Court pursuant to section 77 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA or Act).

[2] The Chief Justice designated me to hear this proceeding on May 6, 2008. Orders establishing a schedule for the determination of the reasonableness of the certificate and appointing two special advocates to represent the interests of Mr. Harkat during the closed hearings<sup>1</sup> were issued on June 4, 2008.

[3] To date, the Court has heard the submissions of the ministers and the special advocates on the extent of disclosure required by *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui No. 2*) and, on September 24, 2008, ordered that the ministers comply with their obligation to disclose. The Court has not yet received full disclosure in compliance with *Charkaoui No. 2*.

[4] Two weeks of closed hearings were held in September 2008 and public hearings were conducted in October and November 2008. During these hearings, the ministers presented their evidence in support of the reasonableness of the certificate and the danger associated with Mr. Harkat. The Court has also heard evidence and oral submissions in December 2008 in relation

*Paul D. Copeland et Paul J. J. Cavalluzzo à titre d'avocats spéciaux.*

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.*

*Copeland, Duncan, Toronto, et Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre and Cornish, LLP, Toronto, à titre d'avocats spéciaux.*

*Ce qui suit est la version française des motifs publics du jugement et du jugement expurgés\* rendus par*

[1] LE JUGE NOËL : Le 22 février 2008, un certificat désignant Mohamed Harkat à titre de personne interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale a été déposé devant la Cour fédérale en vertu de l'article 77 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR ou la Loi).

[2] Le 6 mai 2008, le juge en chef m'a désigné pour entendre la présente affaire. Le 4 juin 2008, ont été rendues des ordonnances établissant l'échéancier pour l'examen du caractère raisonnable du certificat en cause et désignant deux avocats spéciaux pour représenter les intérêts de M. Harkat pendant l'audience à huis clos<sup>1</sup>.

[3] À ce jour, la Cour a entendu les observations des ministres et des avocats spéciaux sur l'étendue de la divulgation exigée par l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui n° 2*) et, le 24 septembre 2008, elle a ordonné que les ministres se conforment à leur obligation de divulgation. La Cour n'a pas encore reçu divulgation complète conformément à l'arrêt *Charkaoui n° 2*.

[4] Des audiences à huis clos ont été tenues pendant deux semaines, en septembre 2008, et des audiences publiques se sont déroulées en octobre et en novembre 2008. Au cours de ces audiences, les ministres ont présenté leur preuve pour étayer le caractère raisonnable du certificat et le danger associé à M. Harkat. La Cour a également entendu, en décembre 2008, la preuve et les

\* Editor's Note: Expurged portions are denoted by "[...]".

\* Note de l'arrêviste : Les passages expurgés sont indiqués par « [...] ».

to Mr. Harkat's request to review the conditions of his release.

[5] The evidence currently before this Court discloses that [...] human source(s) provided information to the Service [Canadian Security Intelligence Service] in relation to the intelligence investigation into Mr. Harkat's activities. No determination of the reliability or weight to be given to this information has been made. Nothing in these reasons should be interpreted as giving any probative value to any of the reports originating from human sources.

[6] In September 2008, during a closed hearing, the special advocates sought an order of this Court compelling the ministers to produce for cross-examination covert human intelligence source(s) who provided information about Mr. Harkat to the Canadian Security Intelligence Service. They propose to conduct their cross-examination during a closed hearing before this Court.

[7] They are also requesting that they be granted an opportunity to interview the human source(s) prior to any evidence being given during a closed hearing.

[8] The special advocates wish to test the credibility of the human source(s) and possibly corroborate future explanations which may be testified to by Mr. Harkat in relation to his motives for coming to Canada in the mid-1990s. They provide no further justification to the Court beyond this general objective.

[9] The ministers note that this is the first time that a request has been made for human source(s) to testify in the context of a security certificate proceeding. It is their position that the police informer privilege is applicable to these proceedings and that no "innocence-at-stake" exception exists in the context of a non-criminal proceeding pursuant to the IRPA. The closed nature of the proceeding does not, according to the ministers, render inoperative legal privileges. Such privileges are applicable in the absence of clear statutory language suspend-

arguments oraux concernant la demande de M. Harkat en révision des conditions de sa mise en liberté.

[5] Il ressort de la preuve dont dispose actuellement la Cour que [...] une/des source(s) humaine(s) a/ont fourni des renseignements au Service [Service canadien du renseignement de sécurité] concernant l'enquête en matière de renseignement sur les activités de M. Harkat. La Cour ne s'est pas penchée sur la fiabilité ni sur l'importance qu'il convenait d'accorder à ces renseignements. Rien dans les présents motifs ne devrait donc être interprété comme accordant une quelconque valeur probante à l'un ou l'autre des rapports provenant de sources humaines.

[6] En septembre 2008, au cours d'une audience à huis clos, les avocats spéciaux ont demandé à la Cour de rendre une ordonnance obligeant les ministres à faire comparaître pour contre-interrogatoire la/les source(s) humaine(s) secrète(s) ayant fourni au Service canadien du renseignement de sécurité des renseignements sur M. Harkat. Les avocats proposent de procéder à leur contre-interrogatoire pendant une audience à huis clos devant la Cour.

[7] Ils demandent également que leur soit donnée la possibilité de rencontrer la/les source(s) humaine(s) avant la production de toute preuve au cours d'une audience à huis clos.

[8] Les avocats spéciaux souhaitent vérifier la crédibilité de la/des source(s) humaine(s) et corroborer éventuellement les explications que M. Harkat pourrait ultérieurement offrir dans son témoignage relativement aux motifs qui l'ont incité à venir au Canada au milieu des années 1990. Les avocats n'ont fourni aucune autre justification à la Cour à part cet objectif général.

[9] Les ministres soulignent que c'est la première fois qu'on demande de faire témoigner une/des source(s) humaine(s) dans le contexte d'une instance concernant un certificat de sécurité. Ils soutiennent que le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique en l'espèce et qu'aucune exception relative à la « démonstration de l'innocence de l'accusé » n'existe dans le contexte d'une instance non pénale en vertu de la LIPR. Selon les ministres, le caractère fermé de la présente instance ne rend pas inopérants les privilèges juridiques. Ces derniers

ing them; see, for example, *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574 (*Blood Tribe*), at paragraph 11.

[10] The special advocates acknowledge that the police informer privilege would ordinarily be applicable to covert human intelligence sources recruited by the Service in public proceedings. However, they assert that the privilege has no application to the closed portion of these proceedings.

[11] Should the Court find that the police informer privilege applies to the closed portion of these proceedings, the special advocates argue that they have established that the information they seek to compel falls within the “innocence-at-stake” exception as set out in the criminal jurisprudence.

[12] The ministers take the position that the police informer privilege is applicable to human sources of the Service and is absolute in the context of this certificate proceeding.

#### The scope of the confidential police informer privilege

[13] In a leading case on the informer privilege, *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281 (*Leipert*), the Supreme Court stated that [at paragraph 9] “informer privilege is an ancient and hallowed protection which plays a vital role in law enforcement.” The receipt of information about criminal activity from confidential police informants is of “fundamental importance to the workings of a criminal justice system” (*Leipert*, at paragraph 10). However, it is clear that a police informant is at “risk of retribution from those involved in crime” (*Leipert* [at paragraph 9]). Thus, the police informer privilege plays a two-fold role: to protect the confidential police informer and, in doing so, encourage others to come forward with essential information which will aid in the protection of the public at large.

s’appliquent en l’absence de dispositions législatives claires prévoyant leur suspension; voir, par exemple, l’arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 (*Blood Tribe*), au paragraphe 11.

[10] Les avocats spéciaux reconnaissent que le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquerait normalement, dans des instances publiques, aux sources humaines secrètes de renseignement recrutées par le Service. Toutefois, ils soutiennent que le privilège en cause ne s’applique pas à la partie de l’instance se déroulant à huis clos.

[11] Si la Cour conclut que le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique à la partie de l’instance se déroulant à huis clos, les avocats spéciaux affirment avoir établi que les renseignements qu’ils cherchent à obtenir sont sujets à l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé » ainsi qu’il ressort de la jurisprudence en matière pénale.

[12] Les ministres soutiennent que le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique aux sources humaines du Service et qu’il est absolu dans le contexte de la présente instance concernant un certificat de sécurité.

#### La portée du privilège relatif aux indicateurs confidentiels de police

[13] Dans un arrêt de principe sur la question du privilège relatif aux indicateurs de police, l’arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281 (*Leipert*), la Cour suprême a déclaré [au paragraphe 9] que « le privilège relatif aux indicateurs de police constitue une protection ancienne et sacrée qui joue un rôle vital en matière d’application de la loi ». Obtenir des renseignements sur une activité criminelle auprès d’informateurs confidentiels de la police est « d’une importance fondamentale pour le fonctionnement du système de justice criminelle » (*Leipert*, au paragraphe 10). Toutefois, il est clair qu’un informateur de police court « un risque de vengeance de la part des criminels » (*Leipert* [au paragraphe 9]). Par conséquent, le privilège relatif aux indicateurs joue un double rôle : protéger les informateurs confidentiels de la police et encourager ainsi d’autres informateurs à

[14] The privilege is a “rule of public policy that is not a matter of discretion” (*Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494 (*Health Records*) [at page 527]). See also *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60 (*Bisaillon*), at page 93; and *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), at page 498. Once it is properly invoked, the Court is obligated to protect the police informer’s identity. Indeed, even where the Crown does not invoke the privilege, the Court is under a duty to apply it (*Bisaillon*, at page 98). The only exception to this rule of law is where a person’s innocence is at stake. In *Marks v. Beyfus*, Lord Esher M.R., clearly set out the “innocence-at-stake” exception [at page 498]:

I do not say it is a rule which can never be departed from; if upon the trial of a prisoner the judge should be of the opinion that the disclosure of the name of the informant is necessary or right in order to shew the prisoner’s innocence, then one public policy is in conflict with another public policy, and that which says that an innocent man is not to be condemned when his innocence can be proved is the policy that must prevail.

[15] The innocence-at-stake exception to the informer privilege is only applicable in a criminal proceeding and is based on the principle that the “right of an individual accused to establish his or her innocence by raising a reasonable doubt as to guilt [is] paramount” (*R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979 (*Scott*), at pages 995–996).

[16] The courts have given precision to the “innocence-at-stake” exception. Where the police informer is a material witness to the crime or acts as an *agent provocateur* the privilege will be set aside (*Scott*, at page 996; see also *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253 (*Named Person*), at paragraph 29). In *Scott*, the Supreme Court also noted that “[a] third exception may exist where the accused seeks to establish that the search was not undertaken on reasonable grounds and therefore contravened the provisions of s. 8 of the *Charter*” (*Scott*, at page 996).

dévoiler des renseignements essentiels devant faciliter la protection de l’ensemble de la population.

[14] Ce privilège constitue une « règle d’intérêt public qui échappe à tout pouvoir discrétionnaire » (*Solliciteur général du Canada et autre c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494 (*Dossiers de santé*) [à la page 527]). Voir également les arrêts *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60 (*Bisaillon*), à la page 93; et *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), à la page 498. Dès lors que le privilège est judicieusement invoqué, la Cour est tenue de protéger l’identité de l’informateur de police. De fait, même dans le cas où la Couronne n’invoque pas ce privilège, la Cour a le devoir de l’appliquer (*Bisaillon*, à la page 98). La seule exception à cette règle de droit est lorsque l’innocence d’une personne est en cause. Dans l’arrêt *Marks v. Beyfus*, le maître des rôles lord Esher énonce clairement l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé » [à la page 498] :

[TRADUCTION] Je ne dis pas que cette règle ne peut jamais souffrir d’exception; si au procès d’un accusé le juge est d’avis qu’il est nécessaire ou juste de divulguer le nom de l’informateur pour démontrer l’innocence de l’accusé, il y a alors conflit entre deux intérêts publics et c’est celui selon lequel il ne faut pas condamner un innocent lorsqu’il est possible de prouver son innocence qui doit prévaloir.

[15] L’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé s’applique uniquement dans une instance pénale et s’appuie sur le principe selon lequel « le droit d’une personne accusée de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité a toujours primé » (*R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979 (*Scott*), aux pages 995 et 996).

[16] Les tribunaux ont précisé les contours de l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». Lorsque l’indicateur de police est un témoin essentiel du crime ou qu’il agit comme agent provocateur, le privilège en cause sera écarté (*Scott*, à la page 996; voir également *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253 (*Personne désignée*), au paragraphe 29). Dans l’arrêt *Scott*, la Cour suprême a également fait remarquer qu’« [u]ne troisième exception serait possible dans le cas où l’accusé chercherait à montrer que la perquisition n’était pas fondée sur des

[17] Police informer privilege is absolute in a civil context, even where the identity of the informant is sought in the context of a public inquiry into police wrongdoing (see *Health Records*, at page 539; *Named Person*, at paragraph 27; and *Scott*, at pages 395–396).

Does the police informer privilege apply in these proceedings?

[18] In the cases relied on by the special advocates and by the ministers, the confidential informant whose identity was at issue was a police informer. The covert human intelligence source(s) at issue in this motion for production are recruited by a civilian intelligence agency; they are not “police” informers providing information to police in the course of their duties. Moreover, a certificate proceeding is not a criminal proceeding. Covert human intelligence sources are individuals who have been promised confidentiality in return for their assistance in gathering information relating to the national security concerns of Canada. Thus the common law privilege protecting police informers and the innocence-at-stake exception to that privilege are not applicable *per se* to the covert human intelligence sources recruited by the Service.

[19] However, a form of police informer privilege has been extended, by way of analogy in the incremental tradition of the common law, to statements made by informants to the National Parole Board (*Rice v. National Parole Board* (1985), 16 Amin. L.R. 157 (F.C.T.D.)), as well as statements made by confidential informants to child welfare authorities (*D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1977] UKHL 1 (*D. v. N.S.P.C.C.*)) and gambling regulators in England (*Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for Home Department*, [1973] A.C. 388 (H.L.)). The courts have recognized that the public policy justifications for extend-

motifs raisonnables et violait par conséquent l’art. 8 de la Charte » (*Scott*, à la page 996).

[17] Le privilège relatif aux indicateurs de police est absolu en matière civile, même lorsqu’on cherche à connaître l’identité de l’informateur dans le contexte d’une enquête publique sur des abus commis par la police (voir *Dossiers de santé*, à la page 539; *Personne désignée*, au paragraphe 27; et *Scott*, aux pages 395 et 396).

Le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique-t-il en l’espèce?

