



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2009, Vol. 2, Part 2

2009, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2009] 2 F.C.R., 237–413

Renvoi [2009] 2 R.C.F., 237–413

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

A. DAVID MORROW, Smart & Biggar

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 Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2009.

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

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

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2009.

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'arrêtiŕiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2899.

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to 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 Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, 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.gc.ca>

CONTENTS

Judgments	237-413
Digests	D-5

Schering-Plough Canada Inc. v. Pharmascience Inc. (F.C.A.)	237
---	------------

Practice—Applications—Appeal from Federal Court decision striking Sepracor Inc.’s notice of appearance, as respondent patentee in prohibition application, for non-compliance with r. 305, Form 305 of *Federal Courts Rules*—R. 305 providing respondent wishing to oppose application shall file notice of appearance in Form 305—Sepracor Inc.’s notice of appearance indicating intent to participate in, instead of opposing, application—R. 305 impliedly permitting respondents not opposing application to file notice of appearance by modifying Form 305 to reflect their interest in proceedings—Sepracor Inc.’s form adequate, although preferable to unequivocally state position—Respondents not required to apply to be added as applicant or intervenor in order to participate in proceedings—Issues of

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l’arrêtiériste 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 gouvernementaux, 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.

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

SOMMAIRE

Jugements	237-413
Fiches analytiques	F-5

Schering-Plough Canada Inc. c. Pharmascience Inc. (C.A.F.)	237
---	------------

Pratique—Demandes—Appel de la décision de la Cour fédérale dans laquelle l’avis de comparution de Sepracor Inc., en sa qualité de brevetée défenderesse dans le cadre d’une demande d’interdiction, a été radié parce qu’il ne respectait pas la règle 305 et la formule 305 des *Règles des Cours fédérales*—La règle 305 précise que le défendeur qui entend s’opposer à la demande dépose un avis de comparution établi selon la formule 305—L’avis de comparution de Sepracor Inc. indiquait qu’elle entendait participer à la demande au lieu de déclarer qu’elle s’y opposait—La règle 305 permet implicitement aux défendeurs qui ne s’opposent pas à la demande de déposer un avis de comparution en modifiant la formule 305 pour refléter les intérêts qu’ils défendent—La formule employée par Sepracor

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

procedural fairness and procedural orderliness dealt with as they arise.

Construction of Statutes—*Federal Courts Rules*, r. 305—R. 305 explicitly requiring respondents opposing an application to file notice of appearance in Form 305, and impliedly permitting respondents not opposing application to file notice of appearance in form reflecting their interest.

Judges and Courts—Conclusions of Federal Court in previous cases at odds with two decisions of Judges of Federal Court of Appeal sitting as motions Judges—As not decisions of Court, no issue of Court being bound by own case law.

**Canadian Pacific Railway Co. v. Canada
(Transportation Agency) (F.C.A.) 253**

Transportation—Appeal from Canadian Transportation Agency decision granting application for authority to construct above-ground safety valves for natural gas pipeline where pipeline running under railway right of way, parallel to railway track—Under *Canada Transportation Act*, s. 101(3) Agency may authorize construction of “utility crossing” defined in s. 100 in relation to railway line—Given statutory context, “railway line” intended to include right of way on which railway track located—Portions of pipeline on which safety valves to be constructed within definition of “utility crossing” in Act, s. 100—Agency’s interpretation reasonable—Appeal dismissed.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Appeal from Canadian Transportation Agency decision granting application for authority to construct above-ground safety valves for natural gas pipeline where pipeline running under Canadian Pacific Railway Company (CPR) railway right of way, parallel

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Inc. était appropriée, même s’il aurait été préférable qu’elle expose sa position de façon plus catégorique—Les défendeurs ne seraient pas tenus de présenter une requête en vue d’être constitués parties à l’instance à titre de demandeurs ou d’intervenants—Les questions au sujet de l’équité procédurale et du bon déroulement de l’instance peuvent être traitées au fur et à mesure qu’elles surgissent.

Interprétation des lois—*Règle 305 des Règles des Cours fédérales*—La règle 305 oblige explicitement les défendeurs qui s’opposent à la demande de déposer un avis de comparution établi selon la formule 305 et permet implicitement aux défendeurs qui ne s’opposent pas à la demande de déposer un avis de comparution qui reflète les intérêts qu’ils défendent.

Juges et Tribunaux—Les conclusions de la Cour fédérale dans des décisions antérieures vont à l’encontre de deux décisions rendues par des juges de la Cour d’appel fédérale siégeant en qualité de juge des requêtes—Comme il ne s’agissait pas de décisions de la Cour, il n’était pas question que la Cour soit liée par sa propre jurisprudence.

**Cie de chemin de fer Canadien Pacifique c.
Canada (Office des transports) (C.A.F.) 253**

Transports—Appel de la décision par laquelle l’Office des transports du Canada a accueilli la demande présentée en vue d’obtenir l’autorisation de construire, pour un gazoduc, des installations munies de valves hors sol à des endroits où le gazoduc passe sous l’emprise du chemin de fer, parallèlement à la voie ferrée—En vertu de l’art. 101(3) de la *Loi sur les transports au Canada*, l’Office peut autoriser la construction d’un « franchissement par desserte », qui est défini à l’art. 100 par rapport à une ligne de chemin de fer—Compte tenu du contexte de la loi, l’expression « ligne de chemin de fer » vise à inclure l’emprise sur laquelle se trouve la voie ferrée—Les parties du gazoduc sur lesquelles les installations munies d’une valve doivent être construites répondent à la définition de « franchissement par desserte » que l’on trouve à l’art. 100 de la Loi—L’interprétation de l’Office était raisonnable— Appel rejeté.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Appel de la décision par laquelle l’Office des transports du Canada a accueilli la demande présentée en vue d’obtenir l’autorisation de construire, pour un gazoduc, des installations munies d’une valve hors sol aux endroits où le gazoduc passe

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to railway track—Since Supreme Court of Canada’s decision in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, standard of review in appeal from Agency’s decision on question of statutory interpretation of provision defining Agency’s jurisdiction no longer correctness but reasonableness.

Devil’s Gap Cottagers (1982) Ltd. v. Rat Portage Band No. 38B (F.C.) 267

Federal Court Jurisdiction—Judicial review of decision by Chief and Council of Rat Portage Band No. 38B (First Nation) not to extend lease of parcel of reserve lands to Devil’s Gap Cottagers (1982) Ltd. (Cottagers)—*Federal Courts Act* (Act), s. 18(1) vesting exclusive original jurisdiction in Federal Court to issue certain relief against certain federal boards, commissions or other tribunals—“[F]ederal board, commission or other tribunal” defined in Act, s. 2(1) as meaning entities exercising powers conferred under Act of Parliament—Chief and Council not acting as “federal board, commission or other tribunal” when making impugned decision—Power to refuse to extend lease not flowing from any grant of statutory authority, but from First Nation’s inherent interest in lands and reservation of rights to consent to any lease of reserve lands in Treaty No. 3—Accordingly, no jurisdiction to review decision—Application dismissed.

Aboriginal Peoples—Lands—Inherent interest in lands—Respondent First Nation reserving, in Treaty No. 3, rights to consent to any lease of reserve lands.

Construction of Statutes—*Federal Courts Act*, ss. 2(1), 18(1)—Meaning of phrase “federal board, commission or other tribunal”—Source or character of power being exercised determining whether entity acting as “federal board, commission or other tribunal” and therefore subject to review.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sous l’emprise de la compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique (CP), parallèlement à la voie ferrée—Depuis que la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l’arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, la norme de contrôle applicable dans le cadre d’un appel interjeté à l’encontre d’une décision de l’Office portant sur une question d’interprétation d’une disposition législative qui définit la compétence de l’Office n’est plus la norme de la décision correcte, mais plutôt celle de la norme de la décision raisonnable.

Devil’s Gap Cottagers (1982) Ltd. c. Bande de Rat Portage n° 38B (C.F.) 267

Compétence de la Cour fédérale—Contrôle judiciaire de la décision du chef et du conseil de la bande de Rat Portage n° 38B (la Première nation) de ne pas prolonger le bail visant une parcelle de terrain, qui fait partie des terres de réserve de la Première nation, à Devil’s Gap Cottagers (1982) Ltd. (Cottagers)—L’art. 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* (la Loi) confère à la Cour fédérale compétence exclusive, en première instance, pour accorder certaines réparations contre tout office fédéral—Le terme « office fédéral » est défini à l’art. 2(1) de la Loi comme étant une entité exerçant des pouvoirs prévus par une loi fédérale—Le chef et le conseil n’agissaient pas à titre d’« office fédéral » lorsqu’ils ont pris la décision contestée—Le pouvoir de refuser de prolonger le bail n’a découlé d’aucun octroi de pouvoir légal; il résulte plutôt du droit inhérent de la Première nation dans ses terres et de la réserve, faite aux termes du Traité n° 3, de ses droits de consentir à toute location de terres de réserve—La Cour n’avait donc pas compétence pour contrôler la décision—Demande rejetée.

Peuples autochtones—Terres—Droit inhérent dans les terres—La Première nation défenderesse a conservé, en vertu du Traité n° 3, le droit de consentir à toute location de terres de réserve.

Interprétation des lois—Art. 2(1) et 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*—Sens attribué au terme « office fédéral »—La source ou le caractère du pouvoir exercé détermine si une entité agit à titre d’« office fédéral » et peut donc être visée par un contrôle.

Suite à la page suivante

G.D. Searle & Co. v. Canada (Minister of Health) (F.C.)	293
--	------------

Patents—Practice—Judicial review of removal of Canadian Patent No. 2319201 ('201 patent) from Patent Register following October 5, 2006 amendments to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations)—Pfizer Canada Inc. manufacturing, marketing “Celebrex®”, containing medicinal ingredient celecoxib—Notice of compliance (NOC) issued for celecoxib for certain uses—Pfizer also issued NOC after filing supplementary new drug submission (SNDS) 072375, which described new use of “Celebrex®”—'201 patent listed against SNDS 072375 on Patent Register since containing claim for celecoxib (formulation)—Subject to amended Regulations based on date submitted for listing—Whether NOC “medicinal ingredient” in NOC Regulations, s. 2 definition of “claims for the use of the medicinal ingredient” including claims for use of formulation or dosage form—New NOC Regulations expressly distinguishing between “claim for a formulation”, “claim for the medicinal ingredient” but not referring to, defining or contemplating claim for use of formulation or dosage form—Therefore, reference to “medicinal ingredient” instead of to formulation or dosage form must be given effect—Upon consideration of whole of patent, respondent correctly determining that claims 14, 15 not claims for use of celecoxib, not claims for use of medicinal ingredient falling within NOC Regulations, s. 2 definition—Therefore, '201 patent not eligible for listing against SNDS No. 072375—Also, claims 14, 15 not claims for “changed use” described in SNDS No. 072375, as required by amended NOC Regulations, s. 4(3)(c)—Old, new schemes, regarding listing of patents in relation to SNDS briefly compared—Legislator’s purpose in amending NOC Regulations to clarify, create certainty on eligibility requirements of patents listed in relation to SNDS possibly not achieved—Clarification required as to whether relationship between particular NOC, patented invention still relevant to listing of patents under amended NOC Regulations—Application dismissed.

Continued on next page

G.D. Searle & Co. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.F.)	293
--	------------

Brevets—Pratique—Contrôle judiciaire du retrait du brevet canadien n° 2319201 (le brevet '201) du registre des brevets par suite des modifications apportées au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement AC) le 5 octobre 2006—Pfizer Canada Inc. fabrique et commercialise « Celebrex® », qui contient l’ingrédient médicinal célecoxib—Un avis de conformité (un AC) a été délivré visant certaines utilisations du célecoxib—Un AC a aussi été délivré à Pfizer après le dépôt du supplément à une présentation de drogue nouvelle (SPDN) 072375, qui décrivait une nouvelle utilisation du « Celebrex® »—Le brevet '201 a été inscrit relativement au SPDN 072375 au registre des brevets car il contenait une revendication pour le célecoxib (formulation)—Le brevet était assujéti au Règlement AC modifié en raison de la date de dépôt de la demande d’inscription—Il s’agissait de savoir si l’expression « ingrédient médicinal » dans la définition de « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal » à l’art. 2 du Règlement AC comprend des revendications d’utilisation d’une formulation ou d’une forme posologique—Le nouveau Règlement AC établit expressément une distinction entre la « revendication de la formulation » et la « revendication de l’ingrédient médicinal », mais il ne réfère pas, ne définit pas et ne prévoit pas de manière expresse une revendication pour l’utilisation d’une formulation ou d’une forme posologique—Par conséquent, le renvoi à « ingrédient médicinal » plutôt qu’à « formulation » ou à « forme posologique » doit être pris en compte—Après avoir examiné l’ensemble du brevet, la Cour était convaincue que le défendeur a bien établi que les revendications 14 et 15 n’étaient pas des revendications de l’utilisation du célecoxib ni des revendications de l’utilisation de l’ingrédient médicinal qui sont visées par la définition figurant à l’art. 2 du Règlement AC—Le brevet '201 n’était donc pas admissible à l’inscription à l’égard du SPDN 072375—De même, les revendications 14 et 15 ne portaient pas sur une « modification d’utilisation » décrite dans le SPDN 072375, comme l’exige l’art. 4(3)(c) du Règlement AC modifié—Brève comparaison des ancien et nouveau régimes en ce qui a trait à l’inscription des brevets à l’égard des SPDN—Même si l’objectif visé par le législateur en modifiant le Règlement AC était d’apporter des précisions et de créer de la certitude quant aux conditions d’admissibilité à l’adjonction au registre d’un brevet qui se rattache à un SPDN, cela n’a peut-être pas été atteint—Des éclaircissements s’imposent quant à la question de savoir si l’existence d’un lien entre un AC particulier et l’invention brevetée peut être pertinente à l’inscription de brevets en vertu du nouveau Règlement AC—Demande rejetée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Castelly v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 327

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review challenging lawfulness of Immigration Division of Immigration and Refugee Board decision to remove applicant because inadmissible to Canada under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 37(1)(a) by reason of “organized criminality”—Applicant arrested under peace bond as close collaborator of youth prostitution ring run by Wolf Pack, street gang to which adult son belonged and believed to be engaged in organized criminality—To belong to organization described in Act, s. 37(1)(a), criminal charges, conviction not required—Need not demonstrate person member of organization but reasonable grounds to believe person member thereof—Panel’s finding reasonable grounds to believe applicant member of Wolf Pack reasonable, particularly since applicant having direct knowledge of criminal activity of other gang members—In context of former Immigration Act, Federal Court of Appeal implying being member of organized criminal group can simply mean belonging to organization—Also stating “member” should be interpreted broadly, unrestrictively—Same rationale should apply to IRPA, s. 37(1)(a) given similarity between provisions—“Member” not defined in Act; test for “belonging to” organization described in Act, s. 37(1)(a) not established—Question certified as to how to define “member”, what test to apply to determine whether person “member” of “organization” described in Act, s. 37(1)(a)—Application dismissed.

Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General) (F.C.) 347

Agriculture—Applications for judicial review of two Directions issued under *Canadian Wheat Board Act*, s. 18(1) by Governor in Council—Direction (Advocacy Direction) in T-2138-06 prohibiting Canadian Wheat Board (CWB) from expending

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Castelly c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 327

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire contestant la légalité d’une décision rendue par la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié prenant une mesure de renvoi contre la demanderesse parce que celle-ci est interdite de territoire au Canada en vertu de l’art. 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* pour raison de « criminalité organisée »—La demanderesse a été appréhendée en vertu d’un mandat de paix et a été désignée comme proche collaboratrice du réseau de prostitution juvénile dirigé par le Wolf Pack, un gang de rue auquel son fils adulte appartenait et dont il y avait des motifs de croire qu’il se livrait à des activités faisant partie d’activités criminelles organisées—L’appartenance à une organisation visée à l’art. 37(1)a) de la Loi ne requiert pas l’existence d’accusations ou de condamnations criminelles—Il n’est pas nécessaire de démontrer que la personne concernée est membre d’une organisation, mais bien plutôt qu’il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle en est membre—La conclusion du tribunal selon laquelle il existe des motifs raisonnables de croire que la demanderesse est membre du Wolf Pack était raisonnable, particulièrement parce que la demanderesse avait une connaissance directe des activités criminelles d’autres membres du gang—Dans le contexte de l’ancienne Loi sur l’immigration, la Cour d’appel fédérale avait laissé entendre que le fait d’être membre d’un groupe du crime organisé peut désigner simplement l’appartenance à l’organisation—Elle a aussi déclaré que le mot « membre » devrait recevoir une interprétation large et libérale—Le même raisonnement devrait s’appliquer à l’art. 37(1)a) de la Loi vu la similitude des deux dispositions—La Loi ne définit pas le mot « membre »; aucune liste de critères « d’appartenance » à une organisation visée à l’art. 37(1)a) de la Loi n’a été dressée—Certification de la question de savoir quelle est la définition de « membre » et quels critères doivent être appliqués pour déterminer si une personne est ou a été « membre » d’une « organisation » visée à l’art. 37(1)a) de la Loi—Demande rejetée.

Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général) (C.F.) 347

Agriculture—Demandes de contrôle judiciaire de deux instructions données par le gouverneur en conseil en vertu de l’art. 18(1) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*—L’instruction sur la promotion visée par la demande T-2138-06 interdit à la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

funds on advocating CWB's retention of monopoly powers or "single desk" policy—CWB seeking declarations Advocacy Direction unlawful, *ultra vires*—Since 1998, CWB corporation with own board of directors—Although Advocacy Direction couched in terms of expenditure of funds, no evidence nature or extent of funds at issue considered—Advocacy Direction motivated to silencing CWB regarding promotion of "single desk" policy—Departure by decision-making body from objects, purposes of statute subject to judicial review, particularly where order really directed to purpose not within scope of enabling statute as herein—Given lack of evidence Advocacy Direction issued to constrain CWB's expenditure of funds for proper purpose, Direction *ultra vires*—Application in T-2138-06 allowed—Application in T-249-07 dismissed as moot.

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Rights—Applications for judicial review of two Directions issued under *Canadian Wheat Board Act*, s. 18(1) to Canadian Wheat Board (CWB)—S.C.C. holding entity which is not strictly government or government agency may be considered government if certain factors, i.e. degree of control, evident—Therefore, entity not clearly government or agency but subject to government control over otherwise independent action must in circumstances be able to invoke Charter—Through power of direction, government given authority over activity CWB's board of directors would otherwise carry out—Because Advocacy Direction not corresponding with objects, purposes of Act, impinges on freedom of expression, violates Charter, s. 2(b).

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Applications for judicial review of two Directions issued under *Canadian Wheat Board Act*, s. 18(1) by Governor in Council—Governor in Council must exercise statutory power by staying within provisions of law failing which Court must exercise supervisory function—Where statute delegating powers to another body, delegate must exercise power in accordance with

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Commission canadienne du blé (la CCB) d'engager des fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques ou promouvoir le régime du « guichet unique »—La CCB cherchait à obtenir des déclarations portant que l'instruction sur la promotion est illicite et *ultra vires*—Depuis 1998, la CCB est une Commission dotée de son propre conseil d'administration—Bien que l'instruction sur la promotion soit formulée en termes d'engagement de fonds, aucun élément de preuve n'établissait qu'on avait examiné la nature ou le volume des fonds qui étaient en cause—L'instruction sur la promotion s'inspirait de la volonté de réduire au silence la CCB en ce qui concerne la promotion de sa politique du « guichet unique »—Tout manquement d'un organe décisionnel à l'objet de la loi peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, particulièrement dans le cas où l'ordonnance vise une fin qui n'est pas dans la portée de la loi habilitante, comme ce fut le cas en l'espèce—Comme la preuve n'a pas établi que l'instruction sur la promotion a été publiée pour limiter le versement de fonds par la CCB dans un but légitime, l'instruction était *ultra vires*—La demande T-2138-06 a été accueillie—La demande T-249-07 a été rejetée au motif de son caractère théorique.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits fondamentaux—Demandes de contrôle judiciaire de deux instructions données à la Commission canadienne du blé (la CCB) en vertu de l'art. 18(1) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*—La C.S.C. a reconnu qu'une entité qui n'est pas strictement le gouvernement ou l'un de ses organismes peut être assimilée au gouvernement si certains facteurs, notamment le degré de contrôle, sont manifestes—Par conséquent, une entité qui n'est manifestement pas le gouvernement ou l'un de ses organismes mais qui est assujettie au contrôle du gouvernement sur ce qui serait autrement un acte indépendant, doit pouvoir dans ces circonstances invoquer la Charte—Le gouvernement, par le pouvoir d'une instruction, est investi d'une autorité à l'égard d'une activité qui serait autrement exécutée par le conseil d'administration de la CCB—Parce que l'instruction sur la promotion n'est pas conforme à l'objet de la Loi et qu'elle freine la liberté d'expression, elle contrevient à l'art. 2(b) de la Charte.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Demandes de contrôle judiciaire de deux instructions données par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 18(1) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*—Le gouverneur en conseil doit, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, s'en tenir aux dispositions de la loi, à défaut de quoi la Cour doit exercer sa fonction de surveillance—Lorsqu'une loi délègue des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

purposes, objects of enabling Act—Otherwise, departure by decision-making body from objects, purposes of statute subject to judicial review.

Mazda Canada Inc. v. Cougar Ace (The) (F.C.A.) 382

Maritime Law—Appeal from Federal Court decision refusing to stay action brought by Mazda Canada Inc. for damages arising out of loss of automobiles carried from Japan to Canada, U.S.—Contract between parties providing Japan having exclusive jurisdiction over actions against carrier—*Marine Liability Act*, s. 46(1) allowing plaintiff to sue in Canada despite such clause, but courts may still decline jurisdiction on basis of forum non conveniens—Trial Judge’s discretion improperly exercised—Japan clearly most appropriate forum herein—Appeal allowed.

Conflict of Laws—Federal Court dismissing application to stay action brought by Mazda Canada Inc. for loss of automobiles transported from Japan to Canada, U.S., on basis defendants not demonstrating Canada forum non conveniens—Exclusive jurisdiction clause in contract between parties providing contract governed by Japanese law—*Marine Liability Act*, s. 46(1) allowing Canadian plaintiff to sue in Canada despite such clause, but still possible for courts to decline jurisdiction on basis of forum non conveniens—Trial Judge considering factors set out in case law to determine whether to exercise jurisdiction—But not properly exercising discretion: giving too much weight to some factors (availability of greater damages), not enough to others (ongoing proceedings in Japan, residence of witnesses, application of Japanese law, exclusive jurisdiction clause).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pouvoirs à un autre organisme, l’exercice de ce pouvoir par le déléguataire doit être en conformité avec l’objet de la loi habilitante—Sinon, un manquement d’un organe décisionnel à l’objet de la loi peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire.

Mazda Canada Inc. c. Cougar Ace (Le) 382
(C.A.F.)

Droit maritime—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant une demande en suspension de l’action en dommages-intérêts présentée par Mazda Canada Inc. par suite de la perte d’automobiles transportées du Japon au Canada et aux É.-U.—Le contrat entre les parties stipule que tout différend qui en découle est régi par le droit du Japon—L’art. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* permet à un demandeur d’engager une poursuite au Canada malgré une telle clause, mais les tribunaux peuvent toujours refuser d’exercer leur compétence en se fondant sur la doctrine du forum non conveniens—Le juge de première instance n’a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire—Le Japon est nettement le for le plus approprié en l’espèce—Appel accueilli.

Conflit de lois—La Cour fédérale a rejeté une demande en suspension de l’action présentée par Mazda Canada Inc. pour la perte d’automobiles transportées du Japon au Canada et aux É.-U. parce qu’elle n’avait pas démontré que le Canada était forum non conveniens—La clause attributive de compétence exclusive énoncée dans le contrat entre les parties stipule que le contrat est régi par le droit japonais—L’art. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* permet à un demandeur canadien d’engager une poursuite au Canada malgré une telle clause, mais les tribunaux peuvent toujours refuser d’exercer leur compétence en se fondant sur la doctrine du forum non conveniens—Le juge de première instance a pris en compte les facteurs énumérés dans la jurisprudence pour décider s’il devait ou non exercer sa compétence—Cependant, il n’a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire, accordant trop d’importance à certains facteurs (possibilité de dommages-intérêts supérieurs) et insuffisamment d’importance à d’autres (instances pendantes au Japon, lieu de résidence des témoins, application du droit japonais, clause attributive de compétence exclusive).

Suite à la page suivante

Dixon v. Canada (Attorney General) (F.C.) 397

Penitentiaries—Judicial review of decision of National Parole Board denying day parole review—Board relying on *Corrections and Conditional Release Act*, s. 123(5), requiring another review within two years after first review denying parole—Initial application for day parole denied—Other application submitted six months later on basis of Act, s. 122(4)—Request for hearing within six months of receipt of application based on *Corrections and Conditional Release Regulations*, s. 157(2)—All applications, initial or subsequent, for day parole governed by Act, s. 122(1), to which Regulations, s. 157(2) applies—Application allowed.

Construction of Statutes—*Corrections and Conditional Release Act*, ss. 122(1),(4), 123(5) and *Corrections and Conditional Release Regulations*, s.157(2)—Nothing in words of Act, s. 122(1), limiting application to initial application for day parole—Nothing in Act, s. 123(5) indicating that further two-year reviews conducted only if subsequent application—Interpretation supported by analysis of history of Act, ss. 122, 123 in considering parliamentary intention—Regulations, s. 157(2) applying to day parole applications made pursuant to s. 122(1) of Act.

Dixon c. Canada (Procureur général) (C.F.) 397

Pénitenciers—Contrôle judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles refusant d'examiner une demande de semi-liberté—La Commission a invoqué l'art. 123(5) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, qui précise que la Commission procède au réexamen dans les deux ans qui suivent la date de la tenue du premier examen rejetant la demande—La première demande de semi-liberté a été rejetée—Une nouvelle demande a été présentée six mois plus tard sur le fondement de l'art. 122(4) de la Loi—La demande en vue d'obtenir une audience d'examen dans les six mois de la réception de la demande repose sur l'art. 157(2) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*—Toutes les demandes de semi-liberté, qu'il s'agisse de la première demande ou d'une nouvelle demande, sont régies par l'art. 122(1) de la Loi auquel s'applique l'art. 157(2) du Règlement—Demande accueillie.

Interprétation des lois—Art. 122(1),(4) et 123(5) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et art. 157(2) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*—Rien dans les termes de l'art. 122(1) de la Loi ne limiterait l'application de cette disposition à la première demande de semi-liberté—Aucun élément de l'art. 123(5) de la Loi n'indique que les réexamens doivent être effectués seulement à la suite d'une nouvelle demande—L'analyse du contexte législatif des art. 122 et 123 de la Loi, dans l'examen de l'intention du législateur, milite en faveur de cette interprétation—L'art. 157(2) du Règlement s'applique aux demandes de semi-liberté présentées en application de l'art. 122(1) de la Loi.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (IMM-506-07, 2008 FC 436) has been affirmed on appeal (A-210-08, 2009 FCA 145), reasons for judgment handed down May 6, 2009.

Ochapowace First Nation v. Canada (Attorney General), [2008] 3 F.C.R. 571 (F.C.) has been affirmed on appeal (A-464-07, 2009 FCA 124), reasons for judgment handed down April 24, 2009.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Grenier v. Canada, A-54-07, 2008 FCA 63, Trudel J.A., judgment dated February 20, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused May 14, 2009.

Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff), A-149-08 2008 FCA 401, Desjardins J.A., judgment dated December 17, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused May 21, 2009.

Slater v. Canada (Attorney General), A-586-06, 2008 FCA 375, Trudel J.A., judgment dated November 26, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused May 21, 2009.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (IMM-506-07, 2008 CF 436) a été confirmée en appel (A-210-08, 2009 CAF 145), les motifs du jugement ayant été prononcés le 6 mai 2009.

La décision *Première nation Ochapowace c. Canada (Procureur général)*, [2008] 3 R.C.F. 571 (C.F.) a été confirmée en appel (A-464-07, 2009 CAF 124), les motifs du jugement ayant été prononcés le 24 avril 2009.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Grenier c. Canada, A-54-07, 2008 CAF 63, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 20 février 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 mai 2009.

Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense), A-149-08 2008 CAF 401, la juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 17 décembre 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 21 mai 2009.

Slater c. Canada (Procureur général), A-586-06, 2008 CAF 375, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 26 novembre 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 21 mai 2009.

ERRATUM

In *Skyward Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Transport)*, [2009] 2 F.C.R. 220, at lines 4 and 5 of paragraph 48 on page 237, the reasons for judgment have been amended to read: “not to exceed four double-spaced pages”.

ERRATUM

Dans *Skyward Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [2009] 2 R.C.F. 220, aux lignes 5 et 6 du paragraphe 48 à la page 237, les motifs du jugement sont remplacés par : « ne devant pas dépasser quatre pages ».

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2009, Vol. 2, Part 2

2009, Vol. 2, 2^e fascicule

A-147-08
2008 FCA 230

A-147-08
2008 CAF 230

Sepracor Inc. (*Appellant*) (*Respondent*)

Sepracor Inc. (*appelante*) (*intimée*)

v.

c.

Schering-Plough Canada Inc. and Schering Corporation (*Respondents*) (*Applicants*)

Schering-Plough Canada Inc. et Schering Corporation (*intimées*) (*demandereses*)

and

et

Pharmascience Inc. and The Minister of Health (*Respondents*) (*Respondents*)

Pharmascience Inc. et le ministre de la Santé (*intimés*) (*défendeurs*)

INDEXED AS: SCHERING-PLOUGH CANADA INC. v. PHARMASCIENCE INC. (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : SCHERING-PLOUGH CANADA INC. c. PHARMASCIENCE INC. (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Nadon, Pelletier and Ryer JJ.A.—Toronto, June 16; Ottawa, June 27, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Pelletier et Ryer, J.C.A.—Toronto, 16 juin; Ottawa, 27 juin 2008.

Practice — Applications — Appeal from Federal Court decision striking Sepracor Inc.'s notice of appearance, as respondent patentee in prohibition application, for non-compliance with r. 305, Form 305 of Federal Courts Rules — R. 305 providing respondent wishing to oppose application shall file notice of appearance in Form 305 — Sepracor Inc.'s notice of appearance indicating intent to participate in, instead of opposing, application — R. 305 impliedly permitting respondents not opposing application to file notice of appearance by modifying Form 305 to reflect their interest in proceedings — Sepracor Inc.'s form adequate, although preferable to unequivocally state position — Respondents not required to apply to be added as applicant or intervenor in order to participate in proceedings — Issues of procedural fairness and procedural orderliness dealt with as they arise.

Pratique — Demandes — Appel de la décision de la Cour fédérale dans laquelle l'avis de comparution de Sepracor Inc., en sa qualité de brevetée défenderesse dans le cadre d'une demande d'interdiction, a été radié parce qu'il ne respectait pas la règle 305 et la formule 305 des Règles des Cours fédérales — La règle 305 précise que le défendeur qui entend s'opposer à la demande dépose un avis de comparution établi selon la formule 305 — L'avis de comparution de Sepracor Inc. indiquait qu'elle entendait participer à la demande au lieu de déclarer qu'elle s'y opposait — La règle 305 permet implicitement aux défendeurs qui ne s'opposent pas à la demande de déposer un avis de comparution en modifiant la formule 305 pour refléter les intérêts qu'ils défendent — La formule employée par Sepracor Inc. était appropriée, même s'il aurait été préférable qu'elle expose sa position de façon plus catégorique — Les défendeurs ne seraient pas tenus de présenter une requête en vue d'être constitués parties à l'instance à titre de demandeurs ou d'intervenants — Les questions au sujet de l'équité procédurale et du bon déroulement de l'instance peuvent être traitées au fur et à mesure qu'elles surgissent.

Construction of Statutes — Federal Courts Rules, r. 305 — R. 305 explicitly requiring respondents opposing an application to file notice of appearance in Form 305, and impliedly permitting respondents not opposing application to file notice of appearance in form reflecting their interest.

Interprétation des lois — Règle 305 des Règles des Cours fédérales — La règle 305 oblige explicitement les défendeurs qui s'opposent à la demande de déposer un avis de comparution établi selon la formule 305 et permet implicitement aux défendeurs qui ne s'opposent pas à la demande de déposer un avis de comparution qui reflète les intérêts qu'ils défendent.

Judges and Courts — Conclusions of Federal Court in previous cases at odds with two decisions of Judges of Federal

Juges et Tribunaux — Les conclusions de la Cour fédérale dans des décisions antérieures vont à l'encontre de deux déci-

Court of Appeal sitting as motions Judges — As not decisions of Court, no issue of Court being bound by own case law.

This was an appeal from the decision of the Federal Court in which Sepracor Inc.'s notice of appearance, as respondent patentee in an application for prohibition commenced by Schering-Plough Canada Inc. and Schering Corporation pursuant to subsection 6(1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (the PM (NOC) Regulations), was struck out for non-compliance with rule 305 and Form 305 of the *Federal Courts Rules* (the Rules), because it indicated that Sepracor Inc. intended to participate in the application instead of opposing it. Rule 305 provides that "A respondent who intends to oppose an application shall ... serve and file a notice of appearance in Form 305." Form 305 simply provides that "[t]he respondent intends to oppose this application."

In striking Sepracor Inc.'s notice of appearance, the motions Judge held that if Sepracor Inc. wished to make representations in support of the application it could seek intervenor status or apply to be joined as an applicant.

The issue was how persons who are named as respondents to an application governed by Part 5 of the Rules are to proceed when they do not oppose the application but nevertheless wish to take part in the proceedings.

Held, the appeal should be allowed.

A patentee is required to be a party in an application under the PM (NOC) Regulations. A party is entitled to the counsel of its choice. A patentee who is independently represented, as is Sepracor Inc., should participate in the proceedings as a respondent, as a patentee's interest in the proceedings is not necessarily identical with the applicant's. The patentee, as a necessary party to the proceeding, is fully entitled to represent its independent interest in the proceedings.

These conclusions are at odds with two decisions of Judges of the Federal Court of Appeal sitting as motions Judges, which held that the status of respondent is reserved to those who truly oppose an application. The corollary is that because of rule 145, the patentee is not entitled to further notice of any proceedings. As both are decisions of a single judge, there was no issue of the Court being bound by its own case law. Furthermore, apparently a relevant rule was not brought to their attention.

sions rendues par des juges de la Cour d'appel fédérale siégeant en qualité de juge des requêtes — Comme il ne s'agissait pas de décisions de la Cour, il n'était pas question que la Cour soit liée par sa propre jurisprudence.

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale dans laquelle l'avis de comparution de Sepracor Inc., en sa qualité de brevetée défenderesse dans le cadre d'une demande d'interdiction introduite par Schering-Plough Canada Inc. et Schering Corporation en vertu du paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement), a été radié parce qu'il ne respectait pas la règle 305 et la formule 305 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles), étant donné que Sepracor Inc. y indiquait qu'elle entendait participer à la demande au lieu de déclarer qu'elle s'y opposait. La règle 305 précise que « le défendeur, s'il entend s'opposer à la demande, signifie et dépose un avis de comparution, établi selon la formule 305. » Le texte de la formule 305 est fort laconique : « Le défendeur a l'intention de s'opposer à la présente demande. »

En radiant l'avis de comparution de Sepracor Inc., le juge des requêtes a statué que si Sepracor Inc. souhaitait faire valoir son point de vue à l'appui de la demande, elle pouvait réclamer le statut d'intervenante ou demander d'être jointe à titre de partie demanderesse.

La question en litige était celle de savoir comment les personnes qui sont désignées comme défendeurs dans une demande régie par la partie V des Règles doivent procéder lorsqu'elles ne s'opposent pas à la demande mais souhaitent quand même intervenir à l'instance.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Un breveté est tenu d'être une partie dans une demande en application du Règlement. Une partie a droit à l'avocat de son choix. Le breveté qui est représenté par son propre avocat, à l'instar de Sepracor Inc., devrait participer à l'instance comme défendeur parce que son intérêt n'est pas nécessairement identique à celui du demandeur. Le breveté, en tant que partie dont la présence est nécessaire au règlement des questions en litige, a pleinement le droit de défendre ses propres intérêts dans le cadre de l'instance.

Ces conclusions vont à l'encontre de deux décisions rendues par des juges de la Cour d'appel fédérale siégeant en qualité de juge des requêtes qui ont statué que la qualité de défendeur est réservée à ceux qui s'opposent véritablement à la demande. Le corollaire de cette position est qu'à cause de la règle 145, le breveté n'a pas le droit de recevoir signification des documents ultérieurs. Comme il s'agit de deux décisions rendues par un juge unique, il n'était pas question que la Cour soit liée par sa propre jurisprudence. Qui plus est, aucune règle pertinente n'a censément été portée à l'attention de la Cour.

The Rules ought not to be read to effectively deprive certain respondents of the right to participate in the proceedings. Rule 305 can be read as explicitly requiring respondents who oppose an application to file a notice of appearance in Form 305 and impliedly permitting respondents who do not oppose an application to file a notice of appearance in a form which reflects their interest.

The form used by Sepracor Inc., indicating its intent to participate in the application, is adequate. That said, a notice of appearance which gives an unequivocal statement of position, such as “[t]he respondent X intends to support the application”, would be preferable.

Respondents who do not oppose an application would not be required to apply to be added as applicants to that application or, even less, as interveners. To the extent that case management is available, particularly in proceedings under the PM (NOC) Regulations, issues of procedural fairness and procedural orderliness can be dealt with as they arise.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 5, 102, 145, 303, 305, 369, Form 305.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 6(1) (as am. by SOR/2006-242, s. 3), 6(4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Canadian Tire Corp. v. Canadian Bicycle Manufacturers Assn. (2005), 344 N.R. 207; 2005 FCA 408; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers* (2001), 10 C.P.R. (4th) 417; 267 N.R. 82; 2001 FCA 4.

APPLIED:

Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc. (2004), 32 C.P.R. (4th) 124; 2004 FC 570.

Les Règles ne devraient pas être interprétées de manière à priver certains défendeurs de leur droit de participer à l'instance. La règle 305 peut être interprétée comme obligeant explicitement les défendeurs qui s'opposent à la demande de déposer un avis de comparution établi selon la formule 305 et comme permettant implicitement aux défendeurs qui ne s'opposent pas à la demande de déposer un avis de comparution qui reflète les intérêts qu'ils défendent.

La formule employée par Sepracor Inc., indiquant qu'elle entendait participer à la demande, est appropriée. Ceci étant dit, il aurait été préférable qu'elle soumette un avis de comparution exposant cette position de façon plus catégorique, telle que « [l]a défenderesse X entend appuyer la demande ».

Les défendeurs qui ne s'opposent pas à la demande ne seraient pas tenus de présenter une requête en vue d'être constitués parties à l'instance à titre de demandeurs ou, encore moins, à titre d'intervenants. Dans la mesure où il est possible d'ordonner la gestion de l'instance, surtout dans le cas d'une instance visée par le Règlement, les questions au sujet de l'équité procédurale et du bon déroulement de l'instance peuvent être traitées au fur et à mesure qu'elles surgissent.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(1) (mod. par DORS/2006-242, art. 3), 6(4).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 5, 102, 145, 303, 305, 369, formule 305.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS NON SUIVIES :

Société Canadian Tire c. Canadian Bicycle Manufacturers Assn., 2005 CAF 408; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2001 CAF 4.

DÉCISION APPLIQUÉE :

Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc., 2004 CF 570.

CONSIDERED:

Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc. (1997), 72 C.P.R. (3d) 379; 126 F.T.R. 225 (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2000), 4 C.P.R. (4th) 421; 186 F.T.R. 84 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc. (2006), 55 C.P.R. (4th) 81; 354 N.R. 355; 2006 FCA 324.

APPEAL from the decision of the Federal Court ((2008), 65 C.P.R. (4th) 90; 2008 FC 359) striking out Sepracor Inc.'s notice of appearance, indicating an intention to participate in the application instead of opposing it, for non-compliance with rule 305 and Form 305 of the *Federal Courts Rules*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

James E. Mills for appellant (respondent).
Steven Tanner for respondents (applicants).
Nicholas McHaffie for respondent (respondent) Pharmascience Inc.
 No one appearing for respondent (respondent) Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for appellant (respondent).
McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for respondents (applicants).
Stikeman Elliott LLP, Ottawa, for respondent (respondent) Pharmascience Inc.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: The issue in this appeal is how persons who are named as respondents to an application governed by Part 5 [rules 300 to 334] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (the Rules), are to proceed when they do not oppose the application but nonetheless wish to take part in the proceedings. This particular case deals with the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*,

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc., [1997] A.C.F. n° 162 (1^{re} inst.) (QL); *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2000] A.C.F. n° 248 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISION CITÉE :

Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc., 2006 CAF 324

APPEL de la décision de la Cour fédérale (2008 CF 359) dans laquelle l'avis de comparution de Sepracor Inc., indiquant que cette dernière entendait participer à la demande au lieu de déclarer qu'elle s'y opposait, a été radié parce qu'il ne respectait pas la règle 305 et la formule 305 des *Règles des Cours fédérales*. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

James E. Mills pour l'appelante (intimée).
Steven Tanner pour les intimées (demanderesses).
Nicholas McHaffie pour l'intimée (défenderesse) Pharmascience Inc.
 Aucune comparution pour l'intimé (défendeur) le ministre de la Santé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., Ottawa, pour l'appelante (intimée).
McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les intimées (demanderesses).
Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour l'intimée (défenderesse) Pharmascience Inc.

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : La question en litige dans le présent appel est celle de savoir comment les personnes qui sont désignées comme défendeurs dans une demande régie par la partie 5 [règles 300 à 334] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles), doivent procéder lorsqu'elles ne s'opposent pas à la demande mais souhaitent quand même intervenir à l'instance. La pré-

SOR/93-133 (PM(NOC) Regulations), but the principle involved is one of broad application.

[2] This issue arises in the context of Sepracor Inc.'s appeal (Sepracor) from the decision of the Federal Court, reported as *Schering-Plough Canada Inc. v. Pharmascience Inc.* (2008), 65 C.P.R. (4th) 90, in which Sepracor's purported notice of appearance was struck out for non-compliance with rule 305 and Form 305 [of the Rules] because it indicated that Sepracor intended to participate in the application instead of opposing it. It is common ground that Sepracor intended to participate in the application by supporting the position taken by the applicants [now the respondents].

THE FACTS

[3] Schering-Plough Canada Inc. and Schering Corporation (collectively Schering) commenced an application for prohibition pursuant to subsection 6(1) [as am. by SOR/2006-242, s. 3] of the PM(NOC) Regulations in response to a notice of allegation served on Schering-Plough Canada Inc. in its capacity as the holder of the notice of compliance with respect to the drug in issue (and thus the "first person" within the meaning of the PM(NOC) Regulations). Schering Corporation is the owner of one of two patents listed on the patent register with respect to the drug for which Pharmascience seeks a notice of compliance with respect to its generic version of that drug. Sepracor is the owner of the second patent. Schering-Plough Canada Inc. and Schering Corporation are related corporations and are represented by the same counsel. Sepracor is unrelated to either of the other two corporations and is separately represented.

[4] Subsection 6(4) [of the Regulations] provides as follows:

6. ...

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

sente affaire porte sur le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 [le Règlement], mais le principe en cause est d'une vaste application.

[2] La présente question est soulevée dans le cadre de l'appel interjeté par Sepracor Inc. de la décision de la Cour fédérale publiée sous l'intitulé *Schering-Plough Canada Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2008 CF 359, dans laquelle le présumé avis de comparution de Sepracor a été radié parce qu'il ne respectait pas la règle 305 et la formule 305 [des Règles], étant donné que Sepracor y indiquait qu'elle entendait participer à la demande au lieu de déclarer qu'elle s'y opposait. Il est acquis aux débats que Sepracor avait l'intention de participer à la demande en soutenant la thèse défendue par les demanderessees [les intimées dans le présent appel].

LES FAITS

[3] Schering-Plough Canada Inc. et Schering Corporation (ci-après Schering) ont introduit une demande d'interdiction en vertu du paragraphe 6(1) [mod. par DORS/2006-242, art. 3] du Règlement en réponse à l'avis d'allégation signifié à Schering-Plough Canada Inc. en sa qualité de titulaire de l'avis de conformité délivré relativement au médicament en litige (et, partant, en sa qualité de « première personne » au sens du Règlement). Schering Corporation est la propriétaire d'un des deux brevets inscrits au registre des brevets à l'égard du médicament au sujet duquel Pharmascience sollicite la délivrance d'un avis de conformité relativement à sa version générique de ce médicament. Sepracor est propriétaire du second brevet. Schering-Plough Canada Inc. et Schering Corporation sont des sociétés connexes et elles sont représentées par le même avocat. Sepracor n'a aucun lien avec les deux autres sociétés et elle est représentée par son propre avocat.

[4] Le paragraphe 6(4) [du Règlement] dispose :

6. [...]

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

[5] In this case, the patentee Schering Corporation was named as an applicant but Sepracor, which is also a patentee, was named as a respondent in the application for prohibition. It was required to be named as a respondent for two reasons, both of which are found in rule 303 of the Rules, which provides as follows:

303. (1) Subject to subsection (2), an applicant shall name as a respondent every person

(a) directly affected by the order sought in the application, other than a tribunal in respect of which the application is brought; or

(b) required to be named as a party under an Act of Parliament pursuant to which the application is brought.

[6] Both of these criteria apply to Schering Corporation as well, a matter to which I shall return.

[7] Not surprisingly, the Federal Court found that Sepracor was properly named as a respondent, and that finding is not challenged.

[8] Having been served with the notice of application, Sepracor responded by filing a notice of appearance which said “[t]he Respondent, Sepracor, intends to participate in this application.” Pharmascience then brought a motion to strike Sepracor’s notice of appearance on the ground that it did not comply with rule 305 and its associated form. Rule 305 provides as follows:

305. A respondent who intends to oppose an application shall, within 10 days after being served with a notice of application, serve and file a notice of appearance in Form 305.

[9] Form 305, entitled “Notice of Appearance”, simply provides that “[t]he respondent intends to oppose this application.”

[10] Pharmascience moved to strike Sepracor’s notice of appearance for non-compliance with rule 305. In doing so, it relied upon two decisions of judges of this Court sitting as motions Judges under rule 369: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*

[5] Dans le cas qui nous occupe, la brevetée Schering Corporation a été désignée à titre de demanderesse mais Sepracor, qui est aussi une brevetée, a été désignée comme défenderesse dans la demande d’interdiction. Elle devait être désignée comme défenderesse pour deux raisons, que l’on trouve à la règle 303 des Règles, qui dispose :

303. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le demandeur désigne à titre de défendeur :

a) toute personne directement touchée par l’ordonnance recherchée, autre que l’office fédéral visé par la demande;

b) toute autre personne qui doit être désignée à titre de partie aux termes de la loi fédérale ou de ses textes d’application qui prévoient ou autorisent la présentation de la demande.

[6] Ces deux critères s’appliquent aussi à Schering Corporation. Je reviendrai plus loin sur cette question.

[7] Comme on pouvait s’y attendre, la Cour fédérale a conclu que Sepracor avait été régulièrement désignée à titre de défenderesse, et cette conclusion n’est pas attaquée.

[8] Ayant reçu signification de l’avis de demande, Sepracor a répondu en déposant un avis de comparution qui portait : [TRADUCTION] « [l]a défenderesse, Sepracor, entend participer à la présente demande ». Pharmascience a ensuite présenté une requête en radiation de l’avis de comparution de Sepracor au motif qu’elle ne s’était pas conformée à la règle 305 et à la formule qui y est associée. La règle 305 est ainsi libellée :

305. Dans les 10 jours après avoir reçu signification de l’avis de demande, le défendeur, s’il entend s’opposer à la demande, signifie et dépose un avis de comparution, établi selon la formule 305.

[9] Le texte de la formule 305, intitulée « Avis de comparution », est fort laconique : « [l]e défendeur a l’intention de s’opposer à la présente demande ».

[10] Pharmascience a saisi la Cour d’une requête en radiation de l’avis de comparution de Sepracor pour défaut de se conformer à la règle 305. Pour ce faire, elle s’est fondée sur deux décisions rendues par des juges siégeant en qualité de juge des requêtes en vertu de la

v. Canadian Assn. of Internet Providers (2001), 10 C.P.R. (4th) 417 (*Socan*), per Stone J.A. and *Canadian Tire Corp. v. Canadian Bicycle Manufacturers Assn.* (2005), 344 N.R. 207 (*Canadian Tire*), per Evans J.A. Mr. Justice Beaudry of the Federal Court granted the motion.

[11] The substance of Beaudry J.'s decision is found in the following two paragraphs [21-22]:

The real issue before the Court is not whether the notice of appearance should be struck, set aside or rejected because of a technical defect to Form 305, but rather whether Sepracor may make representations in support of the applicant, Schering-Plough, by virtue of the fact that it modified the notice of appearance to reflect its real interest. It is my opinion that Sepracor may not.

I agree with Pharmascience's contention that *Canadian Tire*, above, finds application in the case at bar; following the decision of the Federal Court of Appeal, Sepracor may not file and serve a modified notice of appearance in order to make submissions that further the position of the applicant, Schering-Plough. Only a respondent who intends to oppose the application may file and serve a notice of appearance.

[12] The motions Judge went on to hold that if Sepracor wished to make representations in support of the application it could seek intervenor status or apply to be joined as an applicant.

SUBMISSIONS OF THE PARTIES

[13] Sepracor appeals from the decision of the Federal Court on the basis that it erred in following *Canadian Tire*. Sepracor argues that since only a "first person" may apply for an order of prohibition to prevent the Minister of Health from issuing a notice of compliance to a generic drug manufacturer, a mere patentee, such as Sepracor, is not entitled to be an applicant. It can therefore only participate in these proceedings as a respondent, as the combination of subsection 6(4) of the PM(NOC) Regulations and rule 305 require it to do.

règle 369 : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2001 CAF 4 (*Socan*) (le juge Stone) et *Société Canadian Tire c. Canadian Bicycle Manufacturers Assn.*, 2005 CAF 408 (*Canadian Tire*) (le juge Evans). Le juge Beaudry de la Cour fédérale a fait droit à la requête.

[11] L'essentiel de la décision du juge Beaudry se trouve dans les deux paragraphes suivants [21 et 22] :

La vraie question qui se pose à la Cour n'est pas de savoir si l'avis de comparution devrait être radié, annulé ou rejeté parce que la formule 305 est entachée d'un vice de forme, mais plutôt de savoir si Sepracor peut faire des observations en appui à la demanderesse, Schering-Plough, en raison du fait qu'elle a modifié son avis de comparution afin d'y refléter ses vrais intérêts. À mon avis, Sepracor ne peut pas le faire.

Je suis d'accord avec l'affirmation de Pharmascience selon laquelle l'arrêt *Canadian Tire*, précité, s'applique à la présente affaire; par suite de cet arrêt de la Cour d'appel fédérale, Sepracor ne peut pas présenter et signifier un avis de comparution modifié dans le but de présenter des observations en appui à la position de la demanderesse, Schering-Plough. Seul un défendeur qui a l'intention de s'opposer à la demande peut présenter et signifier un avis de comparution.

[12] Le juge des requêtes a poursuivi en déclarant que, si Sepracor souhaitait faire valoir son point de vue à l'appui de la demande, elle pouvait réclamer le statut d'intervenante ou demander d'être jointe à titre de partie demanderesse.

PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

[13] Sepracor interjette appel de la décision de la Cour fédérale au motif qu'elle a commis une erreur en suivant l'arrêt *Canadian Tire*. Sepracor fait valoir que, comme seule la « première personne » peut réclamer une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à un fabricant de médicaments génériques, une simple brevetée comme Sepracor n'a pas le droit d'être constituée demanderesse. Sepracor ne peut donc prendre part à la présente instance que comme défenderesse, ainsi qu'il résulte du rapprochement du paragraphe 6(4) du Règlement et de la règle 305.

[14] Sepracor disagrees that it can only take part in the proceedings by being made an intervener or added as an applicant because, despite the striking of its notice of appearance, it remains a party to the application and as such, has full rights of participation: *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2004), 32 C.P.R. (4th) 124 (F.C.), at paragraph 19.

[15] Sepracor says that the only effect of striking its notice of appearance is simply to deprive it of the right to notice of any further proceedings in the application, by reason of rule 145:

145. Subject to subsection 207(2), where a person has been served with an originating document and

(a) has not filed a notice of appearance or a defence within the time set out in these Rules, or

(b) has no address for service,

no further documents in the proceeding need be served on the person prior to final judgment unless the Court orders otherwise.

[16] In the end, Sepracor says that its modification of Form 305 is simply a practical workaround to deal with a situation which was not contemplated by the drafters of the Rules, particularly in the context of the PM(NOC) Regulations.

[17] Pharmascience's position is that it is entitled to rely upon the law as it is set out in *Socan* and *Canadian Tire*. It disputes Sepracor's claim that it is not entitled to be an applicant given that Schering Corporation, the other patentee, is an applicant in this application.

[18] Pharmascience maintains that Sepracor can only support the application by applying to be made an applicant, as per *Canadian Tire*, where its participation will be subject to some limits to ensure that there is no duplication of evidence or of cross-examination of witnesses. In the

[14] Sepracor n'est pas d'accord pour dire qu'elle ne peut prendre part à la présente instance que comme intervenante ou que si elle est constituée demanderesse à l'instance parce qu'en dépit du fait que son avis de comparution a été radié, elle est demeurée partie à la présente demande et qu'elle jouit à ce titre des pleins droits de participation reconnus à une partie (*Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2004 CF 570, au paragraphe 19).

[15] Sepracor affirme que la seule conséquence que comporte la radiation de son avis de comparution est de la priver du droit de recevoir signification des documents ultérieurs, par application de la règle 145 :

145. Sous réserve du paragraphe 207(2), lorsqu'une personne a reçu signification d'un acte introductif d'instance et qu'elle se trouve dans l'une des situations suivantes, la signification des autres documents dans le cadre de l'instance n'est requise que si la Cour l'ordonne :

a) la personne n'a pas envoyé d'avis de comparution ni déposé de défense dans le délai prévu par les présentes règles;

b) elle n'a pas d'adresse aux fins de signification.

[16] En fin de compte, Sepracor affirme que la modification qu'elle a apportée à la formule 305 est la solution pratique qu'elle a trouvée pour résoudre une situation qui n'avait pas été envisagée par le législateur, notamment dans le contexte du Règlement.

[17] La thèse de Pharmascience est qu'elle a le droit de se fonder sur l'état du droit tel qu'il a été exposé dans les arrêts *Socan* et *Canadian Tire*. Elle conteste l'argument de Sepracor suivant lequel elle n'a pas le droit d'être constituée codemanderesse étant donné que Schering Corporation, l'autre brevetée, est déjà demanderesse dans la présente demande.

[18] Pharmascience maintient que Sepracor ne peut appuyer la demande qu'en présentant une requête en vue d'être constituée codemanderesse, conformément à l'arrêt *Canadian Tire*, auquel cas sa participation sera assujettie à certaines limites pour s'assurer qu'il n'y a

course of argument, the Court pointed out that similar orders, including provisions as to the order of filing records and leading evidence, could be made in the name of procedural orderliness even if Sepracor was a respondent and inquired why it mattered to Pharmascience whether Sepracor was an applicant or a respondent so long as procedural orderliness and fairness were maintained. Counsel for Pharmascience was not able to provide an answer beyond saying that its client was entitled to rely upon the law as stated in *Canadian Tire*.

ANALYSIS

[19] Why should a person who is required by law to be named as a respondent to an application be required to seek an order naming them as an applicant (or as an intervener) to the same application, as a condition of participating in that application in support of the applicant's position? *Socan* and *Canadian Tire* have held that the status of respondent is reserved to those who "truly" oppose an application.

[20] Since *Socan* and *Canadian Tire* figure so prominently in this dispute, it is appropriate to begin by clarifying their status. Both cases are decisions of a single Judge of this Court sitting as a motions Judge under rule 369. To that extent, they are decisions of judges of this Court but they are not decisions of the Court. This does not diminish their persuasive value but it makes clear that there is no issue here of the Court being bound by its own jurisprudence. As we shall see, one factor to be taken into account in assessing the weight to be given to these cases is that a relevant rule was not brought to the Court's attention.

[21] The Federal Court has dealt with this issue on a number of occasions. In *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 379 (F.C.T.D.), a case decided prior to the revision of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] in 1998, Pfizer, the first person in a PM(NOC)

pas double emploi en ce qui concerne les éléments de preuve ou le contre-interrogatoire des témoins. Lors des débats, la Cour a souligné qu'elle pouvait prendre des mesures semblables, notamment en ce qui concerne l'ordre de présentation des dossiers et de la preuve, pour faciliter le bon déroulement de l'instance et ce, même si Sepracor était défenderesse. La Cour s'est demandé pourquoi il était important pour Pharmascience que Sepracor soit constituée demanderesse ou défenderesse, dès lors que l'équité et le bon déroulement de la procédure étaient assurés. L'avocat de Pharmascience n'a pas été en mesure de répondre à ces objections, se contentant de dire que sa cliente avait le droit de se fonder sur les règles de droit énoncées dans l'arrêt *Canadian Tire*.

ANALYSE

[19] Pourquoi la personne qui doit, selon la loi, être constituée partie défenderesse à une demande devrait-elle réclamer une ordonnance la désignant comme partie demanderesse (ou comme intervenante) dans la même demande avant de pouvoir prendre part à celle-ci pour appuyer la position défendue par la partie demanderesse? Dans les arrêts *Socan* et *Canadian Tire*, on a statué que la qualité de défendeur est réservée à ceux qui s'opposent « véritablement » à la demande.

[20] En raison de l'importance que revêtent les arrêts *Socan* et *Canadian Tire* dans le présent litige, il convient de commencer en donnant quelques éclaircissements à leur sujet. Ces deux arrêts sont des décisions rendues par un juge unique de notre Cour siégeant comme juge des requêtes en vertu de la règle 369. Il s'agit donc de décisions émanant de juges de notre Cour mais non de décisions de la Cour, ce qui ne diminue en rien leur valeur de persuasion, mais démontre bien qu'il n'est pas question en l'espèce que la Cour soit liée par sa propre jurisprudence. Comme nous le verrons, un des facteurs dont on tient compte pour déterminer la valeur à accorder à ces décisions est le fait qu'aucune règle pertinente n'a été soumise à l'attention de la Cour.

[21] La Cour fédérale s'est penchée à plusieurs reprises sur cette question. Dans l'affaire *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1997] A.C.F. n° 162 (1^{re} inst.) (QL), qui a été jugée avant la révision effectuée aux *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] en 1998, Pfizer, qui était

Regulations case, named the patentee as an applicant in an application for prohibition. The sole respondent Apotex sought an order that the two applicants be represented by the same counsel. The Federal Court dismissed the application, saying that the patentee was required to be a party and that there was no basis to prevent it from retaining counsel of its choice. On the other hand, the Court held that the two applicants would have to “coordinate their efforts to avoid duplication on any issue of fact and law which they wish to pursue so that a Second Person is not put to the task and expense of responding to the same issue more than once” (at page 382).

[22] In *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2000), 186 F.T.R. 84 (F.C.T.D.), another case under the PM(NOC) Regulations, the applicant Apotex consented to the addition of the patentee of the drug in question as a respondent in its application (which appears to have been in the nature of an application for *mandamus*). Apotex argued that the patentee’s rights of participation were limited to certain of the relief sought. McGillis J. rejected this argument, saying that “[a]s a party, Bristol-Myers is therefore entitled to participate fully in exercising all of the rights that accrue to a party in a proceeding” (see paragraph 5). McGillis J. went on to say that it was undesirable to seek to limit the participatory rights of a party as this would simply lead to more interlocutory motions.

[23] In *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2004), 32 C.P.R. (4th) 124 (F.C.) (*Aventis Pharma*), yet another PM(NOC) Regulations case, Aventis Pharma Inc., the first party in an application for an order of prohibition, named the patentee as a respondent in the application. Aventis Pharma and the patentee were not related corporations and were represented by separate counsel. The patentee filed evidence which differed from that filed by Aventis Pharma in support of its patent. Apotex claimed that this amounted to an abuse of process and sought to have the evidence struck. Gauthier J. held that the patentee was both entitled to be represented by counsel of its choice (and thus to participate in the application as a respondent) and to fully present its case by filing evidence which

la première personne dans une affaire concernant le Règlement, avait désigné le breveté comme demandeur dans une demande d’interdiction. Apotex, qui était l’unique défenderesse, réclamait une ordonnance enjoignant aux deux demandresses d’être représentées par le même avocat. La Cour fédérale a rejeté la demande en expliquant que le breveté devait être constitué partie à l’instance et qu’il n’existait aucun fondement pour l’empêcher de retenir les services de l’avocat de son choix. En revanche, la Cour a jugé que les deux demandresses « doivent coordonner leurs efforts afin d’éviter les chevauchements à l’égard de fait et de droit qu’ils désirent soulever de sorte que la seconde personne n’ait pas à réfuter la même thèse plus d’une fois et à assumer les frais que cela entraîne » (au paragraphe 14).

[22] Dans l’affaire *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2000] A.C.F. n° 248 (1^{re} inst.) (QL), une autre affaire portant sur le Règlement, la demandresse Apotex avait acquiescé à l’adjonction du breveté du médicament en cause en tant que défendeur à sa demande (qui semblait être de la nature d’une requête en bref de *mandamus*). Apotex soutenait que les droits de participation du breveté se bornaient à certaines des réparations demandées. La juge McGillis a écarté cet argument en expliquant que « [e]n sa qualité de partie, Bristol-Myers a donc le droit de participer pleinement à l’exercice de tous les droits qui sont reconnus à une partie dans une instance » (au paragraphe 5). La juge McGillis a poursuivi en expliquant qu’il n’était pas souhaitable de chercher à restreindre les droits de participation d’une partie, car cela provoquerait simplement d’autres requêtes interlocutoires.

[23] Dans l’affaire *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2004 CF 570 (*Aventis Pharma*), qui portait elle aussi sur le Règlement, Aventis Pharma Inc., la première partie dans la demande d’ordonnance d’interdiction, avait désigné le breveté comme défendeur. Aventis Pharma et le breveté n’étaient pas des sociétés liées et elles étaient représentées par des avocats distincts. Le breveté avait soumis des éléments de preuve qui étaient différents de ceux déposés par Aventis Pharma à l’appui de son brevet. Apotex soutenait que cette façon de procéder constituait un abus de procédure. Elle réclamait donc la radiation des éléments de preuve. La juge Gauthier a estimé que le breveté avait le droit à la fois d’être représenté par l’avocat de son choix (et, partant, de prendre part à l’instance en

did not duplicate that of Aventis Pharma. She noted that “there may be many good commercial reasons to explain why Schering may have a distinct interest in defending the validity of certain claims which may be of lesser importance to a licensee [*sic*] such as Aventis” (at paragraph 22). This comment was repeated with approval by this Court in *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.* (2006), 55 C.P.R. (4th) 81, at paragraph 22.

[24] It is interesting that none of these cases refer to rule 102, which appears in Part 3 of the Rules which is headed “Rules Applicable to all Proceedings”. Rule 102 provides as follows:

102. Two or more persons who are represented by the same solicitor may join in one proceeding as plaintiffs, applicants or appellants where

(a) if separate proceedings were brought by each of them, a common question of law or fact would arise in all of the proceedings; or

(b) the relief claimed, whether joint, several or alternative, arises from substantially the same facts or matter.

[25] *Pfizer* was decided before the 1998 revisions to the *Federal Court Rules* (as they then were) but the respondent in that case clearly anticipated rule 102 in seeking an order that both applicants be represented by the same counsel. *Pfizer* makes it clear that a party is entitled to the counsel of its choice. The consequence of such a choice for a patentee in proceedings under the PM(NOC) Regulations, as was recognized in *Aventis Pharma*, is that the patentee is then required to participate in the application as a respondent. *Pfizer* may not have been disposed of in the way it was had rule 102 existed or, if it existed in another form under the old Rules, had it been brought to the Court’s attention. More importantly, there is no indication that rule 102 was brought to the attention of the judges who decided *Socan* and *Canadian Tire*.

qualité de défendeur) et d’avoir l’occasion de présenter l’intégralité de sa cause en déposant des éléments de preuve qui ne faisaient pas double emploi avec ceux d’Aventis Pharma. Elle a fait remarquer que « il peut exister de bonnes raisons sur le plan commercial pour expliquer pourquoi Schering peut avoir ses propres raisons de contester la validité de certaines revendications qui peuvent revêtir moins d’importance pour un titulaire de licence comme Aventis » (au paragraphe 22). Notre Cour a repris ces propos en les faisant siens dans l’arrêt *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 324, au paragraphe 22.

[24] Il est curieux de constater qu’aucune de ces décisions ne parle de la règle 102, qui figure à la partie 3 des Règles intitulée « Règles applicables à toutes les instances ». La règle 102 dispose :

102. Deux ou plusieurs personnes représentées par le même avocat peuvent être jointes dans une même instance à titre de codemandeurs ou de co-appellants dans les cas suivants :

a) si des instances distinctes étaient engagées par chacune de ces personnes, les instances auraient en commun un point de droit ou de fait;

b) les réparations demandées, à titre conjoint, solidaire ou subsidiaire, ont essentiellement le même fondement.

[25] L’affaire *Pfizer* a été jugée avant la révision apportée en 1998 aux *Règles de la Cour fédérale*, mais la défenderesse avait de toute évidence la règle 102 en tête dans cette affaire lorsqu’elle réclamait une ordonnance enjoignant aux deux demandresses d’être représentées par le même avocat. Dans le jugement *Pfizer*, la Cour a bien précisé que toute partie a droit à l’avocat de son choix. Ainsi qu’il a été reconnu dans le jugement *Aventis Pharma*, la conséquence de ce choix, dans le cas du breveté dans une instance visée par le Règlement, est que le breveté est alors tenu de prendre part à la demande en qualité de partie défenderesse. L’affaire *Pfizer* n’aurait peut-être pas été tranchée comme elle l’a été si la règle 102 avait existé ou, si elle avait été portée à l’attention de la Cour, dans l’hypothèse où elle aurait existé sous une autre forme sous le régime des anciennes Règles. Mais surtout, rien ne permet de penser que la règle 102 a été portée à l’attention des juges qui ont décidé les affaires *Socan* et *Canadian Tire*.

[26] The judges of the Federal Court have thus found, on substantive grounds, that a patentee who is named as respondent in an application is entitled to support that application without seeking to be named as an applicant. While separately represented co-applicants were permitted in *Pfizer*, *Aventis Pharma* suggests that the better course is that a patentee who is independently represented should participate in the proceedings as a respondent. Rule 102 confirms this insight. The underlying premise is that a patentee's interest in the proceedings is not necessarily identical with the applicant's, a proposition which this Court has accepted. The patentee, as a necessary party to the proceedings, is fully entitled to represent its independent interest in the proceedings.

[27] These conclusions are at odds with the result in *Socan* and *Canadian Tire*. Since *Socan* is essentially taken up again in *Canadian Tire*, it is simplest to set out here the material portions of *Canadian Tire*, after laying out a few background facts. *Canadian Tire* involved an application for judicial review of a decision of the Canadian International Trade Tribunal with respect to the importation of bicycles into Canada and the damage which this caused to the Canadian bicycle industry. There were numerous parties on both sides of the question. The Tribunal found for the Canadian bicycle manufacturers and recommended the imposition of a surtax on certain imported bicycles. *Canadian Tire*, as a vendor of imported bicycles, brought an application for judicial review of the decision. Some of the foreign manufacturers, whose goods were to be subject to the surtax, and who were named as respondents to the application filed notices of appearance in which they said that they intended to support the application. The principal respondent, the Canadian Bicycle Manufacturer's Association, moved to have those notices of appearance struck as irregular. The material portions of Evans J.A.'s reasons are set out, at length, below [at paragraphs 8-14]:

[26] Les juges de la Cour fédérale ont donc conclu, pour des raisons tenant au fond, que le breveté qui est désigné comme défendeur dans une demande a le droit d'appuyer cette demande sans avoir à demander d'être constitué codemandeur. Bien que, dans l'affaire *Pfizer*, la Cour ait permis aux codemandresses d'être représentées par des avocats différents, le jugement *Aventis Pharma* laisse entrevoir que la meilleure solution consiste plutôt à faire participer comme défendeur le breveté qui est représenté par son propre avocat. La règle 102 confirme cette intuition. Le principe sous-jacent est, comme notre Cour l'a reconnu, que l'intérêt du breveté dans l'instance n'est pas nécessairement identique à celui du demandeur. Le breveté, en tant que partie dont la présence est nécessaire au règlement des questions en litige, a pleinement le droit de défendre ses propres intérêts dans le cadre de l'instance.

[27] Ces conclusions vont à l'encontre de celles tirées dans les arrêts *Socan* et *Canadian Tire*. Comme les conclusions tirées dans l'arrêt *Canadian Tire*, la solution la plus simple consiste à reproduire ici les passages pertinents de l'arrêt *Canadian Tire*, après avoir rappelé quelques-uns des principaux faits à l'origine du litige. L'affaire *Canadian Tire* portait sur une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur concernant l'importation au Canada de bicyclettes et le préjudice que cette importation avait causé à l'industrie canadienne de la bicyclette. Les tenants de chaque point de vue étaient fort nombreux. Le Tribunal a donné gain de cause aux fabricants canadiens de bicyclettes et a recommandé l'imposition d'une surtaxe sur certaines bicyclettes importées. *Canadian Tire*, en tant que vendeur de bicyclettes importées, a introduit une demande de contrôle judiciaire de cette décision. Certains des fabricants étrangers, dont les marchandises étaient assujetties à la surtaxe et qui étaient désignés comme défendeurs dans la demande, ont déposé un avis de comparution dans lequel ils indiquaient qu'ils appuyaient la demande. La défenderesse principale, la Canadian Bicycle Manufacturer's Association, a saisi la Cour d'une requête tendant à faire radier les avis de comparution en question au motif qu'ils étaient irréguliers. Voici le texte intégral des passages pertinents des motifs du juge Evans [aux paragraphes 8 à 14] :

The domestic producers say that rule 305 means that only a respondent who intends to *oppose* the application may serve and file a notice of appearance. Since the notice of appearance served and filed by the importers states that they “support the Application”, it does not comply with rule 305 and the Court should reject it.

In support of this interpretation of rule 305, the domestic producers rely on a decision of Stone J.A. in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2001 FCA 4 (“SOCAN”), in which he struck the records of two parties who were not opposing an application, but advancing supportive arguments. He said (at para. 11)

As I see it, Rule 305 was intended to play a pivotal role in the overall scheme and operation of the Part 5 rules. That Rule requires a named respondent to signify by way of a notice of appearance an intention “to oppose an application”. This step allows the parties and the Court to know at an early stage which of the named respondents will truly oppose the section 28 application. The service and filing of the notice of appearance ensure that any respondent truly opposed to the application will be served with all further documents in the proceeding and so enable effective participation. As I have already stated, if no notice of appearance is filed, Rule 145(a) disentitles a named respondent from being served with any further documents in the section 28 proceeding. [Emphasis added.]

The importers make two responses. First, they say that *SOCAN* is distinguishable. They argue that the respondents in *SOCAN* were interveners before the Copyright Board, the administrative tribunal under review. Further, the respondents in that case had filed notices of appearance which indicated that they intended to *oppose* the application for judicial review, but then filed an application record *in support* of the application for judicial review.

I do not agree. These differences are not material to the rationale provided by Stone J.A. for interpreting rule 305 to permit respondents to file a notice of appearance only if they intend to oppose an application for judicial review. The purpose of rule 305 is to enable the parties and the Court to know at an early stage of the proceeding which respondents intend to oppose an application, and thus to limit the serving and filing of application records accordingly.

De l’avis des productrices canadiennes, l’article 305 des Règles signifie que seul un défendeur qui entend *s’opposer* à la demande peut signifier et déposer un avis de comparution. Étant donné que l’avis de comparution signifié et déposé par les importatrices énonce que celles-ci [traduction] « appuient la demande », il n’est pas conforme à l’article 305 des Règles, et la Cour devrait le rejeter.

Au soutien de cette interprétation de l’article 305 des Règles, les productrices canadiennes invoquent une décision par laquelle le juge Stone, dans l’arrêt *Société Canadienne des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique c. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2001 CAF 4 (*SOCAN*), a rayé le dossier de deux parties qui ne s’opposaient pas à une demande, mais qui avançaient au contraire des arguments appuyant la demande. Le juge s’est exprimé comme suit (au paragraphe 11) :

Selon moi, l’article 305 est au coeur du régime établi par la partie 5 des Règles. Cet article exige que les intimés désignés fassent connaître leur intention de « s’opposer à la demande » par un avis de comparution. Ceci permet aux parties et à la Cour de savoir au tout début quels intimés désignés vont en fait s’opposer à la demande en vertu de l’article 28. La signification et le dépôt d’un avis de comparution fait que tout intimé qui s’oppose véritablement à la demande se verra signifier toute la documentation déposée dans le cadre de la procédure, lui permettant ainsi de participer de façon efficace. Comme je l’ai déjà dit, à défaut du dépôt d’un avis de comparution, le paragraphe 145a) des Règles fait qu’un intimé désigné ne se verra pas signifier d’autres documents dans le cadre de la demande en vertu de l’article 28. [Non souligné dans l’original.]

En réponse, les importatrices présentent deux arguments. Elles affirment en premier lieu qu’il est possible d’établir une distinction d’avec l’arrêt concernant la *SOCAN*. Elles font remarquer que dans cette affaire, les intimées avaient le statut d’intervenantes devant la Commission du droit d’auteur, le tribunal administratif dont la décision faisait l’objet du contrôle. De plus, les intimées dans le dossier de la *SOCAN* avaient fait savoir dans leur avis de comparution qu’elles avaient l’intention de *s’opposer* à la demande de contrôle judiciaire, puis avaient déposé un dossier de demande *au soutien* de la demande de contrôle judiciaire.

Je ne suis pas d’accord. Les différences relevées ne sont pas pertinentes quant au raisonnement par lequel le juge Stone a conclu que l’article 305 des Règles ne permet aux défendeurs de déposer un avis de comparution que s’ils ont l’intention de s’opposer à une demande de contrôle judiciaire. L’article 305 vise à permettre aux parties et à la Cour de savoir rapidement, après l’introduction d’une instance, quels défendeurs ont l’intention de contester la demande et de limiter en conséquence la signification et le dépôt des dossiers de demande.

For the purposes of rule 305, it is not relevant whether a respondent participated in the proceeding of the tribunal under review as a party or as an intervener. Similarly, it is not germane that, in the present case, the importers indicated when they filed a notice of appearance that they supported the application.

The second argument advanced on behalf of the importers is that, if not permitted to file a notice of appearance, they will be denied their right to procedural fairness, since they will have no opportunity to defend their interests, which would be adversely affected if the application were dismissed. This is because, unless they have entered a notice of appearance, they will have no right to notice of any further steps or documents in the proceeding: rule 145. They say that their perspective is different from that of the applicant, Canadian Tire, and that they may have different arguments to make in support of the application.

I do not accept this argument. If the importers are concerned about ensuring that their interests are fully canvassed, they may seek intervener status in Canadian Tire's application pursuant to rule 109. Alternatively, they could have applied to be joined as applicants.

[28] The primary conclusion which emerges from these two cases is that only a respondent who opposes an application is entitled to file a notice of appearance because of the requirements of rule 305. The corollary of that position is that because of rule 145, the patentee is not entitled to further notice of any proceedings, which may be interpreted as having the effect of precluding them from taking any part in those further proceedings. (Indeed, we are told that the prothonotary took that position in this case.) On the other hand, there is no rule which provides that a person who has not filed a notice of appearance is to be removed as a party. Indeed such a rule would be counter-intuitive since the very purpose of naming persons with an interest as parties is to ensure that they will be bound by the result, a purpose which cannot be achieved if those persons are not parties. One is left with parties who do not have the right to participate in a proceeding but who are nonetheless bound by the result of that proceeding.

[29] This procedural dead end cannot be avoided by means of an order under rule 145 that the patentee be

Il n'est pas pertinent, pour l'application de l'article 305 des Règles, qu'un défendeur ait pris part à titre de partie ou à titre d'intervenant à l'instance devant le tribunal visé par le contrôle. De même, il importe peu que les importatrices en l'espèce aient déclaré, lorsqu'elles ont déposé leur avis de comparution, qu'elles appuyaient la demande.

Les importatrices font valoir, en second lieu, que le fait de ne pas leur permettre de déposer un avis de comparution les priverait du droit à l'équité procédurale puisqu'elles n'auraient pas l'occasion de défendre leurs intérêts, qui seraient défavorablement touchés si la demande était rejetée. En effet, à moins d'avoir déposé un avis de comparution, elles n'auront aucun droit de recevoir avis des prochaines étapes ni des documents qui seront présentés en cours d'instance : article 145 des Règles. Elles expliquent que leur point de vue diffère de celui de la demanderesse, Canadian Tire, et qu'il se peut qu'elles veuillent présenter des arguments différents au soutien de la demande.

Je ne souscris pas à cet argument. Si les importatrices tiennent à s'assurer qu'il soit pleinement tenu compte de leurs intérêts, elles peuvent demander le statut d'intervenantes dans la demande de Canadian Tire conformément à l'article 109 des Règles. Une autre solution aurait été de demander l'autorisation d'être jointes à titre de demandereses.

[28] La principale conclusion qui se dégage de ces deux décisions est que seul le défendeur qui s'oppose à la demande a le droit de déposer un avis de comparution en raison des conditions prévues à la règle 305. Le corollaire de cette position est qu'à cause de la règle 145, le breveté n'a pas le droit de recevoir signification des documents ultérieurs, ce qui peut être interprété comme un empêchement à prendre part à quelque titre que ce soit au reste de l'instance (on nous a d'ailleurs fait savoir que c'est le point de vue qu'a adopté le protonotaire en l'espèce). En revanche, on ne trouve dans les Règles aucune disposition qui prévoit que la personne qui n'a pas déposé d'avis de comparution doit être radiée comme partie. D'ailleurs, une telle disposition serait contraire au bon sens, puisque la raison même pour laquelle on constitue des personnes comme parties à l'instance est de s'assurer qu'elles soient liées par le résultat, ce qui n'est pas possible si ces personnes ne sont pas parties à l'instance. On se retrouve sinon dans une situation où des parties n'ont pas le droit de prendre part à l'instance mais sont néanmoins liées par le résultat de cette même instance.

[29] On ne peut éviter un tel cul-de-sac procédural en ordonnant, en vertu de la règle 145, de signifier au breveté

given notice of further proceedings since it is clear from *Socan* and *Canadian Tire* that a respondent can only oppose an application. *Canadian Tire* holds that those who seek to support the application must apply to be made applicants or interveners. However, the patentee has the right to be independently represented and thus may not be in a position to comply with rule 102 which requires that co-applicants be represented by common counsel. This could lead to anomalous results, such as in this case, where one patentee, Schering Corporation is related to the applicant and has common counsel and would therefore have the right to participate in the application while Sepracor, which is not related to the applicant and is separately represented because of its independent interest, could not participate in the application.

[30] This cannot be what the drafters of the Rules intended, though it may be the unintended consequence of what they have written. Given that rule 305 requires that persons who have an interest in a matter be named as respondents without regard to the nature of their interest, given, as well, that respondents who do not file a notice of appearance lose the right to further notice of proceedings (rule 145), the Rules ought not to be read to effectively deprive certain respondents of their right to participate. Rule 305 can be read as explicitly requiring respondents who oppose an application to file a notice of appearance in Form 305 and impliedly permitting respondents who do not oppose an application to file a notice of appearance in a form which reflects their interest.

[31] Rule 5 allows the forms prescribed by the Rules to be modified according to the circumstances:

5. Where these Rules require that a form be used, the form may incorporate any variations that the circumstances require.

[32] In the circumstances, I am of the view that respondents who do not oppose an application are entitled to

les autres documents déposés dans l'instance étant donné qu'il ressort des arrêts *Socan* et *Canadian Tire* que le défendeur peut uniquement s'opposer à la demande. Dans l'arrêt *Canadian Tire*, la Cour a statué que ceux qui cherchent à appuyer la demande doivent présenter une requête en vue d'être constitués demandeurs ou intervenants. Le breveté a cependant le droit d'être représenté par son propre avocat et il se peut donc qu'il ne soit pas en mesure de se conformer à la règle 102, qui exige que les codemandeurs soient représentés par le même avocat. On pourrait ainsi en arriver à des situations anormales, comme la présente, où un breveté, en l'occurrence Schering Corporation, est lié à la partie demanderesse et est représenté par le même avocat que cette dernière et aurait donc le droit de participer à la demande alors que Sepracor, qui n'est pas liée à la demanderesse et qui est représentée par son propre avocat parce que les intérêts qu'elle défend sont distincts, ne pourrait prendre part à la demande.

[30] Un tel résultat ne pouvait être voulu par le législateur lorsqu'il a élaboré les Règles, même si le texte qu'il a rédigé comporte cette conséquence imprévue. Comme la règle 305 exige que ceux qui ont un intérêt dans l'affaire soient constitués défendeurs et ce, indépendamment de la nature de leur intérêt, compte tenu également du fait que les défendeurs qui ne déposent pas d'avis de comparution perdent leur droit de recevoir signification des autres documents déposés dans le cadre de l'instance (règle 145), il ne faut pas interpréter les Règles de manière à priver en fait certains défendeurs de leur droit de participer. La règle 305 peut être interprétée comme obligeant explicitement les défendeurs qui s'opposent à la demande à déposer un avis de comparution établi selon la formule 305 et comme permettant implicitement aux défendeurs qui ne s'opposent pas à la demande de déposer un avis de comparution qui reflète les intérêts qu'ils défendent.

[31] La règle 5 permet de modifier les formules prévues par les Règles selon les circonstances :

5. Les formules prévues par les présentes règles peuvent être adaptées selon les circonstances.

[32] Dans ces conditions, je suis d'avis que les défendeurs qui ne s'opposent pas à la demande ont le droit de

file a notice of appearance by modifying Form 305, to reflect their interest in the proceedings. The form used in this case “[t]he respondent Sepracor intends to participate in the application” seems to me to be adequate for that purpose on the particular facts of this case. That said, a notice of appearance which gave a more unequivocal statement of position, such as “[t]he respondent X intends to support the application”, would be preferable.

[33] In filing such a notice of appearance, the respondent avoids the sanction of rule 145 which, incidentally, refers only to a notice of appearance and not a notice of appearance in any particular form. The respondent patentee is thus fully able to represent its interest as befits someone who is intended to be bound by the result.

[34] It follows from this that I would not require respondents who do not oppose an application to apply to be added as applicants to that application or, even less, as interveners. I can see little advantage to a person who has the rights and the status of a party to seek the limited and discretionary status of an intervener.

[35] The participation of the respondent in a capacity other than an opponent of the application may raise issues of procedural fairness and procedural orderliness. To the extent that case management is available, particularly in proceedings under the PM(NOC) Regulations, those issues can be dealt with as they arise.

[36] In the result, I would depart from the reasoning in *Socan* and *Canadian Tire* for the reasons set out above. I would allow the appeal with costs, set aside the decision of the Federal Court and reinstate Sepracor’s notice of appearance.

NADON J.A.: I agree.

RYER J.A.: I agree.

déposer un avis de comparution en adaptant la formule 305 de manière à exprimer leur intérêt dans l’affaire. Vu les faits particuliers de la présente affaire, la formule employée en l’espèce : [TRADUCTION] « [I]a défenderesse, Sepracor, entend participer à la présente demande », me semble appropriée. Ceci étant dit, il aurait été préférable de soumettre un avis de comparution exposant cette position de façon plus catégorique, telle que « [I]a défenderesse X entend appuyer la demande ».

[33] En déposant un tel avis de comparution, la partie défenderesse évite la sanction prévue à la règle 145 qui, soulignons-le, parle seulement d’un avis de comparution et qui n’exige pas qu’un tel avis respecte une forme particulière. Le breveté défendeur est donc pleinement en mesure de défendre ses propres intérêts comme il sied à quiconque est censé être lié par l’issue de la demande.

[34] Il s’ensuit que je n’obligerai pas les défendeurs qui ne s’opposent pas à la demande à présenter une requête en vue d’être constitués parties à l’instance à titre de demandeurs ou, encore moins, à titre d’intervenants. Je vois peu d’avantages pour la personne qui jouit des droits et de la qualité de partie à l’instance de chercher à obtenir le statut limité et discrétionnaire d’intervenant.

[35] La participation de la défenderesse en une qualité autre que celle d’opposante à la demande peut soulever des questions au sujet de l’équité procédurale et du bon déroulement de l’instance. Dans la mesure où il est possible d’ordonner la gestion de l’instance, surtout dans le cas d’une instance visée par le Règlement, ces questions peuvent être traitées au fur et à mesure qu’elles surgissent.

[36] Je suis par conséquent d’avis de me dissocier du raisonnement suivi dans les arrêts *Socan* et *Canadian Tire* pour les motifs précités. Je suis d’avis d’accueillir l’appel avec dépens, d’annuler la décision de la Cour fédérale et de rétablir l’avis de comparution de Sepracor.

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

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

A-177-07
2008 FCA 42

A-177-07
2008 CAF 42

Canadian Pacific Railway Company (*Appellant*)

Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique
(*appelante*)

v.

c.

**Canadian Transportation Agency, ATCO Pipelines, a
division of ATCO Gas and Pipelines** (*Respondents*)

**Office des transports du Canada, ATCO Gazoducs,
une division d'ATCO Gas and Gazoducs** (*intimés*)

*INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. v. CANADA
(TRANSPORTATION AGENCY) (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ : CIE DE CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE C.
CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS) (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Décary, Noël and Sharlow JJ.A.
—Edmonton, January 15; Ottawa, February 6, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Noël et Sharlow,
J.C.A.—Edmonton, 15 janvier; Ottawa, 6 février 2008.

Transportation — Appeal from Canadian Transportation Agency decision granting application for authority to construct above-ground safety valves for natural gas pipeline where pipeline running under railway right of way, parallel to railway track — Under Canada Transportation Act, s. 101(3) Agency may authorize construction of “utility crossing” defined in s. 100 in relation to railway line — Given statutory context, “railway line” intended to include right of way on which railway track located — Portions of pipeline on which safety valves to be constructed within definition of “utility crossing” in Act, s. 100 — Agency’s interpretation reasonable — Appeal dismissed.

Transports — Appel de la décision par laquelle l’Office des transports du Canada a accueilli la demande présentée en vue d’obtenir l’autorisation de construire, pour un gazoduc, des installations munies de valves hors sol à des endroits où le gazoduc passe sous l’emprise du chemin de fer, parallèlement à la voie ferrée — En vertu de l’art. 101(3) de la Loi sur les transports au Canada, l’Office peut autoriser la construction d’un « franchissement par desserte », qui est défini à l’art. 100 par rapport à une ligne de chemin de fer — Compte tenu du contexte de la loi, l’expression « ligne de chemin de fer » vise à inclure l’emprise sur laquelle se trouve la voie ferrée — Les parties du gazoduc sur lesquelles les installations munies d’une valve doivent être construites répondent à la définition de « franchissement par desserte » que l’on trouve à l’art. 100 de la Loi — L’interprétation de l’Office était raisonnable — Appel rejeté.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Appeal from Canadian Transportation Agency decision granting application for authority to construct above-ground safety valves for natural gas pipeline where pipeline running under Canadian Pacific Railway Company (CPR) railway right of way, parallel to railway track — Since Supreme Court of Canada’s decision in Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc., standard of review in appeal from Agency’s decision on question of statutory interpretation of provision defining Agency’s jurisdiction no longer correctness but reasonableness.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Appel de la décision par laquelle l’Office des transports du Canada a accueilli la demande présentée en vue d’obtenir l’autorisation de construire, pour un gazoduc, des installations munies d’une valve hors sol aux endroits où le gazoduc passe sous l’emprise de la compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique (CP), parallèlement à la voie ferrée — Depuis que la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l’arrêt Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc., la norme de contrôle applicable dans le cadre d’un appel interjeté à l’encontre d’une décision de l’Office portant sur une question d’interprétation d’une disposition législative qui définit la compétence de l’Office n’est plus la norme de la décision correcte, mais plutôt celle de la norme de la décision raisonnable.

This was an appeal from a decision of the Canadian Transportation Agency granting ATCO Pipelines’ application

Il s’agissait d’un appel de la décision par laquelle l’Office des transports du Canada a accueilli la demande présentée par

for the authority to construct above-ground safety valves for its natural gas pipeline at two locations where the pipeline runs under the Canadian Pacific Railway Company (CPR) railway right of way, parallel to the railway track. ATCO owns and operates a natural gas pipeline in Alberta. A portion of the pipeline runs mostly beside the CPR railway track and crosses under the railway track at three locations. Permission to build that portion was obtained by ATCO's predecessor pursuant to a 1951 agreement, which was filed with, and became an order of the Agency in accordance with section 101 of the *Canada Transportation Act* (CTA). When ATCO was to negotiate an amendment to the agreement in order to permit construction of the above-ground valves, it applied to the Agency for authorization. Subsection 101(3) of the CTA permits the Agency to authorize the construction of a suitable "utility crossing" which is defined in section 100 as the part of a utility line that passes over or under a railway line. CPR submitted that "railway line" means "railway track" and the respondents submitted that it includes the right of way on which a railway track is located.

The issues were what was the appropriate standard of review and whether the portions of the pipeline on which the safety valves are to be constructed fell within the definition of "utility crossing" in section 100 of the CTA.

Held, the appeal should be dismissed.

Since the recent Supreme Court of Canada decision in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, the standard of review in an appeal from a decision of the Agency on a question of statutory interpretation of a provision defining the Agency's jurisdiction is no longer correctness but reasonableness. Since the nature of the legal issue herein was sufficiently like the one in *VIA Rail*, the Court was bound to apply the same standard of reasonableness.

"Railway line" in *Canada Transportation Act*, section 98, has previously been determined by the Federal Court of Appeal to include the many different components that are located on the right of way occupied by the railway company and that permit and facilitate the movement of locomotives and rolling stock. Numerous Agency decisions relating to the salvage value of a railway line support the proposition that a railway line includes the railway right of way. And the Minister of Transport has asserted jurisdiction over the railway safety implications of the proposed construction of above-ground safety valves, relying on the definition of "utility crossing" in the *Railway*

ATCO Gazoducs en vue d'obtenir l'autorisation de construire, pour son gazoduc, des installations munies d'une valve hors sol à deux endroits où le gazoduc passe sous l'emprise de la Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique (CP), parallèlement à la voie ferrée. ATCO possède et exploite un gazoduc en Alberta. Un tronçon du gazoduc longe la voie ferrée de CP et il traverse la voie ferrée à trois endroits. La personne morale qui a précédé ATCO avait obtenu l'autorisation de construire ce tronçon aux termes d'une entente conclue en 1951, qui a été déposée auprès de l'Office et a été assimilée à un arrêté de l'Office conformément à l'article 101 de la *Loi sur les transports au Canada* (la LTC). Lorsque ATCO a tenté de négocier une modification à l'entente pour obtenir l'autorisation d'installer les valves hors sol, elle a présenté une demande d'autorisation à l'Office. Le paragraphe 101(3) de la LTC permet à l'Office d'autoriser la construction d'un franchissement convenable, qui est défini à l'article 100 comme étant un franchissement par une desserte d'un chemin de fer par passage supérieur ou inférieur. CP affirmait que l'expression « chemin de fer » s'entend d'une « voie ferrée » et les intimés soutenaient que cette première expression comprend l'emprise sur laquelle se trouve la voie ferrée.

Il s'agissait de savoir qu'elle était la norme de contrôle applicable et si les parties du gazoduc sur lesquelles les installations munies d'une valve doivent être construites répondaient à la définition de « franchissement par desserte » que l'on trouve à l'article 100 de la LTC.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Depuis que la Cour suprême du Canada a rendu sa décision récemment dans l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, la norme de contrôle applicable dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de l'Office portant sur une question d'interprétation d'une disposition législative qui définit la compétence de l'Office n'est plus la norme de la décision correcte, mais plutôt celle de la norme de la décision raisonnable. Comme la nature de la question de droit posée en l'espèce ressemblait suffisamment à celle de la question de droit soulevée dans l'affaire *VIA Rail*, la Cour était tenue d'appliquer la même norme de la décision raisonnable.

La Cour d'appel fédérale a établi dans le passé que l'expression « ligne de chemin de fer » paraissant à l'article 98 de la *Loi sur les transports au Canada* comprend les divers éléments, situés sur le droit de passage occupé par la compagnie de chemin de fer, qui permettent et facilitent le mouvement des locomotives et du matériel roulant. Bon nombre de décisions de l'Office portant sur la détermination de la valeur de récupération d'une ligne de chemin de fer étaient la proposition que l'emprise de la voie ferrée fait partie de la ligne de chemin de fer. En outre, le ministre s'est déclaré compétent sur les aspects de la construction projetée des installations de valves hors sol qui

Safety Act which is substantially the same as the definition thereof in the CTA. Given the statutory context, the Agency's interpretation gave the language of the definition of "utility line" a meaning that it could reasonably bear and that was consistent with its purpose. Parliament did not intend to adopt legislation that would preclude the current interrelated statutory schemes for the regulation of railways and railway safety from applying to the construction of above-ground safety valves on a natural gas pipeline located on a railway right of way.

ont des incidences sur la sécurité ferroviaire, en se fondant sur la définition de l'expression « franchissement par desserte » que l'on trouve dans la *Loi sur la sécurité ferroviaire*, qui est presque identique à celle que l'on trouve dans la LTC. Compte tenu du contexte de la loi, l'interprétation retenue par l'Office a conféré à la définition de « desserte » un sens que l'on pouvait raisonnablement attribuer à ce terme qui était compatible avec son objet. Le législateur n'entendait pas adopter des dispositions législatives qui auraient pour effet d'empêcher les régimes législatifs actuels, qui sont étroitement liés, pour réglementer les chemins de fer et la sécurité ferroviaire de s'appliquer à la construction de ces valves hors sol sur un gazoduc situé sur l'emprise d'une voie ferrée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 87 "railway", 98, 100, 101.

Discontinuance and Continuance of Proceedings Order, 1996, SOR/96-383.

Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 2 "railway", 326.

Railway Safety Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 4 "crossing work", "railway work", "utility crossing".

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc., [2007] 1 S.C.R. 650; (2007), 279 D.L.R. (4th) 1; 59 Admin. L.R. (4th) 1; 360 N.R. 1; 2007 SCC 15.

CONSIDERED:

VIA Rail Canada Inc. v. Canada (Transportation Agency), [2005] 4 F.C.R. 473; (2005), 252 D.L.R. (4th) 418; 330 N.R. 337; 2005 FCA 79; revg *Application by the Council of Canadians with Disabilities pursuant to subsection 172(1) of the Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, regarding the level of accessibility of VIA Rail Canada Inc.'s Renaissance passenger rail cars, Decision No. 175-AT-R-2003 and *Application by the Council of Canadians with Disabilities, regarding the level of accessibility of VIA Rail Canada Inc.'s Renaissance passenger rail cars—Final findings related to Decision No. 175-AT-R-2003*, Decision No. 620-AT-R-2003; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Transportation Agency)* (1999), 251 N.R. 245 (F.C.A.); *Relocation of the existing aerial power line (CP)—Edmonton Power Inc. dba Edmonton Power*, Decision No. 124-R-1997.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Décret sur l'abandon et la poursuite des procédures, 1996, DORS/96-383.

Loi sur la sécurité ferroviaire, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 32, art. 4 « franchissement par desserte », « installations ferroviaires », « ouvrages de franchissement ».

Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 2 « chemin de fer », 326.

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 87 « chemin de fer », 98, 100, 101.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc., [2007] 1 R.C.S. 650; 2007 CSC 15.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

VIA Rail Canada Inc. c. Canada (Office des transports), [2005] 4 R.C.F. 473; 2005 CAF 79; infirmant *Demande présentée par le Conseil des Canadiens avec déficiences en vertu du paragraphe 172(1) de la Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, au sujet du niveau d'accessibilité des voitures de chemin de fer de passagers Renaissance de VIA Rail Canada Inc., décision n° 175-AT-R-2003 et *Demande présentée par le Conseil des Canadiens avec déficiences au sujet du niveau d'accessibilité des voitures de chemin de fer de passagers Renaissance de VIA Rail Canada Inc. — Constatations finales de la décision n° 175-AT-R-2003*, décision n° 620-AT-R-2003; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des transports)*, [1999] A.C.F. n° 1961 (C.A.) (QL); *Déplacement ligne aérienne de transport d'électricité (CP)—Edmonton Power Inc. s/n Edmonton Power*, décision n° 124-R-1997.

REFERRED TO:

Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency), [2003] 4 F.C. 558; (2003), 307 N.R. 378; 2003 FCA 271; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476; (2003), 225 D.L.R. (4th) 206; 49 Admin. L.R. (3d) 161; 204 N.R. 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Determination of net salvage value—CN vs City of Prince Albert and Rural Municipalities of Prince Albert No. 461*, Decision No. 175-R-1999; *Net Salvage Value of CN Chatham Subdivision—VIA Rail Canada Inc.*, Decision No. 467-R-1996; *St. Lawrence & Hudson Railway Company Limited*, Decision No. 530-R-1998; *Determination of the net salvage value—CN Arborfield Subdivision*, Decision No. 545-R-1999; *Determination of net salvage value of the CN's Cudworth Subdivision*, Decision No. 542-R-2000.

AUTHORS CITED

Canadian Transportation Agency. Agreement between the Canadian Pacific Railway Company and the Canadian Western Natural Gas Company Limited, Order No. 2004-AGR-478, dated November 16, 2004.

APPEAL from a decision of the Canadian Transportation Agency granting an application under subsection 101(3) of the *Canada Transportation Act*, for the authority to construct above-ground safety valves for a natural gas pipeline where it runs under the railway right of way, parallel to the railway track. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Glen H. Poelman and *Ryan Penner* for appellant.
Andray Renaud for respondent Canadian Transportation Agency.
Donald R. Cranston, Q.C. and *Peter S. -L. Wong* for respondent ATCO Pipelines.

SOLICITORS OF RECORD:

Macleod Dixon LLP, Calgary, for appellant.
Canadian Transportation Agency, Gatineau, for respondent Canadian Transportation Agency.
Bennett Jones LLP, Edmonton, for respondent ATCO Pipelines.

DÉCISIONS CITÉES :

Cie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Office des transports), [2003] 4 C.F. 558; 2003 CAF 271; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Détermination de la valeur nette de récupération – CN vs la Ville de Prince Albert et par les municipalités rurales de Prince Albert n° 461*, décision n° 175-R-1999; *Valeur nette de récupération de la subdivision Chatham du CN – VIA Rail Canada Inc.*, décision n° 467-R-1996; *La Compagnie de chemin de fer Saint-Laurent & Hudson Limitée*, décision n° 530-R-1998; *Détermination de la valeur nette de récupération de la subdivision Arborfield du CN*, décision n° 545-R-1999; *Détermination de la valeur nette de récupération de la subdivision Cudworth du CN*, décision n° 542-R-2000.

DOCTRINE CITÉE

Office des transports du Canada. Entente entre la Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique et la Canadian Western Natural Gas Company Limited, arrêté n° 2004-AGR-478, daté du 16 novembre 2004.

APPEL de la décision par laquelle l'Office des transports du Canada a accueilli la demande présentée en application du paragraphe 101(3) de la *Loi sur les transports au Canada* en vue d'obtenir l'autorisation de construire, pour un gazoduc, des installations munies de valves hors sol à des endroits où le gazoduc passe sous l'emprise du chemin de fer, parallèlement à la voie ferrée. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Glen H. Poelman et *Ryan Penner* pour l'appelante.
Andray Renaud pour l'intimé l'Office des transports du Canada.
Donald R. Cranston, c.r. et *Peter S. -L. Wong* pour l'intimée ATCO Gazoducs.

AVOCATS INSCRITS :

Macleod Dixon LLP, Calgary, pour l'appelante.
Office des transports du Canada, Gatineau, pour l'intimé l'Office des transports du Canada.
Bennett Jones LLP, Edmonton, pour l'intimée ATCO Gazoducs.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: The Canadian Pacific Railway Company (CPR) is appealing, with leave, Decision No. 709-R-2006 of the Canadian Transportation Agency dated December 22, 2006 [*Authority to construct and maintain utility crossings (above-ground valves) within CP's right of way — ATCO Pipelines, a division of ATCO Gas and Pipelines Ltd.*]. In that decision, the Agency granted the application of ATCO Pipelines, a division of ATCO Gas and Pipelines Ltd., for the authority to construct above-ground safety valves for its natural gas pipeline at two locations where the pipeline runs under the CPR railway right of way, parallel to the railway track. CPR argues that this decision is not within the jurisdiction of the Agency. The issue raised in the appeal is whether the portions of the pipeline on which the safety valves are to be constructed fall within the definition of “utility crossing” in section 100 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10.

Statutory provisions

(A) *Canada Transportation Act*

[2] The relevant provisions of the *Canada Transportation Act* are sections 98, 100 and 101, and the definition of “railway” in section 87. All of these provisions are found in Part III, entitled “Railway Transportation”. The definition of “railway” reads as follows:

87. In this Part,

...

“railway” means a railway within the legislative authority of Parliament and includes

(a) branches, extensions, sidings, railway bridges, tunnels, stations, depots, wharfs, rolling stock, equipment, stores, or other things connected with the railway, and

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : La compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique (CP) interjette appel, sur autorisation, de la décision n° 709-R-2006 en date du 22 décembre 2006 [*Autorisation de construire et d'entretenir des franchissements par desserte (installation comprenant une valve hors sol) sur l'emprise de CP — ATCO Pipelines, une division d'ATCO Gas and Pipelines Ltd.*] par laquelle l'Office des transports du Canada a accueilli la demande présentée par ATCO Gazoducs, une division d'ATCO Gas and Gazoducs Ltd., en vue d'obtenir l'autorisation de construire, pour son gazoduc, des installations munies d'une valve hors sol à deux endroits où le gazoduc passe sous l'emprise de CP, parallèlement à la voie ferrée. CP affirme que l'Office n'a pas compétence pour rendre cette décision. La question soulevée dans le présent appel est celle de savoir si les parties du gazoduc sur lesquelles les installations munies d'une valve doivent être construites répondent à la définition de « franchissement par desserte » que l'on trouve à l'article 100 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10.

Dispositions législatives

(A) *Loi sur les transports au Canada*

[2] Les dispositions applicables de la *Loi sur les transports au Canada* sont les articles 98, 100 et 101, ainsi que la définition de « chemin de fer » à l'article 87. Toutes ces dispositions se trouvent à la partie III, intitulée « Transport ferroviaire ». Voici la définition de « chemin de fer » :

87. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« chemin de fer » Chemin de fer relevant de l'autorité législative du Parlement. Sont également visés :

a) les embranchements et prolongements, les voies de garage et d'évitement, les ponts et tunnels, les gares et stations, les dépôts et quais, le matériel roulant, l'équipement et les fournitures, ainsi que tous les autres biens qui dépendent du chemin de fer;

(b) communications or signalling systems and related facilities and equipment used for railway purposes;

[3] The definition of “railway” quoted above was enacted in 1996. Its statutory predecessor is found in section 2 of the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3. That definition read as follows:

2. (1) In this Act, and in any Special Act,

...

“railway” means any railway that the company has authority to construct or operate, and includes all branches, extensions, sidings, stations, depots, wharfs, rolling stock, equipment, stores, property real or personal and works connected therewith, and also any railway bridge, tunnel or other structure that the company is authorized to construct; and, except where the context is inapplicable, includes street railway and tramway;

[4] Sections 98, 100 and 101 of the *Canada Transportation Act* read as follows:

98. (1) A railway company shall not construct a railway line without the approval of the Agency.

(2) The Agency may, on application by the railway company, grant the approval if it considers that the location of the railway line is reasonable, taking into consideration requirements for railway operations and services and the interests of the localities that will be affected by the line.

(3) No approval is needed for the construction of a railway line

(a) within the right of way of an existing railway line; or

(b) within 100 m of the centre line of an existing railway line for a distance of no more than 3 km.

...

100. In this section and section 101,

b) les systèmes de communication ou de signalisation et les installations et équipements connexes qui servent à l’exploitation du chemin de fer.

[3] Cette définition de l’expression « chemin de fer » a été édictée en 1996. La définition qui lui avait précédé se trouve à l’article 2 de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985) ch. R-3. Cette définition était ainsi libellée :

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi ainsi qu’à toute loi spéciale.

[...]

« chemin de fer » (ou « voie ferrée ») Tout chemin de fer que la compagnie est autorisée à construire ou à exploiter, y compris tous les embranchements et prolongements, toutes les voies de garage et d’évitement, toutes les gares et stations, tous les dépôts et quais, tout le matériel roulant, tout l’équipement, toutes les fournitures, tous les biens meubles ou immeubles et tous les ouvrages qui en dépendent, et aussi tout pont de chemin de fer, tout tunnel ou toute autre construction que la compagnie est autorisée à ériger et, si le contexte le permet, le chemin de fer urbain et le tramway.

[4] Les articles 98, 100 et 101 de la *Loi sur les transports au Canada* disposent :

98. (1) La construction d’une ligne de chemin de fer par une compagnie de chemin de fer est subordonnée à l’autorisation de l’Office.

(2) Sur demande de la compagnie, l’Office peut accorder l’autorisation s’il juge que l’emplacement de la ligne est convenable, compte tenu des besoins en matière de service et d’exploitation ferroviaires et des intérêts des localités qui seront touchées par celle-ci.

(3) La construction d’une ligne de chemin de fer à l’intérieur du droit de passage d’une ligne de chemin de fer existante ou, s’il s’agit d’une ligne de chemin de fer d’au plus trois kilomètres de long, à 100 mètres ou moins de l’axe d’une telle ligne n’est pas subordonnée à l’autorisation.

[...]

100. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et à l’article 101.

“road crossing” means the part of a road that passes across, over or under a railway line, and includes a structure supporting or protecting that part of the road or facilitating the crossing;

“utility crossing” means the part of a utility line that passes over or under a railway line, and includes a structure supporting or protecting that part of the utility line or facilitating the crossing;

“utility line” means a wire, cable, pipeline or other like means of enabling the transmission of goods or energy or the provision of services.