[18] Dans les décisions invoquées par les avocats spéciaux et par les ministres, l’informateur confidentiel dont l’identité était en cause était un indicateur de police. La/les source(s) humaine(s) secrète(s) en cause dans la présente requête en production sont recrutées par un service de renseignement civil; il ne s’agit pas d’indicateurs de « police » qui fournissent des renseignements à la police dans l’exercice de leurs fonctions. En outre, une instance concernant un certificat de sécurité ne constitue pas une instance criminelle. Les sources humaines secrètes sont des personnes auxquelles on a garanti la confidentialité en échange de renseignements concernant les préoccupations du Canada en matière de sécurité nationale. Par conséquent, le privilège de common law qui protège les indicateurs de police et l’exception à ce privilège relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé » ne s’appliquent pas comme tels aux sources humaines secrètes de renseignement recrutées par le Service.

[19] Toutefois, une certaine forme de privilège relatif aux indicateurs de police a été étendue, par analogie selon la tradition progressive de la common law, aux déclarations des informateurs faites à la Commission nationale des libérations conditionnelles (*Rice c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1985] A.C.F. n° 600 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)), ainsi qu’aux déclarations des informateurs confidentiels faites aux autorités de protection de l’enfance (*D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1977] UKHL 1 (*D. v. N.S.P.C.C.*)) et aux autorités de réglementation des jeux de hasard en Angleterre (*Reg. v. Lewes Justices*,

ing an analogous privilege to informants in the prison system or in the child protection context may be sufficient to override “the public interest that information which might assist a judicial tribunal to ascertain facts relevant to an issue upon which it is required to adjudicate should be withheld from that tribunal” (*D. v. N.S.P.C.C.*, per Lord Diplock [at page 3]).

[20] In *Evidence in Trials at Common Law* [by John Henry Wigmore, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961, at page 527], the author sets out the four fundamental conditions which must be met before a common law privilege is extended or recognized:

(1) The communications must originate in a confidence that they will not be disclosed.

(2) This element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered.

(4) The injury that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be greater than the benefit thereby gained for the correct disposal of the litigation.

[21] Similarly, in *The Law of Evidence in Canada* (by J. Sopinka *et al.*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999, at page 883), the authors note:

Where the court is asked to extend the rule beyond the traditional parameters, a careful inquiry into the public policy aspects is required. Society’s need to foster the informal relationship must be clearly evidenced.

[22] The policy justifications underlying the existence of the privilege in the law enforcement context and, the extension of the privilege to parole board and child protection matters, apply with equal or greater force to

*Ex parte Secretary of State for Home Department*, [1973] A.C. 388 (H.L.)). Les tribunaux ont reconnu que les justifications relatives à l’ordre public données pour étendre un privilège analogue aux informateurs dans le système carcéral ou dans le contexte de la protection de l’enfance peuvent être suffisantes pour primer [TRADUCTION] « par rapport à l’intérêt public au refus de communiquer à un tribunal judiciaire les renseignements susceptibles de l’aider à déterminer les faits se rapportant à un litige qu’il doit trancher » (*D. v. N.S.P.C.C.*, lord Diplock [à la page 3]).

[20] Dans l’ouvrage *Evidence in Trials at Common Law* [par John Henry Wigmore, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961, à la page 527], l’auteur énonce les quatre conditions fondamentales pour qu’un privilège de common law puisse être étendu ou reconnu :

[TRADUCTION]

1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées.

2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

3) Les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l’opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.

4) Le préjudice permanent que subiraient les rapports à la suite de la divulgation des communications doit être plus considérable que l’avantage à retirer d’une juste décision.

[21] De la même manière, le juge Sopinka note dans son ouvrage intitulé *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd., Toronto : Butterworths, 1999, à la page 883) :

[TRADUCTION] Lorsqu’il est demandé au tribunal d’élargir la portée de la règle au-delà des paramètres traditionnels, il faut examiner minutieusement les aspects d’ordre public. La nécessité, pour la société, de favoriser la relation officieuse doit ressortir clairement.

[22] Les justifications de principe qui sous-tendent l’existence du privilège dans le contexte de l’application de la loi et l’extension de ce privilège à la commission des libérations conditionnelles et aux affaires

the relationship between covert human intelligence sources and the Service (*Rice*, above, at paragraphs 16–17 and *D. v. N.S.P.C.C.*, above, at page 4).

[23] As noted in *Health Records*, above, the Supreme Court perceived an even “stronger” police informer privilege in national security matters than in criminal investigations (notably, in this case, the informants were police informers who provided information to the police in the course of their investigation). Justice Martland, writing for a majority of the Court, observed at page 537:

The foundation for the existence of [the informer rule], which evolved in respect of the field of criminal investigation, is even stronger in relation to the function of the police in protecting national security. A large number of the instances in which, in the present case, it was sought to obtain from the police the names of their informants concerned police investigation into potential violence against officers of the state, including heads of state. These investigations were admittedly proper police functions. The rule of law which protects against the disclosure of informants in the police investigation of crime has ever greater justification in relation to the protection of national security against violence and terrorism.[<sup>2</sup>]

[24] Covert human intelligence sources are vital to the functioning of intelligence agencies and to the national security of Canada.<sup>3</sup> They are not limited to passive intelligence gathering as technical methods are, but rather are able to actively solicit and obtain information that would otherwise be inaccessible. They do so often at great risk to themselves and to their families. Fundamentally, information provided by covert human intelligence sources allows intelligence agencies to make more accurate and timely assessments of threats to the security of Canada. As such, they are essential national security assets.<sup>4</sup>

[25] The Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Mounted Canadian Police (the

concernant la protection de l’enfance, s’appliquent autant sinon plus aux relations entre les sources humaines secrètes de renseignement et le Service (*Rice*, précité, aux paragraphes 16 et 17 et *D. v. N.S.P.C.C.*, précité, à la page 4).

[23] Dans l’arrêt *Dossiers de santé*, précité, la Cour suprême a reconnu que le privilège relatif aux indicateurs de police était encore plus « ferme » en matière de sécurité nationale qu’en matière d’enquête criminelle (dans cette affaire les informateurs étaient des indicateurs de police qui avaient fourni des renseignements à la police au cours d’une enquête). Le juge Martland, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour, a dit ce qui suit, à la page 537 :

Le fondement de l’existence de ce principe [en matière d’indicateurs de police], qui a évolué dans le domaine des enquêtes criminelles, est encore plus ferme lorsqu’il s’agit du travail policier dans la protection de la sécurité nationale. Dans bon nombre de cas où, en l’espèce, on a tenté d’obtenir de la police les noms de ses informateurs, il était question d’une enquête policière sur la possibilité de violence contre des fonctionnaires de l’État, y compris des chefs d’État. On reconnaît que ces enquêtes sont du ressort de la police. Le principe de droit qui protège contre la divulgation de l’identité des personnes qui fournissent des renseignements dans le cadre d’une enquête policière sur le crime se justifie d’autant plus lorsqu’il s’agit de la protection de la sécurité nationale contre la violence et le terrorisme[<sup>2</sup>].

[24] Les sources humaines secrètes de renseignement sont d’une importance vitale pour le fonctionnement des services de renseignement ainsi que pour la sécurité nationale du Canada<sup>3</sup>. Ces sources ne se limitent pas à recueillir des renseignements d’une manière passive comme le font les sources techniques, mais elles sont au contraire en mesure d’activer et obtenir des renseignements autrement inaccessibles. Elles le font souvent en s’exposant, eux-mêmes et leurs familles, à de grands risques. Fondamentalement, les informations fournies par les sources humaines secrètes permettent aux services de renseignement d’évaluer d’une manière plus rigoureuse et opportune les menaces à la sécurité du Canada. Elles constituent donc des ressources essentielles en ce qui touche la sécurité nationale<sup>4</sup>.

[25] La Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (la Commission

McDonald Commission), observed at page 536 of Volume 1 of its *Second Report: Freedom and Security under the Law* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1981) that:

58. The use of human sources and undercover members, collectively referred to by us as “undercover operatives”, is the most established method of collecting information about threats to security. Despite the technological revolution which has provided a variety of technical alternatives as a means of penetrating secretive organizations, the undercover operative is likely to remain an extremely important source of information to a security intelligence agency.

59. An undercover operative can be a much more penetrating means of collecting information than any technical device. A technical source ... is essentially a passive instrument which can record only what is said or done at one particular place. In contrast, undercover operatives—human spies—have frequently penetrated the innermost circles of groups, probed the intentions of their leading members....

[26] To fulfill their role, sources must remain anonymous and fully protected; at no time can they be identified explicitly or implicitly by the agencies. To this end, upon recruitment, the Service gives a source a guarantee of confidentiality [...]. Access to information about covert human intelligence sources is severely restricted and compartmentalized in an area that is separate from other Service information.<sup>5</sup>

[27] Confidentiality ensures the safety of covert human intelligence sources who often place themselves in harms way to fulfill the investigatory objectives of the Service. Given the nature of the tasks performed by covert human intelligence sources, confidentiality is required to protect them from reprisals or ostracization from their community.<sup>6</sup>

[28] If the Service is unable to protect the identity of its sources or is required to produce them in the context of a court proceeding (even one that is closed to the public), the number of individuals willing to come forward with information would be reduced. Indeed, there is evidence before this Court that the recruitment of human sources would be harmed if the guarantees of

McDonald) a fait observer ce qui suit, à la page 536 du volume 1 de son *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1981) :

58. Le recours aux sources humaines ou aux informateurs et aux membres clandestins que nous regroupons sous l'appellation « agents secrets », est la mieux établie des méthodes de collecte de renseignements sur les menaces à la sécurité. En dépit de la révolution technologique, à qui l'on doit tout un éventail de moyens techniques de noyauter les organisations secrètes, il est probable que l'agent secret demeurera pour un service de renseignements une source extrêmement importante d'information.

59. L'agent secret peut constituer une source de renseignements beaucoup plus riche que n'importe quel dispositif technique. La source technique [...] est essentiellement un instrument passif capable uniquement de capter ce qui se dit ou se fait à un endroit donné. Par contre, les agents secrets — les espions — ont souvent réussi à s'infiltrer dans les cercles les plus intimes des groupes, sondant les intentions de leurs dirigeants [...]

[26] Pour remplir leur rôle, les sources doivent demeurer anonymes et pleinement protégées; leur identité ne doit jamais être dévoilée explicitement ou implicitement par les agences de renseignement. À cette fin, au moment du recrutement, le Service donne à la source une garantie de confidentialité [...]. L'accès à l'information sur les sources humaines secrètes de renseignement est strictement limité et compartimenté dans un secteur séparé du Service<sup>5</sup>.

[27] La confidentialité vise à assurer la sécurité des sources humaines secrètes de renseignement qui se mettent souvent en danger pour satisfaire aux objectifs d'enquête du Service. Vu la nature des tâches qu'elles accomplissent, la confidentialité est nécessaire pour assurer leur protection contre les représailles ou l'ostracisme de leur communauté<sup>6</sup>.

[28] Si le Service n'est pas en mesure de protéger l'identité de ses sources ou est tenu de les produire dans une instance judiciaire (même fermée au public), le nombre de personnes disposées à divulguer des renseignements s'en trouverait réduit. De fait, la preuve soumise indique que le recrutement de sources humaines serait compromis si notre Cour ne respectait pas les

confidentiality given by the Service were not upheld by this Court.<sup>7</sup> I accept this evidence.

[29] Finally, it is important to note that, unlike police or criminal investigations, intelligence investigations do not end with the filing of criminal charges or the commencement of court proceedings. Intelligence investigations can be of a short-term nature, but they may also extend over longer periods of time—even decades. Investigations can be suspended, just as they can be reactivated. How an intelligence investigation unfolds hinges on many factors, including the purpose of the investigation and the persistence of threats associated with the subjects of investigation. [...] Evidence before the Court establishes that identifying a source to a special advocate or requiring a source to testify in a closed proceeding, even anonymously, will almost certainly end the Service's relationship with that source.<sup>8</sup>

[30] Parliament itself has spoken on the importance of protecting human sources and covert operatives. Subsection 18(1) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act), provides:

**18.** (1) Subject to subsection (2), no person shall disclose any information that the person obtained or to which the person had access in the course of the performance by that person of duties and functions under this Act or the participation by that person in the administration or enforcement of this Act and from which the identity of

(a) any other person who is or was a confidential source of information or assistance to the Service, or

(b) any person who is or was an employee engaged in covert operational activities of the Service can be inferred.

[31] I conclude, on the evidence before me, that the relationship between the Service and a covert human intelligence source meets the four conditions enumerated by Wigmore in his treatise and should therefore be protected. Covert human intelligence sources are given absolute promises that their identity will be protected. These assurances not only foster long-term, effective relationships with the sources themselves, but increase, exponentially, the chances for success of future intelli-

garanties de confidentialité données par le Service<sup>7</sup>. Je retiens cette preuve.

[29] Enfin, il est important de souligner que, contrairement aux enquêtes policières ou criminelles, les enquêtes en matière de renseignement ne prennent pas fin avec le dépôt d'accusations criminelles ou l'introduction d'une instance judiciaire. Elles peuvent être à court terme, mais aussi s'étendre sur de longues périodes de temps, voire même des décennies. Les enquêtes peuvent être suspendues ou encore réactivées. Le déroulement d'une enquête en matière de renseignement dépend d'un grand nombre de facteurs, notamment de l'objectif de l'enquête et de la persistance des menaces associées à l'objet de l'enquête. [...] La preuve soumise à la Cour établit que divulguer une source aux avocats spéciaux ou exiger qu'une source témoigne dans une séance à huis clos, même sous le couvert de l'anonymat, mettra presque à coup sûr fin à la collaboration entre cette source et le Service<sup>8</sup>.

[30] Le législateur s'est lui-même exprimé sur l'importance de protéger les sources humaines et les agents secrets. Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS), prévoit ce qui suit :

**18.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne peut communiquer des informations qu'il a acquises ou auxquelles il avait accès dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou lors de sa participation à l'exécution ou au contrôle d'application de cette loi et qui permettraient de découvrir l'identité :

a) d'une autre personne qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel;

b) d'une personne qui est ou était un employé occupé à des activités opérationnelles cachées du Service.

[31] Je conclus selon la preuve dont je suis saisi que les relations entre le Service et une source humaine secrète de renseignement remplissent les quatre conditions énoncées par Wigmore dans son ouvrage et devraient donc être protégées. Les sources humaines secrètes de renseignement reçoivent la garantie absolue que leur identité sera protégée. Cette garantie non seulement favorise la collaboration efficace à long terme avec les sources en cause, mais aussi augmente d'une façon

gence investigations. Confidentiality guarantees are essential to the Service's ability to fulfill its legislative mandate to protect the national security of Canada while protecting the source from retribution. It also encourages others to come forward with essential information that would not otherwise be available to the Service. The relationship between the Service and the source as well as the identity of the source is protected by a covert human intelligence source privilege.