101. (1) An agreement, or an amendment to an agreement, relating to the construction, maintenance or apportionment of the costs of a road crossing or a utility crossing may be filed with the Agency.

(2) When the agreement or amendment is filed, it becomes an order of the Agency authorizing the parties to construct or maintain the crossing, or apportioning the costs, as provided in the agreement.

(3) If a person is unsuccessful in negotiating an agreement or amendment mentioned in subsection (1), the Agency may, on application, authorize the construction of a suitable road crossing, utility crossing or related work, or specifying who shall maintain the crossing.

(4) Section 16 of the *Railway Safety Act* applies if a person is unsuccessful in negotiating an agreement relating to the apportionment of the costs of constructing or maintaining the road crossing or utility crossing.

[5] Section 326 of the *Railway Act*, the statutory predecessor to section 101 of the *Canada Transportation Act*, dealt with the construction and maintenance of utility lines near railway lines. That provision read as follows:

326. (1) Lines, wires, other conductors or other structures or appliances for telegraphic or telephonic purposes, or for the conveyance of power or electricity for other purposes, shall not, without leave of the Commission, except as provided in subsection (5), be constructed or maintained

(a) along or across a railway, by any company other than the railway company owning or controlling the railway; or

« desserte » Ligne servant au transport de produits ou d'énergie ou à la fourniture de services, notamment par fil, câble ou canalisation.

« franchissement par desserte » Franchissement par une desserte d'un chemin de fer par passage supérieur ou inférieur, ainsi que tous les éléments structuraux facilitant le franchissement ou nécessaires à la partie visée de la desserte.

« franchissement routier » Franchissement par une route d'un chemin de fer par passage supérieur, inférieur ou à niveau, ainsi que tous les éléments structuraux facilitant le franchissement ou nécessaires à la partie visée de la route.

101. (1) Toute entente, ou toute modification apportée à celle-ci, concernant la construction, l'entretien ou la répartition des coûts d'un franchissement routier ou par desserte peut être déposée auprès de l'Office.

(2) L'entente ou la modification ainsi déposée est assimilée à un arrêté de l'Office qui autorise la construction ou l'entretien du franchissement, ou qui répartit les coûts afférents, conformément au document déposé.

(3) L'Office peut, sur demande de la personne qui ne réussit pas à conclure l'entente ou une modification, autoriser la construction d'un franchissement convenable ou de tout ouvrage qui y est lié, ou désigner le responsable de l'entretien du franchissement.

(4) L'article 16 de la *Loi sur la sécurité ferroviaire* s'applique s'il n'y a pas d'entente quant à la répartition des coûts de la construction ou de l'entretien du franchissement.

[5] L'article 326 de la *Loi sur les chemins de fer*, qui a précédé l'article 101 de la *Loi sur les transports au Canada*, portait sur la construction et l'entretien des dessertes situées près des voies ferrées. Cette disposition est ainsi libellée :

326. (1) Sauf de la manière prévue au paragraphe (5), il ne peut être érigé ni maintenu, sans la permission de la Commission, de lignes, fils métalliques, d'autres conducteurs ou d'autres structures ou appareils de transmission téléphonique ou télégraphique, ou servant à la transmission de la force motrice ou de l'électricité employée à d'autres objets :

a) soit le long ou en travers d'un chemin de fer, par une autre compagnie que la compagnie de chemin de fer possédant ou contrôlant le chemin de fer;

(b) across or near such other lines, wires, conductors, structures or appliances that are within the legislative authority of Parliament.

(B) *Railway Safety Act*

[6] The point of statutory interpretation in issue in this case requires consideration of a related statute, the *Railway Safety Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32. The *Railway Safety Act* and the regulations made under that Act establish railway safety standards for, among other things, the construction, maintenance and operation of a “railway work”. Those regulations are administered by the Minister of Transport.

[7] The term “railway work” is defined in section 4 of the *Railway Safety Act* to include any “crossing work”, which in turn is defined to include any “utility crossing”. The definition of “utility crossing” in the *Railway Safety Act* is substantially the same as the definition in the *Canada Transportation Act*.

Facts

[8] ATCO owns and operates a natural gas pipeline in Alberta. The pipeline was built by ATCO’s corporate predecessor, Canadian Western Natural Gas Company Limited. A portion of the pipeline, approximately 20 miles long, is located on the CPR railway right of way between Kananaskis and Banff, between mile 57.85 and mile 76.95. That 20-mile portion of the pipeline runs mostly beside the CPR railway track on the railway right of way, and it crosses under the railway track at three locations. Permission to build that 20-mile portion of the pipeline was given to Canadian Western Natural Gas Company Limited by CPR pursuant to an agreement dated June 30, 1951.

[9] In 2004, ATCO filed the 1951 agreement with the Canadian Transportation Agency pursuant to subsection 101(1) of the *Canada Transportation Act*. By virtue of subsection 101(2), the 1951 agreement became an order of the Agency ([Agreement between the Canadian Pacific Railway Company and the Canadian Western Natural

b) soit en travers ou près d’autres semblables lignes, fils métalliques, conducteurs, structures ou appareils qui relèvent de l’autorité législative du Parlement.

(B) *Loi sur la sécurité ferroviaire*

[6] La question d’interprétation législative en litige dans la présente espèce nous oblige à tenir compte d’une loi connexe, la *Loi sur la sécurité ferroviaire*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 32. La *Loi sur la sécurité ferroviaire* et ses règlements d’application définissent des normes de sécurité ferroviaire régissant notamment la construction, l’entretien et l’exploitation des « installations ferroviaires ». Ces règlements sont administrés par le ministre des Transports.

[7] L’expression « installations ferroviaires » est définie à l’article 4 de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*. Elle englobe les « ouvrages de franchissement », lesquels englobent les « franchissements par desserte ». La définition de l’expression « franchissement par desserte » que l’on trouve dans la *Loi sur la sécurité ferroviaire* est essentiellement la même que celle que propose la *Loi sur les transports au Canada*.

Les faits

[8] ATCO possède et exploite un gazoduc en Alberta. Ce gazoduc a été construit par la personne morale qui a précédé ATCO, la Canadian Western Natural Gas Company Limited. Un tronçon du gazoduc, d’une vingtaine de milles de longueur, est situé sur l’emprise de CP entre Kananaskis et Banff, entre les points milliaires 57,85 et 76,95. Ce tronçon de 20 milles du gazoduc longe la voie ferrée de CP sur l’emprise du chemin de fer et il traverse la voie ferrée à trois endroits. Le CP avait accordé à la Canadian Western Natural Gas Company Limited l’autorisation de construire ce tronçon de 20 milles aux termes d’une entente datée du 30 juin 1951.

[9] En 2004, ATCO a déposé l’entente de 1951 auprès de l’Office des transports du Canada conformément au paragraphe 101(1) de la *Loi sur les transports au Canada*. En vertu du paragraphe 101(2), l’accord de 1951 a été assimilé à un arrêté de l’Office ([Entente entre la Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique et la

Gas Company Limited] Order No. 2004-AGR-478, dated November 16, 2004). The record discloses no evidence that CPR objected to the filing of the 1951 agreement or to the resulting order.

[10] It is undisputed that the proposed construction of the above-ground valves is part of the maintenance of the existing pipeline and is intended to improve the safety of the pipeline, in that installing the valves above ground will make it easier to shut the pipeline down in an emergency.

[11] It is also undisputed that the 1951 agreement does not expressly permit the construction of above-ground valves on any portion of the pipeline covered by the agreement. ATCO attempted to negotiate an agreement with CPR for authorization to construct the safety valves. When no agreement could be reached, ATCO applied to the Agency for authorization pursuant to subsection 101(3) of the *Canada Transportation Act*.

Standard of review

[12] CPR argues that, in an appeal from a decision of the Agency on a question of the interpretation of a statutory provision that defines the Agency's jurisdiction, the standard of review is correctness. That argument is based on *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, [2003] 4 F.C. 558 (F.C.A.) (at paragraphs 14 to 21), which followed *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476 (at paragraphs 10 to 19).

[13] The Agency and ATCO argue that the standard of review is reasonableness. They rely on a more recent decision of the Supreme Court of Canada, *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650. That was an appeal from a decision of this Court [*VIA Rail Canada Inc. v. Canada (Transportation Agency)*, [2005] 4 F.C.R. 473] reversing decisions of the Agency [*Application by the Council of Canadians with Disabilities pursuant to subsection 172(1) of the Canada Transportation Act*, S.C. 1996, s. 10,

Canadian Western Natural Gas Company Limited] l'arrêté n° 2004-AGR-478, daté du 16 novembre 2004). Le dossier ne renferme aucun élément de preuve qui permette de penser que CP s'est opposé au dépôt de l'entente de 1951 ou à l'arrêté qui en a découlé.

[10] Il est acquis aux débats que la construction projetée des installations munies d'une valve hors sol fait partie des travaux d'entretien du gazoduc existant et qu'elle vise à améliorer la sécurité du gazoduc, étant donné qu'une installation hors sol permettra de fermer le gazoduc plus facilement en cas d'urgence.

[11] Il est également acquis aux débats que l'entente de 1951 ne permet pas expressément la construction d'installations munies d'une valve hors sol sur quelque partie que ce soit du gazoduc visé par l'entente. ATCO a tenté de négocier avec CP une entente pour obtenir l'autorisation d'installer les valves en question. Comme les parties n'ont pu parvenir à une entente, ATCO a présenté une demande d'autorisation à l'Office en vertu du paragraphe 101(3) de la *Loi sur les transports au Canada*.

Norme de contrôle

[12] CP affirme que, dans le cas d'un appel d'une décision de l'Office portant sur une question d'interprétation d'une disposition législative qui définit la compétence de l'Office, la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Cet argument est fondé sur l'arrêt *Cie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Office des transports)*, [2003] 4 C.F. 558 (C.A.F.) (aux paragraphes 14 à 21), qui suivait l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476 (aux paragraphes 10 à 19).

[13] L'Office et ATCO soutiennent pour leur part que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Ils se fondent sur un arrêt plus récent de la Cour suprême du Canada, l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650. Il s'agissait d'un pourvoi formé à l'encontre d'une décision [*VIA Rail Canada Inc. c. Canada (Office des transports)*, [2005] 4 R.C.F. 473] par laquelle notre Cour avait infirmé deux décisions [*Demande présentée par le Conseil des Canadiens avec déficiences en vertu du para-*

regarding the level of accessibility of VIA Rail Canada Inc.'s Renaissance passenger rail cars, Decision No. 175-AT-R-2003 and *Application by the Council of Canadians with Disabilities, regarding the level of accessibility of VIA Rail Canada Inc.'s Renaissance passenger rail cars — Final findings related to Decisions No. 175-AT-R-2003*, Decision No. 620-AT-R-2003] requiring VIA Rail Canada Inc. to take certain steps to accommodate disabled passengers. In that case Justice Abella, writing for the majority, discussed the issue of standard of review at paragraphs 87 to 111. The key passages appear at paragraphs 98 to 100, and read as follows:

The *Canada Transportation Act* is highly specialized regulatory legislation with a strong policy focus. The scheme and object of the Act are the oxygen the Agency breathes. When interpreting the Act, including its human rights components, the Agency is expected to bring its transportation policy knowledge and experience to bear on its interpretations of its assigned statutory mandate....

The allegedly jurisdictional determination the Agency was being asked to make... falls squarely within its statutory mandate. It did not involve answering a legal question beyond its expertise, but rather requires the Agency to apply its expertise to the legal issue assigned to it by statute....

The Agency is responsible for interpreting its own legislation, including what that statutory responsibility includes. The Agency made a decision with many component parts, each of which fell squarely and inextricably within its expertise and mandate. It was therefore entitled to a single, deferential standard of review.

[14] In my view, the nature of the legal issue in this case is sufficiently like the legal issue in the *VIA Rail* case that the same standard of review should apply. It follows that this Court is bound to apply the standard of review applied in *VIA Rail*, which is reasonableness.

graphe 172(1) de la Loi sur les transports au Canada, au sujet du niveau d'accessibilité des voitures de chemin de fer de passagers Renaissance de VIA Rail Canada Inc., décision n° 175-AT-R-2003 et *Demande présentée par le Conseil des Canadiens avec déficiences au sujet du niveau d'accessibilité des voitures de chemin de fer de passagers Renaissance de VIA Rail Canada Inc. — Constatations finales de la décision n° 175-AT-R-2003*, décision n° 620-AT-R-2003] par laquelle l'Office avait obligé VIA Rail Canada Inc. à prendre certaines mesures pour tenir compte des besoins des voyageurs ayant une déficience. Dans cet arrêt, la juge Abella, qui écrivait au nom des juges majoritaires, aborde la question de la norme de contrôle aux paragraphes 87 à 111. Voici les passages essentiels de ses propos, que l'on trouve aux paragraphes 98, 99 et 100 :

La *Loi sur les transports au Canada* est une loi de nature réglementaire hautement spécialisée qui est axée sur de solides considérations de politique générale. L'économie et l'objet de la Loi sont l'oxygène de l'Office. Lorsqu'il interprète la Loi, y compris ses éléments relatifs aux droits de la personne, l'Office est censé mettre à profit sa connaissance et son expérience de la politique des transports pour comprendre le mandat qui lui est confié par cette loi [...]

[...] la soi-disant décision en matière de compétence que l'Office devait rendre relève clairement du mandat que lui confie la Loi. Cela ne signifiait pas qu'il devait répondre à une question de droit dépassant son expertise, mais plutôt qu'il devait mettre à profit son expertise pour résoudre la question de droit qui lui était soumise. [...]

L'Office est chargé d'interpréter ses propres dispositions législatives, y compris ce en quoi consiste cette responsabilité que lui confie la Loi. La décision qu'il a rendue comportait plusieurs parties, chacune d'elles relevant clairement et inextricablement de son domaine d'expertise et de son mandat. Elle commandait donc l'application d'une seule norme de contrôle faisant appel à la déférence.

[14] À mon avis, la nature de la question de droit posée en l'espèce ressemble suffisamment à celle de la question de droit soulevée dans l'affaire *VIA Rail* pour qu'on puisse conclure que la même norme de contrôle s'applique. Il s'ensuit que notre Cour est tenue d'appliquer la norme de contrôle retenue dans l'arrêt *VIA Rail*, en l'occurrence la norme de la décision raisonnable.

Discussion

[15] The position of CPR is that the definition of “utility crossing” in the *Canada Transportation Act* is not broad enough to capture the portions of the ATCO pipeline where ATCO proposes to construct the above-ground valves, because at those locations the pipeline runs beside the railway track, not under it. That position is based on a literal meaning of the words, “the part of a utility line that passes over or under a railway line,” assuming the words “railway line” mean only “railway track” and cannot have a broader meaning. CPR points to the distinction between the words used in the current definition (“over or under a railway line”), and the words used in its statutory predecessor, section 326 of the *Railway Act* (“along or across a railway”). CPR also relies on section 98 of the *Canada Transportation Act* (quoted above), in which the phrase “railway line” is apparently used to mean a railway track. According to the interpretation proposed by CPR, the fact that the work is to be done on the railway right of way is irrelevant, no matter how close the work may be to the railway track.

[16] The position of ATCO and the Agency relies on the purposive, contextual approach adopted in *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 and numerous decisions of the Supreme Court of Canada decided after that case. They argue that, given the purpose of the statutory scheme and the statutory context, the phrase “railway line” is intended to include the right of way on which a railway track is located. It follows that the definition of “utility line” would include any part of a pipeline that is on or under the railway right of way.

[17] There is no jurisprudence squarely on point. However, the Agency’s conclusion on this point is supported by *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Transportation Agency)* (1999), 251 N.R. 245 (F.C.A.). In that case, this Court upheld the decision of the Agency that section 98 of the *Canada Transportation Act* (quoted above), which requires the Agency’s approval

Analyse

[15] La thèse de CP est que la définition de l’expression « franchissement par desserte » que l’on trouve dans la *Loi sur les transports au Canada* n’est pas suffisamment large pour englober les tronçons de son gazoduc où ATCO se propose de construire les installations munies d’une valve hors sol, parce qu’à ces endroits, le gazoduc longe la voie ferrée au lieu d’être situé sous cette dernière. Cette thèse repose sur une interprétation littérale des mots « [f]ranchissement par une desserte d’un chemin de fer par passage supérieur ou inférieur », en supposant que l’expression « chemin de fer » ne s’entende que d’une « voie ferrée » et qu’elle n’ait pas un sens plus large. CP signale la distinction entre les mots employés dans la définition actuelle (« desserte d’un chemin de fer par passage supérieur ou inférieur »), et ceux que l’on trouvait dans la loi précédente à l’article 326 de la *Loi sur les chemins de fer* (« soit le long ou en travers d’un chemin de fer »). CP invoque aussi l’article 98 de la *Loi sur les transports au Canada* (précité), dans lequel il semble que l’expression « ligne de chemin de fer » soit employée au sens de voie ferrée. Selon l’interprétation proposée par CP, le fait que les travaux doivent être effectués sur l’emprise de la voie ferrée est sans importance et ce, indépendamment de la proximité des travaux avec la voie ferrée elle-même.

[16] La thèse d’ATCO et de l’Office repose sur l’approche téléologique et contextuelle adoptée par la Cour suprême dans l’affaire *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, et dans de nombreux autres arrêts rendus par la Cour suprême depuis. Ils soutiennent que, compte tenu de l’objet du régime législatif et du contexte de la loi, l’expression « ligne de chemin de fer » vise à inclure l’emprise sur laquelle se trouve la voie ferrée. Il s’ensuit que la définition de « desserte » engloberait toute partie du gazoduc qui se trouve au-dessus de l’emprise de la voie ferrée ou en dessous de cette dernière.

[17] Il n’y a pas de jurisprudence qui porte carrément sur la question. Toutefois, la conclusion de l’Office sur ce point est appuyée par l’arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des transports)*, [1999] A.C.F. n° 1961 (C.A.) (QL). Dans cet arrêt, notre Cour a confirmé la décision de l’Office suivant laquelle l’article 98 de la *Loi sur les transports au Canada*

for the construction of a “railway line”, applied to the construction of a railway yard. Justice Rothstein, then a member of this Court, explained as follows (at paragraph 8):

A railway line is the structure upon which locomotives and rolling stock of railway companies move and the communications or signalling system and related facilities and equipment. Colloquially one might refer to “railway tracks”, but, of course much more is involved, as C.N.’s counsel indicated, including the provision of grade and subgrade, including the construction of embankments and cuts, the installation of facilities for drainage, bridges, tunnels, and the track structure itself consisting of ballast, ties, rails, spikes, switches, and the like. All these components together, located on the right of way occupied by the railway company are what permit and facilitate the movement of locomotives and rolling stock, namely, a railway line. [Underlining added.]

[18] The Agency also points to its Decision No. 124-R-1997 [*Relocation of the existing aerial power line (CP) — Edmonton Power Inc. dba Edmonton Power*], in which the Agency applied section 101 to an application for a power line to be placed on a railway right of way, to run parallel to the track without crossing it. The application in that case had been commenced under section 326 of the *Railway Act* (quoted above) and continued under the *Canada Transportation Act* by virtue of the *Discontinuance and Continuance of Proceedings Order, 1996*, SOR/96-383.

[19] Other jurisprudential support for the proposition that a railway line includes the railway right of way are found in decisions of the Agency relating to the determination of the salvage value of a railway line, which includes the value of the land comprising the right of way: Agency Decisions 175-R-1999 (*Determination of net salvage value — CN vs City of Prince Albert and Rural Municipalities of Prince Albert No. 461*); 467-R-1996 (*Net Salvage Value of CN Chatham Subdivision — VIA Rail Canada Inc.*); 530-R-1998 (*St. Lawrence & Hudson Railway Company Limited*); 545-R-1999 (*Determination*

(précité), qui prévoit que la construction d’une ligne de chemin de fer par une compagnie de chemin de fer est subordonnée à l’autorisation de l’Office, s’appliquait à la construction d’une cour de triage. Le juge Rothstein, qui siégeait alors à notre Cour, explique ce qui suit (au paragraphe 8) :

Une ligne de chemin de fer consiste en la structure sur laquelle les locomotives et le matériel roulant des compagnies de chemin de fer se déplacent de même qu’en le système de communication ou de signalisation et des installations et équipements connexes. On pourrait familièrement parler de « voie ferrée » mais, bien sûr, comme l’a signalé l’avocat du CN, l’expression a un sens beaucoup plus large. Elle englobe la préparation de paliers et de plates-formes, y compris la construction de levées et de coupes, l’aménagement d’installations pour le drainage, les ponts, les tunnels, ainsi que la superstructure de la voie elle-même qui comporte le ballast, les traverses, les rails, les crampons et les autres appareils de voie. Tous ces éléments, situés sur le droit de passage occupé par la compagnie de chemin de fer, permettent et facilitent le mouvement des locomotives et du matériel roulant : il s’agit de la ligne de chemin de fer. [Soulignement ajouté.]

[18] L’Office cite aussi sa décision n° 124-R-1997 [*Déplacement ligne aérienne de transport d’électricité (CP) — Edmonton Power Inc. s/n Edmonton Power*] dans laquelle il a appliqué l’article 101 à une demande visant la construction d’une ligne de transport d’électricité le long de l’emprise d’un chemin de fer sur un terrain situé en parallèle à la voie de chemin de fer mais ne la franchissant pas. Dans cette affaire, la demande avait été introduite en vertu de l’article 326 de la *Loi sur les chemins de fer* (précité), et avait été poursuivie sous le régime de la *Loi sur les transports au Canada* conformément au *Décret sur l’abandon et la poursuite des procédures, 1996*, DORS/96-383.

[19] On trouve un appui jurisprudentiel à la proposition que l’emprise de la voie ferrée fait partie de la ligne de chemin de fer dans des décisions de l’Office portant sur la détermination de la valeur nette de récupération d’une ligne de chemin de fer, laquelle comprend la valeur du terrain sur lequel se trouve l’emprise : décisions n°s 175-R-1999 (*Détermination de la valeur nette de récupération — CN vs la Ville de Prince Albert et par les Municipalités rurales de Prince Albert n° 461*); 467-R-1996 (*Valeur nette de récupération de la subdivision Chatham du CN — VIA Rail Canada Inc.*); 530-R-1998 (*La Compagnie*

of the net salvage value — CN Arborfield Subdivision); 542-R-2000 (*Determination of net salvage value of the CN's Cudworth Subdivision*).

[20] The Minister of Transport apparently agrees with ATCO and the Agency. The Minister has asserted jurisdiction over the railway safety implication of the proposed construction of above-ground valves, relying on the definition of “utility crossing” in the *Railway Safety Act*. As mentioned above, that definition is substantially the same as the definition of “utility crossing” in the *Canada Transportation Act*. It is undisputed that if the Agency has erred in its interpretation of the definition of “utility crossing” in the *Canada Transportation Act*, the Minister has made the same error in relation to the *Railway Safety Act*. If that is the case, then a question would arise as to whether and to what extent the *Railway Safety Act* gives the Minister the statutory authority to consider railway safety issues in relation to the proposed work.

[21] Given the statutory context, the Agency’s interpretation gives the language of the definition of “utility line” a meaning that it can reasonably bear and that is consistent with its purpose. In my view, the Agency’s interpretation of the definition of “utility line” is reasonable. I see no basis for the intervention of this Court.

[22] I would add that I would have proposed the same result if the standard of review had been correctness. I do not accept that Parliament, in the course of enacting the current interrelated statutory schemes for the regulation of railways and railway safety, intended to adopt legislation that would preclude those schemes from applying to the construction of above-ground safety valves on a natural gas pipeline located on a railway right of way.

de chemin de fer Saint Laurent & Hudson Limitée); 545-R-1999 (*Déterminatino de la valeur nette de récupération de la subdivision Arborfield du CN*); 542-R-2000 (*Détermination de la valeur nette de récupération du tronçon de sa subdivision Cudworth*).

[20] Le ministre des Transports semble souscrire à la thèse d’ATCO et de l’Office. Le ministre s’est déclaré compétent sur les aspects de la construction projetée des installations de valves hors sol qui ont des incidences sur la sécurité ferroviaire, en se fondant sur la définition de l’expression « franchissement par desserte » que l’on trouve dans la *Loi sur la sécurité ferroviaire*. Ainsi que je l’ai déjà mentionné, cette définition est presque identique à celle de l’expression « franchissement par desserte » que l’on trouve dans la *Loi sur les transports au Canada*. Il n’est pas contesté que si le ministre a commis une erreur dans son interprétation de la définition de « franchissement par desserte » que l’on trouve dans la *Loi sur les transports au Canada*, il a commis la même erreur en ce qui concerne la *Loi sur la sécurité ferroviaire*. Si tel est le cas, il y aurait alors lieu de se demander dans quelle mesure la *Loi sur la sécurité ferroviaire* confère au ministre le pouvoir légal de se prononcer sur des questions de sécurité ferroviaire en rapport avec les travaux projetés.

[21] Compte tenu du contexte de la loi, l’interprétation retenue par l’Office confère à la définition de « desserte » un sens que l’on peut raisonnablement attribuer à ce terme et qui est compatible avec son objet. À mon sens, l’interprétation que l’Office donne de la définition du terme « desserte » est raisonnable. Je ne vois aucune raison qui justifierait l’intervention de notre Cour.

[22] Je tiens à signaler que j’aurais proposé le même résultat si la norme de contrôle avait été celle de la décision correcte. Je n’accepte pas que, lorsqu’il a édicté les régimes législatifs actuels, qui sont étroitement liés, pour réglementer les chemins de fer et la sécurité ferroviaire, le législateur fédéral entendait adopter des dispositions législatives qui auraient pour effet d’empêcher ces régimes de s’appliquer à la construction d’installations munies d’une valve hors sol sur un gazoduc situé sur l’emprise d’une voie ferrée.

Conclusion

[23] For these reasons, I would dismiss this appeal with costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

Dispositif

[23] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le présent appel avec dépens.

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

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

T-1985-07
2008 FC 812

T-1985-07
2008 CF 812

Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. (Applicant)

v.

The Chief and Council of the Rat Portage Band No. 38B, also known as the Wauzhushk Onigum Nation and the said Rat Portage Band No. 38B and the Minister of Indian Affairs and Northern Development (Respondents)

INDEXED AS: DEVIL'S GAP COTTAGERS (1982) LTD. v. RAT PORTAGE BAND No. 38B (F.C.)

Federal Court, Dawson J.—Winnipeg, May 7; Ottawa, June 27, 2008.

Federal Court Jurisdiction — Judicial review of decision by Chief and Council of Rat Portage Band No. 38B (First Nation) not to extend lease of parcel of reserve lands to Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. (Cottagers) — Federal Courts Act (Act), s. 18(1) vesting exclusive original jurisdiction in Federal Court to issue certain relief against certain federal boards, commissions or other tribunals — “[F]ederal board, commission or other tribunal” defined in Act, s.2(1) as meaning entities exercising powers conferred under Act of Parliament — Chief and Council not acting as “federal board, commission or other tribunal” when making impugned decision — Power to refuse to extend lease not flowing from any grant of statutory authority, but from First Nation's inherent interest in lands and reservation of rights to consent to any lease of reserve lands in Treaty No. 3 — Accordingly, no jurisdiction to review decision — Application dismissed.

Aboriginal Peoples — Lands — Inherent interest in lands — Respondent First Nation reserving, in Treaty No. 3, rights to consent to any lease of reserve lands.

Construction of Statutes — Federal Courts Act, ss. 2(1), 18(1) — Meaning of phrase “federal board, commission or other tribunal” — Source or character of power being exercised determining whether entity acting as “federal board, commission or other tribunal” and therefore subject to review.

This was an application for judicial review of a decision by the Chief and Council of the Rat Portage Band No. 38B (the

Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. (demanderesse)

c.

Le chef et le conseil de la Bande de Rat Portage n° 38B, aussi appelée la Nation Wauzhushk Onigum, et ladite Bande de Rat Portage n° 38B et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (défendeurs)

RÉPERTORIÉ : DEVIL'S GAP COTTAGERS (1982) LTD. c. BANDE DE RAT PORTAGE N° 38B (C.F.)

Cour fédérale, juge Dawson—Winnipeg, 7 mai; Ottawa, 27 juin 2008.

Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire de la décision du chef et du conseil de la bande de Rat Portage n° 38B (la Première nation) de ne pas prolonger le bail visant une parcelle de terrain, qui fait partie des terres de réserve de la Première nation, à Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. (Cottagers) — L'art. 18(1) de la Loi sur les Cours fédérales (la Loi) confère à la Cour fédérale compétence exclusive, en première instance, pour accorder certaines réparations contre tout office fédéral — Le terme « office fédéral » est défini à l'art. 2(1) de la Loi comme étant une entité exerçant des pouvoirs prévus par une loi fédérale — Le chef et le conseil n'agissaient pas à titre d'« office fédéral » lorsqu'ils ont pris la décision contestée — Le pouvoir de refuser de prolonger le bail n'a découlé d'aucun octroi de pouvoir légal; il résulte plutôt du droit inhérent de la Première nation dans ses terres et de la réserve, faite aux termes du Traité n° 3, de ses droits de consentir à toute location de terres de réserve — La Cour n'avait donc pas compétence pour contrôler la décision — Demande rejetée.

Peuples autochtones — Terres — Droit inhérent dans les terres — La Première nation défenderesse a conservé, en vertu du Traité n° 3, le droit de consentir à toute location de terres de réserve.

Interprétation des lois — Art. 2(1) et 18(1) de la Loi sur les Cours fédérales — Sens attribué au terme « office fédéral » — La source ou le caractère du pouvoir exercé détermine si une entité agit à titre d'« office fédéral » et peut donc être visée par un contrôle.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du chef et du conseil de la bande de Rat Portage

First Nation) not to extend the lease of a parcel of land, forming part of reserve lands of the First Nation, to the Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. (the Cottagers), a corporation whose shareholders own cottages located on that parcel of land.

A written agreement was reached in 1997 with the then Chief and Council of the First Nation to extend the term of the lease with the Cottagers to 2020. In 2007, the newly-elected Chief and Council advised that they did not want to extend or enter into a new lease with the Cottagers. In the present application, the Cottagers sought, among other things, declarations that the impugned decision breached a pre-existing contractual obligation and was contrary to the law, an order of *certiorari* quashing the impugned decision, and an order of *mandamus* requiring the First Nation to honour the alleged pre-existing obligation.

Held, the application should be dismissed.

The matter was disposed of on the basis of jurisdiction. Subsection 18(1) of the *Federal Courts Act* (the Act) vests exclusive original jurisdiction in the Federal Court to issue certain relief, such as that sought by the Cottagers, against certain federal boards, commissions or other tribunals. The phrase "federal board, commission or other tribunal" is defined in subsection 2(1) of the Act to mean an entity "having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament". The source or character of the power being exercised determines whether an entity is acting as a "federal board, commission or other tribunal" and therefore subject to review.

Although a band council may be a "federal board, commission or other tribunal" for some purposes, the Chief and Council were not acting as a "federal board, commission or other tribunal" when they refused to consent to an extension of the Cottagers' lease. The power to refuse to extend the lease, and perhaps to thereby breach an existing contract, did not flow from any grant of statutory authority or from any power that is public in nature. Rather, the power to refuse is the result of the First Nation's inherent interest in its lands and the reservation of its rights to consent to any lease of reserve lands in Treaty No. 3. Accordingly, the Court did not have jurisdiction to deal with this application for judicial review.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8 s. 14), 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. *idem*, s. 15), 18(1) (as am. by S.C.

n° 38B (la Première nation) de ne pas prolonger le bail visant une parcelle de terrain, qui fait partie des terres de réserve de la Première nation, à Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. (Cottagers), une société dont les actionnaires sont propriétaires de chalets situés sur cette parcelle de terrain.

En 1997, une entente écrite a été conclue avec le chef et le conseil de l'époque de la Première nation pour prolonger la durée du bail avec Cottagers jusqu'en 2020. En 2007, le chef et le conseil nouvellement élus ont annoncé qu'ils ne voulaient pas prolonger le bail ni conclure un nouveau bail avec Cottagers. Dans le cadre de la demande visée en l'espèce, Cottagers voulait obtenir, entre autres, une déclaration selon laquelle la décision contestée constituait un manquement à une obligation contractuelle préexistante et était contraire à la loi, une ordonnance de *certiorari* annulant la décision contestée, et une ordonnance de *mandamus* exigeant que la Première nation honore la prétendue obligation contractuelle préexistante.

Jugement : la demande doit être rejetée.

L'affaire a été tranchée en fonction de la compétence. Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* (la Loi) confère à la Cour fédérale compétence exclusive, en première instance, pour accorder certaines réparations, notamment celles demandées par Cottagers contre tout office fédéral. Le terme « office fédéral » est défini au paragraphe 2(1) de la Loi comme étant une entité « ayant, exerçant ou censé[e] exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ». La source ou le caractère du pouvoir exercé détermine si une entité agit à titre d'« office fédéral » et peut donc être visée par un contrôle.

Bien qu'un conseil de bande puisse être un « office fédéral » à certaines fins, le chef et le conseil n'agissaient pas à titre d'« office fédéral » lorsqu'ils ont refusé de consentir à une prolongation du bail de Cottagers. Le pouvoir de refuser de prolonger le bail, et peut-être de rompre ce faisant un contrat existant, n'a découlé d'aucun octroi de pouvoir légal ni d'aucun pouvoir de nature publique. Le pouvoir de refuser résulte plutôt du droit inhérent de la Première nation dans ses terres et de la réserve, faite aux termes du Traité n° 3, de ses droits de consentir à toute location de terres de réserve. Par conséquent, la Cour n'avait pas compétence pour statuer sur la demande de contrôle judiciaire présentée en l'espèce.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(1) « office fédéral » (mod., *idem*, art. 15), 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8,

1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), (3) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400(3).
Government Contracts Regulations, SOR/87-402.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 53 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 5), 60.
 Treaty No. 3 (1873).

art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), (3) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 53 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 5), 60.
Règlement sur les marchés de l'État, DORS/87-402.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400(3).
 Traité n° 3 (1873).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

McCabe v. Canada (Attorney General), [2001] 3 F.C. 430; (2001), 199 D.L.R. (4th) 341; 33 Admin. L.R. (3d) 296; 42 C.R. (5th) 388; 204 F.T.R. 49; 2001 FCT 309.

APPLIED:

J.G. Morgan Development Corp. v. Canada (Minister of Public Works), [1992] 3 F.C. 783; (1992), 8 Admin. L.R. (2d) 247; 58 F.T.R. 16 (T.D.); *Peace Hills Trust Co. v. Sauteaux First Nation* (2005), 281 F.T.R. 201; 2005 FC 1364; *Aeric Inc. v. Chairman of the Board of Directors, Canada Post Corporation*, [1985] 1 F.C. 127; (1985), 16 D.L.R. (4th) 686; 56 N.R. 289 (C.A.); *DRL Vacations Ltd. v. Halifax Port Authority*, [2006] 3 F.C.R. 516; (2005), 274 F.T.R. 293; 2005 FC 860; *Wood Mountain First Nation No. 160 Council v. Canada (Attorney General)* (2006), 55 Admin. L.R. (4th) 293; 2006 FC 1297; *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Mazhero v. Canada (Industrial Relations Board)* (2002), 292 N.R. 187; 2002 FCA 295.

DISTINGUISHED:

Williston v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (2005), 274 F.T.R. 260; 2005 FC 829.

CONSIDERED:

Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 69 Admin. L.R. (4th) 1; 64 C.C.E.L. (3d) 1; [2008] CLLC 220-020; 69 Imm. L.R. (3d) 1; 170 L.A.C. (4th) 1; 95 L.C.R. 65; 372 N.R. 1; 2008 SCC 9; *Sparvier v. Cowessess Indian Band*, [1993] 3 F.C. 142; (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 266; [1994] 1 C.N.L.R. 182; 63 F.T.R. 242 (T.D.); *Ermineskin v. Ermineskin Band Council* (1995), 96 F.T.R. 181 (F.C.T.D.); *687764 Alberta Ltd. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 166 F.T.R. 87 (F.C.T.D.); affd (2000), 261

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

McCabe c. Canada (Procureur général), [2001] 3 C.F. 430; 2001 CFPI 309.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

J.G. Morgan Development Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics), [1992] 3 C.F. 783 (1^{re} inst.); *Peace Hills Trust Co. c. Première nation Sauteaux*, 2005 CF 1364; *Aeric Inc. c. Président du conseil d'administration, Société canadienne des postes*, [1985] 1 C.F. 127 (C.A.); *DRL Vacations Ltd. c. Administration portuaire de Halifax*, [2006] 3 R.C.F. 516; 2005 CF 860; *Conseil de la Première nation n° 160 de Wood Mountain c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1297; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Mazhero c. Conseil canadien des relations industrielles*, 2002 CAF 295.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Williston c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), 2005 CF 829.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N-B (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Sparvier c. Bande indienne Cowessess*, [1993] 3 C.F. 142 (1^{re} inst.); *Ermineskin c. Conseil de la bande d'Ermineskin*, [1995] A.C.F. n° 821 (1^{re} inst.) (QL); *687764 Alberta Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [1999] A.C.F. n° 545 (1^{re} inst.) (QL); conf. par [2000] A.C.F. n° 1064 (C.A.) (QL); *Goodtrack v. Lethbridge* (2003), 242 Sask. R. 45; 2003 SKQB 403; *Whitebear Band Council. v. Carpenters Provincial Council Saskatchewan* (1982), 135 D.L.R. (3d)

N.R. 102 (F.C.A.); *Goodtrack v. Lethbridge* (2003), 242 Sask. R. 45; 2003 SKQB 403; *Whitebear Band Council v. Carpenters Provincial Council Saskatchewan* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128; [1982] 3 W.W.R. 554; 15 Sask. R. 37; [1982] 3 C.N.L.R. 181 (C.A.).

REFERRED TO:

Gitga'at Development Corp. v. Hill (2007), 66 B.C.L.R. (4th) 349; 238 B.C.A.C. 205; 30 E.T.R. (3d) 37; 2007 BCCA 158; *Jackson v. Canada (Attorney General)* (2000), 261 N.R. 100 (F.C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 51 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.).

AUTHORS CITED

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 3, Oxford: Clarendon Press, 1768.
Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto: Canvasback Publishing, 1998.
Wade, William. *Administrative Law*, 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
Woodward, Jack. *Native Law*, looseleaf. Toronto: Thomson Carswell, 1994.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Chief and Council of the Rat Portage Band No. 38B not to extend the lease of a parcel of land, forming part of reserve lands, to the Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. Application dismissed.

APPEARANCES:

William G. Haight for applicant.
William J. Major for respondents Chief and Council of the Rat Portage Band No. 38B and the said Rat Portage Band No. 38B.
Paul R. Anderson for respondent Minister of Indian Affairs and Northern Development.

SOLICITORS OF RECORD:

Duboff, Edwards, Haight & Schachter, Winnipeg, for applicant.
Keshen & Major, Kenora, Ontario, for respondents Chief and Council of the Rat Portage Band No. 38B and the said Rat Portage Band No. 38B.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Indian Affairs and Northern Development.

128; [1982] 3 W.W.R. 554; 15 Sask. R. 37; [1982] 3 C.N.L.R. 181 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Gitga'at Development Corp. v. Hill (2007), 66 B.C.L.R. (4th) 349; 238 B.C.A.C. 205; 30 E.T.R. (3d) 37; 2007 BCCA 158; *Jackson c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 1060 (C.A.) (QL); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, Oxford : Clarendon Press, 1768.
Brown, Donald J. M. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Canvasback Publishing, 1998.
Wade, William. *Administrative Law*, 9^e éd. Oxford : Oxford University Press, 2004.
Woodward, Jack. *Native law*, feuilles mobiles. Toronto : Thomson Carswell, 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du chef et du conseil de la bande de Rat Portage n° 38B de ne pas prolonger le bail visant une parcelle de terrain, qui fait partie des terres de réserve, à Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

William G. Haight pour la demanderesse.
William J. Major pour les défendeurs le chef et le conseil de la Bande de Rat Portage n° 38B, et ladite Bande de Rat Portage n° 38B.
Paul R. Anderson pour le défendeur le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Duboff, Edwards, Haight & Schachter, Winnipeg, pour la demanderesse.
Keshen & Major, Kenora (Ontario), pour les défendeurs le chef et le conseil de la Bande de Rat Portage n° 38B, et ladite Bande de Rat Portage n° 38B.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

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

DAWSON J.:

Introduction and Summary of Conclusions

[1] Blackstone observed, “[I]t is a general and indisputable rule, that where there is a legal right, there is also a legal remedy, by suit or action at law, whenever that right is invaded.”¹ This case illustrates, however, that not every legal remedy is available for each perceived wrong.

[2] In this case, the applicant, Devil’s Gap Cottagers (1982) Ltd. (Cottagers), is a corporation whose 33 shareholders each own a cottage located on a parcel of land that forms part of the reserve lands of the Rat Portage Band No. 38B, also known as the Wauzhushk Onigum Nation (First Nation). The parcel of land was leased to the Cottagers on January 4, 1988 by Her Majesty the Queen in right of Canada, as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development (Minister). The lease was entered into with the consent of the First Nation.

[3] The Cottagers assert that an agreement was reached in 1997 with the Chief and Council of the First Nation to extend the term of the lease to December 31, 2020. The Cottagers further assert that, notwithstanding this agreement, the First Nation’s counsel advised in 2007 that the First Nation did not want to extend or enter into a new lease with the Cottagers. As a result, this application for judicial review was commenced by the Cottagers, which seeks, among other things, the following relief:

(a) A declaration that the refusal of the Chief and Council of the First Nation to extend the lease (impugned decision) is a breach of a pre-existing contractual obligation owed to the Cottagers to extend the term of the lease to December 31, 2020;

(b) A declaration that the impugned decision is contrary to the law;

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

LA JUGE DAWSON :

Introduction et résumé des conclusions

[1] Blackstone disait : [TRADUCTION] « [I] est une règle générale et incontestable selon laquelle lorsqu’il existe un droit, il existe aussi un recours en justice par voie de poursuite ou d’action chaque fois qu’il est porté atteinte à ce droit »¹. La présente affaire illustre cependant que ce n’est pas tout recours en justice qui est ouvert pour tout tort perçu.

[2] En l’espèce, la demanderesse, Devil’s Gap Cottagers (1982) Ltd. (Cottagers), est une société dont les 33 actionnaires sont chacun propriétaires d’un chalet situé sur une parcelle de terrain qui fait partie des terres de réserve de la Bande de Rat Portage n° 38B, aussi appelée la nation Wauzhushk Onigum (la Première nation). Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (le ministre), a loué le terrain en question à Cottagers le 4 janvier 1988. Le bail a été conclu avec le consentement de la Première nation.

[3] Cottagers affirme qu’une entente ayant pour objet de prolonger la durée du bail jusqu’au 31 décembre 2020 a été conclue en 1997 avec le chef et le conseil de la Première nation. Cottagers affirme en outre que, malgré cette entente, les avocats de la Première nation ont fait savoir en 2007 que la Première nation ne voulait pas prolonger le bail ni conclure un nouveau bail avec Cottagers. En conséquence, Cottagers a introduit la présente demande de contrôle judiciaire, qui vise à obtenir, entre autres choses, les réparations suivantes :

a) une déclaration selon laquelle le refus du chef et du conseil de la Première nation de prolonger le bail (la décision contestée) constitue un manquement à une obligation contractuelle préexistante envers Cottagers de prolonger la durée du bail jusqu’au 31 décembre 2020;

b) une déclaration selon laquelle la décision contestée est contraire à la loi;

(c) An order of *certiorari* quashing the impugned decision; and

(d) An order of *mandamus* requiring the First Nation to honour the pre-existing contractual obligation and to request the Minister to extend the term of the lease to December 31, 2020.

[4] The application for judicial review is dismissed because I find that the Council of the First Nation was not acting as a “federal board, commission or other tribunal” [as defined in subsection 2(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 15) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] when it made the impugned decision. Accordingly, the Court does not have jurisdiction to deal with this application for judicial review. I also express doubt concerning the availability of the prerogative relief sought by the Cottagers because of the absence of a public law duty to support a claim to either *mandamus* or *certiorari*. These findings and observations do not prejudice the availability of private law remedies that may be sought by way of action.

[5] These reasons also deal with a motion by the Cottagers that the Court receive supplementary evidence and costs. That motion is dismissed because the evidence would not assist the Court on the issues that it finds to be determinative.

[6] No costs are awarded because the First Nation did not put in issue the equities of the Cottagers' claim and because the determinative issue was raised by the Court— not the respondent First Nation.

Facts

[7] The land in question is a contiguous block of 10.34 acres located on the shore of Lake of the Woods, south of Kenora, Ontario. The land was originally leased to the Canadian Pacific Railway and then to the Devil's Gap Lodge Limited. The Cottagers incorporated for the purpose of assuming the lease from the Devil's Gap Lodge Limited.

c) une ordonnance de *certiorari* annulant la décision contestée;

d) une ordonnance de *mandamus* exigeant que la Première nation honore l'obligation contractuelle préexistante et demande au ministre de prolonger la durée du bail jusqu'au 31 décembre 2020.

[4] La demande de contrôle judiciaire est rejetée parce que j'estime que le conseil de la Première nation n'agissait pas à titre d'« office fédéral » [tel que défini au paragraphe 2(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 15) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] lorsqu'il a pris la décision contestée. En conséquence, la Cour n'a pas compétence pour statuer sur la présente demande de contrôle judiciaire. J'exprime également des doutes quant à savoir si les brefs de prérogative que demande Cottagers lui sont ouverts, étant donné qu'il n'existe aucune obligation de droit public pouvant étayer les demandes de *mandamus* ou de *certiorari*. Ces conclusions et observations ne portent pas atteinte à la possibilité d'exercer par voie d'action des recours de droit privé.

[5] Les présents motifs traitent aussi d'une requête de Cottagers sollicitant l'admission par la Cour d'éléments de preuve additionnels et des dépens. Cette requête est rejetée parce que les éléments de preuve n'aideraient pas la Cour à trancher les questions qu'elle estime déterminantes.

[6] D'autre part, aucuns dépens ne sont adjugés parce que la Première nation n'a pas remis en question le bien-fondé de la demande de Cottagers et parce que la question déterminante a été soulevée par la Cour — et non par la Première nation défenderesse.

Les faits

[7] Le terrain en cause est un bloc contigu de 10,34 acres situé sur la rive du lac des Bois, au sud de Kenora, en Ontario. Les terres ont été louées à l'origine à chemin de fer Canadien Pacifique, puis à Devil's Gap Lodge Limited. Cottagers s'est constituée en personne morale aux fins de reprendre le bail de Devil's Gap Lodge Limited.

[8] On January 4, 1988, the Minister entered into a lease agreement with the Cottagers in respect of the land. On January 14, 1988, the First Nation passed Band Council Resolution No. 24, which consented to the lease. The lease was for a term of 20 years, commencing on January 1, 1985 and ending on December 31, 2004. The lease also provided the Cottagers with a right to renew the lease for an additional three-year period from January 1, 2005 to December 31, 2007.

[9] On August 23, 1997, the then chief of the First Nation and the Cottagers agreed in writing to extend “the existing lease expiry date to the year 2020”. The Cottagers agreed to pay \$5,000 to the First Nation as a “signing bonus”. On December 10, 1997, the First Nation passed Band Council Resolution No. 6038, which approved the extension:

BE IT FURTHER RESOLVED: that the Wauzhushk Onigum Band Council has extended the terms of the Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. Lease to the Year Two Thousand and Twenty (2020) with the same terms and conditions as the Original Lease.

[10] On June 24, 1999, the First Nation passed Band Council Resolution No. 7120, which again approved the extension of the lease.

[11] On July 15, 1999, the Cottagers delivered a cheque for \$5,000 to the First Nation.

[12] According to the Cottagers, a third band council resolution confirming the extension of the lease was passed by the First Nation and reviewed with its representatives at a meeting on March 9, 2001.

[13] On January 14, 2004, the First Nation elected a new chief and band council.

[14] On February 5, 2004, the newly elected chief and band council advised the Department of Indian and Northern Affairs Canada (Department) that it would be reviewing the Cottagers' lease agreement and that it was the consensus of the Chief and Council not to sign any agreement until further notice.

[8] Le 4 janvier 1988, le ministre a conclu un contrat de bail avec Cottagers relativement au terrain. Le 14 janvier 1988, la Première nation a adopté la résolution du conseil de bande n° 24, portant consentement au bail. Le bail était d'une durée de 20 ans, commençant le 1^{er} janvier 1985 et se terminant le 31 décembre 2004. Le bail conférait aussi à Cottagers un droit de renouveler le bail pour une période additionnelle de trois ans, du 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2007.

[9] Le 23 août 1997, le chef de l'époque de la Première nation et Cottagers ont convenu par écrit de reporter [TRADUCTION] « la date d'échéance actuelle du bail à l'année 2020 ». Cottagers a consenti à payer 5 000 \$ à la Première nation à titre de « gratification à la signature ». Le 10 décembre 1997, la Première nation a adopté la résolution n° 6038 du conseil de bande, portant approbation de la prolongation :

[TRADUCTION] IL EST RÉSOLU EN OUTRE : que le conseil de bande Wauzhushk Onigum a prolongé le bail de Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. jusqu'à l'année deux mille vingt (2020) aux mêmes conditions que le bail initial.

[10] Le 24 juin 1999, la Première nation a adopté la résolution n° 7120 du conseil de bande, qui approuvait encore une fois la prolongation du bail.

[11] Le 15 juillet 1999, Cottagers a remis un chèque de 5 000 \$ à la Première nation.

[12] Selon Cottagers, la Première nation aurait adopté une troisième résolution du conseil de bande confirmant la prolongation du bail et l'aurait examinée avec ses représentants lors d'une réunion le 9 mars 2001.

[13] Le 14 janvier 2004, la Première nation a élu un nouveau chef et un nouveau conseil de bande.

[14] Le 5 février 2004, le chef et le conseil de bande nouvellement élus ont avisé le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le Ministère) qu'ils allaient réviser le contrat de bail de Cottagers et qu'ils avaient convenu à l'unanimité de ne signer aucune entente jusqu'à nouvel ordre.

[15] On March 12, 2004, the Cottagers acknowledged, in a status report to the Department, that a new lease agreement was “contingent” upon:

- approval to renew the lease from the First Nation in the form of a band council resolution; and
- the drafting of a new lease agreement and approval from both the Cottagers and the First Nation.

[16] On December 14, 2004, the Cottagers exercised their right to extend the lease to December 31, 2007.

[17] By letter dated August 31, 2006, the Department advised the Cottagers that band council resolutions stated that the former band council of the First Nation was willing to extend the lease and that “proper and timely process was followed by department staff in researching and preparing a draft copy of a new lease”. However, by the time the draft lease was completed, the new band council had been elected and had not indicated to the Department that it was willing to enter into a new lease.

[18] On December 27, 2006, the Chief of the First Nation informed the Cottagers that a new lease agreement would not be entered into beyond December 31, 2007:

While the matter must be brought to the Nation members for a final ratification, it is the Chief and Council’s position that no new lease will be entered into with the [Cottagers] beyond December 31, 2007.

[19] There is no evidence that the matter was ever brought before the members of the First Nation.

[20] On February 23, 2007, the Department informed the Cottagers that the lease could not be renewed without the consent of the First Nation. The Department also informed the Cottagers that the First Nation had said that it did not want to renew the lease.

[21] On March 4, 2007, the Cottagers wrote to the Chief of the First Nation asking that the First Nation “review/reconsider” its position on the extension of the lease.

[15] Le 12 mars 2004, Cottagers a reconnu, dans un rapport au Ministère, qu’un nouveau contrat de bail était [TRADUCTION] « tributaire » :

- de l’approbation du renouvellement du bail par la Première nation par résolution du conseil;
- de la rédaction d’un nouveau contrat de bail et de son approbation à la fois par Cottagers et par la Première nation.

[16] Le 14 décembre 2004, Cottagers a exercé son droit de prolonger le bail jusqu’au 31 décembre 2007.

[17] Par lettre datée du 31 août 2006, le Ministère a avisé Cottagers que les résolutions du conseil de bande énonçaient que l’ancien conseil de bande de la Première nation consentait à prolonger le bail et que [TRADUCTION] « des employés du ministère suivaient le processus prévu dans les délais requis pour la préparation et la rédaction d’un projet de nouveau bail ». Cependant, au moment où on a mis la dernière main au projet de bail, le nouveau conseil de bande avait été élu et n’avait pas indiqué au Ministère qu’il consentait à conclure un nouveau bail.

[18] Le 27 décembre 2006, le chef de la Première nation a informé Cottagers qu’un nouveau contrat de bail ne serait pas conclu au-delà du 31 décembre 2007 :

[TRADUCTION] Bien que la question doive être soumise aux membres de la nation pour ratification définitive, le chef et le conseil ont adopté comme position qu’aucun nouveau bail ne serait conclu avec [Cottagers] au-delà du 31 décembre 2007.

[19] Il n’y a aucun élément de preuve indiquant que la question aurait été soumise à quelque moment que ce soit aux membres de la Première nation.