Is there an exception to the immunity provided by a covert human intelligence source privilege?

[32] In the *Charkaoui* decisions (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui No. 1*) and *Charkaoui No. 2*, above) the Supreme Court has found that the seriousness of the potential impact on the liberty and security interests of the named person engages 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]] (Charter) and the right to procedural fairness set out therein. Accordingly, this Court must consider whether, in the circumstance of this proceeding, the principles of procedural fairness set out in section 7 mandate an exception, however limited and constrained, to the covert human intelligence source privilege.

[33] Procedural fairness is to be determined in the context of this proceeding, which is a determination of the reasonableness of a certificate referred to the Federal Court pursuant to subsection 77(2) of the IRPA. A finding of reasonableness would constitute conclusive proof that Mr. Harkat is inadmissible to Canada on the grounds of national security, pursuant to one or more of paragraphs 34(1)(c), (d) and (f) of the IRPA, and would have the effect of a removal order. That removal order could be subject to a further proceeding in which the Minister would be asked to assess the risk that the named person would be subjected to torture or other mistreatment if

exponentielle les chances de succès des enquêtes ultérieures en matière de renseignement. Les garanties de confidentialité sont essentielles pour que le Service soit en mesure de s'acquitter de son mandat législatif de protéger la sécurité nationale du Canada tout en protégeant la source contre les représailles. La protection offerte encourage également d'autres personnes à divulguer des renseignements décisifs qui seraient autrement inaccessibles au Service. La collaboration entre le Service et la source ainsi que l'identité de cette dernière sont donc protégées par un privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement.

Existe-t-il une exception à l'immunité conférée par le privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement?

[32] Dans les arrêts *Charkaoui* (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui n° 1*) et *Charkaoui n° 2*, précité), la Cour suprême a conclu que l'importance des conséquences sur les droits à la liberté et à la sécurité de la personne désignée enclenche l'application de 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) et le droit à l'équité procédurale qui y est prévu. Par conséquent, notre Cour doit examiner si, dans les circonstances de la présente instance, les principes de l'équité procédurale prévus à l'article 7 n'exigent pas une exception, aussi restreinte soit-elle, au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement.

[33] La question de l'équité procédurale doit être tranchée dans le contexte de la présente instance, à savoir la détermination du caractère raisonnable d'un certificat de sécurité déposé à la Cour fédérale selon le paragraphe 77(2) de la LIPR. Une conclusion de raisonabilité constituerait une preuve concluante que M. Harkat est interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale, en vertu de l'alinéa 34(1)c), d), ou f) de la LIPR, et aurait l'effet d'une mesure de renvoi. Cette mesure pourrait faire l'objet d'une instance subséquente dans laquelle le ministre serait appelé à évaluer le risque que la personne désignée soit soumise à la torture ou

he was returned to his country of origin or some other country (see procedures for pre-removal risk assessment at section 112 of the IRPA).

[34] The person named in a certificate is in jeopardy of losing his status in Canada and being deported, and is subject to detention until such time as they leave Canada or are released by order of this Court. The Supreme Court noted that, given the exception set out by it in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, there is a possibility that the circumstances may be exceptional enough to warrant the deportation of the person named in a certificate to a country in which the security of that person is in question. Recently, in the 2008 Symons Lecture [Remarks of the Right Honourable Beverly McLachlin, P.C. Chief Justice of Canada], Chief Justice McLachlin noted that the Supreme Court has not yet considered what might constitute “exceptional circumstances”, but continued to say that these would “necessarily be very rare” (page 29, Symons Lecture notes).

[35] In light of both *Charkaoui* decisions of the Supreme Court, a person named in a security certificate is entitled to an elevated level of procedural fairness such that, where ordinarily an informer privilege analogous to the “police informer privilege” would be absolute, the engagement of section 7 [of the Charter] may justify an exception to the privilege. I find that this exception will only be applicable in the closed portion of the proceeding where a special advocate has established that he or she has a “need to know” the identity of a covert human intelligence source to prevent a flagrant denial of procedural fairness which would bring the administration of justice into disrepute.

[36] This exception is based on the “need-to-know” rule which is a fundamental principle of the intelligence world. It is reflected in both domestic and international legislation and policies. Fundamentally, classified information is protected by compartmentalization; the integrity of which is maintained by the “need-to-know” principle.<sup>9</sup> Only those with a direct operational require-

à des autres mauvais traitements si elle devait retourner dans son pays d’origine ou dans quelque autre pays (voir les procédures relatives à l’examen des risques avant renvoi, à l’article 112 de la LIPR).

[34] La personne désignée dans un certificat risque de perdre son statut au Canada et d’être expulsée, et est détenue jusqu’à ce qu’elle quitte le Canada ou qu’elle soit mise en liberté sur ordonnance de la Cour. La Cour suprême a souligné que, vu l’exception établie dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, il existe une possibilité que les circonstances soient suffisamment exceptionnelles pour justifier l’expulsion de la personne désignée dans un certificat vers un pays où sa sécurité est en jeu. Récemment, dans le cadre de la Causerie Symons 2008 [Notes d’allocution de la très honorable Beverly McLachlin, C.P. Juge en chef du Canada], la juge en chef McLachlin a fait observer que la Cour suprême n’a pas encore étudié la question de savoir ce qui constituerait des « circonstances exceptionnelles », mais elle a ajouté que de telles situations « seraient nécessairement très rares » (Causerie Symons, Notes d’allocution, à la page 29).

[35] Compte tenu des deux arrêts *Charkaoui* de la Cour suprême, une personne désignée dans un certificat de sécurité a droit à un niveau élevé d’équité procédurale de sorte que, là où un privilège analogue au « privilège relatif aux indicateurs de police » serait habituellement absolu, l’application de l’article 7 [de la Charte] puisse justifier une exception au privilège en question. Je conclus que cette exception sera uniquement applicable dans la partie de l’instance qui se déroule à huis clos, lorsqu’un avocat spécial établit qu’il a « besoin de connaître » l’identité de la source humaine secrète de renseignement pour empêcher une violation flagrante de l’équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[36] Cette exception est fondée sur la règle du « besoin de connaître » qui est un principe fondamental dans le monde du renseignement. On la retrouve à la fois dans la législation et les politiques internes et internationales. Fondamentalement, les renseignements classifiés sont protégés par la compartimentation, dont on maintient l’intégrité par le principe du « besoin de connaître »<sup>9</sup>.

ment are given access to classified information—even those cleared to the highest level. The following paragraphs provide a brief, and limited, overview of some of the instances in which the “need-to-know” principle has been recognized, referred to, and relied on.

[37] On February 1, 2002, the Treasury Board Secretariat issued a “Government Security Policy” which is designed to “protect employees, preserve the confidentiality, integrity, availability and value of assets”. Paragraph 10.8 deals with “access limitations” and sets out the need-to-know principle: “Departments must limit access to classified and protected information and other assets to those individuals who have a need to know the information”.

[38] In *R. c. Treu*, [1979] J.Q. No. 202 (QL), the Quebec Court of Appeal noted that a security system is based on two principles: “l’idée d’accessibilité en faveur seulement des personnes habilitées ([access should only be granted to] cleared persons) et ayant besoin de les connaître ([on a] need to know [basis])” (at paragraph 57). References to these principles have also been made by the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33, at paragraph 6, and by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ribic*, 2008 ONCA 790, 238 C.C.C. (3d) 225.

[39] A similar principle is found in the United Kingdom *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* [(U.K.) 2000, c. 23], at paragraph 29(5)(e), which requires:

29 (5) ...

(e) that records maintained by the relevant investigating authority that disclose the identity of the source will not be available to persons except to the extent that there is a need for access to them to be made available to those persons.

[40] Part 4 of *Executive Order 12356* [3 C.F.R. 66 (1982)] sets out the classification and access policies of the executive branch of the United States of America as follows:

Seules les personnes ayant un besoin opérationnel direct ont accès aux renseignements classifiés — même les personnes détenant la cote de sécurité la plus élevée. Les paragraphes suivants donnent un aperçu bref, et limité, de certains cas où le principe du « besoin de connaître » a été admis, évoqué et utilisé.

[37] Le 1<sup>er</sup> février 2002, le Secrétariat du Conseil du Trésor a diffusé la « Politique du gouvernement sur la sécurité » visant à « protéger les employés, sauvegarder le caractère confidentiel, l’intégrité, la disponibilité et la valeur des biens ». Le paragraphe 10.8 porte sur les « limites à l’accès » et énonce le principe relatif au besoin de connaître : « Les ministères doivent limiter l’accès aux renseignements classifiés et protégés et autres biens aux seules personnes qui ont besoin de les connaître. »

[38] Dans l’arrêt *R. c. Treu*, [1979] J.Q. n° 202 (QL), la Cour d’appel du Québec a souligné qu’un système de sécurité est fondé sur deux principes : « l’idée d’accessibilité en faveur seulement des personnes habilitées (*cleared persons*) et ayant besoin de les connaître (*need to know*) » (au paragraphe 57). Ces principes ont été également mentionnés par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, [2003] 1 R.C.F. 33, au paragraphe 6, ainsi que par la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. v. Ribic*, 2008 ONCA 790, 238 C.C.C. (3d) 225.

[39] Un principe similaire se retrouve dans la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* [(R.-U.) 2000, ch. 23] du Royaume-Uni, qui prévoit ce qui suit à l’alinéa 29(5)(e) :

[TRADUCTION]

29 (5) [...]

(e) les documents conservés par l’autorité compétente chargée de l’enquête qui divulguent l’identité de la source seront accessibles uniquement dans la mesure où il est nécessaire de les mettre à la disposition des personnes habilitées.

[40] La partie 4 du *Executive Order 12356* [3 C.F.R. 66 (1982)] énonce ainsi la politique en matière de classification et d’accès du pouvoir exécutif des États-Unis d’Amérique :

#### Sec. 4.1 *General Restrictions on Access.*

(a) A person is eligible for access to classified information provided that a determination of trustworthiness has been made by agency heads or designated officials and provided that such access is essential to the accomplishment of lawful and authorized Government purposes. [Emphasis added.]

[41] In New Zealand, the government's security policy is set out in a publication entitled *Security in the Government Sector* which was published by the Department of the Prime Minister and Cabinet in 2002. The authors of the New Zealand publication acknowledge, in the preface, that some of the manual content is "based on or drawn from similar overseas publications—in particular, Australia's 'Commonwealth Protective Security Manual', and the United Kingdom's 'Manual of Protective Security'." Access is restricted to both of these manuals. Chapter 4 of the Manual is entitled "Control of Classified Material". This chapter sets out the need-to-know principle as follows:

4. Fundamental to all aspects of security is that the only people who receive classified information are those who need it to complete the business in hand. Thus, employees receive access to classified information:

- only because they "need to know" it to complete their duties
- not because it would be convenient for them to know
- not by virtue of their status, position, rank or level of authorized access.

5. Adherence to the "need to know" principle helps protect the employees as well as the information.

6. The "need to know" principle applies both within an organization and when dealing with people outside it.

[42] The very manner in which the Service handles human sources provides an illustration of the "need-to-know" principle in play.

#### [TRANSCRIPTION] 4.1 *Restrictions générales d'accès.*

a) Une personne est admissible à l'accès à l'information classifiée sous réserve d'une détermination de sa fiabilité effectuée par les dirigeants de l'agence ou les administrateurs désignés et à condition que l'accès soit essentiel à la réalisation des fins légitimes et autorisées de l'État. [Non souligné dans l'original.]

[41] En Nouvelle-Zélande, la politique du gouvernement en matière de sécurité est énoncée dans un guide intitulé *Security in the Government Sector*, publié en 2002 par le Département du Premier ministre et du Cabinet. Les auteurs admettent dans l'introduction que le contenu du guide [TRANSCRIPTION] « s'appuie partiellement sur des publications similaires parues à l'étranger — notamment sur le "Commonwealth Protective Security Manual" publié en Australie et sur le "Manual of Protective Security" publié au Royaume-Uni. » L'accès à ces deux documents est limité. Le chapitre 4 du Commonwealth Protective Security Manual est intitulé [TRANSCRIPTION] « Gestion du matériel classifié ». Il énonce comme suit le principe du besoin de connaître :

[TRANSCRIPTION]

4. Il est essentiel pour tous les aspects de la sécurité que les seules personnes ayant accès à des renseignements classifiés soient celles qui en ont besoin pour exercer leurs fonctions. Par conséquent, les employés ont accès à des renseignements classifiés :

- uniquement parce qu'ils ont « besoin de connaître » ces renseignements pour exercer leurs fonctions
- non parce qu'il serait opportun qu'ils les connaissent
- non en raison de leur statut, poste, grade ou niveau d'accès autorisé.

5. Le respect du principe du besoin de connaître contribue à protéger les employés ainsi que l'information.

6. Le principe du besoin de connaître s'applique tant au sein d'un organisme qu'à l'extérieur.

[42] La manière même dont le Service gère les sources humaines fournit une illustration concrète de l'application du principe du « besoin de connaître ».

[43] Evidence heard in closed hearings establishes that [...] files concerning human sources are handled by a separate division within the Service which is contained in a highly protected area within an already secure environment.<sup>10</sup> [...] This assists the Service in fulfilling its duty to protect the human source and allows the Service to control and assure the quality of the information provided to them by that source. The greater the pool of persons given access to the identity of a human source, the more difficult it becomes to prevent inadvertent disclosures and to investigate security breaches.<sup>11</sup> Widening the number of people with access to the identity of a human source puts both the personal safety of the source and the national security of Canada into jeopardy.

[44] Those who work in the Human Source Directorate are required to meet certain security standards greater than those imposed on most other Service employees. [...]

[45] [...] Communications about human sources, more so than other classified information, are on a need-to-know basis only.<sup>12</sup> Documents referring to sources [...] must be classified [...]. Indeed, there is evidence before the Court that even the Director of the division would not normally have access to the identities of the human sources except where he has an operational need to know that information.<sup>13</sup>

[46] A “need to know” this closely protected information, given the concerns of individual safety and operational control, will only be established where evidence is adduced demonstrating that the identity of the covert human intelligence source must be disclosed to prevent a flagrant breach of procedural justice which would bring the administration of justice into disrepute. In defining when such a threshold will be met, I refer to the words of the European Court of Human Rights which characterized the use of the term “flagrant” as denoting “a breach so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence” of the right to procedural fairness. (See *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department* [[2008] UKHL 64],

[43] La preuve entendue lors des audiences à huis clos établit que [...] les dossiers concernant les sources humaines sont gérés par une section différente du Service qui se trouve dans un périmètre hautement protégé dans le cadre d’un environnement déjà sécurisé<sup>10</sup>. [...] Ces mesures viennent aider le Service à s’acquitter de son obligation de protéger les sources humaines et lui permettent de contrôler et de garantir la qualité des renseignements fournis par une source donnée. Plus le nombre de personnes ayant accès à l’identité d’une source humaine est élevé, plus il est difficile d’empêcher la divulgation involontaire et d’enquêter sur des infractions à la sécurité<sup>11</sup>. Élargir le cercle de personnes ayant accès à l’identité d’une source humaine met en péril tant la sécurité personnelle de la source que la sécurité nationale du Canada.