[20] Le 23 février 2007, le Ministère a informé Cottagers que le bail ne pouvait pas être renouvelé sans le consentement de la Première nation. Le Ministère a également informé Cottagers que la Première nation avait dit qu’elle ne voulait pas renouveler le bail.

[21] Le 4 mars 2007, Cottagers a écrit au chef de la Première nation pour lui demander de « revoir/reconsidérer » sa position concernant la prolongation du bail.

[22] On October 18, 2007, the First Nation's legal counsel informed the Cottagers' legal counsel that the First Nation did not wish to extend the lease, or enter into a new lease, with the Cottagers.

[23] On December 31, 2007, the lease expired. To date, a new lease agreement between the Cottagers and the Minister has not been signed. The First Nation states that it regards the expired lease to be a "commercially unsuccessful venture" and that it now "has the opportunity to consider what is the highest and best use of the land for them".

Position of the Minister

[24] The Minister takes no position on the substantial points in issue in this application. His interest is simply to ensure that no order issues that would bind him to any particular course of action.

[25] The Minister does observe that there has been no delegation of authority to the First Nation under section 60 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (Act), which would grant to the First Nation the right to exercise control and management over the reserve lands. Sections 53 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 5] and 60 of the Act are set out in the Appendix to these reasons.

Procedural History

[26] No party to this proceeding raised the issue of the Court's jurisdiction. However, given that jurisdiction cannot be conferred by consent, the Court directed that the parties should be prepared at the hearing of the application to deal with two prior decisions of the Court which dealt with the issue of jurisdiction: *J.G. Morgan Development Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1992] 3 F.C. 783 (T.D.) and *Peace Hills Trust Co. v. Sauleaux First Nation* (2005), 281 F.T.R. 201 (F.C.).

[27] At the hearing, counsel for the Cottagers addressed these and other relevant authorities. Counsel for the First Nation advised that he had not received the Court's

[22] Le 18 octobre 2007, les conseillers juridiques de la Première nation ont informé les conseillers juridiques de Cottagers que la Première nation ne souhaitait pas prolonger le bail, ni conclure un nouveau bail, avec Cottagers.

[23] Le 31 décembre 2007, le bail est arrivé à échéance. À ce jour, Cottagers et le ministre n'ont pas signé de nouveau contrat de bail. La Première nation affirme qu'elle considère le bail échu comme [TRADUCTION] « une entreprise commerciale qui a échoué » et qu'elle a maintenant [TRADUCTION] « la possibilité d'examiner quel est pour elle l'emploi optimal des terres. »

Position du ministre

[24] Le ministre ne prend aucune position sur les questions de fond en litige dans la présente demande. Son intérêt consiste simplement à veiller à ce qu'aucune ordonnance ne soit prononcée qui l'obligerait à adopter une ligne de conduite particulière.

[25] Le ministre souligne tout de même qu'aucun pouvoir n'a été délégué à la Première nation en vertu de l'article 60 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la Loi), qui conférerait à la Première nation le droit d'exercer le contrôle et l'administration sur les terres situées dans la réserve. Les articles 53 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 5] et 60 de la Loi sont reproduits en annexe des présents motifs.

Historique des procédures judiciaires

[26] Aucune partie à la présente instance n'a soulevé la question de la compétence de la Cour. Cependant, puisque la compétence ne peut pas être conférée par consentement, la Cour a donné instruction aux parties de se préparer à traiter, lors de l'audition de la demande, de deux décisions antérieures de la Cour qui traitaient de la question de la compétence : *J.G. Morgan Development Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1992] 3 C.F. 783 (1^{re} inst.) et *Peace Hills Trust Co. c. Première nation Sauleaux*, 2005 CF 1364.

[27] À l'audience, l'avocat de Cottagers a traité de ces précédents et d'autres décisions pertinentes. L'avocat de la Première nation a affirmé qu'il n'avait pas reçu l'in-

direction. Accordingly, a schedule was agreed to whereby counsel for the First Nation submitted written submissions on the issue of jurisdiction (which raised additional jurisprudence, including *Aeric Inc. v. Chairman of the Board of Directors, Canada Post Corporation*, [1985] 1 F.C. 127 (C.A.)) and counsel for the Cottagers filed written reply submissions. The Minister did not make submissions on the issue.

The Jurisdictional Issue

[28] Subsection 18(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, which is set out in the Appendix to these reasons, vests exclusive original jurisdiction in the Federal Court to issue certain relief, including *certiorari*, *mandamus* and declarations, against certain federal boards, commissions and other tribunals. The phrase “federal board, commission or other tribunal” is defined in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* to mean:

2. (1) ...

... any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than the Tax Court of Canada or any of its judges, any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*. [Emphasis added.]

[29] Relevant to this definition, and its requirement that the entity have, exercise, or purport to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament, is the following observation from Brown and Evans in *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), at section 1:2257:

Not all decisions of statutory or public bodies are subject to judicial review by way of the prerogative remedies or under the *Judicial Review Procedure Acts*. Indeed, notwithstanding the statutory origin of all powers exercisable by public bodies, courts usually have declined to review decisions which can be characterized as “commercial” as opposed to “public,” on the ground that when exercising powers flowing from their con-

struction de la Cour. En conséquence, un calendrier a été convenu suivant lequel l’avocat de la Première nation a présenté des observations écrites sur la question de la compétence (dans laquelle il a cité d’autres décisions, dont l’arrêt *Aeric Inc. c. Président du conseil d’administration, Société canadienne des postes*, [1985] 1 C.F. 127 (C.A.)) et l’avocat de Cottagers a produit des observations écrites en réponse. Le ministre n’a pas présenté d’observations sur cette question.

La question de la compétence

[28] Le paragraphe 18(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, qui est reproduit en annexe des présents motifs, confère à la Cour fédérale compétence exclusive, en première instance, pour accorder certaines réparations, notamment des *certiorari*, des *mandamus* et des jugements déclaratoires contre tout office fédéral. Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* définit le terme « office fédéral » comme suit :

2. (1) [...]

[...] Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prerogative royale, à l’exclusion de la Cour canadienne de l’impôt et ses juges, d’un organisme constitué sous le régime d’une loi provinciale ou d’une personne ou d’un groupe de personnes nommées aux termes d’une loi provinciale ou de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Non souligné dans l’original.]

[29] L’observation suivante tirée de Brown et Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Toronto : Canvasback Publishing, 1998), à la section 1:2257, est pertinente au regard de cette définition et de son exigence selon laquelle l’entité doit avoir exercé, exercer ou être censée exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale :

[TRADUCTION] Ce ne sont pas toutes les décisions émanant d’organismes publics ou créés par la loi qui sont susceptibles d’un contrôle judiciaire au moyen de brefs de prerogative ou en vertu de lois sur la procédure de contrôle judiciaire. D’ailleurs, malgré l’origine législative de tous les pouvoirs que les organismes publics peuvent exercer, les tribunaux refusent habituellement de contrôler les décisions qui peuvent être qualifiées de

tractual capacity, public bodies are not acting in a governmental capacity. [Footnotes omitted.]

[30] Consistent with this observation is the recent reminder from the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 28, that the function of judicial review is “to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes.” In this context, administrative process refers to “the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures.” See: *Dunsmuir*, at paragraph 27.

[31] The jurisprudence of this Court with respect to whether an entity is acting as a federal board, commission, or other tribunal was extensively reviewed by my colleague Justice Mactavish in *DRL Vacations Ltd. v. Halifax Port Authority*, [2006] 3 F.C.R. 516 (F.C.). I endorse and adopt both her review of the authorities and the conclusions drawn from that review. To Justice Mactavish’s review of the authorities, I would only add the following case.

[32] In *J.G. Morgan Development*, the Court found that it did not have jurisdiction to review a decision by Public Works Canada to contract for leased office space. The Court found that the negotiations that led to the contract were conducted pursuant to the Crown’s inherent right to contract and were not conducted pursuant to the *Government Contracts Regulations*, SOR/87-402. Thus, the final decision was not made pursuant to powers conferred by an Act of Parliament. It followed that Public Works Canada was not acting within the scope of the definition of a “federal board, commission or other tribunal”.

[33] Following her review of the jurisprudence, Justice Mactavish distilled, at paragraph 48 of her reasons, a number of principles. The following are of particular relevance to the present case:

1. The phrase “powers conferred by or under an Act of Parliament” found in the definition of a “federal board, commission or other tribunal” in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* is “particularly broad” and should be given a liberal interpretation: *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc.* [*Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister*

« commerciales » par opposition à « publiques » au motif que, lorsqu’ils exercent des pouvoirs découlant de leur capacité de contracter, les organismes publics n’agissent pas à titre d’autorité publique. [Renvois omis.]

[30] Cette observation va dans le sens des propos récents de la Cour suprême du Canada qui rappelait, dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 28, que le contrôle judiciaire vise à « assurer la légalité, la rationalité et l’équité du processus administratif et de la décision rendue ». Dans ce contexte, le processus administratif s’entend de « l’exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur ». Voir : *Dunsmuir*, au paragraphe 27.

[31] Dans *DRL Vacations Ltd. c. Administration portuaire de Halifax*, [2006] 3 R.C.F. 516 (C.F.), ma collègue la juge Mactavish a procédé à un examen approfondi de la jurisprudence de la Cour sur la question de savoir si une entité agit à titre d’office fédéral. Je souscris à la fois à son examen des précédents et aux conclusions qu’elle en tire, et je les adopte. J’ajouterais seulement la cause suivante à son examen de la jurisprudence.

[32] Dans *J.G. Morgan Development*, la Cour a jugé qu’elle n’avait pas compétence pour contrôler une décision de Travaux publics Canada de conclure un marché portant sur la location de bureaux. La Cour a conclu que les négociations qui avaient mené au contrat avaient été menées en vertu du droit inhérent de contracter de la Couronne et non en vertu du *Règlement sur les marchés de l’État*, DORS/87-402. Ainsi, la décision finale n’avait pas été prise en vertu de pouvoirs conférés par une loi fédérale. Il s’ensuivait que Travaux publics Canada n’avait pas agi à titre d’« office fédéral » au sens de la définition.

[33] À la suite de son examen de la jurisprudence, la juge Mactavish a synthétisé une série de principes au paragraphe 48 de ses motifs, dont les suivants, particulièrement pertinents au regard de la présente espèce :

1. L’expression « pouvoirs prévus par une loi fédérale » figurant dans la définition de l’expression « office fédéral », au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, est « particulièrement englobante » et doit recevoir une interprétation libérale : l’affaire *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc.* [*Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre*

of *Public Works and Government Services*), [1995] 2 F.C. 694 (C.A.);

...

3. The powers referred to in subsection 2(1) [of the *Federal Courts Act*] do not include the private powers exercisable by an ordinary corporation created under a federal statute which are merely incidents of its legal personality or authorized business: *Wilcox* [*Wilcox v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1980] 1 F.C. 326 (T.D.)];

4. Although the character of the institution is significant to the analysis, it is the character of the powers being exercised that determines whether the decision maker is a federal board, commission or other tribunal for the purposes of section 18.1 of the *Federal Courts Act*: *Aeric*;

...

8. While an organization may be a “federal board, commission or other tribunal” for some purposes, it is not necessarily so for all purposes. In determining whether an organization is a “federal board, commission or other tribunal” in a given situation, it is necessary to have regard to the nature of the powers being exercised: *Jackson* [*Jackson v. Canada (Attorney General)* (1997), 141 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); affd (2000), 261 N.R. 100 (F.C.A.)].

[34] Consistent with this jurisprudence are a number of decisions that have considered whether a band council is a “federal board, commission or other tribunal”.

[35] In *Sparvier v. Cowessess Indian Band*, [1993] 3 F.C. 142 (T.D.), Justice Rothstein wrote, at page 150:

It is well settled that for purposes of judicial review, an Indian band council and persons purporting to exercise authority over members of Indian bands who act pursuant to provisions of the *Indian Act* constitute a “federal, board, commission or other tribunal” as defined in section 2 of the *Federal Court Act*. [References omitted and emphasis added.]

[36] In *Ermineskin v. Ermineskin Band Council* (1995), 96 F.T.R. 181 (F.C.T.D.), then-Associate Chief Justice Jerome found the Court to have jurisdiction to review a decision of the band council to delete the applicant’s name from the band membership list. One of the factors he relied upon was that the rules applied by the band

des Travaux publics et des Services gouvernementaux), [1995] 2 C.F. 694 (C.A.);

[...]

3. Les pouvoirs visés au paragraphe 2(1) [de la *Loi sur les Cours fédérales*] ne comprennent pas les pouvoirs susceptibles d’être exercés à titre privé par une société ordinaire créée en vertu d’une loi fédérale qui constituent de simples accessoires de sa personnalité juridique ou de son entreprise autorisée : l’affaire *Wilcox* [*Wilcox c. Société Radio-Canada*, [1980] 1 C.F. 326 (1^{re} inst.)];

4. La nature de l’institution est importante pour les besoins de l’analyse, mais c’est la nature des pouvoirs exercés qui permet de déterminer si le décideur est un office fédéral pour l’application de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* : l’affaire *Aeric*;

[...]

8. Une organisation peut être un « office fédéral » à certaines fins, mais cela n’est pas nécessairement le cas à toutes les fins. En décidant si une organisation est un « office fédéral » dans un cas donné, il faut tenir compte de la nature des pouvoirs exercés : l’affaire *Jackson* [*Jackson c. Canada (Procureur général)*, [1997] A.C.F. n° 1603 (1^{re} inst.) (QL); conf. par [2000] A.C.F. n° 1060 (C.A.) (QL)].

[34] Plusieurs décisions ont examiné, en conformité avec cette jurisprudence, la question de savoir si un conseil de bande est un « office fédéral ».

[35] Dans *Sparvier c. Bande indienne Cowessess*, [1993] 3 C.F. 142 (1^{re} inst.), le juge Rothstein a écrit, à la page 150 :

Il est bien établi qu’aux fins d’un contrôle judiciaire, un conseil de bande indienne et les personnes qui sont censées exercer des pouvoirs sur les membres d’une bande indienne, et qui agissent conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* constituent un « office fédéral » au sens de l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. [Renvois omis; non souligné dans l’original.]

[36] Dans *Ermineskin c. Conseil de la bande d’Ermineskin*, [1995] A.C.F. n° 821 (1^{re} inst.) (QL), le juge Jerome, alors juge en chef adjoint, a statué que la Cour avait compétence pour contrôler une décision du conseil de bande de rayer le nom du demandeur de la liste des effectifs de la bande. Un des facteurs sur lesquels il s’est

council, when exercising authority over band membership, “are a ‘manifestation’ of the powers conferred by the Government of Canada under the aegis of section 10 of the *Indian Act*.” See: *Ermineskin*, at paragraph 14.

[37] In *Wood Mountain First Nation No. 160 Council v. Canada (Attorney General)* (2006), 55 Admin. L.R. (4th) 293 (F.C.), Justice Strayer found that the action taken by Indian and Northern Affairs Canada to acknowledge receipt of the results of a custom band election was not reviewable as an action of a “federal board, commission or other tribunal” because it did not have, exercise, or purport to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament. Justice Strayer wrote, at paragraph 8:

This Court has held that the reference to band custom elections in the definition of “council of the band” in section 2 of the Act does not create the authority for custom elections but simply defines them for its own purposes: see *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, 107 F.T.R. 133, at paras. 31-32. Thus such elections are not held under the authority of an Act of Parliament. Counsel for the Applicants did not draw to my attention any provision in the Act which gives to [Indian and Northern Affairs Canada] the authority to decide who has won such an election. It was held by Justice Paul Rouleau in *Lac des Mille Lacs First Nation et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1998] F.C.J. No. 94 (QL), at para. 4 that the Minister has no authority over such elections. Nor does INAC have any role in determining what is band custom for the purpose of governance of an election: see *Chingee v. Chingee*, [1999] 153 F.T.R. 257, at para. 13. [Emphasis added.]

[38] Finally, in *Peace Hills Trust*, Justice Heneghan found the Court had no jurisdiction to review a band council resolution that directed Indian and Northern Affairs Canada and/or a third-party manager to withhold payments in respect of the debt owed to the applicant trust company. Justice Heneghan found that “administrative law principles should not be applied to the resolution of what is, essentially, a matter of private commercial law”. The band council resolution was not amenable to judicial review because it was “unrelated to the exercise of statutory authority pursuant to the *Indian Act*”. See: *Peace Hills Trust*, at paragraphs 61-62.

fondé était le fait que les règles qu’applique le conseil de bande, lorsqu’il exerce son autorité en matière d’appartenance à la bande, « sont une “expression” des pouvoirs conférés par le gouvernement du Canada sous l’égide de l’article 10 de la *Loi sur les Indiens* ». Voir : *Ermineskin*, au paragraphe 14.

[37] Dans *Conseil de la Première nation n° 160 de Wood Mountain c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1297, le juge Strayer a statué que la mesure que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien avait prise pour accuser réception des résultats d’une élection coutumière ne pouvait pas être contrôlée en tant que mesure d’un « office fédéral » parce que le Ministère n’avait pas exercé, n’exerçait pas ni n’était censé exercer en l’espèce une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale. Le juge Strayer a écrit, au paragraphe 8 :

La Cour a conclu que la mention d’élections tenues selon la coutume de la bande dans la définition de « conseil de bande » qui figure à l’article 2 de la Loi ne crée pas la compétence pour des élections coutumières mais ne fait que les définir pour ses propres fins : voir *Bone c. Conseil de la bande indienne n° 290*, 107 F.T.R. 133, paragraphes 31 et 32. Par conséquent, de telles élections ne sont pas tenues en vertu d’une compétence prévue par une loi fédérale. L’avocat des demandeurs n’a porté à mon attention aucune disposition dans la Loi qui accorde au MAINC la compétence de décider qui a gagné l’élection. Le juge Paul Rouleau a conclu au paragraphe 4 de la décision *Première nation du Lac des Mille-Lacs et al. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1998] A.C.F. n° 94 (QL), que le ministre n’a aucun pouvoir sur ces élections. Le MAINC ne joue aucun rôle quant à savoir ce qui est une coutume de la bande aux fins de la gestion d’une élection : voir *Chingee c. Chingee*, [1999] 153 F.T.R. 257, paragraphe 13. [Non souligné dans l’original.]

[38] Enfin, dans *Peace Hills Trust*, la juge Heneghan a statué que la Cour n’avait pas compétence pour contrôler une résolution du conseil de bande prescrivant au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et/ou à un tiers gestionnaire de retenir des paiements sur une dette due à la société de fiducie demanderesse. La juge Heneghan a dit qu’« il fa[llait] s’abstenir d’appliquer les principes du droit administratif au règlement de ce qui [était] au fond une question de droit commercial ». La résolution du conseil de bande ne pouvait faire l’objet d’un contrôle judiciaire parce qu’elle était « sans lien avec l’exercice du pouvoir accordé par la *Loi sur les*

[39] Acknowledging that a band council may be a “federal board, commission or other tribunal” for some purposes, I turn to consider the nature of the power exercised by the Chief and Council in this case when, contrary to the earlier representations, they decided to refuse to consent to an extension of the Cottagers’ lease.

[40] I begin by noting that in *Native Law*, looseleaf (Toronto: Thomson Carswell, 1994) (Woodward), it is stated, at page 259 that:

Bands exercise aspects of the control and management of reserve lands under various sections of the *Indian Act*. Under s. 18(2) the band council may authorize the Minister to “take” any lands in a reserve for the general welfare of the band. The band council may enact by-laws which deal with zoning, public works, building standards, etc. pursuant to s. 81 of the Act. The band council may authorize the Minister to operate farms under s. 58(1), and to dispose of non-metallic minerals, sand, gravel and clay, under s. 58(4). But the most extensive powers which may be exercised by a band council derive from a s. 60 declaration. [Footnote omitted and emphasis added.]

[41] As noted above, no grant has been made to the First Nation under section 60 of the Act. It follows from a review of the above referenced sections of the Act that a decision not to extend a lease does not fall within any aspect of the control or management of reserve lands dealt with in the Act. It is also worth noting that the Cottagers have pointed to no statutory power exercised by the Chief and Council in making the impugned decision. Indeed, as quoted above at paragraph 3, the Cottagers frame the dispute to be “a breach of a pre-existing contractual obligation” owed to them.

[42] In 1873, Treaty No. 3 was signed. The First Nation is a signatory to Treaty No. 3. Of relevance in this case is the following provision of that treaty [at pages 4-5]:

Indiens ». Voir : *Peace Hills Trust*, aux paragraphes 61 et 62.

[39] Tout en reconnaissant qu’un conseil de bande peut être un « office fédéral » à certaines fins, j’examinerai maintenant la nature du pouvoir que le chef et le conseil ont exercé en l’espèce lorsque, contrairement aux déclarations antérieures, ils ont décidé de refuser de consentir à une prolongation du bail de Cottagers.

[40] Je commence par noter que dans Woodward, *Native Law*, feuilles mobiles (Toronto : Thomson Carswell, 1994), il est affirmé à la page 259 que :

[TRADUCTION] Les bandes exercent des aspects du contrôle et de l’administration de terres de réserve en vertu de différentes dispositions de la *Loi sur les Indiens*. En vertu du paragraphe 18(2), le conseil de bande peut autoriser le ministre à « prendre » toute terre dans une réserve pour le bien-être général de la bande. Le conseil de bande peut prendre des règlements concernant le zonage, les travaux publics, les normes de construction, etc. en vertu de l’article 81 de la Loi. Le conseil de bande peut autoriser le ministre à exploiter des fermes en vertu du paragraphe 58(1) et à disposer de minerais non métalliques, de sable, de gravier et de glaise en vertu du paragraphe 58(4). Mais les pouvoirs les plus vastes qu’un conseil de bande peut exercer sont ceux qui découlent d’une déclaration faite en vertu de l’article 60. [Renvoi omis; non souligné dans l’original.]

[41] Comme je l’ai mentionné plus haut, aucun droit n’a été conféré à la Première nation en vertu de l’article 60 de la Loi. Il résulte d’un examen des dispositions susmentionnées de la Loi qu’une décision de ne pas prolonger un bail ne relève d’aucun des aspects du contrôle ou de l’administration de terres de réserve visés par la Loi. Il convient également de noter que Cottagers n’a évoqué aucun pouvoir d’origine législative que le chef et le conseil auraient exercé lorsqu’ils ont pris la décision contestée. D’ailleurs, tel que je l’ai indiqué au paragraphe 3, Cottagers considère que le fond du litige tient à « un manquement à une obligation contractuelle préexistante » dont Cottagers serait créancière.

[42] En 1873, le Traité n° 3 a été signé. La Première nation est une signataire du Traité n° 3. La disposition suivante de ce traité est pertinente en l’espèce [à la page 6] :

And Her Majesty the Queen hereby agrees and undertakes to lay aside reserves for farming lands, due respect being had to lands at present cultivated by the said Indians, and also to lay aside and reserve for the benefit of the said Indians, to be administered and dealt with for them by Her Majesty's Government of the Dominion of Canada, in such a manner as shall seem best, other reserves of land in the said territory hereby ceded, which said reserves shall be selected and set aside where it shall be deemed most convenient and advantageous for each band or bands of Indians, by the officers of the said Government appointed for that purpose, and such selection shall be so made after conference with the Indians; ... provided also that the aforesaid reserves of lands, or any interest or right therein or appurtenant thereto, may be sold, leased or otherwise disposed of by the said Government for the use and benefit of the said Indians, with the consent of the Indians entitled thereto first had and obtained. [Emphasis added.]

[43] Thus, pursuant to Treaty No. 3, the First Nation retained the inherent right to consent to any lease of reserve lands.

[44] In *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, the Supreme Court of Canada considered the nature of a First Nation's interest in reserve lands. Justice Dickson, as he then was, writing for the majority, noted at page 379 that “[t]heir interest in their lands is a pre-existing legal right not created by Royal Proclamation, by s. 18(1) of the *Indian Act*, or by any other executive order or legislative provision” (emphasis added).

[45] Given that nature of the First Nation's interest in the reserve lands, and the reservation of rights in Treaty No. 3, I am unable to conclude that the decision to refuse to proceed with a lease extension agreement is an exercise of any power conferred under the Act or any other Act of Parliament. As such, I find that the Chief and Council were not acting as a “federal board, commission or other tribunal” when they refused to consent to an extension of the Cottagers' lease. It follows that the Court does not have jurisdiction to deal with this application for judicial review.

[46] This result is also consistent with the Court's decision in *Peace Hills Trust*, where it found that a

Et Sa Majesté la reine convient par les présentes et s'engage de mettre de côté des réserves de terres arables, l'attention voulue étant portée aux terres cultivées à présent par les dits Sauvages, et aussi de mettre de côté et réserver pour le bénéfice des dits Sauvages, pour être administrées et contrôlées pour eux par le gouvernement de Sa Majesté pour le Canada, de la manière qui semblera la meilleure, d'autres réserves de terres dans le dit territoire cédé par les présentes, lesquelles dites réserves seront choisies et mises de côté où il sera jugé le plus convenable et le plus avantageux pour chaque bande ou bandes des Sauvages, par les officiers du dit gouvernement nommé pour cette fin, et tel choix sera fait après conférence avec les Sauvages; [...] pourvu aussi que les réserves susdites de terres ou tout intérêt ou droit sur elles ou en dépendant, puissent être vendus, loués ou aliénés autrement par le dit gouvernement pour l'usage et le bénéfice des dits Sauvages, avec le consentement préalablement donné et obtenu des Sauvages qui y ont droit. [Non souligné dans l'original.]

[43] Ainsi, en vertu du Traité n° 3, la Première nation a conservé le droit inhérent de consentir à toute location de terres de réserve.

[44] Dans *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, la Cour suprême du Canada a examiné la nature du droit d'une Première nation dans des terres situées dans une réserve. Le juge Dickson, qui est devenu plus tard juge en chef, s'exprimant au nom de la majorité, a noté à la page 379 que « [l]e droit qu'ils ont sur leurs terres est un droit, en *common law*, qui existait déjà et qui n'a été créé ni par la Proclamation royale, ni par le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif » (non souligné dans l'original).

[45] Étant donné cette nature du droit de la Première nation dans les terres de réserve, et la réserve de droits prévue aux termes du Traité n° 3, je ne puis conclure que la décision de refuser de conclure une convention de prolongation de bail est un exercice d'un quelconque pouvoir conféré sous le régime de la Loi ou de quelque autre loi fédérale. En conséquence, j'estime que le chef et le conseil n'agissaient pas à titre d'« office fédéral » lorsqu'ils ont refusé de consentir à une prolongation du bail de Cottagers. Il s'ensuit que la Cour n'a pas compétence pour statuer sur la présente demande de contrôle judiciaire.

[46] Ce résultat est également compatible avec la décision *Peace Hills Trust*, où la Cour a jugé qu'une décision

decision embodied in a band council resolution relating to a commercial loan agreement was a matter of private law, independent of the public interest. Band councils have been recognized as possessing an implied power to contract, without specific authority under the Act. See, for example: *Gitga'at Development Corp. v. Hill* (2007), 66 B.C.L.R. (4th) 349 (C.A.), at paragraph 27.

[47] In reaching this conclusion, I have considered the opposing arguments presented by the Cottagers. They may be summarized as follows.

[48] The Cottagers argue that there is a lack of clarity in the jurisprudence that has considered whether the Court has jurisdiction when a public authority is making “private” decisions. Particular reference was made to *Brown and Evans*, at section 7:2320. Three approaches are said to have evolved in the jurisprudence of this Court. The Cottagers argue that, under each approach, the Court has jurisdiction on the facts of this case.

[49] The three lines of jurisprudence are said to be exemplified by the following decisions:

- (i) *McCabe v. Canada (Attorney General)*, [2001] 3 F.C. 430 (T.D.);
- (ii) *687764 Alberta Ltd. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 166 F.T.R. 87 (F.C.T.D.);
- (iii) *J.G. Morgan Development*.

[50] The decision in *McCabe* is said to stand for the proposition that the purpose of the definition of “federal board, commission or other tribunal” in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* is to distinguish between types of entities—not types of actions. It is submitted that the *Federal Courts Act* applies to entities that derive their powers from Acts of Parliament. Once an entity is found to have powers conferred by an Act of Parliament, all actions of that entity are subject to judicial review by the Court.

[51] *McCabe* was decided without reference to the prior decisions referred to in *DRL Vacations*, and particularly without reference to the prior decisions of the

prise par résolution d’un conseil de bande et concernant un contrat de prêt commercial relevait du droit privé et n’avait rien à voir avec l’intérêt public. Il a été reconnu que les conseils de bande possèdent un pouvoir implicite de contracter, sans fondement législatif exprès aux termes de la Loi. Voir, par exemple : *Gitga'at Development Corp. v. Hill* (2007), 66 B.C.L.R. (4th) 349 (C.A.), au paragraphe 27.

[47] Pour parvenir à cette conclusion, j’ai examiné les arguments opposés présentés par Cottagers. Ils peuvent se résumer comme suit.

[48] Cottagers soutient que la jurisprudence n’est pas claire quant à la question de savoir si la Cour a compétence lorsqu’une autorité publique prend des décisions « privées ». Elle cite en particulier *Brown et Evans*, à la section 7:2320. Elle prétend que trois approches distinctes se dégageraient de la jurisprudence de la Cour et que, suivant chacune de ces approches, la Cour a compétence à l’égard des faits de l’espèce.

[49] À ses dires, les trois courants jurisprudentiels seraient illustrés par les décisions suivantes :

- i) *McCabe c. Canada (Procureur général)*, [2001] 3 C.F. 430 (1^{re} inst.);
- ii) *687764 Alberta Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [1999] A.C.F. n^o 545 (1^{re} inst.) (QL);
- iii) *J.G. Morgan Development*.

[50] La décision *McCabe* établirait, selon la demande, que la définition d’« office fédéral » au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* a pour objet d’établir une distinction entre des types d’entités — et non des types d’actions. Elle soutient que la *Loi sur les Cours fédérales* s’applique à des entités dont les pouvoirs découlent de lois fédérales. Dès lors qu’il est établi qu’une entité dispose de pouvoirs conférés par une loi fédérale, tous les actes de cette entité peuvent faire l’objet d’un contrôle judiciaire par la Cour.

[51] Or, l’affaire *McCabe* a été tranchée sans mention des décisions antérieures mentionnées dans *DRL Vacations*, et en particulier sans mention des arrêts antérieurs

Federal Court of Appeal in *Aeric and Jackson* [*Jackson v. Canada (Attorney General)*] (2000), 261 N.R. 100]. In *Aeric*, at pages 135-138, the Federal Court of Appeal found that, while Canada Post was of a significantly public character, the determinative factor as to the existence of the Court's jurisdiction was whether the power being exercised by Canada Post was public in nature or, rather, a general power of management conferred upon it incidentally to allow it to carry out its commercial activities. Thus, *Aeric* held that what is dispositive is not the nature of the entity, but the nature of the power being exercised.

[52] The decision in *McCabe* cannot be relied upon to the extent that it is contrary to prior appellate jurisprudence.

[53] Turning to *687764 Alberta Ltd.*, this decision is said to represent the preferred approach that "[e]ach case involving a convergence of contractual and statutory rights must be considered on its own merits to determine whether judicial review is appropriate." See: *687764 Alberta Ltd.*, at paragraph 21.

[54] What was before the Court in that case was a motion to extend time for the commencement of an application for judicial review. The Court's comments are *obiter* (see particularly paragraph 28) because the decision turned upon whether the application carried any reasonable prospect of success. The subsequent endorsement by the Court of Appeal [(2000), 261 N.R. 102] also reflects the narrow issue before the Court. Also, again, the Court was apparently not referred to the prior appellate jurisprudence. For these reasons, the case is of limited assistance and does not vary the principles established by the Federal Court of Appeal as set out above.

[55] The decision in *J.G. Morgan Development* is said to stand for the principle that, if the decision at issue is of a private nature, it is not reviewable. In my view, this decision is consistent with the jurisprudence of the Federal Court of Appeal. More precisely stated, it stands for the principle that it is the source or character of the

Aeric et Jackson [*Jackson c. Canada (Procureur général)*], [2000] A.C.F. n° 1060 (QL)] de la Cour d'appel fédérale. Dans *Aeric*, aux pages 135 à 138, la Cour d'appel fédérale a statué que, bien que Postes Canada revêtît un caractère public important, le facteur déterminant quant à l'existence de la compétence de la Cour tenait à la question de savoir si le pouvoir qu'exerçait Postes Canada était de nature publique, ou s'il s'agissait plutôt d'un pouvoir général de gestion qui lui avait été conféré à titre accessoire pour lui permettre de mener ses activités commerciales. Ainsi, l'arrêt *Aeric* a retenu comme critère déterminant non pas la nature de l'entité, mais la nature du pouvoir exercé.

[52] La décision *McCabe* ne peut pas être invoquée dans la mesure où elle est contraire à des arrêts antérieurs de la Cour d'appel fédérale.

[53] Quant à *687764 Alberta Ltd.*, cette décision représenterait, selon la demanderesse, l'approche à privilégier : « Chaque fois qu'il y a convergence de droits contractuels et de droits conférés par la loi, chaque cas est un cas d'espèce lorsqu'il s'agit de décider s'il peut y avoir ouverture au contrôle judiciaire. » Voir : *687764 Alberta Ltd.*, au paragraphe 21.

[54] Or, dans cette affaire, la Cour était saisie d'une demande de prorogation du délai prescrit pour présenter une demande de contrôle judiciaire. Les commentaires de la Cour sont des remarques incidentes (voir en particulier le paragraphe 28) parce qu'il s'agissait dans cette affaire de savoir si la demanderesse avait la moindre chance raisonnable d'obtenir gain de cause. La confirmation ultérieure par la Cour d'appel [[2000] A.C.F. n° 1064 (QL)] témoigne aussi de la question étroite dont était saisie la Cour. En outre, encore une fois, l'attention de la Cour n'a apparemment pas été attirée sur la jurisprudence antérieure de la Cour d'appel fédérale. Pour ces motifs, la cause est d'une utilité limitée, et elle ne modifie pas les principes établis par la Cour d'appel fédérale exposés plus haut.

[55] La décision *J.G. Morgan Development* poserait quant à elle le principe selon lequel, si la décision en cause est de nature privée, elle n'est pas susceptible de contrôle. À mon avis, cette décision est compatible avec la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale. Plus précisément, elle pose le principe selon lequel c'est la source

power being exercised that determines whether an entity is acting as a “federal board, commission or other tribunal” and therefore subject to review.

[56] The Cottagers make two arguments as to why the Chief and Council were “having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament” so as to make the impugned decision reviewable. The Cottagers base their arguments upon the following passage from *Goodtrack v. Lethbridge* (2003), 242 Sask. R. 45 (Q.B.), at paragraphs 6-7:

It is well-established that an Indian band council is a “federal board” within the meaning of that term in the *Federal Court Act*. In *Canatonquin v. Gabriel*, [1980] 2 F.C. 792, the Federal Court of Appeal held that as a consequence of an Indian band council being a “federal board”, s. 18 of the *Federal Court Act* gave the Federal Court, Trial Division, jurisdiction in the matter. It is interesting to note that the court also held that the Federal Court had jurisdiction even though the validity of the impugned council election was governed by customary Indian law and not by a federal statute.

In discussing the powers of an Indian band council, Cameron J.A. in *Whitebear Band Council v. Carpenters Provincial Council of Saskatchewan and Saskatchewan Labour Relations Board* (1982), 15 Sask. R. 37 at 44 (C.A.), stated:

... [A]n Indian band council is an elected public authority, dependent on parliament for its existence, powers and responsibilities, whose essential function it is to exercise municipal and government power-delegated to it by parliament-in relation to the Indian reserve whose inhabitants have elected it; as such it is to act from time to time as the agent of the minister and the representative of the band with respect to the administration and delivery of certain federal programs for the benefit of Indians on Indian reserves, and to perform an advisory, and in some cases a decisive role in relation to the exercise by the minister of certain of his statutory authority relative to the reserve.

Therefore, it is clear that the powers of an Indian band council are delegated by Federal Parliament. Its powers are conferred under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.

[57] Two things are said to flow from this passage. First, a band council is said to obtain its existence, powers,

ou le caractère du pouvoir exercé qui détermine si une entité agit à titre d’« office fédéral » et peut donc être visée par un contrôle.

[56] Cottagers formule deux arguments au soutien de sa prétention selon laquelle le chef et le conseil avaient exercé, exerçaient ou étaient censés exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale, de sorte que la décision contestée serait susceptible de contrôle. Elle fonde ses arguments sur le passage suivant tiré de *Goodtrack v. Lethbridge* (2003), 242 Sask. R. 45 (B.R.), aux paragraphes 6 et 7 :

[TRADUCTION] Il est bien établi qu’un conseil de bande indienne est un « office fédéral » au sens de la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans *Canatonquin c. Gabriel*, [1980] 2 C.F. 792, la Cour d’appel fédérale a statué que puisqu’un conseil de bande indienne était un « office fédéral », l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* conférerait compétence sur l’affaire à la Cour fédérale, Section de première instance. Il est intéressant de noter que la Cour a aussi statué que la Cour fédérale avait compétence même si la validité de l’élection contestée du conseil était régie par le droit indien coutumier et non par une loi fédérale.

Dans le cadre d’une analyse des pouvoirs d’un conseil de bande indienne, le juge Cameron de la Cour d’appel a affirmé, dans *Whitebear Band Council c. Carpenters Provincial Council of Saskatchewan and Saskatchewan Labour Relations Board* (1982), 15 Sask.R. 37 à la p. 44 (C.A.) :

[...] [U]n conseil de bande indienne est une autorité publique élue, dont l’existence, les pouvoirs et les responsabilités sont entièrement déterminés par le Parlement, et dont la principale fonction est d’exercer des pouvoirs municipaux et gouvernementaux—qui lui sont délégués par le Parlement—à l’égard de la réserve dont les habitants l’ont élu. À ce titre, il agit de temps à autre comme mandataire du ministre et comme représentant de la bande en ce qui concerne l’administration et l’exécution de certains programmes fédéraux au profit des Indiens sur des réserves indiennes, et il joue un rôle consultatif et parfois même décisif en rapport avec l’exercice par le ministre de certains de ses pouvoirs légaux relativement à la réserve.

Par conséquent, il est clair que les pouvoirs d’un conseil de bande indienne sont délégués par le Parlement fédéral. Ses pouvoirs lui sont conférés en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.

[57] Selon Cottagers, deux choses découleraient de ce passage. Premièrement, l’existence, les pouvoirs et les

and responsibilities from Parliament. It follows that the decision to refuse to extend the lease flows from powers conferred by Parliament. Second, the refusal by the Chief and Council to extend the lease is said to have played a decisive role in respect of the exercise of the Minister's statutory authority.

[58] Dealing first with the argument that a band council obtains its existence, powers, and responsibilities from Parliament, as stated by Woodward, the *Whitebear Band Council v. Carpenters Provincial Council Saskatchewan* [(1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (Sask. C.A.)] decision, which was relied upon in *Goodtrack*, exemplifies the narrow conception of a band council and its powers. Woodward observes that the powers of band councils, in carrying out their functions under the Act, are increasingly founded in their status as governments and not merely as agents of the federal government. See: Woodward, at section 7:690. The broader view recognizes that band councils possess at least all of the powers necessary to effectively carry out their responsibilities, even if not specifically provided under the Act (see Woodward, at section 7:700):

It may be said that band councils possess at least all the powers necessary to effectively carry out their responsibilities under the *Indian Act*, even when not specifically provided for. There is an implied power to contract, without the need for authority under the *Indian Act*. [Footnotes omitted.]

[59] In addition, the notion that a band council is dependent upon Parliament for its existence and powers is inconsistent with jurisprudence of this Court, such as *Wood Mountain*. In the above-quoted passage from that decision, Justice Strayer notes that, while band councils elected by custom are recognized under the Act, custom elections themselves are not held under the authority of the Act or any Act of Parliament. This is contrary to any notion that band councils are dependent upon Parliament for their existence and powers, and reflects the broader view that the powers of band councils are not conferred exclusively by the Act.

responsabilités d'un conseil de bande indienne seraient supposément entièrement déterminés par le Parlement. Il s'ensuivrait que la décision de refuser de prolonger le bail était le fruit de l'exercice de pouvoirs conférés par le Parlement. Deuxièmement, le refus du chef et du conseil de prolonger le bail aurait supposément joué un rôle décisif relativement à l'exercice du pouvoir légal du ministre.

[58] Concernant tout d'abord l'argument selon lequel l'existence, les pouvoirs et les responsabilités d'un conseil de bande indienne sont entièrement déterminés par le Parlement, comme il est affirmé dans Woodward, l'arrêt *Whitebear Band Council v. Carpenters Provincial Council Saskatchewan* [(1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (C.A. Sask.)], qui a été appliqué dans *Goodtrack*, illustre la conception étroite d'un conseil de bande et de ses pouvoirs. Woodward affirme que les pouvoirs qu'exercent les conseils de bande dans l'exécution de leurs fonctions sous le régime de la Loi se fondent de plus en plus sur leur qualité de gouvernements et non de simples mandataires du gouvernement fédéral. Voir : Woodward, à la section 7:690. Selon la conception plus large, les conseils de bande possèdent au moins tous les pouvoirs nécessaires pour s'acquitter efficacement de leurs responsabilités, même si la Loi ne les prévoit pas expressément (voir : Woodward, à la section 7:700) :

[TRADUCTION] L'on peut dire que les conseils de bande possèdent au moins tous les pouvoirs nécessaires pour s'acquitter de leurs responsabilités sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, même lorsque ces pouvoirs ne sont pas prévus expressément. Il existe un pouvoir implicite de contracter, qui ne requiert pas d'habilitation aux termes de la *Loi sur les Indiens*. [Renvois omis.]

[59] En outre, l'idée voulant que l'existence et les pouvoirs d'un conseil de bande indienne soient entièrement déterminés par le Parlement est incompatible avec la jurisprudence de la Cour, notamment avec la décision *Wood Mountain*. Dans le passage précité de cette décision, le juge Strayer note que, bien que les conseils de bande élus selon la coutume soient reconnus en vertu de la Loi, les élections coutumières elles-mêmes ne sont pas tenues en vertu d'une compétence prévue par la Loi ni par aucune loi fédérale. Cela est contraire à toute idée voulant que l'existence et les pouvoirs d'un conseil de bande indienne soient entièrement déterminés par le

[60] It follows that the Cottagers have not satisfied me that Parliament is the sole source of a band council's powers so that the Council was exercising a statutory authority when it refused to extend the lease.

[61] Turning to the Cottagers' argument that the Council's decision to refuse to extend the lease played a "decisive role" in the Minister's decision not to extend the lease, I accept that the Department advised the Cottagers by letter dated February 23, 2007 that the "lease cannot be renewed without the consent of the First Nation". As a matter of fact, the decision of the First Nation was decisive in that the Department would not extend or renew the lease without its approval.

[62] In the context of that decisive role, the Court is asked to consider the following:

- The First Nation agreed to surrender the land for leasing.
- The land is leased by the Minister pursuant to its statutory powers under the Act.
- The policy of the Minister regarding the leasing of surrendered land is to obtain the consent of Chief and Council to any lease, extension, or addendum.
- While the ultimate authority regarding the leasing of surrendered land rests with the Minister, that authority will not be exercised without Chief and Council agreeing on the "key elements" of every lease. Those key elements are the name of the lessee, the rent, the term of the lease and the proposed use of the land. The facts of this case show that this agreement is a necessary precondition to the Minister exercising his/her statutory authority.
- By agreeing to the lease in 1988, the Chief and Council satisfied the necessary precondition for the Minister to exercise his/her statutory authority over the subject land.

Parlement, et cela traduit la conception plus large selon laquelle les pouvoirs des conseils de bande ne sont pas conférés exclusivement par la Loi.

[60] Il s'ensuit que Cottagers ne m'a pas convaincue que le Parlement est l'unique source des pouvoirs d'un conseil de bande, de sorte que le conseil aurait exercé un pouvoir d'origine législative lorsqu'il a refusé de prolonger le bail.

[61] En ce qui a trait maintenant à l'argument de Cottagers selon lequel la décision du conseil de refuser de prolonger le bail a joué un « rôle décisif » dans la décision du ministre de ne pas prolonger le bail, j'admets que le Ministère a informé Cottagers par lettre datée du 23 février 2007 que le [TRADUCTION] « bail ne p[ouvait] pas être renouvelé sans le consentement de la Première nation ». En effet, la décision de la Première nation a été décisive en ce que le Ministère n'entendait pas prolonger ni renouveler le bail sans l'approbation de la Première nation.

[62] Dans le contexte de ce rôle décisif, il est demandé à la Cour de prendre en compte ce qui suit :

- La Première nation a convenu de céder les terres à des fins de location.
- Les terres sont louées par le ministre en vertu des pouvoirs légaux que lui confère la Loi.
- En matière de location de terres cédées, le ministre a pour politique d'obtenir du chef et du conseil le consentement à tout bail, prolongation ou addenda.
- Bien qu'il dispose du pouvoir ultime quant à la location de terres cédées, le ministre n'exercera pas ce pouvoir sans que le chef et le conseil acceptent les « éléments clés » de chaque bail. Ces éléments clés sont le nom du locataire, le loyer, la durée du bail et l'usage envisagé des terres. Les faits de la présente espèce montrent que cette acceptation est une condition préalable nécessaire à l'exercice du pouvoir légal du ministre.
- En acceptant le bail en 1988, le chef et le conseil ont rempli la condition préalable nécessaire pour que le ministre exerce son pouvoir légal à l'égard des terres en cause.

- By agreeing to extend the lease to 2020, the Chief and Council satisfied the necessary precondition for the Minister to exercise his/her statutory authority over the subject land.

- By deciding to breach its contractual commitment, the Chief and Council removed the necessary precondition for the Minister to exercise his/her statutory authority over the subject land.

[63] Those facts are not seriously challenged by the First Nation.

[64] Those facts do not, in my view, change the nature or source of the power exercised by the Chief and Council. The power to refuse to extend the lease, and perhaps to thereby breach an existing contract, did not flow from any grant of statutory authority or from any power that is public in nature. Rather, the power to refuse is the result of the First Nation's inherent interest in its lands and the reservation of its rights to consent in Treaty No. 3.

[65] For completeness, I note that the Cottagers also rely upon the Court's conclusion in *Williston v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (2005), 274 F.T.R. 260 (F.C.), that, by operation of subsection 18(3) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Courts Act*, the decision of the First Nation in that case not to renew a lease on reserve lands could only be challenged by way of judicial review. Subsection 18(3) of the *Federal Courts Act* is set out in the Appendix to these reasons.

[66] I have considered this case carefully and note the following. First, it does not appear that any issue was raised in *Williston* with respect to whether the decision at issue was made by a "federal board, commission or other tribunal". Second, that may reflect the fact that the First Nation in *Williston* had been delegated land management authority pursuant to sections 53 and 60 of the Act. The agreed statement of facts in *Williston* [at paragraph 2] recorded that the Minister had "appointed the Chief and Councillors of the First Nation as elected from time to time to manage in accordance with the *Indian Act* and the terms of the Surrender" the relevant land (emphasis

- En acceptant de prolonger le bail jusqu'en 2020, le chef et le conseil ont rempli la condition préalable nécessaire pour que le ministre exerce son pouvoir légal à l'égard des terres en cause.

- En décidant de rompre leur engagement contractuel, le chef et le conseil ont défait la condition préalable nécessaire à l'exercice par le ministre de son pouvoir légal à l'égard des terres en cause.

[63] La Première nation ne conteste pas sérieusement ces faits.

[64] Ces faits ne modifient pas, à mon avis, la nature ou la source du pouvoir exercé par le chef et le conseil. Le pouvoir de refuser de prolonger le bail, et peut-être de rompre ce faisant un contrat existant, n'a découlé d'aucun octroi de pouvoir légal ni d'aucun pouvoir de nature publique. Le pouvoir de refuser résulte plutôt du droit inhérent de la Première nation dans ses terres et de la réserve, faite aux termes du Traité n° 3, de ses droits de consentir.

[65] Par souci d'exhaustivité, je note que Cottagers invoque aussi la conclusion de la Cour dans *Williston c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2005 CF 829, selon laquelle, par l'effet du paragraphe 18(3) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur les Cours fédérales*, la décision de la Première nation dans cette affaire de ne pas renouveler un bail sur des terres de réserve pouvait seulement être contestée par voie de contrôle judiciaire. Le paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* est reproduit en annexe des présents motifs.

[66] J'ai examiné cette décision avec soin, et je note ce qui suit. Premièrement, il ne semble pas que, dans *Williston*, la question de savoir si la décision en cause avait été prise par un « office fédéral » ait été soulevée. Deuxièmement, cela est peut-être lié au fait que, dans *Williston*, le pouvoir d'administration de terres avait été délégué à la Première nation en vertu des articles 53 et 60 de la Loi. Dans *Williston* [au paragraphe 2], l'exposé conjoint des faits énonçait que le ministre avait « délégué au chef et aux conseillers élus de la Première nation la gestion, conformément à la *Loi sur les Indiens* et aux conditions de la cession, » des terres en cause (non sou-

added). Such delegation of authority under the Act may well have been sufficient to have conferred a statutory or public power upon the First Nation.

[67] For these reasons, the application for judicial review will be dismissed because the Court does not have jurisdiction to hear the matter.

[68] Three other matters require comment.

The Relief Sought

[69] As noted above, the relief sought by the Cottagers includes *mandamus* and *certiorari*. In view of my conclusion as to jurisdiction, it is not necessary, and may well not be appropriate, for me to consider any further issue in any detail.

[70] However, in the event that I am wrong in my conclusion about jurisdiction, I express doubt as to whether either prerogative remedy would be available to the Cottagers. In this regard, it is worth noting that the defining characteristic of the prerogative remedies is that they are available only in respect of a breach of a duty imposed by public law. See: Brown and Evans, at section 1:1200.

[71] Where the impugned decision maker has the characteristics of both public and private law paradigms, it is necessary to consider a number of factors, including (see Brown and Evans, at section 1:2252):

- The nature of the decision maker, which considers the extent to which it is subject to governmental control;
- The source and nature of the decision maker's power, which considers whether it is statutory or derives from another source such as contract; and
- The function of the decision maker, which considers whether it advances the interests of members (that is, the function enables the body to conduct business) or serves the broader public interest (that is, the function is one that would otherwise be undertaken by government).

[72] One of the requirements for the issuance of *mandamus* is the existence of a public legal duty to act. See:

ligné dans l'original). Il se peut bien qu'une telle délégation de pouvoir en vertu de la Loi ait suffi à conférer un pouvoir légal ou public à la Première nation.

[67] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire sera rejetée parce que la Cour n'a pas compétence pour connaître de l'affaire.

[68] Trois autres questions appellent des commentaires.

La réparation demandée

[69] Comme je l'ai noté plus haut, Cottagers demande, entre autres réparations, un *mandamus* et un *certiorari*. Compte tenu de ma conclusion concernant la compétence, il n'est pas nécessaire, et cela serait peut-être même inapproprié, que j'examine en détail d'autres questions.

[70] Cependant, dans l'hypothèse où ma conclusion concernant la compétence serait erronée, j'exprime un doute quant à savoir si l'un ou l'autre des brefs de prérogative serait ouvert à Cottagers. À cet égard, il convient de souligner que la caractéristique qui définit les brefs de prérogative réside dans le fait que ceux-ci sont ouverts uniquement à l'égard des manquements à une obligation imposée par le droit public. Voir : Brown et Evans, à la section 1:1200.

[71] Lorsque le décideur mis en cause possède les caractéristiques des paradigmes des droits tant public que privé, il est nécessaire d'examiner plusieurs facteurs, notamment (voir Brown et Evans, à la section 1:2252) :

- la nature du décideur — dans quelle mesure il est assujéti au contrôle du gouvernement;
- la source et la nature du pouvoir du décideur — est-ce un pouvoir conféré par la loi, ou un pouvoir découlant d'une autre source, comme un contrat par exemple;
- la fonction du décideur — est-il au service des intérêts de membres (c'est-à-dire, la fonction permet à l'entité de faire des affaires) ou est-il au service de l'intérêt public plus général (c'est-à-dire, la fonction en est une dont, autrement, le gouvernement se chargerait).

[72] L'une des conditions pour qu'un *mandamus* puisse être accordé est l'existence d'une obligation légale d'agir

Apotex Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), at page 766.

[73] With respect to this requirement, Brown and Evans state, at section 1:3220:

... the duty must be “public” and not “private” in order to be subject to *mandamus*. Therefore, and although such a duty can be implied, there must be a statutory provision imposing and defining the duty which is sought to be enforced. [Footnotes omitted and emphasis added.]

[74] To similar effect, Wade and Forsyth, in *Administrative Law*, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2004), write at page 621:

A distinction which needs to be clarified is that between public duties enforceable by *mandamus*, which are usually statutory, and duties arising merely from contract. Contractual duties are enforceable as matters of private law by the ordinary contractual remedies, such as damages, injunction, specific performance and declaration. They are not enforceable by *mandamus*, which in the first place is confined to public duties and secondly is not granted where there are other adequate remedies. [Footnotes omitted and emphasis added.]

[75] For the reasons set out above, including particularly the absence of any statutory provision “imposing and defining the duty” sought to be enforced, I doubt whether there is any “public” law duty to support a claim to *mandamus* or *certiorari*.

The Existence of Alternate Relief

[76] By virtue of its expeditious process, I can well understand the attractiveness of judicial review as a remedy to the Cottagers. While I have found that the remedy of judicial review is not available to them on the facts of this case, nothing in that conclusion precludes recourse to private law remedies, including damages and specific performance, that may be available by way of action.

à caractère public. Voir : *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), à la page 766.

[73] Au sujet de cette condition, Brown et Evans affirment, à la section 1:3220 :

[TRADUCTION] [L]’obligation doit avoir un caractère « public » et non « privé » pour pouvoir faire l’objet d’un *mandamus*. Par conséquent, et bien qu’une telle obligation puisse être implicite, il doit y avoir une disposition législative imposant et définissant l’obligation dont l’exécution est recherchée. [Renvois omis; non souligné dans l’original.]

[74] Dans le même ordre d’idées, Wade and Forsyth, dans *Administrative Law* (9^e éd. Oxford : Oxford University Press, 2004), écrivent à la page 621 :

[TRADUCTION] Une distinction appelant des précisions est celle entre les obligations à caractère public, dont l’exécution peut être obtenue par *mandamus*, — lesquelles obligations sont habituellement d’origine législative —, et les obligations qui découlent simplement d’un contrat. L’exécution d’obligations contractuelles relève du droit privé et s’obtient au moyen des recours contractuels ordinaires, tels les dommages-intérêts, l’injonction, l’exécution en nature et le jugement déclaratoire. Leur exécution ne peut pas être obtenue au moyen du *mandamus*, lequel, tout d’abord, est confiné aux obligations à caractère public, et deuxièmement, n’est pas accordé lorsqu’il existe d’autres recours adéquats. [Renvois omis et soulignement ajouté.]

[75] Pour les motifs exposés ci-dessus, notamment l’absence de toute disposition législative « imposant et définissant l’obligation » dont l’exécution est recherchée, je doute qu’il y ait la moindre obligation légale à caractère « public » qui puisse étayer une demande de *mandamus* ou de *certiorari*.

L’existence d’autres recours

[76] Étant donné sa procédure rapide, je comprends bien le caractère attrayant du contrôle judiciaire comme recours pour Cottagers. Bien que j’aie conclu que le recours en contrôle judiciaire ne leur était pas ouvert eu égard aux faits de la présente espèce, cette conclusion n’empêche nullement Cottagers de demander par voie d’action les réparations relevant du droit privé, notamment des dommages-intérêts et une exécution en nature, auxquelles elle pourrait avoir droit.

The Motion for New Evidence

[77] After the hearing of the judicial review, a teleconference was scheduled for the purpose of ascertaining whether the Minister wished to make submissions on the jurisdictional issue. Before that teleconference was to be heard, the Cottagers filed a motion seeking leave to file supplemental affidavits. Those affidavits were said to respond to an argument made by counsel for the First Nation and to questions raised by the Court. The motion was opposed by the First Nation. It was agreed that the motion would be dealt with on the basis of the written submissions of the parties.

[78] The specific evidence the Cottagers wish to adduce:

- responds to the assertion that their conduct after 2002 indicated that they were not relying upon the agreement made with the Chief and Council in August, 1997; and
- responds to a comment by the Court to the effect that there was no evidence with respect to the sale price of cottage properties.

[79] The Cottagers argue that the evidence should be received if it meets the test set out in *Mazhero v. Canada (Industrial Relations Board)* (2002), 292 N.R. 187 (F.C.A.). In that case, the test was expressed to be whether the additional material will serve the interests of justice, assist the Court, and not seriously prejudice the other side. It was further stated that any supplementary affidavit should not deal with material that could have been made available at an earlier date, nor should it unduly delay the proceeding.

[80] In my view, the proposed supplementary evidence will not assist the Court because it is not relevant to the issue that the Court has found to be determinative. Accordingly, the motion is dismissed.

La requête relative à de nouveaux éléments de preuve

[77] Après l'audience sur la demande de contrôle judiciaire, une téléconférence a été organisée dans le but de vérifier si le ministre souhaitait formuler des observations sur la question de la compétence. Avant le moment prévu pour cette téléconférence, Cottagers a déposé une requête visant à obtenir la permission de déposer des affidavits additionnels. Elle affirmait que ces affidavits répondaient à un argument formulé par l'avocat de la Première nation et à des questions soulevées par la Cour. La Première nation s'est opposée à cette requête. Il a été convenu qu'il serait statué sur la requête sur le fondement des observations écrites des parties.

[78] Les éléments de preuve précis que Cottagers souhaite produire :

- répondent à l'affirmation selon laquelle la conduite de Cottagers après 2002 indiquait qu'elle ne se fiait pas à l'entente conclue avec le chef et le conseil en août 1997; et
- répond au commentaire de la Cour selon lequel il n'y avait aucun élément de preuve relatif au prix de vente des chalets.

[79] Cottagers soutient que les éléments de preuve devraient être admis s'ils satisfont au critère énoncé dans *Mazhero c. Canada (Conseil canadien des relations industrielles)*, 2002 CAF 295. Dans cette affaire, la Cour a statué que le critère consistait à savoir si les documents additionnels serviraient l'intérêt de la justice, s'ils aideraient la Cour et s'ils ne causeraient pas de préjudice grave à la partie adverse. La Cour a affirmé en outre que tout affidavit supplémentaire ne devrait pas porter sur des documents qui auraient pu être communiqués à une date antérieure et ne devrait pas retarder indûment l'instance.

[80] À mon avis, les éléments de preuve additionnels proposés n'aideront pas la Cour parce qu'ils ne sont pas pertinents quant à la question que la Cour a jugée déterminante. En conséquence, cette requête est rejetée.

Conclusion and Costs

[81] Both the Cottagers and the First Nation seek costs. The Minister, who requested that he be added as a party to the application, very properly did not seek costs.

[82] I am mindful that, while costs generally follow the event, costs are always in the full discretion of the Court. Relevant factors include those set out in subsection 400(3) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

[83] Two factors are significant to the exercise of my discretion in this case.

[84] First, Chief Skead of the First Nation, in his affidavit, is careful not to deal with matters that occurred prior to 2004 (except for a passing reference to one earlier dispute over the fair market value of the rent payments). The First Nation does not put in issue the equities of the Cottagers' claim.

[85] Second, it was the Court, and not the First Nation, that raised the issue of jurisdiction.

[86] In my view, these factors make this an appropriate case for each party to bear their own costs.

[87] The application for judicial review is therefore dismissed, without costs.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. The application for judicial review is dismissed, without costs to any party.

APPENDIX

Sections 53 and 60 of the *Indian Act* read as follows:

53. (1) The Minister or a person appointed by the Minister for the purpose may, in accordance with this Act and the terms of the absolute surrender or designation, as the case may be,

Conclusion et dépens

[81] Cottagers et la Première nation réclament toutes deux des dépens. Le ministre, qui a demandé d'être ajouté comme partie à la demande, n'a pas réclamé de dépens, à juste titre.

[82] Bien qu'ils suivent habituellement le sort de la cause, les dépens relèvent toujours entièrement du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Les facteurs pertinents comprennent ceux énoncés au paragraphe 400(3) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

[83] Deux facteurs influent sur l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

[84] Premièrement, dans son affidavit, le chef Skead de la Première nation prend bien soin de ne pas traiter d'événements qui sont survenus avant 2004 (mis à part une brève mention d'un litige antérieur concernant la juste valeur marchande des versements de loyer). La Première nation ne remet pas en question le bien-fondé de la demande de Cottagers.

[85] Deuxièmement, c'est la Cour, et non la Première nation, qui a soulevé la question de la compétence.

[86] À mon avis, compte tenu de ces facteurs, il y a lieu à ce que chaque partie supporte ses propres dépens.

[87] La demande de contrôle judiciaire est donc rejetée, sans frais.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que :

1. La demande de contrôle judiciaire soit rejetée, sans frais.

ANNEXE

Les articles 53 et 60 de la *Loi sur les Indiens* énoncent :

53. (1) Le ministre ou son délégué peut, conformément à la présente loi et aux conditions de la cession à titre absolu ou de la désignation:

(a) manage or sell absolutely surrendered lands; or

(b) manage, lease or carry out any other transaction affecting designated lands.

(2) Where the original purchaser of surrendered lands is dead and the heir, assignee or devisee of the original purchaser applies for a grant of the lands, the Minister may, on receipt of proof in such manner as he directs and requires in support of any claim for the grant and on being satisfied that the claim has been equitably and justly established, allow the claim and authorize a grant to issue accordingly.

(3) No person who is appointed pursuant to subsection (1) or who is an officer or a servant of Her Majesty employed in the Department may, except with the approval of the Governor in Council, acquire directly or indirectly any interest in absolutely surrendered or designated lands.

...

60. (1) The Governor in Council may at the request of a band grant to the band the right to exercise such control and management over lands in the reserve occupied by that band as the Governor in Council considers desirable.

(2) The Governor in Council may at any time withdraw from a band a right conferred on the band under subsection (1).

Subsections 18(1) and 18(3) of the *Federal Courts Act* read as follows:

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

...

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

¹ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 3, Oxford: Clarendon Press, 1768, at p. 23.

a) administrer ou vendre les terres cédées à titre absolu;

b) effectuer toute opération à l'égard des terres désignées et notamment les administrer et les donner à bail.

(2) Lorsque l'acquéreur initial de terres cédées est mort et que l'héritier, cessionnaire ou légataire de l'acquéreur initial demande une concession des terres, le ministre peut, sur réception d'une preuve d'après la manière qu'il ordonne et exige à l'appui de toute demande visant cette concession et lorsqu'il est convaincu que la demande a été établie de façon juste et équitable, agréer la demande et autoriser la délivrance d'une concession en conséquence.

(3) La personne qui est nommée à titre de délégué conformément au paragraphe (1), ou qui est un fonctionnaire ou préposé de Sa Majesté à l'emploi du ministère, ne peut, sauf approbation du gouverneur en conseil, acquérir directement ou indirectement d'intérêts dans des terres cédées à titre absolu ou désignées.

[...]

60. (1) À la demande d'une bande, le gouverneur en conseil peut lui accorder le droit d'exercer, sur des terres situées dans une réserve qu'elle occupe, le contrôle et l'administration qu'il estime désirables.

(2) Le gouverneur en conseil peut retirer à une bande un droit qui lui a été conféré sous le régime du paragraphe (1).

Les paragraphes 18(1) et 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* énoncent :

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

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

[...]

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

¹ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, Oxford : Clarendon Press, 1768, à la p. 23.

T-884-07
2008 FC 437

T-884-07
2008 CF 437

G.D. Searle & Co. and Pfizer Canada Inc. (Applicants)

G.D. Searle & Co. et Pfizer Canada Inc. (demandereses)

v.

c.

Minister of Health (Respondent)

Ministre de la Santé (défendeur)

INDEXED AS: G.D. SEARLE & Co. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : G.D. SEARLE & Co. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.F.)

Federal Court, Gauthier J.—Ottawa, November 13, 2007; April 4, 2008.

Cour fédérale, juge Gauthier—Ottawa, 13 novembre 2007; 4 avril 2008.

Patents — Practice — Judicial review of removal of Canadian Patent No. 2319201 ('201 patent) from Patent Register following October 5, 2006 amendments to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations) — Pfizer Canada Inc. manufacturing, marketing “Celebrex®”, containing medicinal ingredient celecoxib — Notice of compliance (NOC) issued for celecoxib for certain uses — Pfizer also issued NOC after filing supplementary new drug submission (SNDS) 072375, which described new use of “Celebrex®” — '201 patent listed against SNDS 072375 on Patent Register since containing claim for celecoxib (formulation) — Subject to amended Regulations based on date submitted for listing — Whether NOC “medicinal ingredient” in NOC Regulations, s. 2 definition of “claims for the use of the medicinal ingredient” including claims for use of formulation or dosage form — New NOC Regulations expressly distinguishing between “claim for a formulation”, “claim for the medicinal ingredient” but not referring to, defining or contemplating claim for use of formulation or dosage form — Therefore, reference to “medicinal ingredient” instead of to formulation or dosage form must be given effect — Upon consideration of whole of patent, respondent correctly determining that claims 14, 15 not claims for use of celecoxib, not claims for use of medicinal ingredient falling within NOC Regulations, s. 2 definition — Therefore, '201 patent not eligible for listing against SNDS No. 072375 — Also, claims 14, 15 not claims for “changed use” described in SNDS No. 072375, as required by amended NOC Regulations, s. 4(3)(c) — Old, new schemes, regarding listing of patents in relation to SNDS briefly compared — Legislator’s purpose in amending NOC Regulations to clarify, create certainty on eligibility requirements of patents listed in relation to SNDS possibly not achieved — Clarification required as to whether relationship between particular NOC, patented invention still relevant to listing of patents under amended NOC Regulations — Application dismissed.

Brevets — Pratique — Contrôle judiciaire du retrait du brevet canadien n° 2319201 (le brevet '201) du registre des brevets par suite des modifications apportées au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement AC) le 5 octobre 2006 — Pfizer Canada Inc. fabrique et commercialise « Celebrex® », qui contient l’ingrédient médicinal célecoxib — Un avis de conformité (un AC) a été délivré visant certaines utilisations du célecoxib — Un AC a aussi été délivré à Pfizer après le dépôt du supplément à une présentation de drogue nouvelle (SPDN) 072375, qui décrivait une nouvelle utilisation du « Celebrex® » — Le brevet '201 a été inscrit relativement au SPDN 072375 au registre des brevets car il contenait une revendication pour le célecoxib (formulation) — Le brevet était assujéti au Règlement AC modifié en raison de la date de dépôt de la demande d’inscription — Il s’agissait de savoir si l’expression « ingrédient médicinal » dans la définition de « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal » à l’art. 2 du Règlement AC comprend des revendications d’utilisation d’une formulation ou d’une forme posologique — Le nouveau Règlement AC établit expressément une distinction entre la « revendication de la formulation » et la « revendication de l’ingrédient médicinal », mais il ne réfère pas, ne définit pas et ne prévoit pas de manière expresse une revendication pour l’utilisation d’une formulation ou d’une forme posologique — Par conséquent, le renvoi à « ingrédient médicinal » plutôt qu’à « formulation » ou à « forme posologique » doit être pris en compte — Après avoir examiné l’ensemble du brevet, la Cour était convaincue que le défendeur a bien établi que les revendications 14 et 15 n’étaient pas des revendications de l’utilisation du célecoxib ni des revendications de l’utilisation de l’ingrédient médicinal qui sont visées par la définition figurant à l’art. 2 du Règlement AC — Le brevet '201 n’était donc pas admissible à l’inscription à l’égard du SPDN 072375 — De même, les revendications 14 et 15 ne portaient pas sur une « modification d’utilisation » décrite dans le SPDN 072375, comme l’exige l’art. 4(3)(c) du Règlement AC modifié — Brève comparaison des ancien et nouveau

This was an application for judicial review of the respondent's decision to remove Canadian Patent No. 2319201 ('201 patent) from the Patent Register. Pfizer Canada Inc. manufactures and markets the drug "Celebrex®", which contains the medicinal ingredient celecoxib. In 1999, pursuant to an original supplementary new drug submission (SNDS), Health Canada issued a notice of compliance (NOC) to Pfizer for celecoxib for use in the relief of arthritis symptoms. Two more patents were listed against that NOC. In 2001, Pfizer filed SNDS 072375, which described a new use of "Celebrex®", namely the short-term management of moderate to severe acute pain in adults. The respondent approved this SNDS and an NOC was issued in 2004. In 2006, the '201 patent was issued to G.D. Searle & Co. in respect of a particular patent application. In compliance with subsection 4(4) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations) as they read prior to the October 5, 2006 amendments, the '201 patent was listed in respect of SNDS 072375 as it contained a claim for the medicine celecoxib (formulation). It was added to the Patent Register on July 27, 2006. The '201 patent was subject to the amended Regulations since it was submitted for listing after the cut-off date of June 17, 2006. After reauditing the patent lists, the respondent found that the '201 patent did not meet the new requirements of subsection 4(3) of the NOC Regulations and delisted it. The issue was whether the '201 patent met the requirements set out in subsection 4(3) of the NOC Regulations.

Held, the application should be dismissed.

The outcome of the application turned on whether the '201 patent contains a claim for the changed use of the medicinal ingredient in "Celebrex®". It was first necessary to determine whether the '201 patent contains a "claim for the use of the medicinal ingredient" as defined in the NOC Regulations and whether it is a claim that covers the "changed use" as described in the SNDS. While the 1995 FCA decision in *Hoffmann-La Roche v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* determined that the definition of "claim for the medicine itself" encompassed claims for a pharmaceutical composition (formulation), this conclusion is no longer relevant in so far as the new NOC Regulations expressly distinguish between a "claim for a formulation" and a "claim for the medicinal ingredient". There-

régimes en ce qui a trait à l'inscription des brevets à l'égard des SPDN — Même si l'objectif visé par le législateur en modifiant le Règlement AC était d'apporter des précisions et de créer de la certitude quant aux conditions d'admissibilité à l'adjonction au registre d'un brevet qui se rattache à un SPDN, cela n'a peut-être pas été atteint — Des éclaircissements s'imposent quant à la question de savoir si l'existence d'un lien entre un AC particulier et l'invention brevetée peut être pertinente à l'inscription de brevets en vertu du nouveau Règlement AC — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du défendeur de retirer le brevet canadien n° 2319201 (le brevet '201) du registre des brevets. Pfizer Canada Inc. fabrique et commercialise le médicament « Celebrex® », qui contient l'ingrédient médicinal célecoxib. En 1999, à la suite d'un supplément à une présentation de drogue nouvelle (SPDN), Santé Canada a délivré à Pfizer un avis de conformité (AC) pour le célecoxib visant l'utilisation pour le soulagement de symptômes de l'arthrite. Deux autres brevets ont été inscrits relativement à cet AC. En 2001, Pfizer a demandé le SPDN 072375, qui décrivait une nouvelle utilisation du « Celebrex® », à savoir l'utilisation chez l'adulte pour soulager à court terme la douleur aigüe, modérée ou grave. Le défendeur a approuvé ce SPDN et un AC a été délivré en 2004. En 2006, le brevet '201 a été délivré à G.D. Searle & Co. à l'égard d'une demande de brevet donnée. En vertu du paragraphe 4(4) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement AC), tel qu'il était libellé avant les modifications du 5 octobre 2006, le brevet '201 a été inscrit relativement au SPDN 072375 car il contenait une revendication pour le médicament célecoxib (formulation). Il a été ajouté au registre des brevets le 27 juillet 2006. Le brevet '201 était assujéti au Règlement AC modifié parce qu'il a été soumis après la date limite du 17 juin 2006. Après avoir vérifié de nouveau les listes de brevets, le défendeur a conclu que le brevet '201 ne satisfaisait pas aux nouvelles exigences du paragraphe 4(3) du Règlement AC et il l'a radié. Il s'agissait de savoir si le brevet '201 satisfaisait aux exigences énoncées au paragraphe 4(3) du Règlement AC.

Jugement : la demande doit être rejetée.

L'issue de la demande s'attachait à la question de savoir si le brevet '201 comprend une revendication de l'utilisation modifiée de l'ingrédient médicinal dans « Celebrex® ». Il fallait d'abord déterminer si le brevet '201 comprend une « revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal » au sens du Règlement AC et s'il s'agit d'une revendication qui vise la « modification d'utilisation » décrite dans le SPDN. Bien que la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue en 1995 dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* a établi que la définition de « revendication pour le médicament en soi » englobait les revendications relatives à une composition pharmaceutique (une formulation), cette conclusion n'est plus pertinente dans

fore, it had to be determined whether “medicinal ingredient” in the definition of a “claim for the use of the medicinal ingredient” includes claims for the use of a formulation or a dosage form. The Regulatory Impact Analysis Statement suggests that the legislator intended to privilege substance over form. Thus the definition of “claim for the use of the medicinal ingredient” is not intended to cover only certain types of use claims and the focus is whether what is claimed is the use of the medicinal ingredient. However, a claim for the use of a composition or formulation is not *ipso facto* a claim for the use of a medicinal ingredient. While a claim which reads literally as the use of a composition or formulation may still fall within the definition of a claim for the use of a medicinal ingredient, the question of whether what is in fact claimed is the use of the medicinal ingredient or simply the use of the formulation or dosage form must still be answered. In adopting express and distinct definitions for “claim for the dosage form”, “claim for the formulation”, “claim for the medicinal ingredient” and “claim for the use of the medicinal ingredient”, the legislator chose not to refer to, define or expressly contemplate a claim for the use of a formulation or a dosage form. The reference to “medicinal ingredient” instead of to formulation or dosage form must be given effect.

Based on the well-settled principles of claims construction, the construction of the claims at issue in the '201 patent rested solely on the reading of the said claims in the context of all the other claims and the disclosure but no other extraneous matter or documents could be referred to. The wording of the individual claims was considered in light of the expert evidence. Upon consideration of the whole of the patent, the Minister was correct in its construction of claims 14 and 15. These were not claims for the use of celecoxib and they were not claims for the use of the medicinal ingredient that fell within the definition at section 2 of the NOC Regulations. The '201 patent was not eligible for listing against SNDS No. 072375 without such a claim. Also, claims 14 and 15 were not claims for the “changed use” described in SNDS No. 072375, as required by paragraph 4(3)(c) of the NOC Regulations.

While the legislator’s main purpose in amending the NOC Regulations was to clarify and create certainty, this may not have been achieved. The SCC’s decisions in *AstraZeneca Canada*

la mesure où le nouveau Règlement AC établit expressément une distinction entre la « revendication de la formulation » et la « revendication de l’ingrédient médicinal ». Il fallait donc déterminer si l’expression « ingrédient médicinal » dans la définition de « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal » comprend des revendications d’utilisation d’une formulation ou d’une forme posologique. Le *Résumé de l’étude d’impact de la réglementation* donne à penser que le législateur avait l’intention de privilégier le fond plutôt que la forme. Par conséquent, la définition de « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal » n’est pas censée ne viser que certains types de revendications d’utilisation et l’accent est mis sur la question de savoir si ce qui est revendiqué est l’utilisation de l’ingrédient médicinal. Toutefois, une revendication pour l’utilisation d’une composition ou d’une formulation n’est pas *ipso facto* une revendication pour l’utilisation d’un ingrédient médicinal. Quoiqu’une revendication qui se lit littéralement comme une revendication pour l’utilisation d’une composition ou d’une formulation puisse quand même être visée par la définition d’une revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal, il faut néanmoins répondre à la question de savoir si, en fait, c’est l’utilisation de l’ingrédient médicinal qui est revendiquée ou tout simplement l’utilisation de la formulation ou de la forme posologique. Lorsqu’il a adopté une définition expresse et distincte pour les expressions « revendication de la forme posologique », « revendication de la formulation », « revendication de l’ingrédient médicinal » et « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal », le législateur a choisi de ne pas référer, définir ou prévoir de manière expresse une revendication pour l’utilisation d’une formulation ou d’une forme posologique. Le renvoi à « ingrédient médicinal » plutôt qu’à « formulation » ou à « forme posologique » doit être pris en compte.

À la lumière des principes maintenant bien établis régissant l’interprétation des revendications, l’interprétation des revendications en cause dans le brevet '201 reposait uniquement sur la lecture de ces revendications dans le contexte de l’ensemble des autres revendications et de la divulgation, à l’exclusion de questions ou de documents externes. Le libellé des revendications individuelles a été examiné à la lumière de la preuve d’expert. Après avoir examiné l’ensemble du brevet, le ministre a bien interprété les revendications 14 et 15. Il ne s’agissait pas de revendications de l’utilisation du célécoxib ni de revendications de l’utilisation de l’ingrédient médicinal qui sont visées par la définition qui figure à l’article 2 du Règlement AC. Le brevet '201 n’était pas admissible à l’inscription à l’égard du SPDN 072375 sans une telle revendication. De même, les revendications 14 et 15 ne portaient pas sur une « modification d’utilisation » décrite dans le SPDN 072375, comme l’exige l’alinéa 4(3)c) du Règlement AC.

Même si l’objectif principal visé par le législateur en modifiant le Règlement AC était d’apporter des précisions et de créer de la certitude, cela n’a peut-être pas été atteint. La

Inc. v. Canada (Minister of Health) and the FCA's decision in *Wyeth Canada v. ratiopharm Inc.* were not rendered when the amendments were made. *AstraZeneca*, as construed in *Wyeth*, stated that in determining whether a given patent could be listed against a particular NOC, the patent had to be relevant to the particular NOC by establishing a relationship or link between the patented invention described therein and the NOC. As it was the case before *AstraZeneca*'s requirement for linkage was established, paragraph 4(3)(c) deals only with the content of the SNDS itself and with the subject-matter of claims that a patent must contain in order to be listed there against. However, the relevant claims previously set out in paragraph 4(2)(b) are now redefined and somewhat enlarged. Keeping in mind the overall purpose of the NOC Regulations as defined in section 55.2 of the *Patent Act*, the requirement set out in *AstraZeneca* for a relationship between a particular NOC and the patented invention can still inform and be relevant to the listing of patents under the new NOC Regulations if viewed as an overarching principle that complements the particular criteria now embodied in subsection 4(3) of the NOC Regulations. Nonetheless, the Federal Court of Appeal's clarification on this point would be welcome.

décision de la C.S.C. dans l'arrêt *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* et la décision de la C.A.F. dans l'arrêt *Wyeth Canada c. ratiopharm Inc.* n'avaient pas été rendues lorsque les modifications ont été apportées. L'arrêt *AstraZeneca*, tel qu'il a été interprété dans l'arrêt *Wyeth*, précisait que pour établir si un brevet donné pouvait être inscrit à l'égard d'un AC particulier, le brevet devait être considéré comme étant pertinent à l'AC en cause en établissant une relation ou un lien entre l'invention brevetée décrite dans le brevet et l'AC. Comme c'était le cas avant que l'arrêt *AstraZeneca* exige un lien, l'alinéa 4(3)c) ne porte que sur le contenu du SPDN en soi et sur l'objet des revendications qu'un brevet doit comprendre pour être inscrit à l'égard de celui-ci. Cependant, les revendications pertinentes mentionnées antérieurement à l'alinéa 4(2)b) sont maintenant redéfinies et quelque peu élargies. Gardant à l'esprit l'objet global visé par le Règlement AC au sens de l'article 55.2 de la *Loi sur les brevets*, l'exigence énoncée dans *AstraZeneca* quant à l'existence d'un lien entre un AC particulier et l'invention brevetée demeure instructive et peut tout de même être pertinente à l'inscription de brevets en vertu du nouveau Règlement AC si elle est considérée comme étant un principe général qui complète les critères particuliers qui sont maintenant prévus au paragraphe 4(3) du Règlement AC. Néanmoins, des éclaircissements à ce sujet émanant de la Cour d'appel fédérale seraient bienvenus.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 42 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2 "claim for the dosage form" (as enacted by SOR/2006-242, s. 1; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)), "claim for the formulation" (as enacted by SOR/2006-242, s. 1), "claim for the medicinal ingredient" (as enacted *idem*; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)), "claim for the medicine itself" (rep. by SOR/2006-242, s. 1), "claim for the use of the medicinal ingredient" (as enacted by SOR/2006-242, s. 1), "claim for the use of the medicine" (rep. by SOR/2006-242, s. 1), "medicine", 3(2) (as am. by SOR/2006-242, s. 2), 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3; 2006-242, s. 2; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)), 5(1) (as am. by SOR/99-379, s. 2; 2006-242, s. 2; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)), 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 2006-242, s. 3; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1875(E)).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 42 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16), 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2).
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2 « médicament », « revendication de la forme posologique » (édicte par DORS/2006-242, art. 1; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)), « revendication de la formulation » (édicte par DORS/2006-242, art. 1), « revendication de l'ingrédient médicinal » (édicte, *idem*; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)), « revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal » (édicte par DORS/2006-242, art. 1), « revendication pour le médicament en soi » (abrogé par DORS/2006-242, art. 1), « revendication pour l'utilisation du médicament » (abrogé par DORS/2006-242, art. 1), 3(2) (mod. par DORS/2006-242, art. 2), 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3; 2006-242, art. 2; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)), 5(1) (mod. par DORS/99-379, art. 2; 2006-242, art. 2; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)), 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 2006-242, art. 3; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1875(A)).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ferring Inc. v. Canada (Minister of Health) (2007), 60 C.P.R. (4th) 273; 370 N.R. 263; 2007 FCA 276; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; 2000 SCC 66; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 SCC 67; *Biovail Corp. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2006), 46 C.P.R. (4th) 321; 2006 FCA 105; *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Attorney General)* (2007), 59 C.P.R. (4th) 60; 2007 FC 729; *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2005), 40 C.P.R. (4th) 35; 274 F.T.R. 191; 2005 FC 765.

CONSIDERED:

Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 69 Admin. L.R. (4th) 1; 64 C.C.E.L. (3d) 1; 69 Imm. L.R. (3d) 1; 170 L.A.C. (4th) 1; 372 N.R. 1; 2008 SCC 9; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2007] 3 F.C.R. 102; (2006), 56 C.P.R. (4th) 369; 354 N.R. 281; 2006 FCA 335; *Wyeth Canada v. ratiopharm Inc.*, [2008] 1 F.C.R. 447; (2007), 60 C.P.R. (4th) 375; 370 N.R. 89; 2007 FCA 264; revg (2007), 58 C.P.R. (4th) 154; 310 F.T.R. 265; 2007 FC 340; *Abbott Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2007), 61 C.P.R. (4th) 259; 315 F.T.R. 263; 2007 FC 797; revd (2008), 298 D.L.R. (4th) 291; 68 C.P.R. (4th) 445; 380 N.R. 287; 2008 FCA 244; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 67 C.P.R. (3d) 25; 193 N.R. 394 (F.C.A.); *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Attorney General)* (2005), 43 C.P.R. (4th) 323; 2005 FC 1444; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2007), 61 C.P.R. (4th) 305; 319 F.T.R. 48; 2007 FC 971; *Proctor & Gamble Pharmaceuticals Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2007), 359 N.R. 386; 2007 FCA 31; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 2 S.C.R. 560; (2006), 272 D.L.R. (4th) 577; 52 C.P.R. (4th) 145; 354 N.R. 88; 2006 SCC 49; *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140; (2003), 23 C.P.R. (4th) 289; 300 N.R. 76; 2003 FCA 24.

REFERRED TO:

Proctor & Gamble Pharmaceuticals Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (2006), 50 C.P.R. (4th) 402; 289 F.T.R. 288; 2006 FC 411; *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Attorney General)* (2005), 40 C.P.R. (4th) 193; 334 N.R. 324; 2005 FCA 197; *Novartis Pharmaceuticals*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ferring Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), 2007 CAF 276; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024; 2000 CSC 66; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; 2000 CSC 67; *Biovail Corp. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 2006 CAF 105; *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 729; *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 765.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2007] 3 R.C.F. 102; 2006 CAF 335; *Wyeth Canada c. ratiopharm Inc.*, [2008] 1 R.C.F. 447; 2007 CAF 264; infirmant 2007 CF 340; *Laboratoires Abbott Ltée c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 797; inf. par 2008 CAF 244; *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n^o 1775 (C.A.) (QL); *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1444; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 971; *Cie pharmaceutique Proctor & Gamble Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 31; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 2 R.C.S. 560; 2006 CSC 49; *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140; 2003 CAF 24.

DÉCISIONS CITÉES :

Cie pharmaceutique Proctor & Gamble Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), 2006 CF 411; *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 197; *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 299.

Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (2003), 28 C.P.R. (4th) 1; 243 F.T.R. 160; 308 N.R. 169; 2003 FCA 299.

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2006-242, C. Gaz. 2006.II.1510.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPLICATION for judicial review of the decision to remove Canadian Patent No. 2319201 ('201 patent) from the Patent Register following the October 5, 2006 amendments made to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Application dismissed.

APPEARANCES:

Michael A. Penny and *W. Grant Worden* for applicants.
David G. Cowie for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Torys LLP, Toronto, for applicants.
Department of Justice, Ottawa, for respondent.

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

[1] GAUTHIER J.: This judicial review of the decision of the Minister of Health to remove Canadian Patent No. 2319201 ('201 patent) from the Patent Register raises a new question with respect to the construction of subsection 4(3) [as am. by SOR/2006-242, s. 2] of the October 5, 2006 amendments to the *Patented Medicines (Notice of Compliance Regulations)*, SOR/93-133 as amended (NOC Regulations). The amendments were adopted to clarify the eligibility requirements of patents listed in relation to supplementary new drug submissions (SNDS).

[2] For the reasons that follow, the Court finds that the Minister's decision is well founded and should not be interfered with.

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2006-242, *Gaz. C.* 2006.II.1510.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. Toronto : Butterworths, 2002.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de retirer le brevet canadien n° 2319201 (le brevet '201) du registre des brevets par suite des modifications apportées le 5 octobre 2006 au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Michael A. Penny et *W. Grant Worden* pour les demandereses.
David G. Cowie pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Torys LLP, Toronto, pour les demandereses.
Ministère de la Justice, Ottawa, pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE GAUTHIER : Le présent contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Santé de retirer le brevet canadien n° 2319201 (le brevet '201) du registre des brevets soulève une nouvelle question concernant l'interprétation du paragraphe 4(3) [mod. par DORS/2006-242, art. 2] des modifications apportées le 5 octobre 2006 au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, tel qu'il est modifié (le Règlement AC). Ces modifications ont été adoptées afin de clarifier les conditions d'admissibilité à l'adjonction au registre d'un brevet qui se rattache à un supplément à une présentation de drogue nouvelle (SPDN).

[2] Pour les motifs qui suivent, la Cour conclut que la décision du ministre est bien fondée et qu'il ne convient pas de la modifier.

BACKGROUND

[3] Pfizer Canada Inc. (Pfizer) manufactures and markets the drug “Celebrex ®” in Canada in capsule dosage (100 mg, 200 mg and 400 mg). “Celebrex ®” is a non-steroidal anti-inflammatory drug (NSAID)¹ that functions by acting as a cyclooxygenase-2 (COX-2) inhibitor. It contains the medicinal ingredient celecoxib.

[4] On April 14, 1999, pursuant to an original new drug submission (NDS) for celecoxib, Health Canada issued Pfizer an NOC for use in “the relief of signs and symptoms of osteoarthritis and rheumatoid arthritis in adults.” Canadian Patents Nos. 2177576 ('576 patent) and 2267186 ('186 patent) owned by G.D. Searle & Co. were listed by Pfizer against that NOC. The '576 patent claims a class of compounds which includes celecoxib as well as the use of such compounds in the treatment *inter alia* of arthritis and inflammation-associated disorders including pain and fever, whereas the '186 patent claims a new therapeutic use for COX-2 inhibitors, that is, the treatment and prevention of neoplasia.

[5] Since then, Pfizer has filed and received approval for several SNDSs including SNDS 072375, which was filed on July 4, 2001. That SNDS describes a new indication or new use of “Celebrex ®”, namely the “short-term (≤7 days) management of moderate to severe acute pain in adults in conditions such as: musculoskeletal and/or soft-tissue trauma including sprains, post-operative orthopaedic, and pain following dental extraction.” This SNDS was approved by Health Canada and resulted in the issuance of an NOC on September 7, 2004.

[6] About two years later, on July 11, 2006, the '201 patent was issued to G.D. Searle & Co. in respect of a patent application that had been filed on November 30, 1999. Under subsection 4(4) [as am. by SOR/98-166, s. 3] of the NOC Regulations as they read prior to the October 5, 2006 amendments, patent owners were granted 30 days from the date of patent issue to submit a patent for listing on the Patent Register in relation to eligible

L'HISTORIQUE

[3] Pfizer Canada Inc. (Pfizer) fabrique et commercialise sous forme de capsules de 100 mg, de 200 mg et de 400 mg le médicament « Celebrex ® » au Canada. Le « Celebrex ® » est un anti-inflammatoire non stéroïdien (AINS)¹ qui agit comme inhibiteur de la cyclo-oxygénase-2 (COX-2). Il contient l'ingrédient médicinal célécoxib.

[4] Le 14 avril 1999, à la suite d'une présentation de drogue nouvelle (PDN) concernant le célécoxib, Santé Canada a délivré à Pfizer un avis de conformité (AC) visant l'utilisation pour [TRADUCTION] « le soulagement des signes et des symptômes de l'arthrose et de la polyarthrite rhumatoïde chez l'adulte ». Les brevets canadiens n° 2177576 (le brevet '576) et 2267186 (le brevet '186) appartenant à G.D. Searle & Co. ont été inscrits par Pfizer relativement à cet avis de conformité. Le brevet '576 porte sur une classe de composés qui inclut le célécoxib et porte également sur l'utilisation de ces composés dans, notamment, le traitement de l'arthrite et des troubles d'ordre inflammatoire, y compris la douleur et la fièvre, alors que le brevet '186 porte sur un nouvel usage thérapeutique des inhibiteurs de la COX-2, c'est-à-dire le traitement et la prévention du processus néoplasique.

[5] Depuis lors, Pfizer a demandé et a reçu des approbations quant à de nombreux SPDN, notamment le SPDN 072375 qui a été déposé le 4 juillet 2001. Ce SPDN décrit une nouvelle indication ou une nouvelle utilisation du « Celebrex ® », à savoir l'utilisation [TRADUCTION] « chez l'adulte pour soulager à court terme (≤7 jours) la douleur aiguë, modérée ou grave, en raison d'états pathologiques tels que : les traumatismes des tissus mous et/ou musculosquelettiques, y compris entorses, postchirurgie orthopédique et douleurs suite à l'extraction dentaire ». Ce SPDN a été approuvé par Santé Canada et un avis de conformité a été délivré le 7 septembre 2004.

[6] Environ deux ans plus tard, le 11 juillet 2006, le brevet '201 a été délivré à G.D. Searle & Co. à l'égard d'une demande de brevet qui avait été déposée le 30 novembre 1999. En vertu du paragraphe 4(4) [mod. par DORS/98-166, art. 3] du Règlement AC, tel qu'il était libellé avant les modifications du 5 octobre 2006, les titulaires de brevets disposaient de 30 jours à compter de la date de la délivrance du brevet pour soumettre une

drug submissions, provided the application for said patent had been filed before the date of filing of the drug submission. Thus, the '201 patent could not be listed against the 1999 NOC for “Celebrex ®” but could be listed in respect of SNDS 072375, as it contained a claim for the medicine celecoxib (formulation²). It was added by the Minister to the Patent Register on July 27, 2006. The submission to list the patent was made by Pfizer with G.D. Searle’s consent.

[7] As mentioned, on October 5, 2006, the NOC Regulations were amended. Section 6 [as am. by SOR/98-166, s. 5; 2006-242, s. 3; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1875(E)] of the transitional provisions specifies that all patent lists filed after June 17, 2006, would be subject to the newly introduced patent listing requirements. As the '201 patent was submitted for listing on July 19, 2006, it was subject to the amended NOC Regulations.

[8] The Minister reaudited the patents filed after June 17, 2006, and concluded that the '201 patent did not meet the requirements of subsection 4(3) of the NOC Regulations.

[9] The Minister informed Pfizer that it proposed to delist the '201 patent. Pfizer made oral and written submissions opposing the proposed delisting on the basis, among other things, that the patent should be listed if the new indication falls within the scope of one or more claims in the patent. Pfizer submitted reports from five experts to show that, as a matter of fact, the new indication was covered by claims 14 and 15 of the '201 patent.

[10] Ultimately, the Minister found that the '201 patent did not meet the requirements of the NOC Regulations and it was delisted on May 1, 2007.

[11] Claims 14 and 15 of the '201 patent read as follows:

14. Use of a composition as defined in any one of claims 1 to 10 for the preparation of a medicament for the treatment

demande d’inscription d’un brevet au registre des brevets relativement à des présentations de drogues admissibles, pourvu que la demande relative au dit brevet ait été déposée avant la date du dépôt de la présentation de drogue. Par conséquent, le brevet '201 ne pouvait pas être inscrit relativement à l’avis de conformité délivré en 1999 pour « Celebrex ® », mais il pouvait être inscrit relativement au SPDN 072375, car il contenait une revendication pour le médicament célécoxib (formulation²). Il a été ajouté par le ministre au registre des brevets le 27 juillet 2006. La demande d’inscription du brevet a été faite par Pfizer avec le consentement de G.D. Searle.

[7] Comme il a déjà été mentionné, le Règlement AC a été modifié le 5 octobre 2006. L’article 6 [mod. par DORS/98-166, art. 5; 2006-242, art. 3; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1875(A)] des dispositions transitoires précise que toutes les listes de brevets déposées après le 17 juin 2006 seront soumises aux nouvelles exigences en matière d’inscription de brevets. Comme le brevet '201 a été soumis pour inscription le 19 juillet 2006, il était soumis au Règlement AC modifié.

[8] Le ministre a vérifié de nouveau les brevets déposés après le 17 juin 2006 et a conclu que le brevet '201 ne satisfaisait pas aux exigences du paragraphe 4(3) du Règlement AC.

[9] Le ministre a avisé Pfizer qu’il proposait de radier le brevet '201. Pfizer a fait des représentations orales et écrites à l’encontre de la radiation proposée en tenant compte, notamment, que, le brevet devrait être inscrit si la nouvelle indication est englobée par une ou plusieurs revendications du brevet. Pfizer a soumis des rapports émanant de cinq experts afin de démontrer que, en fait, la nouvelle indication était englobée par les revendications 14 et 15 du brevet '201.

[10] En fin de compte, le ministre a conclu que le brevet '201 ne satisfaisait pas aux exigences du Règlement AC et il a été radié le 1^{er} mai 2007.

[11] Les revendications 14 et 15 du brevet '201 sont ainsi libellées :

[TRADUCTION]

14. L’utilisation d’une composition telle que définie dans l’une ou l’autre des revendications 1 à 10 pour la prépara-

and/or prophylaxis of a medical condition or disorder in a subject where treatment with a cyclooxygenase-2 inhibitor is indicated.

15. The use according to claim 14, wherein the condition or disorder is rheumatoid arthritis, osteoarthritis or pain.

[12] It is agreed by the parties that the approved version of “Celebrex ®” currently on the market embodies a drug composition covered by the '201 patent. Thus, product specificity is not an issue here.

LEGISLATIVE PROVISIONS

[13] For ease of reference, the legislative and regulatory provisions relevant to this matter are reproduced here:

Subsections 55.2 (1) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4 and (4) (as enacted *idem*; 2001, c. 10, s. 2)] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4:

55.2 (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1), including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(a) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice, certificate, permit or other document concerning any product to which a patent may relate may be issued to a patentee or other person under any Act of Parliament that regulates the manufacture, construction, use or sale of that product, in addition to any conditions provided for by or under that Act;

(b) respecting the earliest date on which a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) that is issued or to be issued to a person other than the patentee may take effect and respecting the manner in which that date is to be determined;

tion d'un médicament pour le traitement et/ou la prophylaxie, d'un état pathologique ou d'un trouble chez un sujet lorsqu'un traitement avec un inhibiteur de la cyclooxygénase-2 est indiqué.

15. L'utilisation selon la revendication 14, lorsque l'état pathologique ou le trouble est la polyarthrite rhumatoïde, l'arthrose ou la douleur.

[12] Les parties conviennent que dans la version approuvée du « Celebrex ® » qui est actuellement sur le marché, il y est incorporé une composition de drogue visée par le brevet '201. Par conséquent, la spécificité du produit n'est pas une question en litige en l'espèce.

LES DISPOSITIONS LÉGALES

[13] Les dispositions légales et réglementaires pertinentes en l'espèce sont reproduites ci-dessous :

Les paragraphes 55.2(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4 et (4) (édicte, *idem*; 2001, ch. 10, art. 2)] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 :

55.2 (1) Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit.

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon d'un brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance, en vertu de lois fédérales régissant l'exploitation, la fabrication, la construction ou la vente de produits sur lesquels porte un brevet, d'avis, de certificats, de permis ou de tout autre titre à quiconque n'est pas le breveté;

b) concernant la première date, et la manière de la fixer, à laquelle un titre visé à l'alinéa a) peut être délivré à quelqu'un qui n'est pas le breveté et à laquelle elle peut prendre effet;

(c) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) as to the date on which that notice, certificate, permit or other document may be issued or take effect;

(d) conferring rights of action in any court of competent jurisdiction with respect to any disputes referred to in paragraph (c) and respecting the remedies that may be sought in the court, the procedure of the court in the matter and the decisions and orders it may make; and

(e) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent. [Emphasis added.]

Section 2 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*: [the following definitions were enacted by SOR/2006-242, s. 1; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)]

2. In these Regulations,

“claim for the dosage form” means a claim for a delivery system for administering a medicinal ingredient in a drug or a formulation of a drug that includes within its scope that medicinal ingredient or formulation;

“claim for the formulation” means a claim for a substance that is a mixture of medicinal and non-medicinal ingredients in a drug and that is administered to a patient in a particular dosage form;

“claim for the medicinal ingredient” includes a claim in the patent for the medicinal ingredient, whether chemical or biological in nature, when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed in the patent, or by their obvious chemical equivalents, and also includes a claim for different polymorphs of the medicinal ingredient, but does not include different chemical forms of the medicinal ingredient;

“claim for the use of the medicinal ingredient” means a claim for the use of the medicinal ingredient for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or its symptoms;

c) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l’ancien titulaire du brevet, et le demandeur d’un titre visé à l’alinéa a), quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet;

d) conférant des droits d’action devant tout tribunal compétent concernant les litiges visés à l’alinéa c), les conclusions qui peuvent être recherchées, la procédure devant ce tribunal et les décisions qui peuvent être rendues;

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d’un titre visé à l’alinéa a) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

L’article 2 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* : [les définitions qui suivent ont été édictées par DORS/2006-242, art. 1; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)]

2. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement.

[...]

« revendication de la forme posologique » Revendication à l’égard d’un mécanisme de libération permettant d’administrer l’ingrédient médicinal d’une drogue ou la formulation de celle-ci, dont la portée comprend cet ingrédient médicinal ou cette formulation.

« revendication de la formulation » Revendication à l’égard d’une substance qui est un mélange des ingrédients médicaux et non médicaux d’une drogue et qui est administrée à un patient sous une forme posologique donnée.

« revendication de l’ingrédient médicinal » S’entend, d’une part, d’une revendication, dans le brevet, de l’ingrédient médicinal — chimique ou biologique — préparé ou produit selon les modes ou procédés de fabrication décrits en détail et revendiqués dans le brevet ou selon leurs équivalents chimiques manifestes, et, d’autre part, d’une revendication pour différents polymorphes de celui-ci, à l’exclusion de ses différentes formes chimiques.

« revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal » Revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal aux fins du diagnostic, du traitement, de l’atténuation ou de la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal, ou de leurs symptômes.

Subsection 3(2) [as am. by SOR/2006-242, s. 2] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*:

3. (1) ...

(2) The Minister shall maintain a register of patents and other information submitted under section 4. To maintain the register, the Minister may refuse to add or may delete any patent or other information that does not meet the requirements of that section.

Section 4 [as am. by SOR/2006-242, s. 2; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*:

4. (1) A first person who files or who has filed a new drug submission or a supplement to a new drug submission may submit to the Minister a patent list in relation to the submission or supplement for addition to the register.

(2) A patent on a patent list in relation to a new drug submission is eligible to be added to the register if the patent contains

(a) a claim for the medicinal ingredient and the medicinal ingredient has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the submission;

(b) a claim for the formulation that contains the medicinal ingredient and the formulation has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the submission;

(c) a claim for the dosage form and the dosage form has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the submission; or

(d) a claim for the use of the medicinal ingredient, and the use has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the submission.

(3) A patent on a patent list in relation to a supplement to a new drug submission is eligible to be added to the register if the supplement is for a change in formulation, a change in dosage form or a change in use of the medicinal ingredient, and

(a) in the case of a change in formulation, the patent contains a claim for the changed formulation that has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the supplement;

Le paragraphe 3(2) [mod. par DORS/2006-242, art. 2] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* :

3. (1) [...]

(2) Le ministre tient un registre des brevets et des autres renseignements fournis aux termes de l'article 4. À cette fin, il peut refuser d'y ajouter, ou en supprimer, tout brevet ou tout autre renseignement qui n'est pas conforme aux exigences de cet article.

L'article 4 [mod. par DORS/2006-242, art. 2; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* :

4. (1) La première personne qui dépose ou a déposé la présentation de drogue nouvelle ou le supplément à une présentation de drogue nouvelle peut présenter au ministre, pour adjonction au registre, une liste de brevets qui se rattache à la présentation ou au supplément.

(2) Est admissible à l'adjonction au registre tout brevet, inscrit sur une liste de brevets, qui se rattache à la présentation de drogue nouvelle, s'il contient, selon le cas :

a) une revendication de l'ingrédient médicinal, l'ingrédient ayant été approuvé par la délivrance d'un avis de conformité à l'égard de la présentation;

b) une revendication de la formulation contenant l'ingrédient médicinal, la formulation ayant été approuvée par la délivrance d'un avis de conformité à l'égard de la présentation;

c) une revendication de la forme posologique, la forme posologique ayant été approuvée par la délivrance d'un avis de conformité à l'égard de la présentation;

d) une revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal, l'utilisation ayant été approuvée par la délivrance d'un avis de conformité à l'égard de la présentation.

(3) Est admissible à l'adjonction au registre tout brevet, inscrit sur une liste de brevets, qui se rattache au supplément à une présentation de drogue nouvelle visant une modification de la formulation, une modification de la forme posologique ou une modification de l'utilisation de l'ingrédient médicinal, s'il contient, selon le cas :

a) dans le cas d'une modification de formulation, une revendication de la formulation modifiée, la formulation ayant été approuvée par la délivrance d'un avis de conformité à l'égard du supplément;

(b) in the case of a change in dosage form, the patent contains a claim for the changed dosage form that has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the supplement; or

(c) in the case of a change in use of the medicinal ingredient, the patent contains a claim for the changed use of the medicinal ingredient that has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the supplement.

(4) A patent list shall contain the following:

(a) an identification of the new drug submission or the supplement to a new drug submission to which the list relates;

(b) the medicinal ingredient, brand name, dosage form, strength, route of administration and use set out in the new drug submission or the supplement to a new drug submission to which the list relates;

(c) for each patent on the list, the patent number, the filing date of the patent application in Canada, the date of grant of the patent and the date on which the term limited for the duration of the patent will expire under section 44 or 45 of the *Patent Act*;

(d) for each patent on the list, a statement that the first person who filed the new drug submission or the supplement to a new drug submission to which the list relates is the owner of the patent or has an exclusive licence to the patent, or has obtained the consent of the owner of the patent to its inclusion on the list;

(e) the address in Canada for service, on the first person, of a notice of allegation referred to in paragraph 5(3)(a) or the name and address in Canada of another person on whom service may be made with the same effect as if service were made on the first person; and

(f) a certification by the first person that the information submitted under this subsection is accurate and that each patent on the list meets the eligibility requirements of subsection (2) or (3).

(5) Subject to subsection (6), a first person who submits a patent list must do so at the time the person files the new drug submission or the supplement to a new drug submission to which the patent list relates.

(6) A first person may, after the date of filing of a new drug submission or a supplement to a new drug submission, and within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date in Canada that

b) dans le cas d'une modification de la forme posologique, une revendication de la forme posologique modifiée, la forme posologique ayant été approuvée par la délivrance d'un avis de conformité à l'égard du supplément;

c) dans le cas d'une modification d'utilisation de l'ingrédient médicamenteux, une revendication de l'utilisation modifiée de l'ingrédient médicamenteux, l'utilisation ayant été approuvée par la délivrance d'un avis de conformité à l'égard du supplément.

(4) La liste de brevets comprend :

a) l'identification de la présentation de drogue nouvelle ou du supplément à la présentation de drogue nouvelle qui s'y rattachent;

b) l'ingrédient médicamenteux, la marque nominative, la forme posologique, la concentration, la voie d'administration et l'utilisation prévus à la présentation ou au supplément qui s'y rattachent;

c) à l'égard de chaque brevet qui y est inscrit, le numéro de brevet, la date de dépôt de la demande de brevet au Canada, la date de délivrance de celui-ci et la date d'expiration du brevet aux termes des articles 44 ou 45 de la *Loi sur les brevets*;

d) à l'égard de chaque brevet qui y est inscrit, une déclaration portant que la première personne qui a déposé la présentation de drogue nouvelle ou le supplément à une présentation de drogue nouvelle qui s'y rattachent en est le propriétaire, en détient la licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste;

e) l'adresse au Canada de la première personne aux fins de signification de l'avis d'allégation visé à l'alinéa 5(3)a) ou les nom et adresse au Canada d'une autre personne qui peut en recevoir signification comme s'il s'agissait de la première personne elle-même;

f) une attestation de la première personne portant que les renseignements fournis aux termes du présent paragraphe sont exacts et que chaque brevet qui y est inscrit est conforme aux conditions d'admissibilité prévues aux paragraphes (2) ou (3).

(5) Sous réserve du paragraphe (6), la première personne qui présente une liste de brevets doit le faire au moment du dépôt de la présentation de drogue nouvelle ou du supplément à une présentation de drogue nouvelle qui s'y rattachent.