[44] Les employés de la Direction des sources humaines sont tenus de respecter certaines normes de sécurité plus sévères que celles qui sont applicables à la plupart des employés du Service. [...]

[45] [...] Les communications concernant les sources humaines, encore plus que d’autres catégories de renseignements classifiés, sont transmises uniquement en fonction du besoin de connaître<sup>12</sup>. Les documents concernant les sources [...] doivent être classifiés [...]. De fait, la preuve présentée devant la Cour établit que même le directeur de la section n’aurait pas normalement accès aux renseignements sur l’identité des sources humaines sauf s’il a un besoin opérationnel de connaître<sup>13</sup>.

[46] Vu les préoccupations à l’égard de la sécurité individuelle et du contrôle opérationnel, le « besoin de connaître » ces renseignements étroitement protégés sera établi uniquement en présence d’une preuve démontrant la nécessité de divulguer l’identité de la source humaine secrète de renseignement pour empêcher une violation flagrante de la justice en matière de procédure qui serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Pour déterminer les conditions d’application de ce critère, je cite les remarques de la Cour européenne des droits de l’homme qui a considéré le terme « flagrant » comme dénotant « une violation tellement grave qu’elle entraîne l’annulation, voire la destruction de l’essence même » du droit à l’équité

citing *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (2005), 41 EHRR 494, at pages 537–539). Such a need to know may arise where, in the Judge’s opinion, there is no other way to test the reliability of critical information provided by a covert human intelligence source except by way of cross-examination.

[47] This exception to the covert human intelligence source privilege is also consistent with the intent of Parliament set out in subsection 18(2) of the CSIS Act, which provides for limited disclosure of information concerning human sources and covert operatives.

[48] The covert human intelligence source privilege, and its necessarily limited exception, is designed to balance the rights of individuals with those of the collective. A similar concern was expressed by Justice Iacobucci, regarding the need: “to do everything possible to protect our country” and the need to do so “with genuine respect for the fundamental rights and freedoms of Canadian citizens.” (*Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmed Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin* (Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2008), at page 5.)

#### Impact of the closed nature of the proceeding and the special advocate

[49] The special advocates take the position that they are entitled to access any information, related to the investigation of Mr. Harkat, held by the Service because of their top-secret clearance and because they have been appointed as special advocates in this file, as well as the fact that they are persons permanently bound to secrecy under the *Security of Information Act* [R.S.C., 1985, c. O-5, s. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 25)]. The special advocates maintain that their right to access information includes the opportunity to cross-examine covert human intelligence sources and implicitly, if not explicitly, know the identity of these sources.

procédurale. (Voir *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department* [[2008] UKHL 64], citant l’affaire *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (2005), 41 EHRR 494, aux pages 537 à 539). Un besoin de connaître de ce genre peut se présenter, selon le juge, lorsqu’il n’y a aucun autre moyen de tester la fiabilité de renseignements critiques fournis par une source humaine secrète que de recourir au contre-interrogatoire.

[47] Cette exception au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement s’accorde avec l’intention du législateur énoncée au paragraphe 18(2) de la Loi sur le SCRS, qui prévoit une communication restreinte de renseignements au sujet des sources humaines et des agents secrets.

[48] Le privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement ainsi que son exception forcément restreinte visent à établir un équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs. Le juge Iacobucci a exprimé une préoccupation similaire au sujet du besoin de « tout faire pour protéger notre pays » et le besoin d’agir en ce sens « en respectant véritablement les droits et libertés fondamentaux des citoyens canadiens ». (*Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmed Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008), à la page 5.)

#### Conséquences découlant du caractère fermé de l’instance et de la présence des avocats spéciaux

[49] Les avocats spéciaux soutiennent qu’ils ont droit d’avoir accès à tout renseignement concernant l’enquête sur M. Harkat détenu par le Service parce qu’ils ont l’habilitation de sécurité de niveau très secret et qu’ils ont été désignés avocats spéciaux dans le présent dossier, ainsi qu’en raison du fait qu’ils sont des personnes astreintes au secret à perpétuité en vertu de la *Loi sur la protection de l’information* [L.R.C. (1985), ch. O-5, art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 25)]. Les avocats spéciaux affirment que leur droit d’avoir accès aux renseignements comprend la possibilité de contre-interroger des sources humaines secrètes de renseignement et d’implicitement, sinon explicitement, connaître leur identité.

[50] The ministers take the opposite position and assert that nothing in the IRPA abrogates the operation of common law privileges. I agree.

[51] Parliament may abrogate common law privileges by legislation; however, it must do so explicitly (see *Blood Tribe*, at paragraph 11).<sup>14</sup> Section 39 of the CSIS Act provides an example of the clear language required to abrogate common law privileges:

**39.** (1) Subject to this Act, the Review Committee may determine the procedure to be followed in the performance of any of its duties or functions.

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, but subject to subsection (3), the Review Committee is entitled:

(a) to have access to any information under the control of the service or of the Inspector General that relates to the performance of the duties and functions of the Committee and to receive from the Inspector General, Director and employees such information, reports and explanations as the Committee deems necessary for the performance of its duties and functions; and

(b) during any investigation referred to in paragraph 38(c), to have access to any information under the control of the deputy head concerned that is relevant to the investigation.

(3) No information described in subsection (2) other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada in respect of which subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act* applies may be withheld from the Committee on any grounds. [Emphasis added.]

[52] There is no analogous provision in the IRPA. If Parliament had intended the special advocates to have access to all information, including information over which the government claims solicitor-client or other privilege, it would have explicitly stated so in the legislation. The limited powers given to special advocates in section 85.2 [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the IRPA do not, without this Court's authorization, permit them to call witnesses or require the production of a witness or document particularly where to do so would pierce a common law privilege.

[50] Les ministres adoptent la position contraire et soutiennent qu'aucune disposition de la LIPR ne vient annuler l'application des privilèges de common law. Je souscris à ce point de vue.

[51] Le législateur peut écarter des privilèges de common law par voie législative; toutefois, il doit le faire de manière explicite (voir *Blood Tribe*, au paragraphe 11)<sup>14</sup>. L'article 39 de la Loi sur le SCRS donne un exemple du libellé clair requis pour écarter des privilèges de common law :

**39.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le comité de surveillance peut déterminer la procédure à suivre dans l'exercice de ses fonctions.

(2) Par dérogation à toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, mais sous réserve du paragraphe (3), le comité de surveillance :

a) est autorisé à avoir accès aux informations qui se rattachent à l'exercice de ses fonctions et qui relèvent du Service ou de l'inspecteur général et à recevoir de l'inspecteur général, du directeur et des employés les informations, rapports et explications dont il juge avoir besoin dans cet exercice;

b) au cours des enquêtes visées à l'alinéa 38c), est autorisé à avoir accès aux informations qui se rapportent à ces enquêtes et qui relèvent de l'administrateur général concerné.

(3) À l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada visés par le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, aucune des informations visées au paragraphe (2) ne peut, pour quelque motif que ce soit, être refusée au comité. [Non souligné dans l'original.]

[52] Il n'y a pas de disposition analogue dans la LIPR. Si le législateur avait voulu que les avocats spéciaux aient accès à l'ensemble des renseignements, y compris ceux que le gouvernement affirme être visés par le privilège du secret professionnel ou tout autre privilège, il l'aurait explicitement énoncé dans les dispositions législatives. Les pouvoirs limités attribués aux avocats spéciaux à l'article 85.2 [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la LIPR ne leur permettent pas, sans l'autorisation de notre Cour, d'appeler un témoin ou d'exiger la production d'un témoin ou d'un document, notamment lorsqu'il s'agit d'écarter un privilège de common law.

[53] The ministers' obligation to disclose information is set out in subsection 77(2) of the IRPA and was expanded by the decision of the Supreme Court in *Charkaoui No. 2*. The Act requires the ministers to "file with the Court the information and other evidence on which the certificate is based" (subsection 77(2) of the IRPA). Once filed, the judge must determine whether the information provided by the Minister meets the disclosure requirements in *Charkaoui No. 2* which requires that all operational notes and information relating to Mr. Harkat be provided to the Court. This information will be made available to the special advocates at a time set by direction of the Court (subsection 85.4(1) [as enacted *idem*] of the IRPA). The Service's obligation to disclose information does not extend to purely administrative files unless such information is shown to be necessary for the Court to meet its obligation to verify the accuracy and reliability of the allegations in relation to the reasonableness of the certificate. In such a case the Court has the power to order the information to be provided to the Court for review (see *Blood Tribe*, at paragraphs 23, 31, 33–34; see also *R. v. Chaplin* [[1995] 1 S.C.R. 727], at paragraph 25). Where the information is determined to be relevant and not excluded by privilege a direction will be issued requiring the information to be filed and granting the special advocates access to the information.

[54] Nothing in *Charkaoui No. 2* indicates that the Supreme Court intended to abrogate the application of common law privileges in the context of a security certificate proceeding. The limits on disclosure were recognized by the Supreme Court in *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754, a criminal proceeding, when it stated that information to be provided to an accused is subject to the common law of privilege (see paragraphs 16 and 22; see also *Chaplin*, above, at paragraph 21).

[55] The closed nature of the proceedings may limit the harm where a designated judge finds it necessary to apply the need-to-know exception to the covert human intelligence source privilege in the context of a security certificate proceeding. However, the private closed nature of the hearing merely minimizes the impact of the disclosure order on an individual human source; it does

[53] L'obligation des ministres de divulguer des renseignements est prévue au paragraphe 77(2) de la LIPR et a été élargie par l'arrêt *Charkaoui n° 2* de la Cour suprême. La Loi exige que le ministre « dépose en même temps que le certificat les renseignements et autres éléments de preuve justifiant ce dernier » (LIPR, au paragraphe 77(2)). Après le dépôt, le juge décide si les renseignements fournis satisfont aux exigences de divulgation établies dans l'arrêt *Charkaoui n° 2*, lequel exige la remise à la Cour de la totalité des notes opérationnelles et des renseignements au sujet de M. Harkat. Ces renseignements seront mis à la disposition des avocats spéciaux dans un délai fixé par le juge (LIPR, au paragraphe 85.4(1) [édicte, *idem*]). L'obligation du Service de communiquer des renseignements ne s'applique pas aux dossiers purement administratifs, sauf s'il est démontré que ces renseignements sont nécessaires pour permettre à la Cour de s'acquitter de son obligation de vérifier l'exactitude et la fiabilité des allégations relatives au caractère raisonnable du certificat. Dans ce cas, la Cour a le pouvoir d'ordonner que les renseignements lui soient communiqués pour examen (voir *Blood Tribe*, aux paragraphes 23, 31, 33 et 34; voir également *R. c. Chaplin* [[1995] 1 R.C.S. 727], au paragraphe 25). Lorsque les renseignements sont jugés pertinents et non exclus par le privilège de non-divulgation, une directive sera donnée exigeant le dépôt des renseignements et autorisant les avocats spéciaux à y avoir accès.

[54] L'arrêt *Charkaoui n° 2* ne contient aucun élément qui indique que la Cour suprême a voulu écarter l'application des privilèges de common law dans le contexte d'une instance concernant un certificat de sécurité. Les limites à la divulgation ont été reconnues dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754, une instance pénale, lorsque la Cour suprême a affirmé que l'information à fournir à l'accusé est assujettie au privilège de common law (voir paragraphes 16 et 22; voir également *Chaplin*, précité, au paragraphe 21).

[55] L'instance à huis clos peut limiter le risque de préjudice lorsque le juge désigné estime qu'il est nécessaire d'appliquer l'exception touchant le besoin de connaître au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement dans le contexte d'une instance concernant un certificat de sécurité. Toutefois, l'audience à huis clos ne fait que réduire les conséquences d'une

not abrogate the privilege or eliminate the policy basis on which it is founded.

[56] The special advocates also assert that they are entitled to obtain copies of any information provided by the ministers to the Court. This cannot be the case.

[57] Special advocates are not in the same position as the Court. They are participants in the closed hearings solely for the purpose set out in the IRPA namely, to represent the best interests of the person named in the certificate. The Court will always have the power to order that information be provided to it to determine whether that information is relevant or privileged. That is the role of the independent and impartial arbiter. Where the information is relevant and not otherwise excluded by statute or common law privilege, the Court will order the information to be filed and provided to the special advocates. The provisions of the IRPA and the reasons of the Supreme Court in the *Charkaoui* decisions do not remove this overarching superintending role of the judge.

Have the special advocates established that they have a “need to know” this information to prevent a flagrant denial of procedural justice such that an exception to the covert human intelligence source privilege rule should be applicable?

[58] Special advocates play a unique but limited role in a certificate proceeding. While their communications with the named person are deemed to be covered by solicitor-client privilege, there is no solicitor-client relationship between the special advocate and the named person. The primary role of the special advocate is to protect the interests of the named person where evidence is heard in his or her absence. This is accomplished in two steps: by maximizing the disclosure to be made to the named person and counsel and by testing the reliability and credibility of evidence in the closed portion of the proceedings by cross-examining witnesses produced by the Ministers. Any further action proposed to be taken by the special advocates must be authorized by the judge who is charged with ensuring that the proceeding

ordonnance de divulgation sur une source humaine particulière; elle n'écarte pas le privilège ni ne supprime son assise politique.

[56] Les avocats spéciaux soutiennent également qu'ils ont le droit d'obtenir des copies de tout renseignement remis à la Cour par les ministres. Il ne saurait en être ainsi.

[57] Les avocats spéciaux ne se trouvent pas dans une position similaire à celle de la Cour. Ils prennent part aux audiences à huis clos uniquement aux fins énoncées dans la LIPR, à savoir de représenter l'intérêt supérieur de la personne visée par le certificat. La Cour aura toujours le pouvoir d'ordonner que les renseignements lui soient remis pour qu'elle puisse décider s'ils sont pertinents ou assujettis à un privilège. C'est le rôle de l'arbitre indépendant et impartial. Lorsque les renseignements sont jugés pertinents et non exclus par la loi ou un privilège de common law, la Cour ordonnera leur dépôt et leur remise aux avocats spéciaux. Les dispositions de la LIPR et les motifs de la Cour suprême dans les arrêts *Charkaoui* n'ont pas pour effet de retirer au juge ce rôle capital de surveillance.