(6) La première personne peut, après la date de dépôt de la présentation de drogue nouvelle ou du supplément à une présentation de drogue nouvelle et dans les trente jours suivant la délivrance d'un brevet faite au titre d'une demande de brevet

precedes the date of filing of the submission or supplement, submit a patent list, including the information referred to in subsection (4), in relation to the submission or supplement.

(7) A first person who has submitted a patent list must keep the information on the list up to date but, in so doing, may not add a patent to the list.

(8) The Minister shall insert on the patent list the date of filing and submission number of the new drug submission or the supplement to a new drug submission in relation to which the list was submitted. [Emphasis added.]

Section 2 of the pre-October 2006 *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (repealed, SOR/2006-242, s. 1):

2. In these Regulations,

“claim for the medicine itself” includes a claim in the patent for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents;

“claim for the use of the medicine” means a claim for the use of the medicine for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof;

ANALYSIS

(A) Standard of review

[14] In their written representations, the applicants had raised an issue of procedural fairness as well as preliminary issues in respect of the filing of new evidence not before the decision maker. Affidavit evidence explaining the Minister’s decision was also submitted. At the hearing, the parties agreed that the Court will not have to deal with such issues and that this application should be decided on the merits of the main question, which is whether the '201 patent meets the requirements set out in subsection 4(3) of the NOC Regulations.

dont la date de dépôt au Canada est antérieure à celle de la présentation ou du supplément, présenter une liste de brevets, à l’égard de cette présentation ou de ce supplément, qui contient les renseignements visés au paragraphe (4).

(7) La première personne qui a présenté une liste de brevets doit tenir à jour les renseignements y figurant, mais ne peut toutefois y ajouter de brevets.

(8) Le ministre inscrit sur la liste de brevets la date de dépôt et le numéro de la présentation de drogue nouvelle ou du supplément à une présentation de drogue nouvelle qui se rattache à la liste présentée. [Non souligné dans l’original.]

L’article 2 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* en vigueur avant octobre 2006 (abrogé, DORS/2006-242, art. 1) :

2. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement.

[...]

« revendication pour le médicament en soi » S’entend notamment d’une revendication, dans le brevet, pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes du procédé de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes.

« revendication pour l’utilisation du médicament » Revendication pour l’utilisation du médicament aux fins du diagnostic, du traitement, de l’atténuation ou de la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal, ou de leurs symptômes.

L’ANALYSE

A) La norme de contrôle

[14] Dans leurs observations écrites, les demandresses ont soulevé une question d’équité procédurale ainsi que des questions préliminaires en ce qui concerne le dépôt de nouveaux éléments de preuve dont le décideur n’était pas saisi. De la preuve par affidavit expliquant la décision du ministre a également été soumise. Lors de l’audience, les parties ont convenu que la Cour n’aura pas à traiter de telles questions et que, pour statuer sur la présente demande, elle doit se borner à se prononcer au fond sur la question principale, c’est-à-dire à savoir si le brevet '201

[15] The Minister submitted that the application of the NOC Regulations to a particular patent is a question of mixed fact and law which normally requires assessing the subject-matter of the drug submission and comparing it with the patent that has been submitted for listing. Such an issue is normally subject to the standard of patent unreasonableness.³

[16] However, at the hearing the Minister also agreed that as set out in the recent Federal Court of Appeal decision in *Ferring Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2007), 60 C.P.R. (4th) 273, at paragraph 8:

...where there is a mixed question of law and fact then the standard of review is patent unreasonableness unless the question of law is extricable from the question of fact in which case the question of law is determined on the basis of correctness. [Emphasis added.]

[17] Because the Minister conceded that the relevant SNDS was for a change in the use of the medicinal ingredient that was approved through the issuance of an NOC⁴, the parties agree that the '201 patent's eligibility for listing depends entirely on the construction of claims 14 and 15 as well as the construction of subsection 4(3) of the NOC Regulations. Both issues are pure questions of law.

[18] The Court is satisfied that in this particular case, the two questions of law are extricable from the question of fact (which was conceded) and that therefore, the decision of the Minister in respect of those two questions will be reviewed on the basis of correctness.

(B) Did the Minister err by concluding that the '201 patent was not eligible?

[19] At the hearing and later, in written submissions provided to answer specific queries from the Court, the parties clarified and refined their respective positions.

satisfait aux exigences énoncées au paragraphe 4(3) du Règlement AC.

[15] Le ministre a prétendu que l'application du Règlement AC à un brevet en particulier est une question mixte de fait et de droit qui exige normalement que l'on apprécie l'objet de la présentation de drogue et qu'on le compare avec le brevet qui a été soumis pour inscription. Normalement, c'est la norme de la décision manifestement déraisonnable qui s'applique à ce genre de question³.

[16] Toutefois, lors de l'audience, le ministre a également convenu que, comme il a été énoncé dans la récente décision de la Cour d'appel fédérale dans *Ferring Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 276, au paragraphe 8 :

[...] s'il s'agit d'une question mixte de droit et de fait, alors la norme de contrôle est celle de la décision manifestement déraisonnable, à moins que la question de droit puisse être séparée de la question de fait, auquel cas la question de droit est revue selon la norme de la décision correcte. [Non souligné dans l'original.]

[17] Comme le ministre a reconnu que le SPDN pertinent portait sur une modification d'utilisation de l'ingrédient médicinal qui a été approuvée par la délivrance d'un AC⁴, les parties conviennent que l'admissibilité à l'inscription du brevet '201 dépend entièrement de l'interprétation des revendications 14 et 15 ainsi que de l'interprétation du paragraphe 4(3) du Règlement AC. Ces deux questions sont de pures questions de droit.

[18] La Cour est convaincue qu'en l'espèce, les deux questions de droit peuvent être isolées de la question de fait (ce qui a été admis) et que par conséquent, la décision du ministre quant à ces deux questions sera examinée au regard de la norme de la décision correcte.

B) Le ministre a-t-il commis une erreur en concluant que le brevet '201 n'était pas admissible?

[19] Lors de l'audience et, par la suite, dans des observations écrites soumises afin de répondre à des questions précises de la Cour, les parties ont clarifié et raffiné leurs positions respectives.

[20] The main differences between their respective interpretations of the NOC Regulations and how they apply to the '201 patent are as follows.

[21] On the one hand, the applicants say that the October 5, 2006 amendment added specific listing criteria for patents filed in association with an SNDS in order to specifically eliminate the existing piecemeal approach set out in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2007] 3 F.C.R. 102 (F.C.A.) [hereinafter *Hoffman-La Roche*], and *Wyeth Canada v. Ratiopharm Inc.*, [2008] 1 F.C.R. 447 (F.C.A.); thus questions relating to what the patented invention is, what the spirit of the invention is or what the patent is about are irrelevant to the task the Minister must perform to apply paragraph 4(3)(c) of the NOC Regulations.

[22] According to the applicants, the new system is a simple one; if an SNDS is submitted for a change in formulation, dosage or in the use of a medicinal ingredient, the only requirement to be met for a patent to be eligible for listing (excluding timing from the discussion at this stage) is that it contain one claim that covers within its ambit the relevant change requested in the SNDS and approved by Health Canada through the issuance of an NOC.

[23] More specifically here, to determine whether pursuant to paragraph 4(3)(c) of the NOC Regulations a particular claim in a patent is for the changed use of the medicinal ingredient, the Court must employ the principles of construction set out by the Supreme Court of Canada in *Free World Trust v. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024 and *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067 for there can be only one construction of a claim for all the purposes of the *Patent Act*, be it validity, infringement, or eligibility for listing which is at issue.

[24] For the applicants, there is thus no doubt that the new definition of “claims for the use of a medicinal ingredient” includes, as it used to under the old version of the NOC Regulations, claims for the use of a formulation wherein the only active ingredient is the medicinal

[20] Les principales différences entre leurs interprétations respectives du Règlement AC et de la manière dont il s’applique au brevet '201 sont les suivantes :

[21] D’une part, les demandereses affirment que la modification du 5 octobre 2006, a ajouté des critères d’inscription précis quant aux brevets déposés à l’égard d’un SPDN afin d’éliminer plus particulièrement l’approche fragmentée existante, mentionnée dans l’arrêt *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2007] 3 R.C.F. 102 (C.A.F.) [ci-après *Hoffmann-La Roche*], et dans l’arrêt *Wyeth Canada c. ratiopharm Inc.*, [2008] 1 R.C.F. 447 (C.A.F.); par conséquent, les questions relatives à ce qu’est l’invention brevetée, ce qu’est l’esprit de l’invention ou en quoi consiste l’objet du brevet sont sans pertinence quant à la tâche que le ministre doit accomplir pour appliquer l’alinéa 4(3)c) du Règlement AC.

[22] Selon les demandereses, le nouveau système est simple; si un SPDN est soumis pour une modification de formulation, de la forme posologique ou d’utilisation d’un ingrédient médicinal, la seule exigence à satisfaire pour que le brevet soit admissible à l’inscription (si on exclut la question du délai à ce stade-ci de la discussion) est qu’il contienne une revendication dont la portée comprend la modification pertinente demandée dans le SPDN et qu’il soit approuvé par Santé Canada par la délivrance d’un AC.

[23] Plus précisément, en l’espèce, afin de déterminer, en vertu de l’alinéa 4(3)c) du Règlement AC, si une revendication particulière contenue dans un brevet porte sur une nouvelle utilisation de l’ingrédient médicinal, la Cour doit se servir des principes d’interprétation énoncés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Free World Trust c. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, et dans l’arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, car, pour l’application de la *Loi sur les brevets*, il ne peut y avoir qu’une seule interprétation d’une revendication, peu importe que ce soit la validité, la contrefaçon ou l’admissibilité à l’inscription qui soit en litige.

[24] Pour les demandereses, il ne fait donc aucun doute que la nouvelle définition de « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal » comprend, comme dans l’ancienne version du Règlement AC, les revendications de l’utilisation d’une formulation où le seul ingrédient

ingredient. It is irrelevant to ask the question of whether the use of the medicinal ingredient is the novel element of the claim, as this issue is to be dealt with by the Court (not the Minister) when and only when allegations of patent invalidity or the invalidity of the specific claims mentioned in subsection 5(1) [as am. by SOR/2006-242, s. 2; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)] of the NOC Regulations are challenged through the issuance of an application under subsection 6(1).

[25] Moreover, given the general principle of construction whereby words used in a regulation or provision must be ascribed the same meaning throughout, it is evident that claims 14 and 15 in the '201 patent are for the use of the medicinal ingredient in “Celebrex®”, for the Minister has conceded that the 072375 SNDS is for a change in the use of the medicinal ingredient as required under the first part of paragraph 4(3)(c).

[26] In respect of the Minister’s arguments that the language of the claim for the changed use must closely correspond to the language used to describe the indication in the SNDS, the applicants submit that all of the evidence before the Court indicates that the exact condition described in the new indication in the 072375 SNDS approved by Health Canada would be understood by a person skilled in the art to be covered by claims 14 and 15. In respect of claim 14, this is because a person skilled in the art would know that celecoxib is a COX-2 inhibitor, and that COX-2 inhibitors are useful in the treatment of inflammatory pain and are not indicated to treat neuropathic pain (these being the two broad classes of pain). Also, the disclosure of the '201 patent clearly refers to the specific conditions covered by the new indication (for example, sprains—page 9, line 31 and page 11, line 22; postoperative orthopaedic and dental pain—page 9, line 31, page 12, lines 17 and 18, page 16, lines 4 and 5) Finally, claim 15, which is dependent on claim 14, is even clearer in that respect as it expressly refers to “pain”.

dient actif est l’ingrédient médicinal. Il n’est pas pertinent de se demander si l’utilisation de l’ingrédient médicinal est l’élément inédit de la revendication, car cette question n’est examinée par la Cour (non le ministre) que lorsque des allégations d’invalidité du brevet ou d’invalidité de revendications particulières mentionnées au paragraphe 5(1) [mod. par DORS/2006-242, art. 2; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)] du Règlement AC sont contestées par l’introduction d’une demande présentée en vertu du paragraphe 6(1).

[25] En outre, compte tenu du principe général d’interprétation selon lequel les termes utilisés dans un règlement ou une disposition doivent se voir attribuer le même sens dans l’ensemble du règlement ou de la disposition, il est évident que les revendications 14 et 15 contenues dans le brevet '201 visent l’utilisation de l’ingrédient médicinal dans « Celebrex® », car le ministre a admis que le SPDN 072375 concerne une modification de l’utilisation de l’ingrédient médicinal, comme l’exige la première partie de l’alinéa 4(3)c).

[26] En ce qui concerne les arguments du ministre selon lesquels la teneur de la revendication relative à l’utilisation modifiée doit correspondre étroitement à la teneur de l’indication dans le SPDN, les demanderesse prétendent que l’ensemble des éléments de preuve qui ont été soumis à la Cour indiquent qu’une personne versée dans l’art comprendrait que l’affection précise décrite dans la nouvelle indication visée par le SPDN 072375 approuvée par Santé Canada est englobée dans les revendications 14 et 15. En ce qui a trait à la revendication 14, ceci est un fait car une personne versée dans l’art saurait que le célécoxib est un inhibiteur de la COX-2 et que les inhibiteurs de la COX-2 sont utiles dans le traitement de la douleur inflammatoire et ne sont pas indiqués pour traiter la douleur neuropathique (il s’agit des deux principales catégories de douleur). De plus, la divulgation du brevet '201 renvoie clairement aux affections précises visées par la nouvelle indication (par exemple, les entorses — page 9, ligne 31, et page 11, ligne 22; les douleurs orthopédiques postopératoires et les maux de dents — page 9, ligne 31, page 12, lignes 17 et 18, et page 16, lignes 4 et 5). Enfin, la revendication 15, qui dépend de la revendication 14, est encore plus claire à cet égard car elle mentionne expressément le mot [TRADUCTION] « douleur ».

[27] Finally, the applicants also adduced evidence explaining that the drafting of claims is done well before the patentee concludes clinical trials or Health Canada reviews the indications of the product that embodies its invention. The concerns of Health Canada when reviewing the wording of indications are totally different from those of a claim drafter. It would thus be impractical and would lead to an absurd result (i.e. the exclusion of most if not all patents) to require that the language of a patent claim closely match the language of the indication that will ultimately be approved by Health Canada in an NOC.

[28] It also bears mention that the applicants urged the Court to follow the conclusion adopted in *Abbott Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)* [(2007), 61 C.P.R. (4th) 259 (F.C.)], wherein a patent delisted by the Minister pursuant to the new NOC Regulations was ordered restored to the Register, as the Court found the patent included a claim for the changed use on the basis of what appears to have been a literal interpretation of that claim. However, given that in *Abbott* the Court did not engage in a detailed analysis that would enable one to assess the similarities or differences in the arguments considered there and those before the Court here, and given that the decision is presently on appeal [revd (2008), 298 D.L.R. (4th) 291 (F.C.A.)] and is being strongly contested by the Minister, the Court will proceed with its own analysis.

[29] The Minister takes the position that the Regulatory Impact Analysis Statement⁵ (RIAS) which accompanied the October 2006 amendments to the NOC Regulations clearly indicates that the “subject matter of a patent” is still relevant to determine eligibility for listing. The Minister must thus consider the fact that the '201 patent is not a “use patent”. The patented invention here is a novel formulation (special dose units comprising particles of celecoxib of certain sizes) and not a new use of celecoxib.

[30] In addition, the NOC Regulations require a specific link between at least one claim of the “relevant patent”

[27] Enfin, les demanderesse ont également produit des éléments de preuve expliquant que la rédaction de revendications est faite bien avant que le breveté ne termine les essais cliniques ou que Santé Canada n'examine les indications du produit qui incarne son invention. Les préoccupations de Santé Canada, lorsqu'il examine le libellé des indications, sont tout à fait différentes de celles d'une personne qui rédige la revendication. Il ne serait donc pas réaliste, et cela pourrait même mener à un résultat absurde (car la plupart, sinon la totalité des brevets seraient exclus), d'exiger que la teneur d'une revendication de brevet corresponde étroitement à la teneur de l'indication qui sera en fin de compte approuvée par Santé Canada dans un AC.

[28] Il convient également de mentionner que les demanderesse ont insisté sur le fait que la Cour devrait suivre la conclusion adoptée dans la décision *Laboratoires Abbott Ltée c. Canada (Procureur général)* [2007 CF 797], dans laquelle la Cour a ordonné que l'on réinscrive au registre un brevet qui avait été radié par le ministre en vertu du nouveau Règlement AC, car elle avait conclu que le brevet contenait une revendication pour une utilisation modifiée en se fondant sur ce qui semble avoir été une interprétation littérale de cette revendication. Toutefois, puisque la Cour, dans l'affaire *Abbott*, ne s'est pas livrée à une analyse détaillée qui permettrait d'évaluer les ressemblances ou les différences entre les arguments examinés dans cette cause et les arguments soumis à la Cour en l'espèce, et puisque cette cause fait actuellement l'objet d'un appel [inf. par 2008 CAF 244] et qu'elle est vivement contestée par le ministre, la Cour fera sa propre analyse.

[29] Selon le ministre, le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR)⁵ qui était joint aux modifications apportées en octobre 2006 au Règlement AC mentionne clairement que l'« objet d'un brevet » demeure un élément pertinent en vue de la détermination de l'admissibilité à l'inscription. Le ministre doit donc tenir compte du fait que le brevet '201 n'est pas un « brevet d'utilisation ». L'invention brevetée en l'espèce est une nouvelle formulation (doses particulières où des particules de célécoxib de certaines tailles y sont incorporées) et non pas une nouvelle utilisation du célécoxib.

[30] De plus, le Règlement AC exige qu'il existe un lien précis entre au moins une revendication du « brevet

and the change described in the SNDS. The subject-matter of such a claim must be the changed formulation or dosage form or use of the medicinal ingredient, and the claims must fall within the very specific definitions of such claims in the NOC Regulations.

[31] To make a determination as to whether or not a particular claim falls within said definitions, the Minister must adopt the approach followed by the Federal Court of Appeal when it was required to determine the somewhat similar issue of whether a claim in a given patent met the regulatory requirements set out in paragraph 4(2)(b) [as am. by SOR/98-166, s. 3] (see also subparagraph 5(1)(b)(iv)) of the “old” version of the NOC Regulations (see for example *Biovail Corp. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2006), 46 C.P.R. (4th) 321 and *Proctor & Gamble Pharmaceuticals Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2006) 50 C.P.R. (4th) 402 (F.C.).)

[32] Here, the Court does not understand the Minister to say that no claim for the use of a formulation or dosage form could meet the definition of a “claim for the use of a medicinal ingredient”, but simply that in this particular case, when one considers the language of claims 14 and 15 individually as well as in the context of the '201 patent as a whole (i.e., alongside the other claims and the disclosure), it becomes clear that what is claimed in claims 14 and 15 is not a particular use of the medicinal ingredient celecoxib.

[33] Finally (and it is not clear if this is an alternative position), the Minister says that at the very least, the wording of the claim for the changed use of the medicinal ingredient referred to in paragraph 4(3)(c) must be very specific and align closely with the changed indication sought in the SNDS. A general reference to all uses for which the medicinal ingredient can be used, as in claim 14 or even claim 15, is not sufficient.

[34] It is evident here that the Minister is concerned that the interpretation proposed by the applicant in this

pertinent » et la modification décrite dans le SPDN. L'objet d'une telle revendication doit être la modification de formulation ou de forme posologique ou l'utilisation de l'ingrédient médicinal et les revendications doivent être visées par les définitions très précises qui sont mentionnées à leur égard dans le Règlement AC.

[31] Pour décider si une revendication particulière est visée par lesdites définitions, le ministre doit adopter l'approche suivie par la Cour d'appel fédérale lorsqu'elle a dû trancher la question à peu près semblable de savoir si une revendication dans un brevet donné satisfaisait aux exigences réglementaires énumérées à l'alinéa 4(2)b [mod. par DORS/98-166, art. 3] (voir également le sous-alinéa 5(1)b(iv)) de « l'ancienne » version du Règlement AC (voir par exemple *Biovail Corp. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 2006 CAF 105, et *Cie pharmaceutique Proctor & Gamble Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 411).

[32] En l'espèce, la Cour ne croit pas comprendre que le ministre affirme qu'aucune revendication de l'utilisation d'une formulation ou d'une forme posologique puisse être visée par la définition de « revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal », mais uniquement qu'en l'espèce, lorsqu'on examine le libellé des revendications 14 et 15 individuellement ainsi que dans le contexte du brevet '201 dans son ensemble (c'est-à-dire conjointement avec les autres revendications et la divulgation), il ressort nettement que ce qui est revendiqué dans les revendications 14 et 15 n'est pas une utilisation particulière de l'ingrédient médicinal célécoxib.

[33] Enfin (il n'est pas clair s'il s'agit d'un point de vue subsidiaire), le ministre affirme qu'à tout le moins, le libellé de la revendication pour l'utilisation modifiée de l'ingrédient médicinal mentionnée au paragraphe 4(3)c doit être très précis et doit s'aligner étroitement à la modification d'indication demandée dans le SPDN. Une mention générale de l'ensemble des utilisations possibles de l'ingrédient médicinal, comme c'est le cas dans la revendication 14, ou même dans la revendication 15, ne suffit pas.

[34] En l'espèce, il est évident que le ministre craint que l'interprétation proposée par les demandereses en

case will trivialize the specific linkage required by the legislator and referred to in paragraph 4(3)(c) of the NOC Regulations.

[35] Although not spelled out as such, one can also appreciate that the interpretation proposed by the applicants could favour or create an imbalance in the protection afforded an innovator whose inventive contribution is solely in developing new formulations or dosage forms, over those innovators whose inventions relate to new medicinal ingredients or new uses of a medicinal ingredient itself. That is to say that a patent for a new medicinal ingredient⁶ could only be listed against an NDS and would be subject to the NOC Regulations' strict timing requirements, while a new use patent for the medicinal ingredient itself could only be listed against an NDS which specifically describes the new use, or an SNDS that covers a change in use covered by one of the claims of the patent. Given that in a typical new use patent, the claims would have to be limited to those where the novelty resides in the new use itself, the number of such new use(s) would normally be limited.

[36] With respect to patents wherein the patented invention is a new formulation or a new dosage form that contain a claim that falls within the definitions of the NOC Regulations, it must be borne in mind that the inventor is entitled to claim all aspects of his invention and may include use claims if they are described in the disclosure and are based on the utility upon which the patentability of the product (the formulation or dosage form) is predicated. Such use claims will typically cover all known uses of the active ingredient contained in the formulation or dosage form unless there is some good reasons not to⁷. Applying the applicants' interpretation, such patents could thus be listed against an NDS on the basis of a claim for the formulation as well as a use of the formulation (as a use of the medicinal ingredient) or an SNDS covering a change in the formulation or any change in indication (all known uses of the medicinal ingredient being referred to in the use claims relating to the novel formulations), even though such uses are not attributable

l'espèce ne banalise le lien précis exigé par le législateur et mentionné à l'alinéa 4(3)c) du Règlement AC.

[35] Bien que cela ne soit pas mentionné expressément, on peut également comprendre que l'interprétation proposée par les demanderesse pourrait favoriser l'apparition, ou créer, un déséquilibre dans la protection accordée à un innovateur dont les inventions se limiteraient uniquement à la conception de nouvelles formulations ou de nouvelles formes posologiques par rapport à l'innovateur dont les inventions ont trait à de nouveaux ingrédients médicinaux ou à de nouvelles utilisations d'un ingrédient médicinal en soi. C'est donc dire qu'un brevet pour un nouvel ingrédient médicinal⁶ ne pourrait être inscrit qu'à l'égard d'une PDN et serait soumis aux délais stricts prévus par le Règlement AC, alors qu'un brevet qui vise une modification d'utilisation de l'ingrédient médicinal en soi ne pourrait être inscrit qu'à l'égard d'une PDN qui décrit expressément la nouvelle utilisation ou à l'égard d'un SPDN comprenant une modification d'utilisation visée par l'une des revendications du brevet. Puisque, dans un brevet de nouvelle utilisation habituel, les revendications devraient être limitées à celles où la nouveauté réside dans la nouvelle utilisation en soi, le nombre de telles nouvelles utilisations serait normalement limité.

[36] En ce qui concerne les brevets où l'invention brevetée est une nouvelle formulation ou une nouvelle forme posologique qui comprennent une revendication visée par les définitions du Règlement AC, il faut garder à l'esprit que l'inventeur a le droit de revendiquer tous les aspects de son invention et qu'il peut inclure des revendications relatives à l'utilisation si elles sont décrites dans la divulgation et sont fondées sur l'utilité sur laquelle la brevetabilité du produit (la formulation ou la forme posologique) repose. De telles revendications relatives à l'utilisation viseront généralement toutes les utilisations connues de l'ingrédient actif compris dans la formulation ou dans la forme posologique, sauf s'il y a une bonne raison qu'il n'en soit pas ainsi⁷. Si on applique l'interprétation des demanderesse, de tels brevets pourraient donc être inscrits à l'égard d'une PDN sur le fondement d'une revendication relative à la formulation ainsi qu'à l'utilisation de la formulation (à titre d'utilisation de l'ingrédient médicinal) ou un SPDN visant une

to the inventive ingenuity of the innovator. It would therefore be possible for the innovator to completely bypass the philosophy underlying the timing requirements set out in the NOC Regulations.

[37] This apparent imbalance is difficult to reconcile with the fact that from the outset the legislator appears to have been concerned first and foremost to afford protection through this regulatory scheme to the innovator bringing about patents for new medicinal ingredients or new uses of medicinal ingredients (courts then extended this protection to compositions or formulations that in fact described or claimed the medicinal ingredient⁸). As mentioned in the RIAS, claims for dosage forms were only brought under the umbrella of the NOC regime because the legislator was convinced by representations made to the effect that those falling within the new statutory definition have significant therapeutic value.

[38] But identifying the problem does not automatically mean that the Minister or the Court can solve it without amendments to the NOC Regulations, for the question remains as to whether the new provisions lend themselves to the interpretation proposed by the Minister, having regard to the applicable principles of statutory interpretation and claims construction.

[39] Before commenting any further in this regard, however, the Court will first turn to the issue of whether or not the '201 patent contains a claim for the changed use of the medicinal ingredient, as this was the main focus of the parties' arguments and the answer to this question is decisive of the outcome of this application.

Does the '201 patent contain a claim for the changed use of the medicinal ingredient in "Celebrex ®"?

modification de la formulation ou une quelconque modification de l'indication (tous les usages connus de l'ingrédient médicinal étant mentionnés dans les revendications relatives à l'utilisation de la nouvelle formulation), même si de telles utilisations ne sont pas attribuables à l'inventivité de l'innovateur. Il serait donc possible pour l'innovateur de passer outre entièrement à la philosophie sous-jacente aux délais prescrits dans le Règlement AC.

[37] Il est difficile de concilier ce déséquilibre apparent avec le fait que, d'entrée de jeu, le législateur semble d'abord et avant tout s'être soucié d'accorder, par ce régime réglementaire, la protection à l'innovateur qui dépose des brevets relatifs à de nouveaux ingrédients médicinaux ou à de nouvelles utilisations d'ingrédients médicinaux (les tribunaux ont par la suite étendu cette protection aux compositions ou aux formulations qui, en fait, décrivaient ou revendiquaient l'ingrédient médicinal⁸). Tel qu'il est mentionné dans le REIR, les revendications relatives aux formes posologiques ne relèvent du régime AC que parce que le législateur s'est laissé convaincre par des observations selon lesquelles les revendications qui sont visées par la nouvelle définition prévue par la loi ont une valeur thérapeutique importante.

[38] Cependant, le fait que le problème soit cerné ne signifie pas automatiquement que le ministre ou la Cour puisse le régler sans que des modifications ne soient apportées au Règlement AC, car il reste à savoir si les nouvelles dispositions se prêtent à l'interprétation proposée par le ministre, compte tenu des principes applicables en matière d'interprétation des lois et d'interprétation des revendications.

[39] Toutefois, avant de formuler davantage de commentaires à cet égard, la Cour discutera d'abord de la question à savoir si oui ou non le brevet '201 comprend une revendication de l'utilisation modifiée de l'ingrédient médicinal, car il s'agit de l'objet essentiel de l'argumentation des parties et que la réponse à cette question est déterminante quant à l'issue de la présente demande.

Le brevet '201 comprend-t-il une revendication d'une modification d'utilisation de l'ingrédient médicinal incorporé dans la composition du « Celebrex ® »?

[40] To answer this question, one must first determine whether the '201 patent contains a “claim for the use of the medicinal ingredient” as defined in the NOC Regulations, and if so whether it is a claim that covers the “changed use” described in the SNDS.

[41] Underlying the applicants' position is the assumption that a “claim for the use of a medicinal ingredient” still covers the use of all compositions or formulations which previously fell under the definition of “medicine” [section 2]. This seems to be based on the principle enunciated in *Hoffman-La Roche v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 67 C.P.R. (3d) 25 (F.C.A.) [hereinafter *Hoffmann-La Roche* (1995)] and is not in my view a proper assumption.

[42] In *Hoffman-La Roche* (1995), above, the Federal Court of Appeal had to construe the then recent NOC Regulations to determine if the definition of “claim for the medicine itself” encompassed claims for a pharmaceutical composition (formulation). It concluded that it could. This principle was never put in question thereafter. But it quickly became clear that its application was not as easy as it seemed, for it remained to be determined in each given instance whether a particular claim was directed to the active ingredient in the composition or formulation, or whether instead it covered a particular dosage form or delivery system⁹ as opposed to the medicine itself (*Biovail Corp.*, at paragraph 7; *GlaxoSmithKline v. Canada (Attorney General)* (2005), 40 C.P.R. (4th) 193 (F.C.A.), at paragraphs 19, 25, 29-44). As discussed below, the Court believes that the approach taken to answer this question is still relevant to determining whether a particular claim is a “claim for the use of the medicinal ingredient”.

[43] But otherwise, the conclusion in *Hoffmann-La Roche* (1995) is no longer relevant in so far as the new NOC Regulations expressly distinguish between a “claim for a formulation” and a “claim for the medicinal ingredient”. What is required, therefore, is to consider how this distinction bears upon the meaning of a “claim for

[40] Pour répondre à cette question, on doit d'abord déterminer si le brevet '201 comprend une « revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal » au sens du Règlement AC et, le cas échéant, s'il s'agit d'une revendication qui vise la « modification d'utilisation » décrite dans le SPDN.

[41] Le point de vue des demandesses repose sur l'hypothèse qu'une « revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal » vise toujours l'utilisation de l'ensemble des compositions ou des formulations qui étaient antérieurement visées par la définition de « médicament » [article 2]. Cette hypothèse semble fondée sur le principe énoncé dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 1775 (C.A.) (QL) [ci-après *Hoffmann-La Roche* (1995)], et, selon moi, elle ne constitue pas une hypothèse convenable.

[42] Dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche* (1995), précité, la Cour d'appel fédérale a dû interpréter le Règlement AC, qui était alors récent, afin de déterminer si la définition de « revendication pour le médicament en soi » englobait les revendications relatives à une composition pharmaceutique (une formulation). Elle a conclu que cela était possible. Ce principe n'a jamais été remis en question par la suite. Il est rapidement devenu manifeste, cependant, que son application n'était pas aussi facile qu'on le crût, car il restait à déterminer dans chaque cas donné si une revendication particulière visait l'ingrédient actif dans la composition ou la formulation ou si elle visait plutôt une forme posologique ou un dispositif d'administration donné⁹ plutôt que le médicament en soi (*Biovail Corp.*, au paragraphe 7, *GlaxoSmithKline c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 197, aux paragraphes 19, 25 et 29 à 44). Comme nous le verrons plus loin, la Cour croit que l'approche adoptée afin de répondre à cette question est toujours pertinente pour établir si une revendication donnée est une « revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal ».

[43] Par contre, la conclusion tirée dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche* (1995) n'est plus pertinente dans la mesure où le nouveau Règlement AC établit expressément une distinction entre la « revendication de la formulation » et la « revendication de l'ingrédient médicinal ». Ce qu'il faut, par conséquent, c'est examiner quelle

the use of the medicinal ingredient”. Is one to construe the words “medicinal ingredient” in that definition in the same limited way (as excluding formulations or dosage form), or is it meant to also include claims for the use of a formulation or a dosage form?

[44] In this respect, the RIAS, at page 1517,¹⁰ provides little guidance; the only relevant passage in respect of the definition of “claim for the use of the medicinal ingredient” says as follows:

Although the definition for “claim for the use of the medicinal ingredient” in these amendments is unchanged from the current definition for “claim for the use of the medicine”, a point of clarification regarding the intention underlying this aspect of the PM (NOC) Regulations is in order. It is acknowledged that the regulatory language employed in the health and safety context to describe the use for which a medicinal ingredient in a drug [*sic*] is sometimes at odds with the manner in which claims are drafted in the many different kinds of so-called “use patents” which exist in the pharmaceutical realm. Examples of the latter include kit claims, “Swiss-type” claims and claims for dosing regimens. However, the combined effect of the definition under this part and the requirement that the claimed use be one described in the underlying NDS should be to limit the eligibility of use patents to those which contain a claim to an approved method of using the medicinal ingredient, for an approved indication. This link should be apparent from a comparison of the claims in the patent with the relevant portions of the product monograph and labeling for the approved drug.

[45] The most that can be made of the above is that the legislator intended to privilege substance over form. Thus the definition is not intended to cover only certain types of use claims and the focus is whether what is claimed is the use of the medicinal ingredient.

[46] Thus, it is entirely conceivable that a claim could take the form of a so-called Swiss-type claim (i.e., use of composition X for the preparation of a medicament to be used for Y), or a Shell Oil-type use claim (use of the composition defined in claim(s) X for the treatment of

incidence cette distinction a sur la signification du terme « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal ». Doit-on interpréter l’expression « ingrédient médicinal » qui figure dans cette définition de la même façon limitée (comme excluant les formulations ou la forme posologique), ou bien de façon à inclure les revendications d’utilisation d’une formulation or d’une forme posologique?

[44] À cet égard, le REIR, à la page 1517¹⁰, fournit peu d’indications; le seul passage pertinent quant à la définition de « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal » mentionne ce qui suit :

Bien que la définition du terme « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal » visée par ces changements est la même que la définition actuelle du terme « revendication de l’utilisation du médicament », il y a lieu d’apporter des éclaircissements au sujet de l’intention sous-jacente de cet aspect du règlement de liaison. On reconnaît que les termes réglementaires employés dans le contexte de la santé et de la sécurité pour décrire l’utilisation pour laquelle un ingrédient médicinal dans un médicament est destinée [*sic*] vont parfois à l’encontre de la façon dont sont rédigées les revendications dans les différents types de brevets communément appelés « brevets d’utilisation » existant dans le domaine pharmaceutique. À titre d’exemples, mentionnons les revendications relatives à des trousseaux, celles dites de « type suisse » et celles à l’égard des schémas posologiques. Toutefois, l’effet combiné de cette définition dans ce contexte et de l’exigence selon laquelle l’utilisation revendiquée doit être décrite dans la PND [*sic*] devrait limiter l’admissibilité des « brevets d’utilisation » à ceux contenant une revendication pour une utilisation approuvée de l’ingrédient médicinal, pour une indication approuvée. Ce lien devrait être apparent en comparant les revendications du brevet avec les sections pertinentes de la monographie du produit et de l’étiquetage du médicament approuvé.

[45] Le plus que l’on puisse tirer de ce qui est susmentionné, c’est que le législateur avait l’intention de privilégier le fond plutôt que la forme. Par conséquent, la définition n’est pas censée ne viser que certains types de revendications d’utilisation et l’accent est mis sur la question de savoir si ce qui est revendiqué est l’utilisation de l’ingrédient médicinal.

[46] Par conséquent, il est tout à fait concevable qu’une revendication puisse prendre la forme d’une revendication dite de type suisse (c’est-à-dire une utilisation d’une composition X dans la préparation d’un médicament qui sera utilisé pour Y) ou d’une revendication de l’utilisation

Y) and still be claiming the use of the active medicinal ingredient itself. This approach is not new; in effect it was the one taken by the Court prior to the amendments to the NOC Regulations in decisions such as *Pfizer Canada v. Apotex Inc.* (2007), 61 C.P.R. (4th) 305 (F.C.), where the Court construed the Swiss-type use claim as a claim for the use of the medicine.

[47] However, one cannot simply say that a claim for the use of a composition or formulation is *ipso facto* a claim for the use of a medicinal ingredient, for while a claim which reads literally as the use of a composition or formulation may still fall within the definition of a claim for the use of a medicinal ingredient, one is left with the same type of questions that developed after the decision in *Hoffmann-La Roche* (1995), that is, whether it is in fact the use of the medicinal ingredient that is claimed, or simply the use of the formulation or dosage form.

[48] In effect, this appears to be the only conclusion one can reach, when it is considered that the legislator, having seen fit to adopt express and distinct definitions for the terms “claim for the dosage form”, “claim for the formulation”, “claim for the medicinal ingredient” and “claim for the use of the medicinal ingredient” chose not to refer, define or expressly contemplate a claim for the use of a formulation or a dosage form. Certainly the reference to “medicinal ingredient” instead of formulation or dosage form must be given effect.

[49] It is clear that in construing claims to determine whether they fall within the regulatory definition under the old scheme, the Courts have been using the now well-settled principles of claims construction enunciated by the Supreme Court of Canada in *Free World Trust* and *Whirlpool*, at paragraphs 42-45 and 49.

de type Shell Oil (utilisation de la composition définie dans la ou les revendications X pour le traitement de Y) et qu’elle revendique quand même l’utilisation de l’ingrédient médicinal actif en soi. Cette approche n’est pas nouvelle; avant que les modifications ne soient apportées au Règlement AC, elle a été en effet celle utilisée par la Cour dans des décisions comme *Pfizer Canada c. Apotex Inc.*, 2007 CF 971, où la Cour a interprété la revendication de l’utilisation de type suisse comme étant une revendication pour l’utilisation du médicament.

[47] Toutefois, on ne peut pas tout simplement affirmer qu’une revendication pour l’utilisation d’une composition ou d’une formulation est *ipso facto* une revendication pour l’utilisation d’un ingrédient médicinal car quoiqu’une revendication qui se lit littéralement comme une revendication pour l’utilisation d’une composition ou d’une formulation puisse quand même être visée par la définition d’une revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal, il reste quand même des questions du même ordre que celles qui sont apparues après la décision rendue dans l’arrêt *Hoffmann-La Roche* (1995), c’est-à-dire la question de savoir si, en fait, c’est l’utilisation de l’ingrédient médicinal qui est revendiquée ou tout simplement l’utilisation de la formulation ou de la forme posologique.

[48] En effet, cela semble être la seule conclusion que l’on puisse tirer lorsque l’on tient compte du fait que le législateur, ayant jugé bon d’adopter une définition expresse et distincte pour les expressions « revendication de la forme posologique », « revendication de la formulation », « revendication de l’ingrédient médicinal » et « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal », a choisi de ne pas référer, définir ou prévoir de manière expresse une revendication pour l’utilisation d’une formulation ou d’une forme posologique. Certes, le renvoi à « ingrédient médicinal » plutôt qu’à « formulation » ou à « forme posologique » doit être pris en compte.

[49] Il est manifeste que, lorsqu’elles ont interprété des revendications afin de déterminer si elles étaient visées par la définition réglementaire prévue sous l’ancien régime, les cours ont utilisé les principes maintenant bien établis régissant l’interprétation des revendications qui ont été énoncés par la Cour suprême du Canada dans

[50] In that respect, the Court agrees with the applicants that neither the Minister nor the Court (in the context of a motion under paragraph 6(5)(a)) can refer to the patents listed against the NOC issued as a result of the original NDS to determine what is claimed in claims 14 and 15 of the '201 patent. The construction of the claims rests solely on the reading of said claims of the '201 patent in the context of all the other claims and the disclosure. The patent is read through the eyes of a person skilled in the art who may use for that purpose his or her common general knowledge, but the Court cannot look to any other extraneous matter or documents. (*Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v Canada (Minister of Health)* (2003), 28 C.P.R. (4th) 1 (F.C.A.), at paragraph 22).

[51] However, having carefully considered the case law dealing with whether or not a claim was a claim listed in the former paragraph 4(2)(b), the Court cannot agree with the applicants that the exercise here is on all fours with the one undertaken for the purpose of assessing patent validity and infringement. In effect, the determination of the essential elements of the claim does not necessarily provide the answer to the question of whether or not the claims properly construed fall within the regulatory definition of a “claim for the use of the medicinal ingredient”.

[52] It is useful to refer to a few of the cases to illustrate the point. In *Biovail*, above, claim 30 of the patent under review claimed compositions wherein the active substance was from a group of specifically identified medicines. It is quite clear from a simple reading of this dependent claim that an essential element of it was the use of one of the active ingredients listed in the group; this was its only distinguishing feature, thus was unavoidable. Presumably, it is on this basis that *Biovail* argued that claim 30 was “manifestly” a claim for the medicine described therein¹¹. The Federal Court of Appeal disagreed. Applying general principles of patent construction (at paragraph 7), it concluded that despite the fact that the active ingredients

l’arrêt *Free World Trust* et dans l’arrêt *Whirlpool*, aux paragraphes 42 à 45 et 49.

[50] À cet égard, la Cour convient avec les demanderessees que ni le ministre ni la Cour (dans le contexte d’une requête déposée en vertu de l’alinéa 6(5)a)) ne peut invoquer les brevets inscrits à l’égard de l’AC délivrés à la suite de la PDN initiale afin de déterminer ce qui est revendiqué dans les revendications 14 et 15 du brevet '201. L’interprétation de ces revendications repose uniquement sur la lecture desdites revendications du brevet '201 dans le contexte de l’ensemble des autres revendications et de la divulgation. Il faut lire un brevet du point de vue d’une personne versée dans l’art, qui peut utiliser à cette fin ses connaissances générales courantes, mais la Cour ne peut pas examiner des questions ou des documents externes (*Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 299, au paragraphe 22).

[51] Toutefois, après avoir examiné attentivement la jurisprudence portant sur la question de savoir si une revendication était une revendication énumérée à l’ancien alinéa 4(2)b) de l’ancien régime, la Cour ne peut souscrire à l’opinion des demanderessees selon laquelle la tâche en l’espèce est identique à celle entreprise afin d’évaluer la validité des brevets et de se prononcer sur la contrefaçon. La détermination des éléments essentiels de la revendication ne fournit pas nécessairement la réponse à la question de savoir si les revendications, interprétées adéquatement, sont visées par la définition réglementaire d’une « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal ».

[52] Il est utile de mentionner un certain nombre des décisions pertinentes afin d’illustrer ce point. Dans *Biovail*, susmentionné, la revendication 30 du brevet en cause revendiquait des compositions dans lesquelles la substance active appartenait à un groupe de médicaments expressément identifié. Il ressort très clairement d’une simple lecture de cette revendication dépendante que l’un de ses éléments essentiels était l’utilisation de l’un des ingrédients actifs énumérés dans le groupe; il s’agissait de son seul élément distinctif, ce qui était donc inévitable. C’est probablement pour cette raison que *Biovail* a prétendu que la revendication 30 était « manifestement » une revendication pour le médicament qui y était

specifically described were intimately mixed with the two polymers (inactive substances) in the tablets, the claimed composition was a delivery system. Claim 30 was not claiming the medicine itself.

[53] In *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Attorney General)* (2007), 59 C.P.R. (4th) 60 (F.C.), at paragraphs 7-16, one can see from paragraph 7, that the tablets claimed in claims 1 to 7 of the patent under review expressly contained methylphenidate or one of its salts, and that claims 26 and 27 claimed the use of such tablets for the treatment of attention deficit disorder. Once again, it is likely that the active ingredient in the tablets was an essential element of those claims. Despite this, the Court concluded that those claims were not for the medicine methylphenidate or for its use. The same holds true for the situation before Justice Yves de Montigny in *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2005), 40 C.P.R. (4th) 35 (F.C.) (see paragraphs 26, 27, 29). It is of particular interest to note that in that last case, the Court specifically rejected as untenable the proposition that the jurisprudence dealing with claims for the medicine is irrelevant when one considers whether a claim is for the use of the medicine. The Court found that a claim relating to a method or a device to deliver a medicine cannot be construed as a claim to the medicine itself or as a claim to the use of the medicine (see paragraphs 33-34). Obviously, the facts and claims in those cases differ greatly from those at issue¹² here, especially when one considers that it is not disputed that the '201 patent contains at least one claim that would qualify under the old scheme as a claim for the medicine. As mentioned, the point rather is to draw attention to the analytical approach adopted previously.

décrit¹¹. La Cour d'appel fédérale n'a pas souscrit à cette opinion. Après avoir appliqué les principes généraux de l'interprétation des brevets (au paragraphe 7), elle a conclu que, malgré le fait que les ingrédients actifs expressément décrits étaient intimement mélangés avec les deux polymères (substances inactives) dans les comprimés, la composition revendiquée était un dispositif d'administration. La revendication 30 ne revendiquait pas le médicament en soi.

[53] Dans *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 729, aux paragraphes 7 à 16, on peut lire au paragraphe 7 que les comprimés revendiqués dans les revendications 1 à 7 du brevet en cause contenaient expressément du méthylphénidate ou l'un de ses sels et que les revendications 26 et 27 revendiquaient l'utilisation de tels comprimés pour le traitement du trouble déficitaire de l'attention. Encore une fois, il est probable que l'ingrédient actif des comprimés fût un élément essentiel de ces revendications. Malgré tout, la Cour a conclu que ces revendications n'étaient pas relatives au médicament méthylphénidate ou à son utilisation. Il en va de même dans le cas dont était saisi le juge Yves de Montigny dans *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 765 (voir les paragraphes 26, 27 et 29). Il est particulièrement intéressant de souligner que, dans cette dernière cause, la Cour a expressément rejeté la thèse selon laquelle la jurisprudence portant sur les revendications pour le médicament n'est pas pertinente lorsque l'on examine la question de savoir si une revendication a trait à l'utilisation du médicament. La Cour a conclu qu'on ne peut pas considérer une revendication se rapportant à une méthode ou à un procédé servant à administrer un médicament comme une revendication pour le médicament en soi ou comme une revendication pour l'utilisation du médicament (voir les paragraphes 33 et 34). Manifestement, les faits et les revendications dans ces causes sont très différents de ceux en litige en l'espèce¹², particulièrement lorsqu'on tient compte du fait qu'il n'est pas contesté que le brevet '201 comprend au moins une revendication qui, en vertu de l'ancien régime, serait considérée comme étant une revendication pour le médicament. Comme il a déjà été mentionné, il s'agit plutôt d'attirer l'attention sur l'approche analytique adoptée antérieurement.

[54] Although not strictly binding on the Court, these authorities are still persuasive given that the Court is called to review the same type of question that was before the Courts in those cases.

[55] Before applying this approach to the particular facts of this case there are two last arguments that need to be addressed.

[56] First, because the construction of a claim as well as the statutory interpretation of the definitions in section 2 of the NOC Regulations are matters of law, the Minister's concession in these proceedings as regards the purpose of SNDS No. 072375 (i.e., that it was submitted for a change in use of celecoxib) cannot have any impact on the Court's determinations with respect to these issues.

[57] Second, the Court agrees with the applicants that normally the same words should be ascribed the same meaning when they appear more than once in a regulation. In paragraph 4(3)(c), the words "use of the medicinal ingredient" are found twice. The first time, they are used with reference to information contained in the SNDS submitted for approval to Health Canada. The second time, they are used in the context of a claim for the use of a medicinal ingredient in the patent proposed for listing. The definition at section 2 only applies to the use of medicinal ingredient in the context of a patent claim. This would explain why at first blush, the Minister's position may appear somewhat contradictory, as it appears to ascribe one meaning to the expression "use of the medicinal ingredient" in the first part of the paragraph, and another meaning in the context of a claim for the use of a medicinal ingredient. In this particular context, it would not offend the rules of statutory construction to give to that first use the technical meaning it may have in the application of the *Food and Drug Regulations* [C.R.C., c. 870] by the Minister.

[58] Having dealt with these two points, the Court will proceed to apply the principles set out above. The Court

[54] En dépit du fait que ces précédents ne lient pas strictement la Cour, ils demeurent convaincants puisque la Cour est appelée à examiner une question semblable à celles qui ont été soumises aux Cours dans ces affaires.

[55] Avant d'appliquer cette approche aux faits particuliers en l'espèce, il nous reste deux arguments à traiter.

[56] Premièrement, comme l'interprétation d'une revendication ainsi que l'interprétation législative des définitions qui figurent à l'article 2 du Règlement AC sont des questions de droit, l'admission faite par le ministre dans la présente instance quant à l'objet du SPDN 072375 (c'est-à-dire qu'il a été soumis à l'égard d'une modification d'utilisation du célécoxib) ne peut avoir aucune incidence sur les conclusions de la Cour relatives à ces questions.

[57] Deuxièmement, la Cour souscrit à l'opinion des demandesses selon laquelle, d'ordinaire, il convient d'attribuer à la même expression la même signification lorsqu'elle apparaît plus d'une fois dans un règlement. À l'alinéa 4(3)c), l'expression « utilisation de l'ingrédient médicinal » apparaît à deux reprises. La première fois, elle est utilisée relativement aux renseignements figurant dans le SPDN soumis pour approbation à Santé Canada. La deuxième fois, elle est utilisée relativement à la revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal dans le brevet dont on demande l'inscription. La définition qui figure à l'article 2 ne s'applique qu'à l'utilisation de l'ingrédient médicinal dans le contexte d'une revendication de brevet. Cela expliquerait pourquoi, à première vue, le point de vue du ministre peut sembler quelque peu contradictoire, car celui-ci semble attribuer une signification à l'expression « utilisation de l'ingrédient médicinal » dans la première partie du paragraphe et une autre signification dans le contexte d'une revendication de l'utilisation d'un ingrédient médicinal. Dans ce contexte particulier, on ne porterait pas atteinte aux règles de l'interprétation légale si on attribuait à la première utilisation le sens technique qu'elle peut avoir lors de l'application faite par le ministre du *Règlement sur les aliments et drogues* [C.R.C., ch. 870].

[58] Après avoir traité ces deux points, la Cour va maintenant appliquer les principes susmentionnés. La

considered the wording of the individual claims in the light of the expert evidence filed by the applicants. It is notable that the only expert to deal specifically with the definition included in the NOC Regulations was Mr. Barrigar, Q.C. Although his approach is informative, with respect to the '201 patent, his is not the perspective of the person skilled in the art to whom the patent is addressed. Otherwise, none of the other experts focused on whether the claims in question are for the use of the medicinal ingredient. Their evidence is still useful in so far as it supports the view that a person skilled in the art would know without the need for explanation what a COX-2 inhibitor like celecoxib is normally used for. It also indicates that celecoxib is a known compound and that its properties in respect of the treatment of pain are also known.

[59] This evidence is in line with what one reads in the patent disclosure at page 1, line 15 to page 2, line 12 and page 3, lines 26-29, which indicates that celecoxib is known as a COX-2 inhibitor useful in treating inflammation related disorders, as well as arthritis and osteoarthritis, among other conditions and disorders. The disclosure also notes at page 12 that “a brief description of the potential utility of COX-2 inhibitors is given in an article by John Vane, *Nature*, Vol. 367, 1994 and in an article in *Drug News and Perspectives*, Vol. 7, 1994”.

[60] The disclosure states at page 3, lines 3-5 that “a need exists for solutions to numerous problems associated with preparation of suitable pharmaceutical compositions and dosage forms comprising celecoxib”, because “it is difficult to prepare a pharmaceutical composition containing celecoxib that has the desired blend uniformity,” and because “handling problems are encountered during the preparation of pharmaceutical compositions comprising celecoxib”. As well, “the formulation of celecoxib for effective oral administration to a subject has hitherto been complicated by the unique physical and chemical properties of the compound particularly its low solubility and factors associated with its crystal structure ... celecoxib is usually insoluble in aqueous media (page 2, lines 18-22)”.

Cour a examiné le libellé des revendications individuelles à la lumière de la preuve d'expert déposée par les demanderesse. Il est intéressant de souligner que le seul expert qui a traité expressément de la définition figurant dans le Règlement AC fut Me Barrigar, c.r. Son approche est instructive en ce qui a trait au brevet '201, mais son point de vue n'est pas le point de vue de la personne versée dans l'art à qui le brevet s'adresse. Autrement, aucun des autres experts n'a mis l'accent sur la question de savoir si les revendications en question ont trait à l'utilisation de l'ingrédient médicinal. Leurs témoignages sont tout de même utiles dans la mesure où ils appuient le point de vue selon lequel une personne versée dans l'art saurait, sans avoir besoin d'aucune explication, à quoi sert d'ordinaire un inhibiteur de la COX-2 comme le célécoxib. Ils mentionnent également que le célécoxib est un composé connu et que ses propriétés relatives au traitement de la douleur sont également connues.

[59] Cette preuve va dans le sens de ce que l'on peut lire à la page 1, ligne 15, à la page 2, ligne 12, et à la page 3, lignes 26 à 29, de la divulgation du brevet, qui indique que le célécoxib est connu comme étant un inhibiteur de la COX-2 utile pour le traitement des troubles associés à l'inflammation, l'arthrite et l'arthrose, pour ne nommer que ces affections. La divulgation mentionne également à la page 12 qu'[TRADUCTION] « une brève description de l'utilité potentielle des inhibiteurs de la COX-2 est donnée dans un article de John Vane figurant dans *Nature*, volume 367, 1994, et dans un article figurant dans *Drug News and Perspectives*, volume 7, 1994 ».