Les avocats spéciaux ont-ils établi qu'ils ont « besoin de connaître » ces renseignements pour empêcher une violation flagrante de la justice procédurale de sorte qu'une exception à la règle du privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement soit applicable?

[58] Les avocats spéciaux ont un rôle spécifique mais limité dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité. Bien que leurs communications avec la personne visée par le certificat soient réputées assujetties au privilège du secret professionnel, il n'existe aucune relation avocat-client entre l'avocat spécial et la personne visée. Le rôle primordial de l'avocat spécial consiste à protéger les intérêts de la personne visée lorsque la preuve est entendue en l'absence de celle-ci. Il accomplit sa tâche en deux étapes : en maximisant la communication devant être faite à la personne visée et à son conseil et en vérifiant la fiabilité et la crédibilité de la preuve dans la partie tenue à huis clos de l'instance par le contre-interrogatoire des témoins produits par les ministres. Toute autre mesure envisagée par les avocats

move forward as expeditiously, informally and fairly as possible (IRPA provisions, paragraph 85.2(c), and *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497, at paragraphs 57–59).

[59] Subsection 83(1) of the IRPA puts the ultimate responsibility for the safeguarding of the sensitive information on the shoulders of the designated judge. This obligation must inform any consideration of whether the special advocates have a need to know the identity of the covert human intelligence source(s).

[60] The special advocates assert that the human source(s) (see paragraph 8 above, for summary of argument) [...]. This argument is not supported by evidence. No additional information or evidence is offered to justify the special advocates' request.

[61] The “need-to-know” exception cannot be used as an instrument of corroboration. In the context of security certificate proceedings, the need-to-know exception may only apply if it is the only way to establish that the proceeding will otherwise result in a flagrant denial of procedural justice which would bring the administration of justice into disrepute. It is not to be used as a part of an arsenal of litigation strategy.

[62] The special advocates also seek to cross-examine human sources in order to test the credibility and the reliability of the information.

[63] There are other ways in which a special advocate may test the credibility and reliability of the information provided by a human source which do not require that the source be identified and produced as a witness by the ministers.

[64] In her decision on the reasonableness of the first certificate issued naming Mr. Harkat as a person inadmissible to Canada under the IRPA, Justice Dawson [*Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52] outlines the principles relevant to the assessment of confidential information in paragraphs 93–94. She observed:

spéciaux doit être autorisée par le juge qui est chargé de veiller à ce que l'instance se déroule de façon aussi rapide, informelle et juste que possible (LIPR, alinéa 85.2c), et *Almrei (Re)*, 2008 CF 1216, [2009] 3 R.C.F. 497, aux paragraphes 57 à 59).

[59] Le paragraphe 83(1) de la LIPR confère au juge désigné la responsabilité ultime de protéger les renseignements sensibles. Cette obligation doit constituer le fondement de tout examen de la question de savoir si les avocats spéciaux ont besoin de connaître l'identité des sources humaines secrètes de renseignement.

[60] Les avocats spéciaux soutiennent que la/les source(s) humaine(s) (voir le paragraphe 8, ci-dessus, pour un résumé de l'argumentation) [...]. Cet argument n'est pas étayé par la preuve. Les avocats spéciaux ne proposent aucun renseignement ni élément de preuve additionnels à l'appui de leur demande.

[61] L'exception relative au « besoin de connaître » ne peut pas servir à faire des recoupements. Dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité, cette exception ne peut s'appliquer que si c'est là la seule façon de démontrer que l'instance entraînera autrement une violation flagrante de l'équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cette exception ne doit pas servir comme arme d'une stratégie d'instance.

[62] Les avocats spéciaux cherchent également à contre-interroger les sources humaines pour vérifier la crédibilité et la fiabilité des renseignements.

[63] Il existe d'autres façons par lesquelles un avocat spécial peut vérifier la crédibilité et la fiabilité des renseignements fournis par une source humaine, qui n'exigent pas la divulgation de son identité ni sa production comme témoin par les ministres.

[64] Dans son jugement concernant le caractère raisonnable du premier certificat de sécurité désignant M. Harkat comme personne interdite de territoire au Canada en vertu de la LIPR, la juge Dawson [*Harkat (Re)*, 2005 CF 393] énonce, aux paragraphes 93 à 100, les principes pertinents pour l'évaluation des renseignements confidentiels. Elle déclare ce qui suit :

In testing evidence which cannot be disclosed for security reasons, the designated judge must adopt a principled approach to the exercise. To that end the presence or absence of corroboration, consistency of the evidence, and whether it is hearsay, are among factors to consider. To test the reliability of the evidence the judge may probe into the credibility and reliability of the source of the information. This may be done by the designated judge putting questions directly to affiants and possibly to other persons. In addition the judge may question counsel representing the Service on their submissions.

...

While not in any way commenting upon the source or sources of information of confidential information before the Court in this case, I believe that, generally, if any confidential information is provided by a human source, some relevant inquiries and areas for examination by the Court of one or more witnesses under oath may include matters such as the following: the origin and the length of the relationship between the Service and the human source; whether the source was paid for information; what is known about the source's motive for providing information; whether the source has provided information about other persons, and, if so, particulars of that; the extent to which information provided by the source has been, or is, corroborated by other evidence or information; the citizenship/immigration status of the source and whether that status has changed throughout the course of the source's relationship with the Service (to the extent that such status touches upon the source's security within Canada and their vulnerability to duress); whether the source has been subject to any form of pressure to provide information, and if so, why and by whom; whether the source has a criminal record or any outstanding criminal charges in Canada or elsewhere; the nature of any relationship between the source and the subject of the investigation; whether there is any known or inferred motive for the source to provide false information or otherwise mislead the investigation in any way. This list is not exhaustive....

[65] Consistent with the approach of Justice Dawson, in this proceeding a Service witness testified and was cross-examined by the special advocates about the value, reliability and usefulness of information provided by the human source(s). The witness also gave evidence as to the motivation of the source(s), handling issues, monetary payments made to the source(s), as well as the personal history and the history of the source(s) as a covert human intelligence source.

Lorsqu'il examine la preuve qui ne peut être divulguée pour raisons de sécurité, le juge désigné doit adopter dans cet exercice une approche structurée. Parmi les facteurs qu'il doit considérer, il y a la présence ou l'absence d'éléments concordants, la cohérence de la preuve et le point de savoir s'il s'agit d'une preuve par oui-dire. Pour dire si la preuve est ou non digne de foi, le juge peut vérifier la crédibilité et la fiabilité de la source de l'information. Pour ce faire, le juge désigné peut interroger directement les déposants et peut-être aussi d'autres personnes. Le juge peut aussi interroger sur ses observations l'avocat représentant le Service.

[...]

Je ne dirai rien des sources à l'origine des renseignements confidentiels communiqués à la Cour en l'espèce, mais j'estime que, d'une manière générale, lorsque les renseignements confidentiels en question proviennent d'une source humaine, on peut légitimement demander à des témoins assermentés l'origine et la durée des rapports entre le Service et cette source humaine; si la source a été rémunérée pour les renseignements fournis; ce qu'on sait des motifs ayant porté la source à fournir les renseignements en cause; si cette source a fourni des renseignements sur d'autres personnes et, si oui, si l'on pourrait obtenir des précisions à cet égard; la mesure dans laquelle les renseignements fournis par cette source ont pu être recoupés; la situation de la source, sur le plan de la citoyenneté ou de l'immigration, et si cette situation a changé à l'époque où elle entretenait des liens avec le Service (au point où cette situation pourrait affecter la sécurité de la source au Canada et sa vulnérabilité vis-à-vis de la contrainte); la question de savoir si c'est en réponse à d'éventuelles pressions que la source a fourni les renseignements, et si oui, d'où émanaient ces pressions; si la source faisait ou fait l'objet d'une enquête du Service ou d'un autre service de renseignement ou de police; si elle a un casier judiciaire ou est visée par une accusation pénale au Canada ou ailleurs; la nature des rapports existant entre la source et la personne faisant l'objet de l'enquête; l'existence réelle ou présumée d'un motif ayant pu porter la source à fournir de faux renseignements ou de quelque autre manière induire les enquêteurs en erreur. Cette liste n'est aucunement exhaustive [...]

[65] Conformément à l'approche proposée par la juge Dawson, un témoin du Service en l'espèce a fait une déposition et a été contre-interrogé par les avocats spéciaux au sujet de la valeur, de la fiabilité et de l'utilité des renseignements fournis par la/les source(s) humaine(s). Il a témoigné également au sujet de la motivation de la/des source(s), des questions touchant le contrôle et la rétribution financière de la/des source(s) ainsi que de ses/leurs antécédents personnels et activités en tant que source(s) humaine(s) secrète(s) de renseignement.

[66] The ministers also filed an Exhibit A with the Court which was provided to the special advocates.<sup>15</sup> Exhibit A is consistent with the testimony of the Service witness. In the Exhibit, the Service addresses the background of the human source(s), the source(s)'s motivation, meetings with the source(s)'s handlers, targeting of the source(s), source handling issues. The Exhibit also evaluates the value of the information received from the source(s) by highlighting instances of corroboration with other sources of information obtained through various investigation techniques. These techniques might include other human sources, technical sources such as intercepts, and information provided by foreign intelligence agencies.<sup>16</sup>

[67] It has been the experience of this Court that the approach set out by Justice Dawson, in combination with an examination of the Exhibit provided by the ministers in relation to the source's credibility, is consistent with the judicial duties of the designated judge and meets the requirements of fundamental justice.

[68] Special advocates raised a further issue concerning the reliability of information from the source(s) and sought further evidence from the Service [...]. The Service witness provided detailed evidence on this point. [...]

[69] Given the nature of the information provided by the Service, the cross-examination of the special advocates, the primary role of the special advocates, and the other motions for further production, I conclude that, at this time, the special advocates have not established that the production of a human source(s) as a witness in these proceedings is necessary to avoid a flagrant denial of procedural fairness.

[70] Indeed, it is only in exceptional circumstances that this Court will order the disclosure of the identity of covert human intelligence source to a special advocate and even more exceptional would be a requirement that the Service produce the source for examination during the closed portion of a certificate proceeding. Even documents supporting warrant applications pursuant to the CSIS Act, which are heard in the absence of and without notice to the public, do not refer to names of

[66] Les ministres ont également déposé devant la Cour la Pièce A, qui a été communiquée aux avocats spéciaux<sup>15</sup>. La pièce A concorde avec la déposition du témoin du Service. Dans cette pièce, le Service présente les antécédents et la motivation de la/des source(s) humaine(s), les rencontres avec les contrôleurs, le ciblage, ainsi que la question du contrôle de la/des source(s). On y fait également l'examen de la valeur des renseignements reçus en mettant en évidence des exemples de recoupement avec d'autres sources de renseignement grâce à différentes techniques d'enquête. Ces techniques peuvent comprendre d'autres sources humaines, des sources techniques telles les interceptions, et des renseignements fournis par des organismes étrangers de renseignements<sup>16</sup>.

[67] L'expérience que notre Cour a acquise veut que la démarche proposée par la juge Dawson, combinée à l'examen de la pièce fournie par les ministres concernant la crédibilité de la/des source(s), s'accorde avec les obligations judiciaires du juge désigné et réponde aux exigences de la justice fondamentale.

[68] Les avocats spéciaux ont soulevé une autre question concernant la fiabilité des renseignements fournis par la/les source(s) et ont demandé d'autres éléments de preuve de la part du Service [...]. Le témoin du Service a fourni une preuve détaillée sur ce point. [...]

[69] Vu la nature des renseignements présentés par le Service, le contre-interrogatoire par les avocats spéciaux, le rôle primordial de ces derniers et les autres requêtes en production, je conclus que, à ce stade, les avocats spéciaux n'ont pas établi que la production d'une ou de source(s) humaine(s) en l'espèce est nécessaire pour empêcher une violation flagrante de l'équité procédurale.

[70] De fait, ce n'est que dans des cas exceptionnels que notre Cour ordonnera la divulgation de l'identité d'une source humaine secrète de renseignement à un avocat spécial et l'exigence que le Service produise la source pour examen dans la partie tenue à huis clos dans une instance concernant un certificat de sécurité serait encore plus exceptionnelle. Même les documents présentés à l'appui des demandes de mandat aux termes de la Loi sur le SCRS, qui sont entendues à huis clos et

sources [...]. To facilitate the judicial decision-making process, the Service prepares a document that permits an assessment of the human source's reliability and pertinence which is similar if not identical to Exhibit A in this proceeding. [...] once the warrant application has been disposed of, it is returned to the Service so that it can be kept in a secure place to be made available upon request by a designated judge.

[71] The identity of a human source will only be confirmed or provided to the Court during a warrant application where the designated judge determines that there is a judicial need to know. The situations in which such a "need to know" will arise are rare [...].

#### The impact of renunciation on the privilege

[72] [...] The special advocates also assert that they are aware of the identity of the human source(s) [...].

[73] In *Bisaillon*, the Supreme Court stated (at pages 94-95):

The question then arose whether the informer can himself waive the exclusionary rule which protects him, as for example by revealing his identity. In his treatise *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, revised by John T. McNaughton, 1961, at p. 766, Wigmore states: "If the identity of the informer is admitted [...], then there is no reason for pretended concealment of his identity". If that is so, it is not an exception to the rule but a situation where, as Wigmore points out, the reason for the rule no longer exists, as other police informers, knowing that the disclosure was made by the informer himself or with his consent, would no longer feel threatened. Even then, I am far from being convinced that a peace officer could be asked to provide confirmation, as that would mean weakening a rule which should remain firm.

[74] Analogous to police informer privilege, I find that covert human intelligence source privilege cannot be renounced unilaterally either by the human source or by the Crown. Any renunciation must be a joint decision based on a full understanding of the consequences. Until such time as proof of a joint and informed waiver is provided to it, the Court has an obligation to protect the asserted privilege subject only to the exception set

sans avis au public, ne mentionnent pas les noms des sources [...]. Afin de faciliter le processus décisionnel judiciaire, le Service produit un document qui permet d'évaluer la fiabilité et la pertinence de la source humaine et qui est semblable, voire identique, à la pièce A en l'espèce. [...] une fois que la demande de mandat a fait l'objet d'une décision, elle est renvoyée au Service pour qu'elle soit gardée en lieu sûr et puisse être fournie sur demande du juge désigné.

[71] L'identité d'une source humaine sera confirmée ou communiquée à la Cour uniquement lors de la demande de mandat lorsque le juge désigné établit l'existence d'un besoin judiciaire de connaître. Les cas où un tel « besoin de connaître » se présentera sont rares [...].

#### Les conséquences de la renonciation au privilège

[72] [...] Les avocats spéciaux allèguent également qu'ils connaissent l'identité de la/des source(s) humaine(s) [...].

[73] Dans l'arrêt *Bisaillon*, la Cour suprême a déclaré ce qui suit (aux pages 94 et 95) :

On s'est donc demandé si l'indicateur, lui, peut renoncer à la règle d'exclusion qui le protège, par exemple en se manifestant lui-même. Dans son traité, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, révisé par John T. McNaughton, 1961, à la p. 766, Wigmore enseigne : [TRADUCTION] « Si l'identité de l'informateur est admise [...], la dissimulation prétendue de son identité n'est alors pas motivée. » Si tel est le cas, ce n'est pas une exception à la règle mais une situation où, comme Wigmore l'indique, la raison de la règle disparaît car les autres indicateurs de police ne se sentiraient pas menacés sachant que la divulgation a été faite par l'indicateur lui-même ou avec son consentement. Même alors, je suis loin d'être convaincu que l'on pourrait demander à un agent de la paix de confirmer le fait car on contribuerait par là à affaiblir une règle qui doit rester ferme.

[74] Par analogie au privilège relatif aux indicateurs de police, j'estime que ni la source humaine ni la Couronne ne peuvent renoncer unilatéralement au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement. Toute renonciation doit être une décision conjointe fondée sur une compréhension approfondie des conséquences. Tant qu'on ne lui a pas fourni la preuve d'une renonciation conjointe et éclairée, la Cour est tenue de

out above. Indeed, the Supreme Court has found that the privilege in the context of a police informer is “a legal rule of public order by which the judge is bound.” (*Bisaillon*, at page 93. The Court also stated: “if no one raises it [the privilege] the Court must apply it of its own motion.”)

[75] For all of these reasons, I come to the conclusion that the request of the special advocates that the covert human intelligence source(s) be identified and made available to them for cross-examination must be denied.

[76] There are issues which, on occasion, transcend the proceeding in which they arise. Issues that impact not only on similar proceedings but potentially on the intelligence system as a whole. The issue before me is one such question which will reverberate throughout our intelligence network—nationally and internationally. Great care must be taken by the Court in balancing the competing issues that have been reviewed in these reasons.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

The request to interview and cross-examine covert human intelligence source(s) is denied.

<sup>1</sup> The term “closed hearing” refers to hearings held pursuant to s. 83(1)(c) [of the IRPA] [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] which permits a designated judge to hear evidence in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel.

<sup>2</sup> This decision was issued in 1981, the same year as the tabling of the McDonald Commission Report [Royal Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. *Report* (3 vols.) Ottawa: Supply and Services Canada, 1981] which recommended the creation of a civilian intelligence agency.

<sup>3</sup> The top secret testimony of [...] p. 1354, lines 10–17. See also the top secret testimony of [...], given during a *closed, ex parte* session of the Federal Court in the matter of Mohamed Harkat held September 10–19, 2008, at p. 60, line 19 ff.

<sup>4</sup> [...], p.1036, lines 5–9.

protéger le privilège revendiqué sous réserve seulement de l’exception énoncée plus haut. De fait, la Cour suprême a conclu que le privilège relatif aux indicateurs de police est « une règle juridique d’ordre public qui s’impose au juge ». (*Bisaillon*, précité, à la page 93. La Cour a également déclaré : « si personne ne l’invoque, [le privilège] le juge doit l’imposer d’office ».)

[75] Pour tous ces motifs, je conclus que la demande des avocats spéciaux voulant que l’identité de la/des source(s) humaine(s) secrète(s) de renseignement soit divulguée et que celle(s)-ci soi(en)t contre-interrogée(s) doit être rejetée.

[76] Certaines questions dépassent parfois le cadre de l’instance dans laquelle elles sont soulevées, des questions qui ont une incidence non seulement sur des instances similaires, mais potentiellement sur l’ensemble du système de renseignement. C’est le cas de la question dont je suis saisi et qui se répercutera sur notre réseau de renseignement — au niveau national et international. La Cour doit accorder une attention particulière à l’évaluation des enjeux divergents examinés dans les présents motifs.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

La demande de rencontrer et de contre-interroger la/les source(s) humaine(s) secrète(s) de renseignement est rejetée.

<sup>1</sup> Le terme « audience à huis clos » s’entend d’une audience tenue en vertu de l’art. 83(1)c) [de la LIPR] [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4], qui autorise le juge désigné à entendre la preuve en l’absence du public, de l’intéressé et de son conseil.

<sup>2</sup> Cette décision a été rendue en 1981, l’année où la Commission McDonald a déposé son rapport [Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. *Rapport* (3 vols.) Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1981] qui recommandait la création d’un service de renseignement civil.

<sup>3</sup> Le témoignage très secret de [...], p. 1354, lignes 10 à 17. Voir également le témoignage très secret de [...], donné au cours de la séance à *huis clos* et *ex parte* de la Cour fédérale dans l’affaire intéressant Mohamed Harkat, tenue du 10 au 19 septembre 2008, p. 60, lignes 19 et ss.

<sup>4</sup> [...], p. 1036, lignes 5 à 9.

<sup>5</sup> [...], p. 1356, line 5 ff, and p. 1352, lines 16–19 ff.

<sup>6</sup> [...], p. 1362, line 20 to p. 1363, line 13.

<sup>7</sup> [...], p. 1388, line 15 ff, and [...], p. 77, lines 16–25.

<sup>8</sup> [...], p. 1388, line 22 to p. 1390, line 1.

<sup>9</sup> [...], p. 1353, line 24 to p. 1354, line 24.

<sup>10</sup> [...], p. 1356, line 5.

<sup>11</sup> [...], p. 1382 ff.

<sup>12</sup> [...], p. 1357, lines 12–17.

<sup>13</sup> [...], p. 1356, lines 13–24.

<sup>14</sup> Other instances in which Parliament has explicitly abrogated common law privileges are rare; examples may arguably be found in s. 36 [as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 153] of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 and s. 34 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, Item 6(1)] of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

<sup>15</sup> For an explanation of Exhibit A, please see [...] at p. 1367.

<sup>16</sup> Exhibit A is the product of the probing questions asked by the Court in other national security proceedings. It has developed over time and under judicial supervision to meet the concerns of the judges of the Court in assessing human source information.

<sup>5</sup> [...], p.1356, lignes 5 et ss., et p. 1352, lignes 16 à 19 et ss.

<sup>6</sup> [...], p. 1362, ligne 20, à la p.1363, ligne 13.

<sup>7</sup> [...], p. 1388, lignes 15 et ss., et [...], p. 77, lignes 16 à 25.

<sup>8</sup> [...], p. 1388, ligne 22, à p. 1390, ligne 1.

<sup>9</sup> [...], p. 1353, ligne 24, à la p. 1354, ligne 24.

<sup>10</sup> [...], p. 1356, ligne 5.

<sup>11</sup> [...], pp. 1382 et ss.

<sup>12</sup> [...], p. 1357, lignes 12 à 17.

<sup>13</sup> [...], p. 1356, lignes 13 à 24.

<sup>14</sup> Les autres cas où le législateur a explicitement écarté des privilèges de common law sont rares; il est possible d'en trouver des exemples dans les dispositions de l'art. 36 [mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 153] de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et de l'art. 34 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n<sup>o</sup> 6(1)] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

<sup>15</sup> Pour des explications au sujet de la pièce A, veuillez consulter [...], à la p. 1367.

<sup>16</sup> La pièce A est le produit des questions approfondies formulées par la Cour au cours d'autres instances concernant la sécurité nationale. Elle a été élaborée au fil du temps sous surveillance judiciaire pour répondre aux préoccupations des juges de la Cour relatives à l'évaluation des renseignements fournis par les sources humaines.

# 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 decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

**\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

---

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### STATUS IN CANADA

#### *Citizens*

Appeal under *Citizenship Act*, s. 14(5), R.S.C., 1985, c. C-29 from citizenship judge's decision granting Canadian citizenship to applicant—Judge considering six criteria established in *Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.), concluding applicant centralized his mode of existence in Canada, satisfying residence requirement in Act, s. 5(1)(c)—Judge finding almost all applicant's numerous absences related to his work as specialized engineer, work requiring numerous trips abroad—Before analyzing citizenship judge's decision, Court ruling on interpretation of s. 5(1)(c)—Three competing jurisprudential schools with respect thereto—According to *Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 410 (QL), open to citizenship judge to adopt either one of conflicting schools—That decision rendered in situation perceived to be temporary given statutory amendments then under consideration—Now that temporary situation concerning Act has become permanent, considering clear majority of this Court's case law, appearing appropriate to settle on one interpretation of Act, s. 5(1)(c)—Centralized mode of existence in Canada test established in *Koo (Re)* should become only test, only analysis—After analyzing current situation, answers to a number of the six questions not supporting finding that applicant centralized his mode of existence in Canada during relevant period—Citizenship judge's decision therefore not reasonable in number of respects—Appeal allowed.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. TAKLA (T-662-09, 2009 FC 1120, Mainville J., judgment dated November 2, 2009, 36 pp.)

#### *Convention Refugees*

Judicial review of decision by Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board rejecting application to reinstate refugee claim—Applicant, son arriving in Canada on June 28, 2008 from Kosovo, but husband turned back in London—RPD informing applicant that in order to leave Canada to be reunited with husband, she had to withdraw refugee claim, which she did—However, as applicant not possessing proper travel documents, not in position to join husband—Therefore seeking reinstatement of refugee claim—*Refugee Protection Divisions Rules*, SOR/2002-228, r. 53 providing that RPD must allow application to reinstate claim if it is established that there was a failure to observe a principle of natural justice, or if it is otherwise in the interests of justice to allow it—Applicant misled by RPD as she did not need to withdraw refugee claim—In the interests of justice that matter be sent back for redetermination, reinstatement—Application allowed.

CUNI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1069-09, 2009 FC 1024, Harrington J., judgment dated October 13, 2009, 7 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded***Permanent Residents*

Judicial Review of Immigration and Refugee Board Immigration Appeal Division (IAD) decision applicant subject to *Immigration and Refugee Protection Regulations* (current Regulations), SOR/2002-227, s. 98—Applicant applying for permanent resident status in Canada under entrepreneur category in 2001—Application made under *Immigration Act* (former Act), R.S.C., 1985, c. I-2, but selection decision, permanent resident visa issued after coming into force of *Immigration and Refugee Protection Act* (current Act), S.C. 2001, c. 27—Whether IAD erred in law in finding no transitional provisions allowing entrepreneur conditions under former Act, *Immigration Regulations, 1978* (former Regulations), SOR/78-172 to be imposed after coming into force of current Act—Current Act providing transitional scheme in order to address issue of applications made before its coming into force in 2002—In light of transitional provisions, current Regulations, s. 318, applicants selected under entrepreneur class under former Act required to comply with post-admission to Canada terms, conditions set out in former Regulations, ss. 23(a) to (d)—Interpretation of transitional provisions by IAD too restrictive, implying that current Regulations, s. 98 can be applied retroactively to entrepreneur applicant who filed application prior to January 1, 2002 under former Act, Regulations—Nothing in current Act, Regulations, transitional provisions supporting such proposition—Application allowed.

GJOKA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1395-09, 2009 FC 943, Beaudry J., judgment dated September 22, 2009, 17 pp.)

Judicial review of immigration officer's decision rejecting application for permanent residence under skilled worker category—Applicant, citizen of United Kingdom, including wife, two children in application—Immigration officer rejecting application because applicant did not meet requirements for immigration to Canada as only assessed 65 points (below pass mark of 67)—Applicant asking for reconsideration of education assessment on basis having completed 14 years of study (12 years for Scottish Ordinary Grades, two years post-secondary education) and as such, entitled to 20 points pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPR), SOR/2002-227, s. 78(2)(d)(i)—Immigration officer considering applicant scoring 13 years of study (worth 15 points) as Scottish Ordinary Grades could be completed in 11 years—Assessment criteria for education points set out in IRPR, s. 78—Officer's interpretation of IRPR, s. 78 reasonable, but made without regard to level of educational attainment—Officer should have looked beyond words of IRPR, ss. 78(2)(c),(d) and considered all of s. 78—Parliament alive to possibility of shortfall in years of study where educational credential valid—That special circumstance addressed in IRPR, s. 78(4)—Trigger for IRPR, s. 78(4) attainment of educational credential—S. 78(4) recognizing educational attainment of skilled workers with *bona fide* educational credentials but not specified years of study—Applicant clearly attaining two years education credential in IRPR, s. 78(2)(d)(i) by virtue of his successful completion of two years of police training—Application allowed.

MCLACHLAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4426-08, 2009 FC 975, Mandamin J., judgment dated September 28, 2009, 14 pp.)

*Persons in need of protection*

Judicial review of decision of Immigration and Refugee Board applicant not “Convention refugee” or “person in need of protection”—Consideration of application for protected person status under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), S.C. 2001, c. 27, s. 97(1)(b)(ii) requiring individualized assessment in context of existing, future risks faced by applicant, separate analysis of risk faced by other individuals from country in question—Analysis primarily entailing determination, on case-by-case basis, of real, particularized threat directed at individual—IRPA, s. 97(1)(b)(ii) not requiring that “all other individuals from that country” face risk but that risk not faced generally “by other individuals in or from that country”—Textual analysis also supported by legislative history of provision—Argument that applicant more at risk of generalized crime than rest of Haitian population because more affluent cannot succeed—Person directly victimized by crime not, based on fact alone, person in need of protection under IRPA, s. 97—Application dismissed.

INNOCENT V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-541-09, 2009 FC 1019, Mainville J., judgment dated October 8, 2009, 33 pp.)

## ENVIRONMENT

Judicial review of Minister of Fisheries and Oceans' failure to follow mandatory requirements of *Species at Risk Act* (SARA), S.C. 2002, c. 29, ss. 41(1)(c),(c.1) (re: identification of critical habitat based on best available information) with respect to Final Recovery Strategy for Nooksack Dace—Issue whether “habitat” in SARA, ss. 41(1)(c),(c.1) including defined geographic area capable of being located on map and physical, biological attributes of that area allowing species to use it for function of carrying out life processes—Applicant questioning Minister's authority to alter SARA's terms by government policy (i.e. removing critical habitat from Final Recovery Strategy)—SARA, s. 38 codification of precautionary principle found in *United Nations Convention on the Conservation of Biological Diversity* (Convention), providing that cost-effective measures to prevent reduction, loss of species should not be postponed for lack of full scientific certainty—Actions herein contrary to precautionary principle, failing to meet requirements of SARA, s. 41(1)(c)—Applicant's contextual, purposive analysis in favour of expanded definition of “habitat” adopted—Such definition required for specie's protection, conforms to values, principles of Convention—Application allowed.