[60] Il est mentionné à la page 3, lignes 3 à 5, de la divulgation qu'[TRADUCTION] « il existe un besoin pour des solutions aux nombreux problèmes associés à la préparation de compositions pharmaceutiques adéquates et de formes posologiques contenant du célécoxib » parce qu'[TRADUCTION] « il est difficile de préparer une composition pharmaceutique contenant du célécoxib qui possède l'uniformité de mélange désirée » et parce qu'[TRADUCTION] « des problèmes de manutention sont rencontrés lors de la préparation de compositions pharmaceutiques comprenant du célécoxib ». De plus, [TRADUCTION] « la formulation du célécoxib pour une administration efficace à un sujet par voie orale a jusqu'ici été compliquée par les propriétés physiques et chimiques uniques du composé, particulièrement sa faible solubilité et des

[61] The disclosure describes the benefit of the invention in terms of the possibility of providing a range of formulations having bioavailability characteristics tailored to different indications; as such it represents a significant advance in the treatment of COX-2 mediated conditions and disorders.

[62] Claims 1 to 10 refer to compositions comprising one or more discrete dose units each comprising particulates of celecoxib of specific sizes and dimensions. The differences between those claims appear to relate to dosage form, the relative bioavailability of the compositions versus celecoxib *per se*, or deal with the use of different diluents, disintegrates, binding agents and lubricants, and amounts thereof, in the compositions. Claims 11 to 16 are various types of use claims.

[63] Having considered the whole of the patent, the Court is satisfied that the Minister was correct in its construction of claims 14 and 15. These are not claims for the use of celecoxib; they are not claims for the use of the medicinal ingredient that fall within the definition at section 2 of the NOC Regulations.

[64] This conclusion is dispositive of the application as clearly the '201 patent could not be eligible for listing against SNDS No. 072375 without such a claim. However, in the event that the Court is mistaken in its finding in that respect, the further issue of whether these claims are for the "changed use" as required by paragraph 4(3)(c) of the NOC Regulations will be addressed.

[65] As regards the specificity of the language of the claims, the Court concludes that if claims 14 and 15 were proper claims for the use of the medicinal ingredient itself, in light of the expert evidence on how they would be construed by persons skilled in the art, the Court is satisfied that they cover the changed use described in the indication in SNDS No. 072375.

facteurs liés à sa structure cristalline [...] le célécoxib est habituellement insoluble en milieu aqueux » (page 2, lignes 18 à 22).

[61] La divulgation décrit l'avantage procuré par l'invention eu égard à la possibilité de fournir une gamme de formulations possédant des caractéristiques en matière de biodisponibilité adaptées à des indications différentes; à ce titre, l'invention représente un progrès dans le traitement des affections avec l'assistance de la COX-2.

[62] Les revendications 1 à 10 portent sur des compositions comprenant une ou plusieurs unités de dosage discrètes comprenant chacune des particules de célécoxib de dimensions précises. Les différences entre ces revendications semblent porter sur la forme posologique, la biodisponibilité relative des compositions par rapport au célécoxib en soi, ou portent sur l'utilisation de différents diluants, désagrégants, agglutinants et lubrifiants ainsi que la quantité de ceux-ci dans les compositions. Les revendications 11 à 16 sont divers types de revendications d'utilisation.

[63] Après avoir examiné l'ensemble du brevet, la Cour est convaincue que le ministre a bien interprété les revendications 14 et 15. Il ne s'agit pas de revendications de l'utilisation du célécoxib; il ne s'agit pas de revendications de l'utilisation de l'ingrédient médicinal qui sont visées par la définition qui figure à l'article 2 du Règlement AC.

[64] Cette conclusion permet de statuer sur la demande car, manifestement, le brevet '201 ne peut pas être admissible à l'inscription à l'égard du SPDN 072375 sans une telle revendication. Toutefois, au cas où la Cour aurait commis une erreur dans sa conclusion à cet égard, la question additionnelle de savoir si ces revendications portent sur une « modification d'utilisation » au sens de l'alinéa 4(3)c) du Règlement AC sera traitée.

[65] En ce qui concerne le caractère spécifique du libellé des revendications, la Cour conclut que si les revendications 14 et 15 étaient des revendications convenables de l'utilisation de l'ingrédient médicinal en soi, compte tenu des témoignages des experts quant à savoir comment des personnes versées dans l'art les interpréteraient, la Cour est convaincue qu'elles visent l'utilisation modifiée décrite dans l'indication figurant dans le SPDN 072375.

[66] The Court is of the view that requiring more specificity of language is not the appropriate way of ensuring respect for the legislator's intentions, in so far as the relevance of the patent and the claims is concerned. If the invention claimed at claims 14 and 15 is the use of celecoxib, it would be totally impractical to require that the indications in the SNDS read identically with the claims, and would lead to absurd results given the time difference and the different concerns of the two audiences to whom the indications and the claims are directed.

[67] In light of the conclusions above, it is not strictly necessary to engage here in a full review of the new regulatory scheme as compared to the pre-October 2006 scheme in respect of the listing of patents in relation to SNDS. However, as the issue is a new one, the Court will proceed to say a few words in this respect.

Listing requirements old and new

[68] The first thing that comes to mind here is that even if the legislator's main purpose in amending the NOC Regulations, as disclosed in the RIAS, was to clarify and create certainty, this dispute suggests that it may not have been achieved. However, one must remember when looking at the new language that the legislator did not have the benefit of the Supreme Court of Canada's teachings in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 2 S.C.R. 560, or the Federal Court of Appeal's teachings in *Wyeth*; this would have enabled the use of language more compatible with those decisions and would have helped the Court to construe the legislator's intentions in relation to said case law.

[69] After these two decisions, it appears that the principles governing the listing of patents were the following.

[70] As a result of *AstraZeneca* (in particular paragraphs 23, 39 and 40) as construed by Justice Roger Hughes, at paragraph 22 of *Wyeth* [*Wyeth Canada v. ratiopharm Inc.*

[66] La Cour est d'avis qu'exiger plus de spécificité dans le libellé n'est pas la bonne façon d'assurer le respect des intentions du législateur en ce qui concerne la pertinence du brevet et des revendications. Si l'invention revendiquée dans les revendications 14 et 15 est l'utilisation du célécoxib, il ne serait absolument pas réaliste d'exiger que les indications figurant dans le SPDN correspondent parfaitement aux revendications et cela pourrait mener à des résultats absurdes compte tenu des différences temporelles et des intérêts divergents des deux publics cibles auquel s'adressent les indications et les revendications.

[67] Compte tenu des conclusions susmentionnées, il n'est pas absolument nécessaire de se livrer en l'espèce à un examen complet du nouveau régime réglementaire par rapport au régime en vigueur avant octobre 2006 en ce qui a trait à l'inscription des brevets à l'égard des SPDN. Toutefois, comme la question en litige est nouvelle, la Cour en discutera brièvement.

Les anciennes et les nouvelles exigences en matière d'inscription

[68] La première chose qui vient à l'esprit en l'espèce est que, même si l'objectif principal visé par le législateur, tel qu'il est mentionné dans le REIR, en modifiant le Règlement AC, était d'apporter des précisions et de créer de la certitude, ce conflit donne à penser que l'objectif n'a peut-être pas été atteint. Toutefois, il faut se rappeler, lorsque l'on examine le nouveau libellé, que le législateur ne disposait pas des principes formulés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 2 R.C.S. 560, ou des principes formulés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Wyeth*; cela aurait permis l'utilisation de mots davantage compatibles avec ces décisions et aurait aidé la Cour à interpréter les intentions du législateur relativement à ladite jurisprudence.

[69] Après ces deux décisions, il semble que les principes régissant l'inscription de brevets étaient les suivants.

[70] À la suite de l'arrêt *AstraZeneca* (notamment les paragraphes 23, 39 et 40) tel qu'il a été interprété par le juge Roger Hughes au paragraphe 22 de la décision

(2007), 58 C.P.R. (4th) 154 (F.C.)] (which was expressly agreed to by the Federal Court of Appeal, at paragraph 29), when inquiring whether a given patent could be listed against a particular NOC issued as a result of an NDS or an SNDS, the Minister was obliged to determine if there was a relationship or link between the patented invention described in the patent and the NOC, such that said patent could properly be considered to be relevant to the particular NOC. Obviously, such a patent also had to include either a “claim for the medicine itself” or for the “use of the medicine” to be eligible for listing, *per* the requirements of the former paragraph 4(2)(b).

[71] On the basis of the earlier decision of the Federal Court of Appeal in *Hoffmann-La Roche*, it had already been established that an SNDS could only support the listing of a relevant patent if the change reflected in the later could be relevant to the potential infringement of a patent claim coming within the scope of the regulatory scheme, that is, a patent claim of the type contemplated at paragraph 4(2)(b) and subparagraph 5(1)(b)(iv) of the former NOC Regulations (see *Wyeth* (appeal decision), at paragraphs 24 and 25).

[72] When discussing the case law summarized in *Hoffmann-La Roche*, above, Justice Karen Sharlow in *Wyeth* [F.C.A.] noted, at paragraph 26, the use in a number of decisions of the adjective “substantive” to describe the type of SNDS that could support a listing. She said that this had to be understood to mean “substantive in relation to the patented invention or the patent claims” (see also paragraph 47). Up until then, the Court understood that the analysis of the nature of the SNDS was carried out to determine if the SNDS fell within the meaning of subsection 4(1), such that a patent list could be submitted against it for registration. In contrast, the concept of “relevance of the patent” commented upon in *AstraZeneca* and discussed at paragraph 22 of Justice Hughes’ decision in *Wyeth* [F.C.] appears to be directed to a linkage between a patent and an NOC, as required by subsections 4(5) [as am. by SOR/98-166, s. 3] and 5(1) [as am. by SOR/99-379, s. 2] of the former NOC Regulations.

Wyeth [*Wyeth Canada c. ratiopharm Inc.*, 2007 CF 340] (point sur lequel la Cour d’appel fédérale a explicitement souscrit au paragraphe 29), le ministre, lorsqu’il se demandait si un brevet donné pouvait être inscrit à l’égard d’un AC particulier délivré à la suite d’une PDN ou d’un SPDN, était obligé d’établir s’il existait une relation ou un lien entre l’invention brevetée décrite dans le brevet et l’AC, de sorte que ledit brevet pouvait à juste titre être considéré comme étant pertinent à l’AC en cause. Manifestement, un tel brevet devait également comprendre soit une « revendication pour le médicament en soi » ou une « revendication pour l’utilisation du médicament » afin d’être admissible à l’inscription comme l’exigeait l’ancien alinéa 4(2)(b).

[71] Compte tenu de la décision qui a été rendue par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Hoffmann-La Roche*, il a déjà été établi qu’un SPDN ne pouvait servir de fondement à l’inscription d’un brevet que si la modification faisant l’objet du SPDN pouvait se révéler pertinente quant à une contrefaçon possible d’une revendication du brevet relevant du régime réglementaire, c’est-à-dire une revendication du brevet du type visé par l’alinéa 4(2)(b) et le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) de l’ancien Règlement AC (voir *Wyeth* (décision en appel), aux paragraphes 24 et 25).

[72] En discutant de la jurisprudence résumée dans *Hoffmann-La Roche*, susmentionnée, la juge Karen Sharlow, dans *Wyeth* [C.A.F.], a souligné, au paragraphe 26, l’utilisation faite dans un certain nombre de décisions de l’expression « de fond » pour décrire le type de SPDN qui peut servir de fondement à une inscription. Elle a affirmé que « l’expression “de fond” doit se comprendre par rapport à l’invention brevetée ou aux revendications du brevet » (voir également le paragraphe 47). Auparavant, la Cour croyait que l’analyse de la nature du SPDN était effectuée afin d’établir si le SPDN était visé par le paragraphe 4(1) de sorte qu’une liste de brevets pouvait être soumise à son égard pour inscription. En revanche, le concept de « pertinence du brevet » qui a fait l’objet de commentaires dans *AstraZeneca* et qui a été discuté au paragraphe 22 de la décision rendue par le juge Hughes dans *Wyeth* [C.F.] semble viser un lien entre un brevet et un AC, comme l’exigent les paragraphes 4(5) [mod. par DORS/98-166, art. 3] et 5(1) [mod. par DORS/99-379, art. 2] de l’ancien Règlement AC.

[73] The issues are closely related, and following *Wyeth*, it may well be that they were effectively merged into a single exercise, although this is not clear.

[74] As it was noted by Justice Hughes in *Wyeth* [F.C.], the concept of the “patented invention” is not necessarily coextensive with the patent claims. It appears that the Supreme Court of Canada was careful to use the former expression, because of the language of section 55.2 of the *Patent Act* which refers to the use of the patented invention only.

[75] Be that as it may, it is clear that the legislator only had in mind the case law summarized in *Hoffmann-La Roche* when he adopted subsection 4(3) of the post-October 2006 scheme, which is directed to the issue of which patents may be listed in relation to an NDS or an SNDS. As it was the case before the decision of the Supreme Court of Canada in *AstraZeneca* set out a linkage requirement as regards the “patented invention”, paragraph 4(3)(c) deals only with the content of the SNDS itself (a change in the formulation, a change in the dosage or a change in the use of the medicinal ingredient) and with the subject-matter of claims that a patent must contain (a claim for dosage form, a claim for a formulation or a claim for the use of the medicinal ingredient and it must be for the specific change embodied in the SNDS). Here, however, the relevant claims previously set out in paragraph 4(2)(b) are redefined and somewhat enlarged, given that they now include claims for dosage form as well as formulation.

[76] Although the former subsection 4(5) has been replaced, the requirement to identify the NDS or the SNDS to which a list relates is still found at paragraph 4(4)(a) and subsection 5(1).

[77] In the RIAS¹³ one also finds the following statements, at pages 1513, 1515-1516, 1517:

In particular, the amended PM (NOC) Regulations reaffirm the application of strict time limitations for adding a patent to the register and contain an additional requirement that patents be

[73] Les questions sont étroitement liées et, à la suite de *Wyeth*, il se peut fort bien qu’elles aient été combinées en un seul exercice, mais cela n’est pas clair.

[74] Comme le juge Hughes l’a souligné dans *Wyeth* [C.F.], le concept d’« invention brevetée » ne correspond pas nécessairement aux revendications de brevet. Il semble que la Cour suprême du Canada a pris soin d’utiliser l’expression « invention brevetée » parce que le libellé de l’article 55.2 de la *Loi sur les brevets* ne fait mention que de l’utilisation de l’invention brevetée.

[75] Quoi qu’il en soit, il est clair que le législateur n’avait à l’esprit que la jurisprudence résumée dans *Hoffmann-La Roche* lorsqu’il a adopté le paragraphe 4(3) du régime en vigueur après octobre 2006 qui porte sur la question de savoir quels brevets sont admissibles à l’inscription au registre à l’égard d’une PDN ou d’un SPDN. Comme c’était le cas avant que la Cour suprême du Canada n’énonce dans *AstraZeneca* une exigence de lien en ce qui concerne l’« invention brevetée », l’alinéa 4(3)(c) ne porte que sur le contenu du SPDN en soi (une modification de formulation, une modification de la forme posologique ou une modification d’utilisation de l’ingrédient médicinal) et sur l’objet des revendications qu’un brevet doit comprendre (une revendication de la forme posologique, une revendication de la formulation ou une revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal, et elles doivent avoir trait à la modification incorporée dans le SPDN). En l’espèce, toutefois, les revendications pertinentes mentionnées antérieurement à l’alinéa 4(2)(b) sont redéfinies et quelque peu élargies, étant donné qu’elles comprennent maintenant des revendications de formes posologiques ainsi qu’à des revendications relatives aux formulations.

[76] Même si l’ancien paragraphe 4(5) a été remplacé, l’exigence relative à l’identification de la PDN ou du SPDN auquel se rattache la liste de brevets figure toujours à l’alinéa 4(4)(a) et au paragraphe 5(1).

[77] Les déclarations suivantes figurent également dans le REIR¹³, aux pages 1513, 1515 et 1516 et 1517 :

Plus précisément, le règlement de liaison modifié réaffirme l’application de délais stricts pour l’inscription d’un brevet au registre et exige également que les brevets soient pertinents

relevant to the strength, dosage form and route of administration of the approved drug.

...

To the extent that the efficient functioning of the regime depends upon a threshold determination of what patents can be listed, in making that determination the Minister can only be called upon to assess the relationship between the patent and the drug described in the innovator's submission for a NOC.

...

Whereas the above described amendments to section 4 are intended to clarify existing policy by reinforcing the link between the subject matter of a patent and the content of the NDS, other changes mark an expansion in that policy. In particular, the scope of eligible subject matter is being broadened to include patents for approved dosage forms.

[78] Keeping in mind the overall purpose of these regulations as defined in section 55.2 of the *Patent Act*, the Court believes that the requirement enunciated by the Supreme Court of Canada for a relationship between a particular NOC and the patented invention¹⁴ can still inform and still be relevant to the listing of patents under the new NOC Regulations if viewed as an overarching principle that complements the particular criteria now embodied in subsection 4(3) of the NOC Regulations. While the outcome of this application does not turn on whether or not the Court is correct in this regard, clarification on this point would be welcome from the Federal Court of Appeal.

Conclusion

[79] The decision of the Minister was well founded. The '201 patent was ineligible for listing as it did not contain a claim for the use of the medicinal ingredient celecoxib, let alone the changed use described in SNDS No. 072375. The application is dismissed with costs.

ORDER

THIS COURT ORDERS that the application is dismissed with costs.

quant à la concentration, à la forme posologique et à la voie d'administration de la drogue approuvée.

[...]

Dans la mesure où le fonctionnement efficace du régime dépend d'une détermination préliminaire des brevets pouvant être inscrits, le ministre, à cette fin, ne peut être appelé qu'à évaluer le rapport entre le brevet et la drogue décrite dans la demande d'avis de conformité de l'innovateur.

[...]

Alors que les modifications relatives à l'article 4 décrites ci-dessus ont pour objet de préciser la politique actuelle en renforçant le lien entre l'objet d'un brevet et le contenu de la PDN, d'autres modifications envisagées entraîneraient un élargissement de cette politique. En particulier, la portée de l'objet admissible à la protection du règlement est élargie de façon à inclure les brevets relatifs aux formes posologiques approuvées.

[78] Gardant à l'esprit l'objet global visé par ces règlements au sens de l'article 55.2 de la *Loi sur les brevets*, la Cour estime que l'exigence énoncée par la Cour suprême du Canada quant à l'existence d'un lien entre un AC particulier et l'invention brevetée¹⁴ demeure instructive et peut tout de même être pertinente à l'inscription de brevets en vertu du nouveau Règlement AC si elle est considérée comme étant un principe général qui complète les critères particuliers qui sont maintenant prévus au paragraphe 4(3) du Règlement AC. Même si l'issue de la présente demande ne dépend pas de la question de savoir si la Cour a raison sur ce point, des éclaircissements à ce sujet émanant de la Cour d'appel fédérale seraient bienvenus.

Conclusion

[79] La décision du ministre était bien fondée. Le brevet '201 n'était pas admissible à l'inscription car il ne contenait aucune revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal célécoxib et encore moins de l'utilisation modifiée décrite dans le SPDN 072375. La demande est rejetée avec dépens.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la demande soit rejetée avec dépens.

-
- ¹ Similar drugs include naproxen and ibuprofen.
- ² It is not disputed by the Minister that the novel formulation met the definition of a “claim for the medicine itself” [in section 2] under the pre-October 2006 version of the NOC Regulations.
- ³ This position was presented prior to the Supreme Court of Canada’s decision in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, by which the review standards of reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness were collapsed into a single reasonableness standard of judicial review (at para. 45). It is thus most likely that now, the parties would agree that for issues of mixed fact and law, the Court should adopt the reasonableness standard of review.
- ⁴ Accordingly, a major portion of the expert evidence included in the application record is no longer relevant (such as evidence bearing on the differences between the original indication and the new one proposed in the SNDS).
- ⁵ *Canada Gazette*, Part II, Vol. 140, No. 21, SOR/2006-242.
- ⁶ In such a patent all uses of the compound would be protected pursuant to s. 42 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 33, s. 16] of the *Patent Act* without the need to include specific use claims in the patent. Despite this, such patents can include specific use claims as an aspect of the invention (see for example claims 9 to 15 of the '576 patent). In such a case the patent could qualify under paragraph 4(3)(c) [of the NOC Regulations] in respect of SNDS for new indications covered by such use claims.
- ⁷ This is not to say that there may not be some formulation patents that also include a novel use of the active ingredient itself. In such case, one would expect the novel use to be more limited than the general utility of the novel formulations, and would be fully described as such in the disclosure.
- ⁸ The legislator acknowledged and endorsed this case law in the post-October 2006 regime by adopting two distinct definitions, one for “claim for the medicinal ingredient” and one for “claim for the formulation”. See the RIAS, at p. 1517.
- ⁹ In *GlaxoSmithKline v. Canada (Attorney General)* (2005), 43 C.P.R. (4th) 323 (F.C.), Justice Carolyne Layden-Stevenson noted, at para. 30, that “the fact that the claim is
- ¹ Médicament semblable au naproxen et à l’ibuprofène.
- ² Le ministre ne conteste pas que la nouvelle formulation répondait à la définition d’une « revendication pour le médicament en soi » [à l’article 2] prévue dans la version du Règlement AC en vigueur avant octobre 2006.
- ³ Ce point de vue a été soumis avant que la Cour suprême du Canada rende sa décision dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, dans laquelle les normes de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* et de la décision manifestement déraisonnable ont été fondues en une seule norme de raisonabilité (par. 45). Il est donc fort probable que les parties conviendraient maintenant que, pour les questions mixtes de fait et de droit, la Cour devrait adopter la norme de la décision raisonnable.
- ⁴ Par conséquent, une partie importante de la preuve d’expert comprise dans le dossier des demandereses n’est plus pertinente (comme, par exemple, la preuve concernant les différences entre l’indication initiale et la nouvelle indication proposée dans le SPDN).
- ⁵ *Gazette du Canada*, partie II, vol. 140, n° 21, DORS/2006-242.
- ⁶ Dans un tel brevet, toute utilisation du composé serait protégée en vertu de l’art. 42 [mod. Parr L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16] de la *Loi sur les brevets* sans qu’il soit nécessaire d’y inclure des revendications précises relatives à l’utilisation. Malgré cela, de tels brevets peuvent comprendre des revendications précises relatives à l’utilisation en tant qu’aspect de l’invention (voir par exemple les revendications 9 à 15 du brevet '576). Dans un tel cas, le brevet pourrait être admissible en vertu de l’alinéa 4(3)c) [du Règlement AC] au regard d’un SPDN ayant pour objet de nouvelles indications visées par de telles revendications relatives à l’utilisation.
- ⁷ Cela ne signifie pas qu’il ne peut pas exister un certain nombre de brevets de formulation qui comprennent également une nouvelle utilisation de l’ingrédient actif. Dans un tel cas, on s’attendrait à ce que la nouvelle utilisation soit plus limitée que l’utilité générale des nouvelles formulations et qu’elle soit décrite en détail dans la divulgation.
- ⁸ Le législateur a reconnu et approuvé cette jurisprudence dans le régime postérieur à octobre 2006 en adoptant deux définitions distinctes, un pour « revendication de l’ingrédient médicinal » et une pour « revendication de la formulation ». Voir le REIR, à la p. 1517.
- ⁹ Dans *GlaxoSmithKline c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1444, la juge Carolyn Layden-Stevenson a souligné, au par. 30, que « le fait que la revendication porte sur

described as a formulation is not determinative in this respect.”

¹⁰ Page references are to *Canada Gazette*, Part II, Vol. 140, No. 21.

¹¹ Justice James O’Reilly had also decided that it was not a claim for the use of medicine.

¹² In *Proctor & Gamble Pharmaceuticals Canada inc. v. Canada (Minister of Health)* (2007), 359 N.R. 386, the Federal Court of Appeal made it clear that this is not particularly useful to engage in a minute comparison of different patents considered in cases decided at different stages in the development of the law.

¹³ Obviously, the Court is not bound by these administrative interpretations. As it was mentioned by the Federal Court of Appeal in *Eli Lilly Canada inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140, at para. 33, the RIAS can do no more than explain in very general terms the objective of the regulation to which they relate. See also *Sullivan and Drieger on the Construction of Statutes*, 4th ed., pp. 502-508.

¹⁴ The Minister referred to the subject-matter of the patent discussed in the RIAS.

une “formulation” n’est pas déterminant » à cet égard.

¹⁰ La page mentionnée renvoie à la *Gazette du Canada*, partie II, vol. 140, no 21.

¹¹ Le juge James O’Reilly avait également décidé qu’il ne s’agissait pas d’une revendication de l’utilisation du médicament.

¹² Dans *Cie Pharmaceutique Proctor & Gamble Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 31, la Cour d’appel fédérale a précisé qu’il n’est pas particulièrement utile de se lancer dans des comparaisons minutieuses de différents brevets examinés lors d’affaires qui ont été tranchées à différentes étapes du développement du droit applicable.

¹³ Manifestement, la Cour n’est pas liée par ces interprétations administratives. Comme la Cour d’appel fédérale l’a mentionné dans *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140, au par. 33, un REIR se limite à expliquer en termes très généraux l’objectif du règlement auquel il se rapporte. Voir également *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., aux p. 502 à 508.

¹⁴ Le ministre a fait état de l’objet du brevet mentionné dans le REIR.

IMM-4896-07
2008 FC 788

IMM-4896-07
2008 CF 788

Angéline Castelly (*Applicant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

INDEXED AS: CASTELLY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

Federal Court, Martineau J.—Montréal, June 4; Ottawa, June 23, 2008.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review challenging lawfulness of Immigration Division of Immigration and Refugee Board decision to remove applicant because inadmissible to Canada under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 37(1)(a) by reason of “organized criminality” — Applicant arrested under peace bond as close collaborator of youth prostitution ring run by Wolf Pack, street gang to which adult son belonged and believed to be engaged in organized criminality — To belong to organization described in Act, s. 37(1)(a), criminal charges, conviction not required — Need not demonstrate person member of organization but reasonable grounds to believe person member thereof — Panel’s finding reasonable grounds to believe applicant member of Wolf Pack reasonable, particularly since applicant having direct knowledge of criminal activity of other gang members — In context of former Immigration Act, Federal Court of Appeal implying being member of organized criminal group can simply mean belonging to organization — Also stating “member” should be interpreted broadly, unrestrictedly — Same rationale should apply to IRPA, s. 37(1)(a) given similarity between provisions — “Member” not defined in Act; test for “belonging to” organization described in Act, s. 37(1)(a) not established — Question certified as to how to define “member”, what test to apply to determine whether person “member” of “organization” described in Act, s. 37(1)(a) — Application dismissed.

Angéline Castelly (*demanderesse*)

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration
(*défendeur*)

RÉPERTORIÉ : CASTELLY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION) (C.F.)

Cour fédérale, juge Martineau—Montréal, 4 juin; Ottawa, 23 juin 2008.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire contestant la légalité d’une décision rendue par la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié prenant une mesure de renvoi contre la demanderesse parce que celle-ci est interdite de territoire au Canada en vertu de l’art. 37(1)a) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés pour raison de « criminalité organisée » — La demanderesse a été appréhendée en vertu d’un mandat de paix et a été désignée comme proche collaboratrice du réseau de prostitution juvénile dirigé par le Wolf Pack, un gang de rue auquel son fils adulte appartenait et dont il y avait des motifs de croire qu’il se livrait à des activités faisant partie d’activités criminelles organisées — L’appartenance à une organisation visée à l’art. 37(1)a) de la Loi ne requiert pas l’existence d’accusations ou de condamnations criminelles — Il n’est pas nécessaire de démontrer que la personne concernée est membre d’une organisation, mais bien plutôt qu’il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle en est membre — La conclusion du tribunal selon laquelle il existe des motifs raisonnables de croire que la demanderesse est membre du Wolf Pack était raisonnable, particulièrement parce que la demanderesse avait une connaissance directe des activités criminelles d’autres membres du gang — Dans le contexte de l’ancienne Loi sur l’immigration, la Cour d’appel fédérale avait laissé entendre que le fait d’être membre d’un groupe du crime organisé peut désigner simplement l’appartenance à l’organisation — Elle a aussi déclaré que le mot « membre » devrait recevoir une interprétation large et libérale — Le même raisonnement devrait s’appliquer à l’art. 37(1)a) de la Loi vu la similitude des deux dispositions — La Loi ne définit pas le mot « membre »; aucune liste de critères « d’appartenance » à une organisation visée à l’art. 37(1)a) de la Loi n’a été dressée — Certification de la question de savoir quelle est la définition de « membre » et quels critères doivent être appliqués pour déterminer si une personne est ou a été « membre » d’une « organisation » visée à l’art. 37(1)a) de la Loi — Demande rejetée.

This was an application for judicial review challenging the lawfulness of a decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board to make a removal order against the applicant because she is inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* by reason of “organized criminality”. The applicant is a permanent resident of Canada and is the mother of four children, including an adult son who, there are reasonable grounds to believe, is part of a street gang known as the “Wolf Pack” which operates mainly in the city of Québec. As a result of a large city-wide police investigation into street gangs, several people were arrested, including the applicant’s adult son. The applicant and others were arrested under a peace bond and declared close collaborators of the prostitution ring run by the Wolf Pack. The applicant’s adult son pleaded guilty to various counts of procuring and is imprisoned. During the Immigration Division’s hearing, the panel did not believe the applicant who presented herself as simply a mother who had no knowledge about the activity of her son and his friends. The panel found that there were reasonable grounds to believe that the Wolf Pack is an organization described in paragraph 37(1)(a) of the Act and that it engages or engaged in activities that are part of organized criminal activity, including youth prostitution.

The panel found that the applicant was prepared to act as an intermediary for some of the group members, including her adult son, and that there were reasonable grounds to believe that she had been aware of the group’s criminal activity.

Held, the application should be dismissed.

Belonging to an organization described in paragraph 37(1)(a) of the Act does not require the existence of criminal charges or a conviction. It is not necessary to demonstrate that the person concerned is a member of an organization but rather that there are reasonable grounds to believe that he or she is a member (paragraph 37(1)(a) and section 33 of the Act). The panel’s finding that there are reasonable grounds to believe that the applicant is a member of the Wolf Pack was reasonable. While the evidence did not demonstrate that the applicant personally took part in serious crimes, the panel was able to support its finding given that the applicant had direct knowledge of the criminal activity of other members of the Wolf Pack who acted on behalf of the gang.

The Federal Court of Appeal has previously implied that being a member of an organized criminal group can simply mean belonging to an organization. It has also stated that the term “member” should be given an unrestricted and broad

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire contestant la légalité d’une décision rendue par la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié prenant une mesure de renvoi contre la demanderesse parce que celle-ci est interdite de territoire au Canada en vertu de l’alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* pour raison de « criminalité organisée ». La demanderesse est une résidente permanente du Canada et est la mère de quatre enfants, y compris un fils adulte, dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’il appartient à un gang de rue désigné sous le nom de « Wolf Pack » opérant principalement sur le territoire de la ville de Québec. Par suite d’une vaste enquête policière sur le phénomène des gangs de rue, plusieurs personnes ont été appréhendées, notamment le fils adulte de la demanderesse. La demanderesse et d’autres personnes ont été arrêtées en vertu d’un mandat de paix et ont été désignées comme des proches collaborateurs du réseau de prostitution dirigé par le Wolf Pack. Le fils de la demanderesse a reconnu sa culpabilité à divers actes de proxénétisme et il est emprisonné. Pendant l’audience de la Section de l’immigration, le tribunal n’a pas cru la demanderesse qui se présentait comme une simple mère de famille n’ayant aucune connaissance des activités de son fils et des amis de ce dernier. Le tribunal a conclu qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que le Wolf Pack est une organisation visée par l’alinéa 37(1)a) de la Loi et qu’il se livre ou s’est livré à des activités faisant partie d’activités criminelles organisées, notamment la prostitution juvénile.

Le tribunal a conclu que la demanderesse était prête à agir comme intermédiaire pour certains membres du groupe, dont son fils adulte, et qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que la demanderesse connaissait les activités criminelles du groupe.

Jugement : la demande doit être rejetée.

L’appartenance à une organisation visée à l’alinéa 37(1)a) de la Loi ne requiert pas l’existence d’accusations ou de condamnations criminelles. Il n’est pas nécessaire de démontrer que la personne concernée est membre d’une organisation, mais bien plutôt qu’il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle en est membre (l’alinéa 37(1)a) et l’article 33 de la Loi). La conclusion du tribunal selon laquelle il existe des motifs raisonnables de croire que la demanderesse est membre du Wolf Pack était raisonnable. Bien que les éléments de preuve ne démontraient pas que la demanderesse avait personnellement participé à des crimes graves, le tribunal était en mesure d’appuyer sa conclusion en raison du fait que la demanderesse avait une connaissance directe des activités criminelles d’autres membres du Wolf Pack, qui agissaient au nom du gang.

Auparavant, la Cour d’appel fédérale avait laissé entendre que le fait d’être membre d’un groupe du crime organisé peut désigner simplement l’appartenance à l’organisation. Elle a aussi déclaré que le mot « membre » devrait recevoir une inter-

interpretation. Although these determinations were made in the context of paragraph 19(1)(c.2) of the former *Immigration Act*, the same rationale should apply to paragraph 37(1)(a) of the Act given the similarities between the provisions. Consequently, the term “member” can describe any person who simply belongs to a criminal organization.

The Act does not define the term “member” and the courts have not established a precise definition thereof or a test for “belonging to” an organization described in paragraph 37(1)(a) of the Act. Furthermore, previous case law of the Federal Court and the Federal Court of Appeal has not been consistent on the issue of a test relevant to determining whether someone is a member of a criminal organization. Given this situation, the question of what the general definition of “member” is and what test applies to determine whether a person is or was a “member” of an “organization” described in paragraph 37(1)(a) of the Act for the purposes thereof was certified.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 467.1(1) (as enacted by S.C. 1997, c. 23, s. 11; 2001, c. 32, s. 27).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(c.2) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1996, c. 19, s. 83).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 34, 35, 36, 37, 44(1), 45(d), 74(d).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 69 Admin. L.R. (4th) 1; 64 C.C.E.L. (3d) 1; [2008] CLLC 220-020; 69 Imm. L.R. (3d) 1; 170 L.A.C. (4th) 1; 95 L.C.R. 65; 372 N.R. 1; 2008 SCC 9; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); application for leave to appeal to S.C.C. refused [2001] S.C.C.A. No. 71 (QL); *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 487; (2005), 29 Admin. L.R. (4th) 21; 129 C.R.R. (2d) 18; 46 Imm. L.R. (3d) 1; 331 N.R. 129; 2005 FCA 85; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101; 44 Imm. L.R. (2d) 309 (F.C.T.D.).

prétation large et libérale. Bien que ces constatations s’appliquaient à l’alinéa 19(1)c.2) de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, le même raisonnement devrait s’appliquer à l’alinéa 37(1)a) de la Loi vu la similitude des deux dispositions. En conséquence, le terme « membre » peut désigner toute personne qui appartient simplement à une organisation criminelle.

La Loi ne définit pas le mot « membre » et les tribunaux n’ont pas établi une définition précise de ce terme, ni de liste de critères « d’appartenance » à une organisation visée à l’alinéa 37(1)a) de la Loi. Qui plus est, la jurisprudence antérieure de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale n’est pas univoque sur la question des critères qui sont pertinents aux fins de déterminer si une personne est membre d’une organisation criminelle. Ainsi, la question de savoir quelle est la définition générale de « membre » et quels critères doivent être appliqués pour déterminer si une personne est ou a été « membre » d’une « organisation » visée à l’alinéa 37(1)a) de la Loi pour son application a été certifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 467.1(1) (édicte par L.C. 1997, ch. 23, art. 11; 2001, ch. 32, art. 27).
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1F(a).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur l’immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c.2) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1996, ch. 19, art. 83).
Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 34, 35, 36, 37, 44(1), 45(d), 74d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.); demande d’autorisation à la C.S.C. refusée [2001] C.S.C.R. n° 71 (QL); *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 487; 2005 CAF 85; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Singh*, [1998] A.C.F. n° 1147 (1^{re} inst.) (QL).

CONSIDERED:

R. c. Moïse, [2004] J.Q. No. 13400 (QL); *Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 1 F.C.R. 474; (2005), 45 Imm. L.R. (3d) 1; 333 N.R. 233; 2005 FCA 122; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100; (2005), 254 D.L.R. (4th) 200; 28 Admin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d) 233; 30 C.R. (6th) 39; 47 Imm. L.R. (3d) 16; 335 N.R. 229; 2005 SCC 40; *Sinnaiah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 43 Imm. L.R. (3d) 269; 2004 FC 1576; *Amaya v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 549.

REFERRED TO:

Thaneswaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FC 189; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Anjete v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 644; *Bielecki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 442; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of a decision ([2007] I.D.D. No. 27 (QL)) of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board to make a removal order against the applicant because she is inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* by reason of “organized criminality”. Application dismissed.

APPEARANCES:

Andy E. Bernard for applicant.
Normand Lemyre for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Bernard & Landry, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for order and order rendered by

[1] MARTINEAU J.: This is an application to consider the lawfulness of a decision dated October 24, 2007

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. c. Moïse, [2004] J.Q. n° 13400 (QL); *Thanaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 1 R.C.F. 474; 2005 CAF 122; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100; 2005 CSC 40; *Sinnaiah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1576; *Amaya c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 549.

DÉCISIONS CITÉES :

Thaneswaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CF 189; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Anjete c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 644; *Bielecki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 442; *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision ([2007] D.S.I. n° 27 (QL)) de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié prenant une mesure de renvoi contre la demanderesse parce que celle-ci est interdite de territoire au Canada en vertu de l'alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* pour raison de « criminalité organisée ». Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Andy E. Bernard pour la demanderesse.
Normand Lemyre pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Bernard & Landry, Montréal, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs de l'ordonnance et l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE MARTINEAU : Il s'agit d'examiner la légalité d'une décision rendue le 24 octobre 2007 [*Canada*

[Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v. Castelly, [2007] I.D.D. No. 27 (QL)], of a member of the Immigration Division (the panel) of the Immigration and Refugee Board to make a removal order against the applicant because she is inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) by reason of “organized criminality”. The applicant is a citizen of Haiti and has been a permanent resident of Canada since February 7, 1994.

[2] In the fall of 2002, at the request of the management of the Service de police de la ville de Québec (Québec police force), a large city-wide investigation known as “Scorpion” was conducted in Québec. Its goal was to assess the problem posed by street gangs in the city and the impact of this phenomenon on youth prostitution.

[3] The investigation confirmed the existence of a street gang, generally referred to as the “Wolf Pack” (the group), operating mainly in the city of Québec. It is composed of more than three people, including Nerva Lovinsky (Lion), Jean-Bernard Estelle (Faya or Fire), Jean Pierrin (Junior), Jean Fandal (l’Unique), André Pelissier (Andy or M. Soleil), Kamdula N’Djeka (Alphonso), Patrick Kayishéma (Pat) and David Moïse (Nova). There are reasonable grounds to believe that the group engages or engaged in activities that are part of organized criminal activity. One of the group’s main activities is, in fact, youth prostitution.

[4] The applicant is the mother of three minor children, as well as of Jean Pierrin, who, there are reasonable grounds to believe, is part of the “hard core” of the group. The applicant lives at 201 Du Roy Street, Apartment 203, in Québec. The applicant’s telephone line was electronically tapped with judicial authorization on November 8, 2002. The tap was removed on December 19, 2002. The investigation demonstrated that, while the line was tapped, the applicant’s residence was used many times as a meeting place for the group and that the applicant’s telephone line was used many times for the group’s criminal activity.

(*Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile*) c. *Castelly*, [2007] D.S.I. n° 27 (QL)] par un membre de la Section de l’immigration (le tribunal) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié prenant une mesure de renvoi contre la demanderesse parce que celle-ci est interdite de territoire au Canada en vertu de l’alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), pour raison de « criminalité organisée ». La demanderesse est une citoyenne d’Haïti et est résidente permanente du Canada depuis le 7 février 1994.

[2] À l’automne 2002, à la demande de la direction du Service de police de la ville de Québec, une vaste enquête baptisée « Scorpion » se déroule sur le territoire de la capitale provinciale. Son but : évaluer la problématique créée par le phénomène des gangs de rue à Québec et les répercussions de ce phénomène sur la prostitution juvénile.

[3] Cette enquête confirme l’existence d’un gang de rue opérant principalement sur le territoire de la ville de Québec et qui est généralement désigné sous le nom de « Wolf Pack » (le groupe). Ce dernier est constitué de plus de trois personnes, dont Nerva Lovinsky (Lion), Jean-Bernard Estelle (Faya ou Fire), Jean Pierrin (Junior), Jean Fandal (l’Unique), André Pelissier (Andy ou M. Soleil), Kamdula N’Djeka (Alphonso), Patrick Kayishéma (Pat) et David Moïse (Nova). Il y a alors des motifs raisonnables de croire que le groupe se livre ou s’est livré à des activités faisant partie d’activités criminelles organisées. L’une des principales activités du groupe est justement la prostitution juvénile.

[4] La demanderesse est la mère de trois enfants mineurs, ainsi que de Jean Pierrin, dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’il appartient au « noyau dur » du groupe. La demanderesse réside au 201, rue du Roy, appartement 203, à Québec. La ligne téléphonique de la demanderesse est mise sous écoute électronique suite à une autorisation judiciaire le 8 novembre 2002. Le débranchement a lieu le 19 décembre 2002. L’enquête démontre que durant la période d’écoute électronique, la résidence de la demanderesse a été utilisée à maintes reprises pour des réunions du groupe et que la ligne téléphonique de la demanderesse a été utilisée à maintes reprises pour des activités criminelles du groupe.

[5] The police investigation resulted in the arrest of 43 people on various charges related to youth prostitution. One of them was Jean Pierrin, arrested on December 16, 2002. Ten of them were arrested under a peace bond and declared close collaborators of the ring since there were reasonable grounds to believe that these people could influence the witnesses and victims during the legal proceedings. The applicant, nicknamed “Mazel” is one of these 10 people. According to the minor victims’ statements, Mazel was involved in the prostitution ring as a member of the group: among other things, she allegedly housed the girls who had run away, fed them and lied to their parents if they called her in search of their daughters.

[6] Let us note that, on July 16, 2004, Jean Pierrin pleaded guilty to various counts of procuring and that he is serving a global sentence of 39 months’ imprisonment. In addition, in a judgment dated November 25, 2004 [*R. c. Moïse*, [2004] J.Q. No. 13400 (QL)], in the proceedings against David Moïse, Judge Rémi Bouchard of the Court of Québec acknowledged the existence of a criminal gang within the meaning of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (the *Criminal Code*), made up of Nerva Lovinsky, Jean-Bernard Estelle and Jean Pierrin.

[7] A report was issued on July 28, 2005, under subsection 44(1) of the Act. The departmental official was of the opinion that the applicant should be inadmissible on grounds of “organized criminality” under paragraph 37(1)(a) of the Act, which reads as follows:

37. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or

[8] Considering the report to be well founded, the Minister referred the matter to the panel for investigation. The investigation took place on February 10, 2006,

[5] L’enquête policière permet l’arrestation de 43 personnes sous divers chefs d’accusation liées à la prostitution juvénile dont Jean Pierrin qui est arrêté le 16 décembre 2002. Dix d’entre elles le sont en vertu d’un mandat de paix et sont désignées comme des proches collaborateurs du réseau, alors qu’il y a des motifs raisonnables de croire que ces personnes pourraient influencer les témoins et victimes lors du processus judiciaire. La demanderesse, surnommée « Mazel », est l’une de ces 10 personnes. Selon les déclarations des mineures victimes, Mazel serait impliquée dans le réseau de prostitution comme un membre du groupe : notamment, elle hébergerait les filles en fugue et les nourrirait; elle mentirait aux parents lorsque ceux-ci font appel chez elle à la recherche de ces dernières.

[6] Signalons au passage que le 16 juillet 2004, Jean Pierrin a reconnu sa culpabilité à divers actes de proxénétisme et qu’il purge une sentence globale de 39 mois d’emprisonnement. D’autre part, dans un jugement rendu le 25 novembre 2004 [*R. c. Moïse*, [2004] J.Q. n° 13400 (QL)] dans le procès de David Moïse, le juge Rémi Bouchard de la Cour du Québec reconnaît l’existence d’un gang criminalisé au sens du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (le *Code criminel*) entre Nerva Lovinsky, Jean-Bernard Estelle et Jean Pierrin.

[7] Un rapport est établi le 28 juillet 2005 en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi; l’agent ministériel étant alors d’avis que la demanderesse doit être interdite de territoire pour « criminalité organisée » en vertu de l’alinéa 37(1)a) de la Loi, qui se lit comme suit :

37. (1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

a) être membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre ou s’est livrée à des activités faisant partie d’un plan d’activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d’une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d’une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d’un tel plan;

[8] Estimant le rapport bien fondé, le ministre réfère l’affaire au tribunal pour enquête. Celle-ci se déroule le 10 février 2006, les 27 et 28 novembre 2006, ainsi que

November 27 and 28, 2006, and May 15 and 29, 2007. The last day of the hearing was reserved for counsel's submissions. On September 4, 2007, the panel invited the applicant's counsel to make additional written submissions in answer to the question [TRANSLATION] "are there reasonable grounds to believe that Ms. Castelly was a member of the Wolf Pack organization". The applicant had testified earlier before the panel that she was [TRANSLATION] "simply a mother who at the time was not working outside the home, was overtaken by events, and had no knowledge about the activity of her son and his friends".

[9] On October 24, 2007, the panel rendered a 32-page decision supported by reasons, at the end of which it stated that it was satisfied that the applicant was a person described in paragraph 37(1)(a) of the Act and, for that reason, inadmissible to Canada. Consequently, an expulsion order under paragraph 45(d) was issued against the applicant. That is the reason for this application for judicial review.

[10] In *Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 1 F.C.R. 474 (F.C.A.) (*Thanaratnam*), a matter examining the scope of section 37 of the Act, Mr. Justice Evans found at paragraph 27 that determining whether the evidence was sufficient to constitute "reasonable grounds to believe" that an applicant was "engaging in activity that is part of" a pattern of criminal activity was a question of mixed fact and law. However, since the question was so largely factual, Evans J.A. found that the standard of review should be patent unreasonableness. See also *Thaneswaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 189.

[11] Since *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190 dated March 7, 2008, the patent unreasonableness standard has disappeared, giving way to the "reasonableness" standard, a hybrid standard with a broad spectrum of application. In fact, as Justices Bastarache and LeBel point out at paragraph 48, "[t]he move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* [*Canada (Director of Investigation*

les 15 et 29 mai 2007, la dernière journée d'audition étant consacrée aux plaidoiries des procureurs. D'autre part, le 4 septembre 2007, le tribunal invite le procureur de la demanderesse à soumettre des représentations écrites additionnelles quant à la question « y'a-t-il des motifs raisonnables de croire que M^{me} Castelly était membre de l'organisation Wolf Pack », la demanderesse ayant témoigné plus tôt devant le tribunal qu'elle est « une simple mère de famille, qui à l'époque ne travaillait pas et était à la maison, dépassée par les événements et qui n'avait aucune connaissance des activités de son fils et des amis de ce dernier ».

[9] Le 24 octobre 2007, le tribunal rend une décision motivée de 32 pages, au terme de laquelle il se déclare satisfait que la demanderesse est une personne visée à l'alinéa 37(1)a) de la Loi, et de ce fait inadmissible au Canada. Conséquemment, en vertu du paragraphe 45d) de la Loi, une mesure d'expulsion est donc émise à l'encontre de la demanderesse, d'où la présente demande de contrôle judiciaire.

[10] Dans la décision *Thanaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 1 R.C.F. 474 (C.A.F.) (*Thanaratnam*), une affaire dans laquelle avait été examinée la portée de l'article 37 de la Loi, le juge Evans a conclu au paragraphe 27 que le fait de déterminer si la preuve était suffisante pour constituer des « motifs raisonnables de croire » qu'un demandeur « se livrait à des activités faisant partie » d'un plan d'activités criminelles était une question mixte de fait et de droit. Toutefois, comme les éléments factuels étaient d'importance considérable, le juge Evans avait conclu que la norme appropriée était celle de la décision manifestement déraisonnable. Voir aussi *Thaneswaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 189.

[11] Depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, daté du 7 mars 2008, la norme de la décision manifestement déraisonnable est disparue, faisant place à celle de la « décision raisonnable », une norme hybride à spectre variable. En effet, comme le soulignent les juges Bastarache et LeBel, au paragraphe 48, « [l]'application d'une seule norme de raisonnabilité n'ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire ni ne constitue un retour au formalisme d'avant l'arrêt

and Research) v. *Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748] formalism.” Thus, where assessing the evidence or determining the credibility of witnesses is concerned, this Court should not intervene unless the panel’s decision was based “on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it” (subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], as amended; *Anjete v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 644, at paragraphs 3 and 4; and *Bielecki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 442, at paragraphs 16 to 23).

[12] That said, for the purposes of assessing the lawfulness of the panel’s finding that the applicant is inadmissible on grounds of organized criminality because there are reasonable grounds to believe that she was a member of an organization described in paragraph 37(1)(a) of the Act, “reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at paragraph 47).

[13] It is important to keep in mind that, under section 33 of the Act, the facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 (security, human or international rights violations, serious criminality or organized criminality) include facts arising from omissions “and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur”. The “reasonable grounds to believe” standard was thus explained by the Supreme Court of Canada in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, at paragraph 114:

The first issue raised by s. 19(1)(j) of the *Immigration Act* is the meaning of the evidentiary standard that there be “reasonable grounds to believe” that a person has committed a crime against humanity. The FCA has found, and we agree, that the “reasonable grounds to believe” standard requires something more than mere suspicion, but less than the standard applicable in civil matters of proof on the balance of probabilities: Sivakumar

Southam [Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748] ». Aussi, en matière d’évaluation de la preuve ou de détermination par le tribunal de la crédibilité des témoins, cette Cour ne devrait pas intervenir à moins qu’il s’agisse d’« une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose » (paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], telle que modifiée; *Anjete c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 644, aux paragraphes 3 et 4; et *Bielecki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 442, aux paragraphes 16 à 23).

[12] Ceci dit, dans l’évaluation de la légalité de la conclusion du tribunal voulant que la demanderesse soit interdite de territoire pour raison de criminalité organisée parce qu’il y a des motifs raisonnables de croire que celle-ci était membre d’une organisation visée à l’alinéa 37(1)(a) de la Loi, « [l]e caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

[13] Il importe de rappeler qu’en vertu de l’article 33 de la Loi, les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 de la Loi qui traitent des cas d’interdiction de territoire pour raison de sécurité, d’atteinte aux droits humains ou internationaux, de grande criminalité et de criminalité organisée sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base « de motifs raisonnables de croire qu’ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir ». La norme des « motifs raisonnables de croire », a été expliquée de la façon suivante par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 114 :

La première question que soulève l’al. 19(1)(j) de la *Loi sur l’immigration* est celle de la norme de preuve correspondant à l’existence de « motifs raisonnables [de penser] » qu’une personne a commis un crime contre l’humanité. La CAF a déjà statué, à juste titre selon nous, que cette norme exigeait davantage qu’un simple soupçon, mais restait moins stricte que la prépondérance des probabilités applicables en matière civile :

v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), at p. 445; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.), at para. 60. In essence, reasonable grounds will exist where there is an objective basis for the belief which is based on compelling and credible information: *Sabour v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* [2000] 9 Imm. L.R. (3d) 61 (F.C.T.D.). [Emphasis added.]

[14] Let us also note straight away that the applicant is not disputing the lawfulness of the panel's finding that there are reasonable grounds to believe that the Wolf Pack is an "organization" described in paragraph 37(1)(a). This finding is as follows [at paragraph 48]:

Evidence considered credible and trustworthy has satisfied the panel that this is an organization with a loose, flexible structure of two branches, each having a leader; with a basic hierarchy; with criminal activity used to obtain material and particularly financial benefits; with a name (the Wolf Pack); with members who use identifying nicknames; with activity mainly in the City of Québec and the surrounding area; and with a chosen meeting place, that is, Ms. Castelly's home. It is also clear that what is involved is not a group of persons that forms randomly for the immediate commission of a single offence.

[15] In addition, it is clear from the undisputed evidence on the record that was accepted by the panel that the Wolf Pack engages in the types of crime described in paragraph 37(1)(a) [at paragraphs 34 and 47]:

The group is allegedly involved in activity including fraud, printing and circulating counterfeit banknotes, extortion, threats, assault, harassment, youth prostitution, theft, robbery and drug trafficking, all offences punishable by indictment under the *Criminal Code* or the *Controlled Drugs and Substances Act*.

...

The evidence has established the existence of an organization called the "Wolf Pack", ... which it is reasonable to believe is engaged in activity that is part of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment.

Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 1 C.F. 433 (C.A.), p. 445; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.), par. 60. La croyance doit essentiellement posséder un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi : *Sabour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1615 (1^{re} inst.). [Je souligne.]