ENVIRONMENTAL DEFENCE CANADA V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T-1529-07, 2009 FC 878, Campbell J., judgment dated September 9, 2009, 61 pp.)

## FISHERIES

Appeal from Federal Court decision (2008 FC 492) ordering Minister of Fisheries and Oceans to implement 2006 Management Plan for Snow Crab areas 12, 18, 25, 26—Whether Management Plan creating rights which respondents were entitled to enforce against Minister—Minister not having “public legal duty to act”—Management Plan not binding legal document, not enforceable by respondents, can only be viewed as statement, expression of Minister's intent—Minister's powers to issue Management Plan stemming from his general authority to manage fishery under *Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15, s. 4—F.C. erring in law, proceeding on wrong principle of law in finding Minister's discretion spent when Management Plan approved—Management Plan expression of policy, not decision to grant permits, thus Minister's discretion not exhausted by approval thereof—Appeal allowed—*Per* Pelletier J.A. (concurring): Management Plan not single decision, not one-time exercise of discretion—To extent Management Plan representing decisions taken, not a policy, i.e. guide to future decision making—Various rights, duties flowing from each decision taken—No right to given quota, thus no right to compensation arising purely from loss of quota.

ARSENAULT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-144-08, 2009 FCA 300, Nadon and Pelletier JJ.A., judgment dated October 20, 2009, 24 pp.)

## INCOME TAX

### INCOME CALCULATION

#### *Deductions*

Appeal from decision (2008 TCC 532) by Tax Court of Canada (T.C.C.) vacating assessments against respondent reducing or disallowing deductions claimed under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 125(1), because respondent associated with two other corporations, thereby sharing amount of limit under s. 125(1) (“business limit”) with corporations—During period at issue, all voting shares in respondent's capital stock held by 9059-3179 Québec Inc. (9059), held in turn by Fiducie Propep, with 9059 as first-ranking beneficiary, Pierre-Marc Paquette as second-ranking beneficiary—T.C.C. finding respondent not associated with two other corporations, therefore not having to share limit—T.C.C. ruling Act, s. 256(1.2)(f)(ii) (deeming Pierre-Marc Paquette owner of trust property to extent Mr. Paquette's share of accumulating income or capital from trust depended on exercise by trustees of any discretionary power), not applying because trustees not having discretion to benefit Pierre-Marc Paquette—T.C.C. losing sight of fact trustees could, in exercising discretion and at time of own choosing, wind up 9059, thereby giving rise to Pierre-Marc Paquette's right as sole beneficiary—Thus, during relevant period, trustees could benefit Pierre-Marc Paquette in exercising discretion—T.C.C. failing to consider income interest in trust, even when subject to condition, regarded as absolute right for purposes of Act—Conclusion following from definition of “income interest” in Act, s. 108(1)—T.C.C. also failing to consider expression “beneficially interested” in Act, s. 248(25)—Person with contingent right to trust capital or income “beneficially interested” for purposes of Act—Appeal allowed.

PROPEP INC. V. CANADA (A-546-08, 2009 FCA 274, Noël J.A., judgment dated September 24, 2009, 12 pp.)

**INCOME TAX—Concluded****PENALTIES**

Appeal from decision of Federal Court (2008 FC 1142) setting aside decision of M.N.R. refusing request under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(3.1) to cancel certain interest, penalties payable by respondent (Slau Limited) with respect to 1988–1990 taxation years—Respondent reassessed as result of 1992 audit—Reaching settlement agreement with Canada Revenue Agency (CRA) in 1996—In furtherance of settlement, respondent filing revised financial statements in which carrybacks of certain amounts of non-capital losses specified (loss carrybacks)—Notices of reassessment issued by CRA not implementing loss carrybacks—Effect of M.N.R.’s failure to implement respondent’s loss carrybacks clear, resulting in interest accrual—Application judge making no error in holding that M.N.R.’s refusal to cancel post-December 1, 1996 accrued interest unreasonable, but erring by imposing single mandated outcome upon M.N.R.—Appeal allowed.

SLAU LTD. v. CANADA (REVENUE AGENCY) (A-560-08, 2009 FCA 270, Ryer J.A., judgment dated September 22, 2009, 15 pp.)

**PATENTS**

Judicial review of Commissioner of Patents decision refusing to substitute incorrect figures submitted by applicant in support of its Canadian patent application No. 2373253 pursuant to *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 8—U.S. application successful, patent issued, but corresponding international patent application (PCT) filed with incorrect set of figures (i.e. not the same figures as those filed with U.S. application)—PCT then entering national phase in Canada—Canadian examiner’s report advising applicant that figures filed with application incorrect—Applicant submitting affidavit stating that incorrect figures due to unintentional clerical error, requesting Commissioner replace incorrect figures pursuant to Act, s. 8—This request refused—Commissioner not erring in applying definition of “clerical error” articulated in *Bayer Aktiengesellschaft v. Commissioner of Patents*, [1981] 1 F.C. 656 (T.D.)—Case law not extending definition beyond errors “mechanical in nature and made without thought” (*Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2008 FC 825)—Such understanding reinforced by French text of Act, s. 8—Error leading to the filing of incorrect figures in patent application not clerical error—Application dismissed.

SCANNEX TECHNOLOGIES, LLC v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-166-09, 2009 FC 1068, Tremblay-Lamer J., judgment dated October 21, 2009, 11 pp.)

**PENITENTIARIES**

Judicial review challenging legality of Directive No. 259 – Exposure to Second-Hand Smoke (Directive 259) issued by Commissioner of Correctional Service of Canada (CSC) under purported authority of *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 97, 98—Directive completely prohibiting smoking, possession of smoking items within perimeter of penitentiaries, including Community Correctional Centres, with exception of tobacco, ignition sources necessary for Aboriginal religious, spiritual practices—Being unable to avail themselves of exception, applicants asking Court to declare Directive 259 void, unconstitutional or unreasonable, in whole or in part—Given latter involving formal delegated power potentially significantly affecting conditions of detention, lives of offenders serving sentences in a penitentiary, legality of any rule covered by Act, ss. 97, 98 subject to respect for fundamental principles referred to in Act, ss. 3, 4—According to evidence, smoking outdoors posing no risk to health of others—No rational link between prohibiting smoking outside of CSC facilities, right of non-smokers to not be exposed to second-hand smoke—Total ban at odds with Act, also unjustifiable, unreasonable under circumstances—Prohibition on inmates smoking outdoors being null, void, contrary to Act—Application allowed.

MERCIER v. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE) (T-533-08, T-1017-08, 2009 FC 1071, Martineau J., judgment dated October 23, 2009, 11 pp.)

**PRACTICE**

## PLEADINGS

*Motion to Strike*

Motion by defendants pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 221(1) for order striking amended statement of claim on ground disclosing no reasonable cause of action—Plaintiffs seeking to recover amounts of GST remitted to government as GST on exempt disbursements, passed on to clients—Statement of claim alleging tort of misfeasance in public office—Such tort founded on vicarious liability—Necessary to identify specific officer responsible for alleged misfeasance—Plaintiffs failing to do so—Also failing to plead material facts supporting conclusion alleged illegal acts deliberate, known to be illegal by public officer, intended to harm plaintiffs—No cause of action in “wrongful receipt” or for “monies wrongfully taken”—Supreme Court of Canada in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3 not creating common law remedy to recover taxes where *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 12, *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 312 supplanting such remedy—*Excise Tax Act* providing Tax Court of Canada with jurisdiction over recovery of any money collected as GST—Federal Court not acquiring jurisdiction in matters of GST simply because plaintiffs failed to object to payment of GST on certain disbursements, appeal to Tax Court of Canada—Federal Court thus not having jurisdiction to hear proposed class action to recover money collected as GST—In reality, action challenge to tax assessment—As *Excise Tax Act* providing administrative remedies for disputes regarding GST, issues of whether any GST paid by plaintiffs not legally exigible outside Court’s jurisdiction—Motion granted.

MERCHANT LAW GROUP V. CANADA (REVENUE AGENCY) (T-1761-07, 2009 FC 755, Kelen J., judgment dated August 31, 2009, 29 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

**\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.**

---

## BREVETS

Contrôle judiciaire de la décision du commissaire aux brevets refusant de substituer les chiffres erronés que la demanderesse a transmis à l'appui de sa demande de brevet canadien n° 2373253 en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4—La demande déposée aux É.-U. a été accueillie et le brevet a été délivré, mais la demande internationale (PCT) correspondante contenait une série de chiffres erronés (c.-à-d. que les chiffres différaient de ceux paraissant dans la demande déposée aux É.-U.)—La demande PCT entrait alors en phase nationale au Canada—Dans son rapport, l'examineur canadien a indiqué à la demanderesse que les chiffres remis avec la demande étaient erronés—La demanderesse a produit un affidavit dans lequel elle a précisé que les chiffres erronés étaient attribuables à une erreur d'écriture involontaire et a demandé au commissaire de remplacer les chiffres erronés conformément à l'art. 8 de la Loi—Cette demande a été rejetée—Le commissaire n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a appliqué la définition d'« erreur d'écriture » formulée dans l'affaire *Bayer Aktiengesellschaft c. Commissioner of Patents*, [1981] 1 C.F. 656 (1<sup>re</sup> inst.)—La jurisprudence n'étend pas le sens de la définition au-delà d'une erreur qui est « de nature mécanique et [qui est] commise sans réfléchir » (*Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2008 CF 825)—Le libellé français de l'art. 8 de la Loi étaye cette interprétation—L'erreur qui a mené à la production de chiffres erronés dans la demande de brevet ne constituait pas une erreur d'écriture—Demande rejetée.

SCANNEX TECHNOLOGIES, LLC C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-166-09, 2009 CF 1068, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 21 octobre 2009, 11 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### STATUT AU CANADA

#### *Citoyens*

Appel en vertu de l'art. 14(5) de la *Loi sur la Citoyenneté*, L.R.C (1985), ch. C-29 de la décision d'un juge de la citoyenneté d'attribuer la citoyenneté canadienne au défendeur—Le juge a tenu compte des six critères établis dans la décision *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1<sup>re</sup> inst.) et a conclu que le demandeur a centralisé son mode de vie au Canada et qu'il satisfait donc à l'exigence de résidence à l'art. 5(1)c) de la Loi—Selon le juge, les nombreuses absences du demandeur étaient presque toutes liées à son travail d'ingénieur spécialisé, un travail qui requiert de nombreux voyages à l'étranger—Avant de procéder à l'analyse de la décision du juge de la citoyenneté, la Cour s'est prononcée concernant l'interprétation de l'art. 5(1)c)—Trois écoles jurisprudentielles s'affrontent à cet égard—Selon la décision *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 410 (QL), le juge de la citoyenneté peut adhérer à l'une ou l'autre des écoles contradictoires—Cette décision fut rendue dans le cadre d'une situation qui était perçue comme transitoire vu les modifications législatives qui étaient alors à l'étude—Maintenant que la situation transitoire concernant la Loi est devenue permanente et compte tenu de la jurisprudence

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

nettement majoritaire de cette Cour, il apparaît approprié de fixer une interprétation unique de l'art. 5(1)c) de la Loi—Ainsi, le critère de la centralisation du mode de vie au Canada établi dans la décision *Koo (Re)* devrait devenir l'unique critère et l'unique analyse applicables—Après avoir analysé la situation présente, les réponses à plusieurs des six questions ne permettent pas de conclure que le défendeur ait centralisé son mode de vie au Canada durant la période pertinente—La décision du juge de la citoyenneté n'est donc pas raisonnable à plusieurs égards—Appel accueilli.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. TAKLA (T-662-09, 2009 CF 1120, juge Mainville, jugement en date du 2 novembre 2009, 36 p.)

*Personnes à protéger*

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié concluant que la demanderesse n'avait « ni la qualité de réfugié au sens de la Convention » ni celle de « personne à protéger »— Pour traiter une demande de statut de personne à protéger en vertu de l'art. 97(1)b)(ii) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), L.C. 2001, ch. 27, il faut procéder à un examen personnalisé dans le contexte des risques existants et prospectifs auxquels le demandeur est exposé, en plus d'une analyse distincte du risque auquel d'autres personnes originaires du pays en cause sont exposées— Cette analyse porte principalement sur la détermination, au cas par cas, d'une menace réelle et particularisée visant l'individu— L'art. 97(1)b)(ii) de la LIPR n'exige pas que « toutes les autres personnes originaires de ce pays » soient exposées au risque, mais bien que « d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent » ne soient pas généralement exposées— Cette analyse textuelle est également étayée par l'étude de l'historique législatif de cette disposition— L'argument selon lequel la demanderesse est plus exposée que le reste de la population haïtienne au banditisme généralisé parce qu'elle est mieux nantie ne peut être retenu— Une personne directement victime de criminalité n'est pas de ce simple fait une personne à protéger au sens de l'art. 97 de la LIPR— Demande rejetée.

INNOCENT C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-541-09, 2009 CF 1019, juge Mainville, jugement en date du 8 octobre 2009, 33 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande de rétablissement de la demande d'asile— La demanderesse est arrivée au Canada avec son fils le 28 juin 2008 du Kosovo, mais son mari a été retourné à Londres— La SPR a annoncé à la demanderesse qu'elle devait retirer sa demande d'asile, ce qu'elle a fait, afin de quitter le Canada pour être réunie avec son mari— Cependant, la demanderesse, ne possédant pas les bons documents de voyage, n'était pas en mesure de rejoindre son mari— Elle a donc demandé le rétablissement de sa demande d'asile— La règle 53 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, dispose que la SPR doit accueillir la demande de rétablissement d'une demande d'asile sur preuve du manquement à un principe de justice naturelle, ou s'il est par ailleurs dans l'intérêt de la justice de le faire— La SPR a induit la demanderesse en erreur puisque cette dernière n'avait pas à retirer sa demande d'asile— Il est dans l'intérêt de la justice de renvoyer l'affaire pour nouvelle décision et rétablissement— Demande accueillie.

CUNI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1069-09, 2009 CF 1024, juge Harrington, jugement en date du 13 octobre 2009, 7 p.)

*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que le demandeur était visé par l'art. 98 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement actuel), DORS/2002-227— En 2001, le demandeur a déposé une demande de résidence permanente au Canada à titre d'entrepreneur— La demande a été présentée en vertu de la *Loi sur l'immigration* (l'ancienne Loi), L.R.C. (1985), ch. I-2, mais la décision de sélection et le visa de résident permanent ont été prononcés et délivrés après l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi actuelle), L.C. 2001, ch. 27— Il s'agissait de savoir si la SAI a commis une erreur

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

de droit en statuant qu'aucune disposition transitoire ne prévoyait l'imposition des conditions relatives aux entrepreneurs énoncées dans l'ancienne Loi et le *Règlement sur l'immigration de 1978* (l'ancien Règlement), DORS/78-172 après la prise d'effet de la Loi actuelle—La Loi actuelle prévoit un régime transitoire pour traiter des demandes présentées avant son entrée en vigueur en 2002—À la lumière des dispositions transitoires et de l'art. 318 du Règlement actuel, les demandeurs choisis à titre d'entrepreneurs sous le régime de l'ancienne Loi doivent se conformer à des conditions postérieures à l'admission au Canada énoncées aux art. 23*a*) à *d*) de l'ancien Règlement—L'interprétation qu'a faite la SAI des dispositions transitoires était trop restrictive et donnait à penser que l'art. 98 du Règlement actuel pouvait s'appliquer rétroactivement au demandeur à titre d'entrepreneur qui a déposé une demande avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 en vertu de l'ancienne Loi et de l'ancien Règlement—Rien dans la Loi actuelle, le Règlement actuel et les dispositions transitoires n'étaye cette assertion—Demande accueillie.

GJOKA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1395-09, 2009 CF 943, juge Beaudry, jugement en date du 22 septembre 2009, 17 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de l'agente d'immigration rejetant la demande de résidence permanente faite au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés—Le demandeur, un citoyen du Royaume-Uni, a inclus son épouse et leurs deux enfants dans sa demande—L'agente d'immigration a rejeté la demande parce que le demandeur ne satisfaisait pas aux conditions requises pour immigrer au Canada, ayant seulement obtenu 65 points (en deçà de la note de passage de 67 points)—Le demandeur a demandé un réexamen de l'évaluation des études au motif qu'il avait terminé 14 années d'études (12 années au titre d'études ordinaires écossaises et 2 années d'études postsecondaires) et qu'il avait, à ce titre, droit à 20 points selon l'art. 78(2*d*)(i) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le RIPR), DORS/2002-227—L'agente d'immigration a estimé que le demandeur ne comptait que 13 années d'études (représentant 15 points) parce que les études ordinaires écossaises peuvent être terminées en 11 années—Les critères d'évaluation des points pour études sont exposés à l'art. 78 du RIPR—L'interprétation qu'a faite l'agente de l'art. 78 du RIPR était raisonnable, mais ne tenait pas compte du niveau d'instruction—L'agente aurait dû aller au-delà du libellé des art. 78(2*c*) et *d*) du RIPR et tenir compte de l'ensemble de l'art. 78—Le législateur était attentif à la possibilité d'un manque à gagner au chapitre des études lorsque le diplôme est valable—L'art. 78(4) du RIPR traite de ces circonstances spéciales—L'obtention du diplôme donne ouverture à l'application de l'art. 78(4) du RIPR—L'art. 78(4) reconnaît le niveau d'instruction des travailleurs qualifiés titulaires de diplômes authentiques, mais qui n'ont pas accumulé le nombre d'années d'études exigé—Le demandeur a manifestement obtenu le diplôme de deux ans dont il est question à l'art. 78(2*d*)(i) du RIPR puisqu'il a réussi la formation policière de deux ans—Demande accueillie.

McLACHLAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4426-08, 2009 CF 975, juge Mandamin, jugement en date du 28 septembre 2009, 14 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Contrôle judiciaire de la non-observation, par le ministre des Pêches et des Océans, des exigences obligatoires énoncées aux art. 41(1*c*) et *c.1*) de la *Loi sur les espèces en péril* (la LEP), L.C. 2002, ch. 29 (désignation de l'habitat essentiel en se fondant sur la meilleure information accessible) relativement au Programme de rétablissement pour le naseux de Nooksack—Il s'agissait de savoir si l'« habitat » dont il est question aux art. 41(1*c*) et *c.1*) de la LEP comprend une aire géographique délimitée pouvant être située sur une carte et dont les caractéristiques physiques et biologiques permettent aux espèces de l'utiliser pour survivre—Les demandeurs remettent en question l'autorité du ministre de modifier les dispositions de la LEP au moyen d'une politique gouvernementale (c.-à-d. l'élimination de l'habitat essentiel du programme de rétablissement)—L'art. 38 de la LEP constitue une codification du principe de précaution énoncé dans la *Convention des Nations Unies sur la diversité biologique* (la Convention) selon lequel le manque de certitude scientifique ne doit pas être prétexte à retarder la prise de mesures efficaces pour prévenir la disparition ou la décroissance d'une espèce—Les mesures prises en l'espèce contrevenaient au principe de précaution et ne satisfaisaient pas aux exigences de l'art. 41(1*c*) de la LEP—Adoption de l'analyse contextuelle et téléologique des requérants en faveur d'une définition étendue du terme « habitat »—Cette définition était nécessaire pour protéger l'espèce et se conformait aux valeurs et principes de la Convention—Demande accueillie.

ENVIRONMENTAL DEFENCE CANADA C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (T-1529-07, 2009 CF 878, juge Campbell, jugement en date du 9 septembre 2009, 61 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel à l'encontre d'une décision (2008 CCI 532) rendue par la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) annulant les cotisations émises à l'encontre de l'intimée, lesquelles diminuaient ou annulaient les déductions réclamées en vertu de l'art. 125(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 au motif que l'intimée était associée à deux autres sociétés et devait partager avec elles le montant limite de la déduction permise en vertu de l'art. 125(1) (la déduction accordée aux petites entreprises)—Pendant la période en litige, la totalité des actions votantes du capital-actions de l'intimée était détenue par la société 9059-3179 Québec Inc. (9059), laquelle était détenue à son tour par la Fiducie Propep, dont les bénéficiaires étaient la société 9059 au 1<sup>er</sup> rang et Pierre-Marc Paquette au 2<sup>e</sup> rang—La C.C.I. a conclu que l'intimée n'était pas associée aux deux autres sociétés de sorte qu'elle n'avait pas à partager ce plafond—La C.C.I. a écarté l'application de l'art. 256(1.2)f(ii) de la Loi (selon lequel Pierre-Marc Paquette était réputé être propriétaire des biens de la fiducie dans la mesure où sa part du revenu ou du capital accumulé de la fiducie était conditionnelle à l'exercice par les fiduciaires d'un pouvoir discrétionnaire) au motif que les fiduciaires n'avaient pas la discrétion d'avantager Pierre-Marc Paquette—La C.C.I. a perdu de vue le fait que les fiduciaires pouvaient, dans l'exercice de leur discrétion et au moment de leur choix, liquider la société 9059, donnant ainsi ouverture au droit de Pierre-Marc Paquette en tant qu'unique bénéficiaire—Il s'ensuit que pendant la période pertinente, les fiduciaires pouvaient, par l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, avantager Pierre-Marc Paquette—La C.C.I. n'a pas tenu compte du fait qu'aux fins de la Loi, le droit de participer au revenu d'une fiducie, même lorsqu'il est assujéti d'une condition, est considéré comme étant absolu—C'est ce qui découle de l'expression « participation au revenu » à l'art. 108(1) de la Loi—La C.C.I. n'a pas non plus tenu compte de l'expression « droit de bénéficiaire » à l'art. 248(25) de la Loi—Une personne ayant un droit conditionnel soit au capital ou au revenu d'une fiducie, possède aux fins de la Loi un « droit de bénéficiaire »—Appel accueilli.

PROPEP INC. C. CANADA (A-546-08, 2009 CAF 274, juge Noël, jugement en date du 24 septembre 2009, 12 p.)

**PÉNALITÉS**

Appel de la décision (2008 CF 1142) par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision du M.R.N. refusant la demande présentée en application de l'art. 220(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, pour annuler des intérêts et des pénalités payables par l'intimée (Slau Limited) pour les années d'imposition 1988 à 1990—À la suite d'une vérification effectuée en 1992, une nouvelle cotisation a été établie à l'égard de l'intimée—Cette dernière a conclu un accord de règlement avec l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) en 1996—En exécution de l'accord de règlement, l'intimée a produit des états financiers révisés dans lesquels le report prospectif de certains montants de pertes en capital a été précisé (le report prospectif des pertes)—Les avis de cotisation établis par l'ARC ne donnaient pas effet au report prospectif des pertes—La conséquence de l'omission du M.R.N. de mettre en œuvre le report prospectif des pertes de l'intimée était évidente et a entraîné l'accumulation des intérêts—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que le refus du M.R.N. d'annuler les intérêts courus après le 1<sup>er</sup> décembre 1996 était déraisonnable, mais il a commis une erreur en imposant un résultat unique au M.R.N.—Appel accueilli.

SLAU LTD. C. CANADA (AGENCE DU REVENU) (A-560-08, 2009 CAF 270, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 22 septembre 2009, 15 p.)

**PÊCHES**

Appel de la décision (2008 CF 492) par laquelle la Cour fédérale a ordonné au ministre des Pêches et des Océans de mettre en œuvre le plan de gestion de la pêche du crabe des neiges de 2006 pour les zones 12, 18, 25 et 26—Il s'agissait de savoir si le plan de gestion créait des droits que les intimés pouvaient faire valoir contre le ministre—Le ministre n'avait pas l'« obligation légale d'agir »—Le plan de gestion n'était pas un document juridique obligatoire que les intimés pouvaient faire exécuter; il ne pouvait être interprété que comme une déclaration et une expression de l'intention du ministre—Les pouvoirs du ministre de prendre le plan de gestion découlent de ses attributions générales de gérer les pêches en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), ch. F-15—La C.F. a commis une erreur de droit, se fondant sur le mauvais principe de droit,

## PÊCHES —Fin

lorsqu'elle a statué que le pouvoir discrétionnaire du ministre était épuisé lorsque le plan de gestion a été approuvé—Le plan de gestion constitue une manifestation d'une politique, pas une décision d'accorder des permis, et le pouvoir discrétionnaire du ministre n'était donc pas épuisé du fait de son approbation—Appel accueilli—Selon le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concourants) : Le plan de gestion ne constituait pas une décision unique et n'était donc pas un exercice unique du pouvoir discrétionnaire—Dans la mesure où le plan de gestion représentait les décisions prises, il ne constituait pas une politique, c'est-à-dire un guide en vue de la prise de décisions futures—Divers droits et diverses obligations découlaient de chaque décision prise—Comme il n'y avait aucun droit à un quota donné, il n'y avait aucun droit à une indemnisation découlant purement de la perte du quota.

ARSENAULT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-144-08, 2009 CAF 300, juges Nadon et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 20 octobre 2009, 24 p.)

## PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire contestant la légalité de la Directive n° 259 – Exposition à la fumée secondaire (la directive 259) établie par le commissaire du Service correctionnel du Canada (SCC) sous l'autorité présumée des art. 97 et 98 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20—Cette directive interdit totalement l'usage du tabac et la possession d'articles de fumeur dans le périmètre des pénitenciers, y compris les centres correctionnels communautaires, exception faite du tabac et des sources d'allumage nécessaires aux pratiques spirituelles autochtones ou religieuses—Ne pouvant se prévaloir de cette exception, les demandeurs demandent à la Cour de déclarer la directive 259 nulle, inconstitutionnelle ou déraisonnable, en totalité ou en partie—S'agissant de l'exercice d'un pouvoir normatif délégué pouvant affecter considérablement les conditions de détention et de vie des délinquants purgeant une peine d'emprisonnement dans un pénitencier, la légalité de toute règle ou directive visée aux art. 97 et 98 de la Loi demeure subordonnée au respect des principes fondamentaux mentionnés aux art. 3 et 4 de la Loi—Selon la preuve, le fait de fumer à l'extérieur ne cause à autrui aucun risque de santé—L'interdiction de fumer à l'extérieur des bâtiments du SCC n'a aucun lien rationnel avec le droit des non-fumeurs de ne pas être exposés à la fumée secondaire—La prohibition totale va à l'encontre de la Loi, en plus d'être injustifiable et déraisonnable dans les circonstances—L'interdiction aux détenus de fumer à l'extérieur est nulle, contraire à la Loi et sans effet—Demande accueillie.

MERCIER C. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL) (T-533-08, T-1017-08, 2009 CF 1071, juge Martineau, jugement en date du 23 octobre 2009, 11 p.)

## PRATIQUE

### ACTES DE PROCÉDURE

#### *Requête en radiation*

Requête présentée par les défendeurs en vertu de la règle 221(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, en vue d'obtenir une ordonnance en radiation de la déclaration modifiée au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable—Les requérants sollicitaient le remboursement de la TPS remise au gouvernement au titre de TPS sur des débours exemptés et refilée aux clients—La déclaration contenait une allégation de délit de faute dans l'exercice d'une charge publique—Ce délit repose sur la responsabilité du fait d'autrui—Il fallait identifier l'agent responsable de la prétendue faute—Les requérants ne l'ont pas fait—En outre, ils n'ont pas invoqué de faits importants étayant la conclusion portant que les présumés actes illégaux étaient délibérés, que le fonctionnaire savait qu'ils étaient illégaux et qu'ils étaient conçus pour nuire aux requérants—Aucune cause d'action au titre de somme reçue injustement ou emparée à tort—Dans l'arrêt *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, la Cour suprême du Canada n'a pas créé de recours en common law pour recouvrer de l'impôt lorsque l'art. 12 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, et l'art. 312 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, remplacent ce recours—La *Loi sur la taxe d'accise* confère à la Cour canadienne de l'impôt compétence sur le recouvrement de sommes perçues au titre de la TPS—La Cour fédérale n'acquiert pas compétence en matière de TPS du simple fait que les requérants ne se sont pas opposés au versement de la TPS sur certains débours et n'ont pas interjeté appel à la

**PRATIQUE—Fin**

Cour canadienne de l'impôt—La Cour fédérale n'a donc pas compétence pour instruire le recours collectif envisagé en vue du recouvrement des sommes perçues au titre de la TPS—En fait, il s'agissait d'une opposition à l'avis d'imposition—Comme la *Loi sur la taxe d'accise* prévoit des recours administratifs relativement aux différends en matière de TPS, les questions de savoir si la TPS versée par les requérants n'était pas légalement exigible ne relèvent pas de la compétence de la Cour—Requête accueillie.

MERCHANT LAW GROUP C. CANADA (AGENCE DU REVENU) (T-1761-07, 2009 CF 755, juge Kelen, jugement en date du 31 août 2009, 29 p.)