[14] Précisons d'emblée que la légalité de la conclusion suivante du tribunal, selon laquelle il y a des motifs raisonnables de croire que le Wolf Pack est une « organisation » visée par l'alinéa 37(1)(a), n'est pas remise en question par la demanderesse [au paragraphe 48] :

La preuve crédible et digne de foi satisfait le Tribunal qu'il s'agit d'une organisation avec une structure souple et flexible composée de deux branches avec un leader pour chacune; où l'on retrouve une certaine hiérarchie où, par le biais d'activités illégales, l'on recherche un avantage matériel, notamment financier; qui porte un nom (Wolf Pack); dont les membres sont connus sous des surnoms; dont les activités se déroulent principalement dans la ville de Québec et sa région et qui possède un lieu de rencontre régulier, à savoir la résidence de madame Castelly. Il est clair aussi qu'il ne s'agit pas d'une organisation avec des individus formée au hasard pour la perpétration immédiate d'une seule infraction.

[15] D'autre part, il est également clair selon la preuve non contredite au dossier et acceptée par le tribunal, que le Wolf Pack se livre aux types de crimes visés par l'alinéa 37(1)(a) [aux paragraphes 34 et 47] :

Le groupe serait impliqué dans la fraude, la distribution et fabrication de monnaie contrefaite, de l'extorsion, des menaces, des voies de fait, le harcèlement, la prostitution juvénile, le vol simple, le vol qualifié, le trafic de stupéfiants et autres. Lesdites activités ci-haut mentionnées constituent des infractions punissables par mise en accusation en vertu du Code Criminel du Canada ou à la Loi réglementant certaines drogues et autres substances.

[...]

La preuve démontre l'existence d'une organisation s'appelant « Wolf Pack » [...] pour laquelle il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation.

[16] The panel also wondered whether the applicant is or was a member of the group. It is clear that, before answering this question, the panel examined all of the evidence on the record. In this case, the panel largely relied on the extensive documentary evidence adduced by the Minister and preferred the testimony of Detective Sergeants Ferland and Bouchard to that of the applicant. In particular, the excerpts from the electronic surveillance of the applicant's telephone line (Exhibits C-5 and C-6, certified tribunal record, at pages 117 to 201) corroborate the following findings of the panel [at paragraph 147]:

In fact, the panel is satisfied that Ms. Castelly acted as a messenger or receptionist or both for her son and the other members of the organization. As well, she allowed her home and her telephone line to be used for criminal activity related to procuring, drug trafficking, and bank fraud. In these ways she facilitated the organization's activity.

[17] In this case, the panel found that the applicant was prepared to act as an intermediary for some of the group members, such as her son, Jean Pierrin [at paragraph 123]: “[a]fter detailed consideration of Exhibits C-5 and C-9, the panel considers it clear that Ms. Castelly received and forwarded messages for various members of the organization regularly.” The panel was also of the view that the evidence demonstrated that there were reasonable grounds to believe that the applicant had been aware of the group's criminal activity.

[18] Even though the applicant was never charged or convicted of a crime, in the panel's opinion, that fact is not determinative for the purposes of finding her inadmissible under paragraph 37(1)(a) of the Act [at paragraph 138]: “[a]t issue in the present case is not whether Ms. Castelly is guilty of a crime, but whether there are reasonable grounds to believe that she is a person to whom paragraph 37(1)(a) of the Act applies, that is, a member of a criminal organization or a person engaged in activity that is part of a pattern of organized criminality and thus inadmissible to Canada.” This is so, in the opinion of the panel, which also rejected the Minister's requirement [at paragraph 140]: “to establish personal and knowing participation as well as shared intention ... in order to determine that Ms. Castelly was involved with the organi-

[16] Dans un deuxième temps, le tribunal se demande si la demanderesse est ou a été membre du groupe. Il est clair que le tribunal, avant de répondre à cette question, a examiné l'ensemble de la preuve au dossier. En l'espèce, le tribunal s'est largement appuyé sur la volumineuse preuve documentaire soumise par le ministre et a préféré les témoignages des sergents-détectives Ferland et Bouchard au témoignage de la demanderesse. En particulier, les extraits de l'écoute électronique de la ligne téléphonique de la demanderesse (pièces C-5 et C-6, dossier certifié du tribunal, aux pages 117 à 201) corroborent les conclusions suivantes du tribunal [au paragraphe 147] :

En effet, le Tribunal est satisfait que madame a agi à titre de messagère et/ou réceptionniste pour son fils et les autres membres de l'organisation. De plus, elle a permis que sa résidence et sa ligne téléphonique soient utilisées pour des activités criminelles relevant du proxénétisme, du trafic de stupéfiants et de la fraude bancaire. Elle a su faciliter ainsi les activités du groupe.

[17] En l'espèce, le tribunal conclut que la demanderesse était prête à agir comme intermédiaire pour certains membres du groupe, dont son fils Jean Pierrin [au paragraphe 123] : « [a]près révision détaillée des pièces C-5 et C-9, il est clair que madame Castelly recevait et transmettait des messages pour les différents membres de l'organisation, et ce, de façon régulière ». D'ailleurs, le tribunal est d'avis que la preuve démontre qu'il y a des motifs raisonnables de croire que la demanderesse connaissait les activités criminelles du groupe.

[18] Même si la demanderesse n'a jamais fait l'objet d'accusations ni de condamnations pour des activités criminelles, de l'avis du tribunal, cet élément n'est aucunement concluant pour les fins de l'interdiction de territoire prévue à l'alinéa 37(1)a) de la Loi [au paragraphe 138] : « il ne s'agit pas de déterminer si madame Castelly est coupable d'un crime, mais plutôt d'évaluer s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est une personne visée à l'alinéa 37(1)a) comme membre d'une organisation criminelle ou qui se serait livrée à des activités qui font partie d'un plan d'activités criminelles organisées, la rendant ainsi inadmissible au Canada ». C'est le cas de l'avis du tribunal qui, au demeurant, rejette toute exigence du ministre de [au paragraphe 140] « démontrer une participation personnelle et consciente ainsi qu'une inten-

zation.” In that respect, the panel pointed out that the concept of “membership” in an organization, set out in subsection 37(1) of the Act, should not be confused with that of being an “accomplice” used in the context of applying for exclusion under Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6].

[19] First, the applicant is challenging the lawfulness of the panel’s findings of fact that the applicant was a member of the Wolf Pack, for the reference period from November 8 to December 19, 2002 (electronic surveillance period) at the very least; that she facilitated the group’s activities; that she acted as a messenger or receptionist; that she cooked for the group and knew about its activities; and that she allowed her home to be used as the group’s meeting place. It seems that the panel missed relevant evidence that demonstrated beyond any doubt that the applicant was not aware of the group’s criminal activity, that her telephone line was used without her knowledge and that her home was never used as the group’s meeting place. Therefore, it is only through association, stereotypes and prejudice that the evidence presented to the panel tends to prove the applicant’s presumed knowledge of the group’s illegal activities.

[20] The learned counsel for the applicant tried to convince me, among other things, that the documentary evidence on which the panel based its findings, Exhibits C-5 and C-9 in particular, was [TRANSLATION] “tainted”, to quote the adjective used at the hearing. Essentially, the reliability of the information collected by means of tapping the applicant’s telephone line is being challenged today. The excerpts quoted in the impugned decision contain a number of clerical errors or are based on a questionable interpretation of the conversations between the speakers. In short, according to the applicant’s counsel, the panel should have attached little weight to the documentary evidence on the record, as well as to the testimony of Detective Sergeants Ferland and Bouchard, who lied about or exaggerated the applicant’s role and the number of telephone conversations. Moreover, a significant part of the evidence collected through electronic surveillance is apparently illegal because it was recorded

tion commune pour déterminer que madame Castelly serait impliquée avec l’organisation ». À cet égard, le tribunal souligne qu’il ne faut pas confondre la notion d’« appartenance » à une organisation au sens du paragraphe 37(1) de la Loi avec la notion de « complicité » utilisée pour les fins de l’application de l’exclusion prévue à l’alinéa 1Fa) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6].

[19] Dans un premier temps, la demanderesse conteste la légalité des conclusions de fait à partir desquelles le tribunal conclut que la demanderesse était membre du Wolf Pack, tout au moins pour la période de référence du 8 novembre au 19 décembre 2002 (période d’écoute électronique) : elle facilitait les activités du groupe; elle agissait comme messagère/réceptionniste; elle cuisinait et avait connaissance des activités du groupe; et, elle permettait que sa demeure serve comme lieu de réunion du groupe. De toute évidence, le tribunal a passé à côté d’éléments pertinents qui démontrent hors de tout doute que la demanderesse n’était pas au courant des activités criminelles du groupe, que l’on faisait usage de sa ligne téléphonique à son insu et que sa demeure ne servait aucunement comme lieu de réunion pour le groupe. Aussi, c’est strictement par association, stéréotypes, et préjugés que la preuve présentée devant le tribunal tend à démontrer une connaissance présumée de la demanderesse des activités illicites du groupe.

[20] Le savant procureur de la demanderesse a notamment tenté de me convaincre que la preuve documentaire sur laquelle le tribunal s’est fondé pour appuyer ses conclusions, en particulier les pièces C-5 et C-9, est « contaminée » pour reprendre le qualificatif utilisé à l’audition. Essentially, on conteste aujourd’hui la fiabilité des informations compilées par biais de l’écoute électronique sur la ligne téléphonique de la demanderesse. Les extraits cités dans la décision contestée contiennent un nombre d’erreurs matérielles ou reposent sur une interprétation contestable des propos échangés entre les interlocuteurs. Bref, selon le procureur de la demanderesse, le tribunal aurait dû accorder peu de poids à la preuve documentaire au dossier, ainsi qu’aux témoignages des agents-détectives Ferland et Bouchard qui ont menti ou exagéré sur le rôle de la demanderesse et le nombre de conversations téléphoniques. De plus, une partie importante de la preuve recueillie par voie d’écoute électronique serait illégale,

outside the judicially authorized period. In any event, raising similar arguments as he did before the panel, the applicant's counsel is of the opinion that the evidence on the tribunal record is not probative and does not make it possible to find that there are reasonable grounds to believe that the applicant belongs to a criminal gang.

[21] These arguments of the applicant must be rejected. The panel's findings of fact are based on all of the evidence on the record. The Court notes that the applicant was represented by counsel throughout the proceedings before the panel. The applicant never raised the issues of the electronic surveillance being illegal or of the excerpts and translations of telephone conversations being inadmissible in evidence. In his submissions, the applicant's counsel concentrated instead on the non-probative nature of the Minister's evidence. In the circumstances, the applicant cannot now challenge the decision on the basis of inadmissibility or illegality of the evidence on the record.

[22] In fact, it seems that, dissatisfied with the decision obtained, the applicant is requesting today that this Court reassess the evidence and substitute its opinion for that of the panel. Let us recall that the Court must not examine in fine detail the examples of the lack of credibility found in the impugned decision, especially in the analysis of the evidence at paragraphs 119 to 135, but must rather consider them as a whole and interpret them in context and in light of all the evidence on the record. In addition, the errors alleged by the applicant must be determinative for the Court to refer the matter back for a new hearing. In this case, even though some of the panel's interpretations of the excerpts of the electronic surveillance evidence at paragraphs 101 to 118 may be questionable, I cannot say that they were perverse or capricious in this case, or that they affected the panel's findings of fact. Those findings are, in fact, based on the evidence on the record (especially Exhibits C-5, C-6 and C-9).

[23] The panel is in a better position than this Court to assess the credibility of witnesses. The panel granted

car elle a été effectuée en dehors de la période de branche autorisée judiciairement. Quoiqu'il en soit, reprenant une argumentation similaire à celle qu'il a déjà développée devant le tribunal, le procureur de la demanderesse est d'avis que la preuve au dossier du tribunal n'est pas probante et ne permet pas de conclure qu'il y a des motifs raisonnables de croire que la demanderesse appartient à un gang criminalisé.

[21] Ces derniers arguments de la demanderesse doivent être rejetés. Les déterminations factuelles auxquelles est parvenu le tribunal sont fondées sur l'ensemble de la preuve au dossier. La Cour note à cet égard que la demanderesse était représentée par un procureur tout au long des procédures devant le tribunal. La demanderesse n'a pas soulevé l'illégalité de l'écoute électronique ni l'inadmissibilité en preuve des extraits ou des traductions des conversations téléphoniques. Dans sa plaidoirie, le procureur de la demanderesse s'est plutôt concentré sur le caractère non probant de la preuve du ministre. Dans les circonstances, la demanderesse ne peut aujourd'hui attaquer la décision en se fondant sur une question d'admissibilité ou d'illégalité de la preuve au dossier.

[22] En fait, il semble que la demanderesse, non satisfaite de la décision obtenue, demande aujourd'hui à cette Cour d'apprécier à nouveau la preuve et de substituer son opinion à celle du tribunal. Faut-il le rappeler, les exemples de non-crédibilité contenus dans la décision contestée, notamment dans l'analyse de la preuve aux paragraphes 119 à 135, ne doivent pas être examinés de manière microscopique par la Cour mais doivent plutôt être considérés comme un tout et être interprétés en fonction du contexte et l'ensemble de la preuve au dossier. De plus, les erreurs reprochées par la demanderesse doivent être déterminantes pour que la Cour renvoie l'affaire pour une nouvelle audition. En l'espèce, même si quelques-unes des interprétations que fait le tribunal des extraits de la preuve d'écoute électronique aux paragraphes 101 à 118 de la décision contestée sont peut-être contestables, je ne peux pas dire qu'elles sont arbitraires ou capricieuses en l'espèce, ni qu'elles affectent les conclusions de fait du tribunal. Celles-ci reposent en effet sur la preuve au dossier (notamment les pièces C-5, C-6 et C-9).

[23] Le tribunal est mieux placé que cette Cour pour évaluer la crédibilité des témoins. Le statut de témoins

expert witness status to Detective Sergeants Ferland and Bouchard, police officers of the Service de police de la ville de Québec, without objection from the applicant's counsel. In this case, the panel was satisfied that Detective Sergeants Ferland and Bouchard's testimony was credible and trustworthy. The panel wrote in its decision that their testimony was clear, concise and free of exaggeration. According to the panel, they responded frankly to the questions asked of them, particularly questions about the existence of evidence of direct involvement in criminal activity.

[24] In my opinion, the panel had reasonable grounds to seriously doubt the truthfulness of the applicant's testimony. The finding of the applicant's lack of credibility is supported with reasons and is based on all of the facts on the record [at paragraphs 122 and 128 to 133]:

The evidence has established that Ms. Castelly knew the main members of the organization much better than she has alleged....

...

She has attempted as much as possible to minimize her links by indicating that the organization's members were only acquaintances, friends of her son for whom she cooked from time to time.

She testified that her son did not visit her regularly and that one or two months could elapse between his visits, to the point that she would call him for news.

She testified that when her son was at her home he took over her telephone, which inconvenienced her.

However, the electronic surveillance carried out over a 40-day period has established that Jean Pierrin was at his mother's home regularly, nearly daily, and that his friends were there regularly.

Detective Sergeant Bouchard was able to select over 580 relevant excerpts from some 6,000 conversations during that 40-day period in order to establish that Ms. Castelly's home and telephone line were used by Jean and other members of the organization.

Given all of the information established by the evidence, again it is clear that Ms. Castelly lied during her testimony and

d'experts a été accordé par le tribunal aux sergents-détectives Ferland et Bouchard, tous deux policiers au Service de police de la ville de Québec, sans objection de la part des procureurs de la demanderesse. En l'espèce, le tribunal est satisfait que les sergents-détectives Ferland et Bouchard ont rendu des témoignages crédibles et dignes de foi. Le tribunal écrit dans sa décision que les témoignages de ces derniers ont été clairs, concis et dénués d'exagérations. Selon le tribunal, ils ont répondu honnêtement aux questions posées et particulièrement à celles qui concernaient l'existence d'éléments de preuve concernant une implication directe dans les activités criminelles.

[24] À mon avis, le tribunal avait des motifs raisonnables pour douter sérieusement de la véracité du témoignage de la demanderesse. La conclusion de non-crédibilité de la demanderesse est bien motivée et s'appuie sur un ensemble d'éléments factuels au dossier [aux paragraphes 122 et 128 à 133] :

La preuve a démontré que madame Castelly connaissait beaucoup plus intimement les membres principaux de l'organisation qu'elle ne le prétend. [...]

[...]

Elle tenta de minimiser le plus possible ses liens afin de présenter les membres de l'organisation comme étant de simples connaissances, amis de son fils pour qui elle cuisinait de temps en temps.

Elle témoigna que son fils ne venait pas la visiter régulièrement et qu'il pouvait se passer de un à deux mois entre ses visites, au point où elle l'appelait pour prendre de ses nouvelles.

Elle témoigna que son fils, lorsqu'il était chez elle, s'emparait de son téléphone et que cela l'importunait.

Toutefois, l'écoute électronique faite sur une période de 40 jours démontre une présence régulière, presque journalière, de Jean Pierrin chez sa mère et aussi la présence régulière de ses amis.

Toujours sur une période de 40 jours, le sergent-détective Bouchard a pu sélectionner plus de 580 conversations sur environ 6 000 pertinentes pour démontrer que la résidence et le téléphone de madame étaient utilisés par Jean ou d'autres membres de l'organisation.

Considérant toutes les informations que la preuve révèle, encore une fois, il est clair que madame a menti lors de son

did everything to present herself in another light as a victim, not a participant.

[25] The applicant also submits that she was not accused of a crime described in paragraph 37(1)(a) of the Act or convicted by a court of law. In that regard, the issuance of a peace bond with the applicant's consent does not make it possible to infer that she belongs to the Wolf Pack gang or that she personally knows about the criminal activity that the police attributed to the alleged members of this group.

[26] However, this claim of the applicant does not affect the lawfulness of the panel's decision. In fact, belonging to an organization described in paragraph 37(1)(a) of the Act does not require the existence of criminal charges or a conviction. In addition, case law has clearly established that it is not necessary to demonstrate that the person concerned is a member of an organization, but rather that there are reasonable grounds to believe that he or she is a member: paragraph 37(1)(a) and section 33 of the Act; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.); and *Mugesera*, at paragraph 114.

[27] Having reviewed the panel's reasons in light of the evidence presented, I consider reasonable the panel's finding that there are reasonable grounds to believe that the applicant is a member of the Wolf Pack. The panel meticulously analyzed the documents on which it based its findings and indicated precisely where in the documents submitted the pieces of evidence could be found. The panel not only relied on several different documents, but also explained why it considered that information credible. Contrary to the applicant's allegations, there is much more than vague "suspicions" here. These pieces of evidence appear in truth to be based on conclusive and trustworthy information.

[28] It is true that the evidence on the tribunal record does not demonstrate that the applicant personally took part in serious crimes. Moreover, according to the testimony of Detective Sergeant Ferland (testimony considered credible and trustworthy by the panel) [at paragraph 62]: "[the Detective Sergeants] had no direct evidence

témoignage et qu'elle a tout fait pour se présenter sous une lumière autre, comme une victime plus que comme une participante.

[25] La demanderesse fait également valoir qu'elle n'a pas été accusée d'un crime visé à l'alinéa 37(1)a) de la Loi, ni condamnée par une cour de justice. À ce chapitre, l'émission d'un mandat de paix, du consentement de la demanderesse, ne permet pas d'inférer son appartenance au gang Wolf Pack ou sa connaissance personnelle des activités criminelles imputées par la police aux membres présumés de ce gang.

[26] Or, cette prétention de la demanderesse n'affecte pas la légalité de la décision rendue par le tribunal. En effet, l'appartenance à une organisation visée à l'alinéa 37(1)a) de la Loi ne requiert pas l'existence d'accusations ou de condamnations criminelles. D'ailleurs, la jurisprudence a clairement établi qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que la personne concernée soit membre d'une organisation, mais bien plutôt qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est membre : l'alinéa 37(1)a) et l'article 33 de la Loi; *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); et *Mugesera*, au paragraphe 114.

[27] Après avoir examiné les motifs de la Commission à la lumière de la preuve présentée, j'estime que la conclusion du tribunal selon laquelle il existe des motifs raisonnables de croire que la demanderesse est membre du Wolf Pack est raisonnable. Le tribunal a procédé à une analyse minutieuse des documents sur lesquels il s'est fondé et a indiqué avec précision à quel endroit on pouvait trouver les éléments de preuve dans la documentation soumise. Le tribunal s'est non seulement fondé sur plusieurs documents différents, mais a également expliqué pourquoi il considérait ces renseignements crédibles. Contrairement à ce que prétend la demanderesse, il s'agit bien plus que de vagues « soupçons ». Ces éléments de preuve semblent effectivement reposer sur des renseignements concluants et dignes de foi.

[28] Il est vrai que les éléments de la preuve au dossier du tribunal ne démontrent pas que la demanderesse a personnellement participé à des crimes graves. D'ailleurs, selon le témoignage du sergent-détective Ferland (un témoignage crédible et digne de foi, selon le tribunal) [au paragraphe 62] : « [les sergents-détectives] n'ont

that Ms. Castelly was involved in her son's criminal activity ... [since] if the police had had such evidence, they would have charged her with procuring and living on the avails of prostitution." As well, no evidence collected during the Scorpion investigation would make it possible to conclude that the applicant encouraged the young girls to become prostitutes.

[29] However, the panel was also able to support its finding because of the fact that the applicant had direct knowledge of the criminal activity of other members of the Wolf Pack who acted on behalf of the gang. In *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.) (*Chiau*), application for leave to appeal to S.C.C. dismissed [2001] S.C.C.A. No. 71 (QL), the Federal Court of Appeal implies at paragraphs 25, 56 and 57 that being a member of an organized criminal group can simply mean belonging to an organization:

It is not, therefore, either necessary, or helpful, to say much more about the meaning of the term "members" for the purpose of paragraph 19(1)(c.2). However, by equating being a "member" with "belonging to" a criminal organization, the Trial Division Judge correctly concluded that, in this context, the term should be broadly understood.

[30] Similarly, in *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 487 (*Poshteh*), the Federal Court of Appeal stated the following at paragraphs 27-28:

There is no definition of the term "member" in the Act. The courts have not established a precise and exhaustive definition of the term. In interpreting the term "member" in the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, the Trial Division (as it then was) has said that the term is to be given an unrestricted and broad interpretation. The rationale for such an approach is set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101 (F.C.T.D.), at paragraph 52:

The provisions deal with subversion and terrorism. The context in immigration legislation is public safety and national security, the most serious concerns of government. It is trite to say that terrorist organizations do not issue membership cards. There is no formal test for membership and members are not therefore easily identifiable. The Minister of Citizenship and Immigration may, if not detrimental to the national interest, exclude an individual from

aucune preuve directe que madame était impliquée dans les activités illégales de son fils [...] car s'ils avaient eu cette preuve, il y aurait eu accusation de proxénétisme et d'avoir bénéficié de fruits de la prostitution ». De plus, rien dans la preuve obtenue lors de l'enquête Scorpion ne permettrait de conclure que la demanderesse aurait incité les jeunes filles à se prostituer.

[29] Cependant, le tribunal est aussi en mesure d'appuyer sa conclusion en raison du fait que la demanderesse avait une connaissance directe des activités criminelles d'autres membres du Wolf Pack, qui agissaient au nom du gang. Dans l'arrêt *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.) (*Chiau*), demande d'autorisation à la C.S.C. rejetée [2001] C.S.C.R. n° 71 (QL), la Cour d'appel fédérale laisse entendre aux paragraphes 25, 56 et 57 que le fait d'être membre d'un groupe du crime organisé peut désigner simplement l'appartenance à l'organisation :

Il n'est donc pas nécessaire ou utile d'en dire davantage sur le sens du mot « membres » aux fins de l'alinéa 19(1)c.2). Cependant, en assimilant la qualité de « membre » à l'« appartenance » à une organisation criminelle, le juge de première instance a conclu à juste titre que, dans ce contexte, le mot devrait être défini largement.

[30] D'une façon similaire, dans la décision *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 487 (*Poshteh*), aux paragraphes 27 et 28, la Cour d'appel fédérale a indiqué ce qui suit :

La Loi ne définit pas le mot « membre ». Les tribunaux n'ont pas établi une définition précise et complète de ce terme. Lorsqu'elle a interprété le mot « membre » employé dans l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, la Section de première instance (sa désignation à l'époque) a dit que ce mot devait recevoir une interprétation large et libérale. La raison d'être d'une telle approche est exposée dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 52 [[1998] A.C.F. n° 1147 (QL)] :

Les dispositions en cause traitent de la subversion et du terrorisme. Le contexte, en ce qui concerne la législation en matière d'immigration, est la sécurité publique et la sécurité nationale, soit les principales préoccupations du gouvernement. Il va sans dire que les organisations terroristes ne donnent pas de cartes de membres. Il n'existe aucun critère formel pour avoir qualité de membre et les membres ne sont donc pas facilement identifiables. Le

the operation of subparagraph 19(1)(f)(iii)(B). I think it is obvious that Parliament intended the term “member” to be given an unrestricted and broad interpretation.

The same considerations apply to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

[31] Based on the rationale in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101 (F.C.T.D.), and, in particular, on the availability of an exemption from the operation of paragraph 34(1)(f) in appropriate cases, the Federal Court of Appeal repeats in *Poshteh*, at paragraphs 29–32 that the term “member” under the Act should continue to be interpreted broadly:

Nonetheless, Mr. Poshteh says that the Immigration Division erred by determining the question of membership on the basis of the nature and duration of his activities, while failing to consider his level of integration within the organization. He says the key consideration for membership is a significant level of integration within an organization. He submits that adopting significant integration as the test for membership would promote more consistent decision-making by the Immigration Division.

I am not persuaded that Mr. Poshteh’s significant integration test would achieve the consistency that he says is presently lacking in Immigration Division decisions. A significant integration test would still require an assessment of the facts and a judgment as to whether the degree of integration in any particular case was sufficient to constitute the individual a member. More importantly, a test for membership based on significant integration would not be consistent with the broad interpretation to be given to the term “member.”

The Immigration Division adopted a broad approach to the interpretation of the term “member.” [Emphasis added.]

[32] Although it [the rationale applied in *Chiau*] applies to paragraph 19(1)(c.2) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1996, c. 19, s. 83] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act), there is no reason, in my opinion, not to apply the same rationale to paragraph 37(1)(a) of the Act, since the two provisions are similar. Consequently, the term “member” can describe any person who simply belongs to a criminal organization.

ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration peut, si cela n’est pas préjudiciable à l’intérêt national, exclure un individu de l’application de la division 19(1)(f)(iii)(B). Je crois qu’il est évident que le législateur voulait que le mot « membre » soit interprété d’une façon libérale, sans restriction aucune.

Les mêmes considérations valent pour l’alinéa 34(1)(f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

[31] Eu égard au raisonnement suivi dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Singh*, [1998] A.C.F. n° 1147 (1^{re} inst.) (QL) et, plus particulièrement, à l’existence, dans les cas qui le justifient, d’une dispense d’application de l’alinéa 34(1)(f), la Cour d’appel fédérale dans *Poshteh*, aux paragraphes 29 à 32, réitère que le mot « membre », utilisé dans la Loi, devrait continuer d’être interprété d’une manière libérale :

Néanmoins, M. Poshteh dit que la Section de l’immigration a commis une erreur parce qu’elle s’est fondée sur la nature et la durée de ses activités pour dire qu’il était membre de l’organisation, sans tenir compte de son niveau d’intégration dans l’organisation. Selon lui, ce qui caractérise l’appartenance à une organisation, c’est l’importance du niveau d’intégration. Il dit que l’adoption de ce critère pour savoir si une personne appartient ou non à une organisation favoriserait des décisions plus uniformes de la part de la Section de l’immigration.

Je ne suis pas convaincu que le critère de l’importance du niveau d’intégration qui est préconisé par M. Poshteh favoriserait l’uniformité qui, selon lui, fait aujourd’hui défaut dans les décisions de la Section de l’immigration. Ce critère obligerait quand même la Section de l’immigration à apprécier les faits et à dire si le niveau d’intégration dans tel ou tel cas suffisait à faire de l’intéressé un membre de l’organisation. Qui plus est, un critère de l’appartenance fondé sur le niveau d’intégration ne serait pas compatible avec une interprétation libérale du mot « membre ».

La Section de l’immigration a choisi d’interpréter d’une manière libérale le mot « membre ». [Je souligne]

[32] Bien que [le raisonnement suivi dans la décision *Chiau*] s’appliquant à l’alinéa 19(1)(c.2) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1996, ch. 19, art. 83] de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, (la Loi antérieure), il n’y a pas de raison à mon avis pour ne pas appliquer le même raisonnement à l’alinéa 37(1)(a) de la Loi vu la similitude des deux dispositions. Par conséquent, le terme « membre » peut désigner toute personne qui appartient simplement à une organisation criminelle.

[33] In addition, the applicant’s counsel submits that his client cannot be held responsible for the illegal activities of the Wolf Pack gang because of her family ties to her son, Jean Pierrin. According to her counsel, [TRANSLATION] “an institutional link exists when a lawyer who is a permanent resident of Canada defends a member of a street gang or criminal organization as set out in the Act”. Thus, according to the applicant’s counsel, a distinction must be made for the family ties that bind the applicant to her son: [TRANSLATION] “a poor mother whose son leads a wrongful life, did she choose to be aware, to the point of being sanctioned by the Court, of her son’s illegal activities”?

[34] In this case, the applicant’s counsel submits that there is no “institutional link” here, as seems to be required by some case law of this Court: see *Sinnaiah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 43 Imm. L.R. (3d) 269 (*Sinnaiah*) and *Amaya v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 549 (*Amaya*).

[35] The concept of an “institutional link” has not been defined, but it seems to have been put alongside the concept of “knowing participation” in the organization’s activities. In *Sinnaiah*, the operation of paragraph 34(1)(f) was discussed. Both parties accepted that the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) was a terrorist group. The following issue was raised in that case [at paragraph 3]: “[w]as there evidence providing the officer with reasonable grounds for believing that Mr. Sinnaiah was a member of the LTTE?” Deciding to allow the application for judicial review, Mr. Justice O’Reilly made the following finding, at paragraph 6:

To establish “membership” in an organization, there must at least be evidence of an “institutional link” with, or “knowing participation” in, the group’s activities: *Chiau*, above; *Thanaratnam*, above. [Emphasis added.]

[36] That excerpt is cited with approval in the context of paragraph 37(1)(a) in *Amaya*, at paragraphs 29-30:

[33] De surcroît, le procureur de la demanderesse plaide que sa cliente ne peut être tenue responsable des activités illicites du gang Wolf Pack à cause du lien familial qui l’unit, en tant que mère, à Jean Pierrin. On parle de « liens institutionnels », selon le procureur de la demanderesse « lorsqu’un avocat, qui jouit du statut de résident permanent au Canada, défend un membre de gang de rue, d’une organisation criminelle ou d’une association malfaiteur [*sic*] au sens de la loi ». Ainsi, selon le procureur de la demanderesse, il faut faire une distinction avec le « lien familial » qui unit la demanderesse et son fils : « une mère qui vit pauvrement et dont le fils mène une mauvaise vie, a-t-elle choisi d’avoir connaissance, au point d’être sanctionnée par la Cour, des activités illicites de son fils? »

[34] En l’espèce, le procureur de la demanderesse avance qu’il n’y a ici aucun « lien institutionnel » comme semble l’exiger une certaine jurisprudence de cette Cour : voir *Sinnaiah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 1576 (QL) (*Sinnaiah*) et *Amaya c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 549 (*Amaya*).

[35] La notion de « lien institutionnel » n’a pas été définie, alors qu’elle semble avoir été mise en parallèle avec la « participation consciente » aux activités d’une organisation. Dans la décision *Sinnaiah*, l’application de l’alinéa 34(1)(f) était soulevée. Les deux parties ont alors accepté que les Tigres de Libération de l’Eelam tamoul (LTTE) constituent un groupe terroriste. La question en litige était [au paragraphe 3] : « [L]’agent disposait-il d’éléments de preuve lui donnant des motifs raisonnables de croire que M. Sinnaiah était membre des LTTE? » En décidant d’accueillir la demande de contrôle judiciaire, le juge O’Reilly conclut, au paragraphe 6 :

Pour démontrer que l’intéressé « fait partie » d’une organisation, il faut à tout le moins qu’il y ait des éléments de preuve tendant à établir l’existence de « liens institutionnels » ou d’une « participation consciente » aux activités du groupe (arrêt *Chiau* et jugement *Thanaratnam*, précités). [Je souligne.]

[36] Ce passage est cité avec approbation dans le contexte de l’alinéa 37(1)(a) dans la décision *Amaya* aux paragraphes 29 et 30 :

Justice O'Reilly sums up these statements in *Sinnaiah v. Canada (M.C.I.)*, 2004 FC 1576, at paragraph 6 as follows:

To establish “membership” in an organization, there must at least be evidence of an “institutional link” with, or “knowing participation” in, the group’s activities: *Chiau*, above; *Thanaratnam*, above.

In sum, even if the Applicant himself did not engage in the criminal activities, if he had knowledge of the activities, it would appear that he met the requirements of membership. Knowledge of the gang’s activities would appear sufficient to satisfy any *mens rea* requirement.

[37] However, it must be mentioned that no such statement is made in *Chiau* or *Thanaratnam* to which O'Reilly J. was referring. Therefore, I am not satisfied that the lack of some “institutional link” in this case renders the panel’s decision unreasonable.

[38] Once again, I do not believe that the panel acted unreasonably in rejecting the [TRANSLATION] “ignorance” argument presented by the applicant’s counsel. In fact, according to the panel, the evidence on the record did not allow it to accept the applicant’s version [at paragraph 149] “that she did not know what was happening at her home.” The panel further explains that [at paragraph 150] “[t]he issue is not guilt by association at all, but rather the discrepancy between Ms. Castelly’s testimony and the electronic surveillance-based evidence of her interest and activity.” In short, the panel did not believe the applicant who presented herself as simply a mother and who claimed to have no knowledge about the activity of her son and his friends.

[39] In this case, according to the evidence on the tribunal record, not only was the applicant informed of the Wolf Pack’s activities, but her home was also used as the organization’s meeting place. Furthermore, the applicant is not only the mother of Jean Pierrin, who is a member of the organization, but was also in direct contact with several members of the Wolf Pack. Thus, she acted as messenger and receptionist for her son. During the police investigation, she was also identified by young girls as a member of the group (Exhibit C-4, certified tribunal

Le juge O'Reilly résume comme suit ces énoncés dans la décision *Sinnaiah c. Canada (M.C.I.)*, 2004 CF 1576, au paragraphe 6 :

Pour démontrer que l’intéressé « fait partie » d’une organisation, il faut à tout le moins qu’il y ait des éléments de preuve tendant à établir l’existence de « liens institutionnels » ou d’une « participation consciente » aux activités du groupe (arrêt *Chiau* et jugement *Thanaratnam*, précités).

En résumé, même si le demandeur ne s’est pas livré à des activités criminelles, s’il était au courant des activités, il semble qu’il satisfait aux critères de l’appartenance. Le fait d’être au courant des activités de la bande semblerait suffisant pour satisfaire à l’exigence de l’élément moral.

[37] Or, il faut mentionner que l’on ne trouve un tel énoncé ni dans l’arrêt *Chiau*, ni dans la décision *Thanaratnam* auxquels le juge O'Reilly renvoie. Je ne suis donc pas convaincu que l’absence d’un quelconque « lien institutionnel » en l’espèce rend la décision du tribunal déraisonnable.

[38] Encore une fois, je ne crois pas que le tribunal ait agi de façon déraisonnable en rejetant la thèse de l’« ignorance » présentée par le procureur de la demanderesse. En effet, selon le tribunal, la preuve au dossier ne permet pas d’accepter la version de la demanderesse [au paragraphe 149] « quant à son ignorance de ce qui se passait chez elle ». À cet égard, le tribunal explique [au paragraphe 150] : « [i]l ne s’agit aucunement d’une question de culpabilité par association, mais plutôt de la dichotomie existant entre ce que la preuve d’écoute électronique démontre quant à ses intérêts et ses activités et son témoignage ». Bref, le tribunal n’a pas cru la demanderesse qui se présente comme une simple mère de famille et qui prétend n’avoir aucune connaissance des activités de son fils et des amis de ce dernier.

[39] En l’espèce, selon la preuve au dossier du tribunal, la demanderesse était non seulement au courant des activités du Wolf Pack mais sa résidence était utilisée par l’organisation comme lieu de réunion. De plus, non seulement la demanderesse est-elle la mère de Jean Pierrin, un membre de l’organisation, mais elle était en contact direct avec plusieurs membres du Wolf Pack. Ainsi, elle agissait comme messagère et réceptionniste pour son fils. Lors de l’enquête policière, elle avait également été désignée par des jeunes filles comme étant membre du

record, at page 116). In addition, the panel could not find that the applicant had not obtained a financial benefit from that activity [at paragraph 151]:

The evidence adduced indicates that she could or did travel to Florida and Haiti while she was receiving social assistance. There is also evidence that she used the services of a woman friend to deposit amounts of money in the friend's bank account.

[40] In light of all these facts, it was not unreasonable for the panel to find that the applicant was a member of the Wolf Pack, an “organization” that engaged in the types of crime described in section 37 of the Act. Moreover, and I repeat, it is not necessary to prove that someone belongs to a criminal organization described in section 37 of the Act; it is sufficient to have reasonable grounds to believe that he or she is or was a member of such an organization. In that regard, the panel does not have to apply the tests developed by the Canadian courts concerning belonging to a criminal organization for the purposes of subsection 467.1(1) [as enacted by S.C. 1997, c. 23, s. 11; 2001, c. 32, s. 27] of the *Criminal Code*. Finally, I do not believe that the panel's decision was unreasonable because it did not make reference to tests used by the police to determine whether someone is a member of a street gang or because it did not mention in the impugned decision the existence of an “institutional link” between the Wolf Pack and the applicant: see *Thanaratnam*.

[41] That said, the applicant and the respondent are both of the view that formulating a general definition for “member” or a general test to determine whether someone is or was a “member” of an “organization” described in paragraph 37(1)(a) of the Act raises a question of general importance that “transcends the interests of the immediate parties to the litigation”, “contemplates issues of broad significance” and would be determinative of the appeal.

[42] I note that the Act does not define the term “member” and that the courts have not established a precise definition of the term or a test for “belonging to” an organization described in paragraph 37(1)(a) of the Act. In the last few years at least, case law of the Federal Court

groupe (pièce C-4, dossier certifié du tribunal, à la page 116). De plus, le tribunal ne pouvait conclure que la demanderesse n'avait pas profité monétairement de ces activités [au paragraphe 151] :

La preuve présentée semble indiquer que madame pouvait ou avait voyagé en Floride et en Haïti alors qu'elle est sur l'aide sociale. Il y a aussi des éléments de preuve indiquant que madame aurait utilisé les services d'une amie pour déposer des sommes d'argent dans le compte de cette dernière.

[40] À la lumière de tous ces éléments, il n'était pas déraisonnable pour le tribunal de conclure que la demanderesse était membre du Wolf Pack, une « organisation » qui se livrait aux types de crimes visés par l'article 37 de la Loi. D'ailleurs, je le répète, l'appartenance à une organisation criminelle visée à l'article 37 de la Loi n'a pas à être prouvée; il suffit d'avoir des motifs raisonnables de croire qu'une personne est ou a été membre d'une telle organisation. À cet égard, le tribunal n'est pas tenu d'appliquer les critères développés par les cours canadiennes en matière d'appartenance à un gang criminalisé au sens du paragraphe 467.1(1) [édicte par L.C. 1997, ch. 23, art. 11; 2001, ch. 32, art. 27] du *Code criminel*. Enfin, je ne crois pas que la décision du tribunal soit déraisonnable parce qu'il n'est pas fait référence aux critères utilisés par la police pour déterminer si une personne est membre d'un gang de rue ou parce qu'il n'est pas fait mention dans la décision contestée à l'existence de « liens institutionnels » entre le Wolf Pack et la demanderesse : voir *Thanaratnam*.

[41] Ceci dit, la demanderesse et le défendeur sont conjointement d'avis que la formulation d'une définition générale de « membre » ou de critères généraux pour déterminer si une personne est ou a été « membre » d'une « organisation » visée à l'alinéa 37(1)a) de la Loi, soulève une question d'importance ou de portée générale qui « transcende les intérêts des parties au litige », qui « aborde des éléments ayant des conséquences importantes » et qui est par ailleurs, déterminante aux fins d'un appel.

[42] Je note que la Loi ne définit pas le mot « membre » et que les tribunaux n'ont pas établi une définition précise de ce terme, ni de liste de critères « d'appartenance » à une organisation visée à l'alinéa 37(1)a) de la Loi. Or, ces dernières années du moins, la jurisprudence de la

and Federal Court of Appeal has not been consistent on the issue of a test relevant to determining whether someone is a member of a criminal organization. For example, should the panel refer to the specific criteria recently restated in *Sinnaiah* (and cited with approval in *Amaya*) or is it sufficient for it to base its decision on the more general statements found in *Chiau*, which is older? How should “institutional link” be interpreted, and is this concept relevant to the operation of paragraph 37(1)(a) of the Act (which I seriously doubt for the reasons stated above)? If applicable, should that test be applied alternatively or subsidiarily to that of “personal knowledge” of the group’s criminal activity?

[43] Consequently, I agree with the parties that there is a question of general importance that must be certified by the Court. The question should be stated as follows:

For the purposes of paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, what is the general definition of “member”, and what test must one apply to determine whether a person is or was a “member” of an “organization” described in that paragraph?

ORDER

THE COURT ORDERS that

1. The application for judicial review be dismissed.
2. The following question of general importance be certified under paragraph 74(d) of the Act:

For the purposes of paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, what is the general definition of “member”, and what test must one apply to determine whether a person is or was a “member” of an “organization” described in that paragraph?

Cour d’appel fédérale et la Cour fédérale n’est pas univoque sur la question des critères qui sont pertinents aux fins de déterminer si une personne est membre d’une organisation criminelle. Par exemple, le tribunal doit-il se référer aux critères particuliers repris récemment dans la décision *Sinnaiah* (et cités avec approbation dans l’arrêt *Amaya*) ou est-il suffisant que celui-ci s’en tienne aux énoncés plus généraux que l’on peut retrouver dans l’arrêt *Chiau*, qui est antérieur? Que faut-il entendre par « liens institutionnels », et ce dernier élément, est-il pertinent aux fins de l’application de l’alinéa 37(1)a) de la Loi (ce dont je doute fortement pour les raisons que j’ai déjà exprimées plus haut)? Le cas échéant, ce dernier critère devrait-il être appliqué alternativement ou subsidiairement à l’élément « connaissance personnelle » des activités criminelles du groupe?

[43] Par conséquent, je suis d’accord avec les parties qu’il existe une question de portée générale qui doit être certifiée par la Cour. La question devrait être rédigée de la façon suivante :

Pour les fins de l’application de l’alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 quelle est la définition générale de « membre » et quels critères doit-on appliquer pour déterminer si une personne est ou a été « membre » d’une « organisation » visée à cette disposition?

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. La question suivante de portée générale est certifiée en application de l’alinéa 74d) de la Loi:

Pour les fins de l’application de l’alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 quelle est la définition générale de « membre » et quels critères doit-on appliquer pour déterminer si une personne est ou a été « membre » d’une « organisation » visée à cette disposition?

T-2138-06
2008 FC 769

T-2138-06
2008 CF 769

The Canadian Wheat Board (*Applicant*)

La Commission canadienne du blé (*demanderesse*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

and

et

T-249-07

T-249-07

The Canadian Wheat Board (*Applicant*)

La Commission canadienne du blé (*demanderesse*)

v.

c.

Attorney General of Canada and The Minister of Agriculture and Agri-Food and Minister of the Canadian Wheat Board (*Respondents*)

Le procureur général du Canada et le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire et ministre de la Commission canadienne du blé (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADA (WHEAT BOARD) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION DU BLÉ) c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Hughes J.—Winnipeg, June 16 and 19, 2008.

Cour fédérale, juge Hughes—Winnipeg, 16 et 19 juin 2008.

Agriculture — Applications for judicial review of two Directions issued under Canadian Wheat Board Act, s. 18(1) by Governor in Council — Direction (Advocacy Direction) in T-2138-06 prohibiting Canadian Wheat Board (CWB) from expending funds on advocating CWB's retention of monopoly powers or "single desk" policy — CWB seeking declarations Advocacy Direction unlawful, ultra vires — Since 1998, CWB corporation with own board of directors — Although Advocacy Direction couched in terms of expenditure of funds, no evidence nature or extent of funds at issue considered — Advocacy Direction motivated to silencing CWB regarding promotion of "single desk" policy — Departure by decision-making body from objects, purposes of statute subject to judicial review, particularly where order really directed to purpose not within scope of enabling statute as herein — Given lack of evidence Advocacy Direction issued to constrain CWB's expenditure of funds for proper purpose, Direction ultra vires — Application in T-2138-06 allowed — Application in T-249-07 dismissed as moot.

Agriculture — Demandes de contrôle judiciaire de deux instructions données par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 18(1) de la Loi sur la Commission canadienne du blé — L'instruction sur la promotion visée par la demande T-2138-06 interdit à la Commission canadienne du blé (la CCB) d'engager des fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques ou promouvoir le régime du « guichet unique » — La CCB cherchait à obtenir des déclarations portant que l'instruction sur la promotion est illicite et ultra vires — Depuis 1998, la CCB est une Commission dotée de son propre conseil d'administration — Bien que l'instruction sur la promotion soit formulée en termes d'engagement de fonds, aucun élément de preuve n'établissait qu'on avait examiné la nature ou le volume des fonds qui étaient en cause — L'instruction sur la promotion s'inspirait de la volonté de réduire au silence la CCB en ce qui concerne la promotion de sa politique du « guichet unique » — Tout manquement d'un organe décisionnel à l'objet de la loi peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, particulièrement dans le cas où l'ordonnance vise une fin qui n'est pas dans la portée de la loi habilitante, comme ce fut le cas en l'espèce — Comme la preuve n'a pas établi que l'instruction sur la promotion a été publiée pour limiter le versement de fonds par la CCB dans un but légitime, l'instruction était ultra vires — La

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Rights — Applications for judicial review of two Directions issued under Canadian Wheat Board Act, s. 18(1) to Canadian Wheat Board (CWB) — S.C.C. holding entity which is not strictly government or government agency may be considered government if certain factors, i.e. degree of control, evident — Therefore, entity not clearly government or agency but subject to government control over otherwise independent action must in circumstances be able to invoke Charter — Through power of direction, government given authority over activity CWB's board of directors would otherwise carry out — Because Advocacy Direction not corresponding with objects, purposes of Act, impinges on freedom of expression, violates Charter, s. 2(b).

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Applications for judicial review of two Directions issued under Canadian Wheat Board Act, s. 18(1) by Governor in Council — Governor in Council must exercise statutory power by staying within provisions of law failing which Court must exercise supervisory function — Where statute delegating powers to another body, delegate must exercise power in accordance with purposes, objects of enabling Act — Otherwise, departure by decision-making body from objects, purposes of statute subject to judicial review.

These were applications for judicial review of two different Directions issued under subsection 18(1) of the *Canadian Wheat Board Act* by the Minister of Agriculture and Agri-Food to the Canadian Wheat Board (CWB). However, application T-249-07 was dismissed for mootness. In application T-2138-06, a Direction was issued on October 5, 2006 prohibiting the CWB from expending funds on advocating the retention of its monopoly powers or a “single desk” system for marketing wheat. The CWB sought declarations that the Direction is unlawful and *ultra vires*. Shortly after the Direction was issued, the Minister asked the CWB to remove certain material regarding studies conducted in respect of the CWB that was posted on its Web site but the CWB refused to comply.

Although created as a Crown agency, since 1998 the CWB has been a corporation with its own board of directors which, according to subsection 3.01(1) of the Act, directs and manages the affairs of the Corporation and is vested with all the powers

demande T-2138-06 a été accueillie — La demande T-249-07 a été rejetée au motif de son caractère théorique.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits fondamentaux — Demandes de contrôle judiciaire de deux instructions données à la Commission canadienne du blé (la CCB) en vertu de l'art. 18(1) de la Loi sur la Commission canadienne du blé — La C.S.C. a reconnu qu'une entité qui n'est pas strictement le gouvernement ou l'un de ses organismes peut être assimilée au gouvernement si certains facteurs, notamment le degré de contrôle, sont manifestes — Par conséquent, une entité qui n'est manifestement pas le gouvernement ou l'un de ses organismes mais qui est assujettie au contrôle du gouvernement sur ce qui serait autrement un acte indépendant, doit pouvoir dans ces circonstances invoquer la Charte — Le gouvernement, par le pouvoir d'une instruction, est investi d'une autorité à l'égard d'une activité qui serait autrement exécutée par le conseil d'administration de la CCB — Parce que l'instruction sur la promotion n'est pas conforme à l'objet de la Loi et qu'elle freine la liberté d'expression, elle contrevient à l'art. 2(b) de la Charte.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Demandes de contrôle judiciaire de deux instructions données par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 18(1) de la Loi sur la Commission canadienne du blé — Le gouverneur en conseil doit, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, s'en tenir aux dispositions de la loi, à défaut de quoi la Cour doit exercer sa fonction de surveillance — Lorsqu'une loi délègue des pouvoirs à un autre organisme, l'exercice de ce pouvoir par le délégataire doit être en conformité avec l'objet de la loi habilitante — Sinon, un manquement d'un organe décisionnel à l'objet de la loi peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire de deux instructions du ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire données en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* à la Commission canadienne du blé (la CCB). Cependant, la demande T-249-07 a été rejetée au motif de son caractère théorique. La demande T-2138-06 concernait une instruction datée du 5 octobre 2006 interdisant à la CCB d'engager des fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques ou promouvoir le régime du « guichet unique » pour la commercialisation du blé. La CCB cherchait à obtenir des déclarations portant que l'instruction est illicite et *ultra vires*. Peu après la publication de l'instruction, le ministre a demandé à la CCB de retirer certains documents concernant des études menées au sujet de la CCB affichés sur son site Internet, mais la CCB a refusé.

Bien qu'elle ait été créée à titre d'organisme de la Couronne, la CCB est, depuis 1998, une Commission dotée de son propre conseil d'administration qui, suivant le paragraphe 3.01(1) de la Loi, assure la direction et l'administration des affaires de la

thereof. Paragraphs 3.12(a) and (b) set out the duty of care of the directors and officers and subsection 3.12(2) provides that they shall comply with any directions given to the Corporation. Under subsection 18(1) of the Act, the Governor in Council may by order give directions to the CWB as to its “operations, powers and duties”. Under subsections 18(1.1) and (1.2) the directors shall cause the directions to be implemented. No previous direction has dealt with how the board is to conduct itself with respect to advocacy, distribution of information or entering into policy debates. The issue was whether the Minister’s Direction was *ultra vires* and of no effect and whether it contravened paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter).

Held, application T-2138-06 should be allowed and application T-249-07 should be dismissed.

Those entrusted to govern are constrained in the use of the powers and discretion given to them. There is no such thing as absolute discretion and no legislative Act can, without express language, contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose. Moreover, “good faith” means carrying out the statute according to its intent and for its purpose; acting with a rational appreciation of that intent and purpose and not with an improper intent and for an alien purpose. The Governor in Council must exercise the statutory power conferred thereon by staying within the provisions of the law failing which the Court must exercise its supervisory function. Therefore, while it may be appropriate for a direction to be given where there is a reasonable concern that government funds are at risk, the direction must be examined as to its true nature and intent.

Although the Direction is couched in terms of expenditure of funds, there was no evidence that genuine consideration was given to the nature or extent of funds that were in issue or at risk. There has been a clear dispute between the present government and the CWB on whether the CWB should retain its monopoly powers and operate as a “single desk” or as an open market or some intermediate position. The Direction was clearly motivated principally to silencing the CWB in respect of promoting in any way a “single desk” policy, especially since the Direction makes no mention of any promotion by the CWB of the Minister’s preference for an open market or market choice. Where a statute delegates powers to another body, as in subsection 18(1) of the Act which delegates the power to make a direction to the Governor in Council, the exercise of that power by the delegate must be in accordance with the purposes and objects of the Act, notwithstanding any apparent broad or unrestricted nature of

Commission et est investi de tous les pouvoirs conférés à celle-ci. Les alinéas 3.12a) et b) énoncent le devoir de diligence des administrateurs et des dirigeants et le paragraphe 3.12(2) dispose que les administrateurs et les dirigeants doivent observer les instructions données à la Commission. Selon le paragraphe 18(1) de la Loi, le gouverneur en conseil peut, par décret, donner des instructions à la CCB sur la manière dont celle-ci exerce « ses activités et ses attributions ». Les sous-paragraphes 18(1.1) et (1.2) précisent que les administrateurs veillent à la mise en œuvre des instructions. Aucune instruction antérieure n’a traité du comportement que doit avoir le conseil d’administration à l’égard de la promotion d’une cause, de la distribution de renseignements ou de la participation aux débats politiques. Les questions à trancher étaient celles de savoir si l’instruction du ministre était *ultra vires* et inopérante et si elle contrevenait à l’alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

Jugement : la demande T-2138-06 doit être accueillie et la demande T-249-07 doit être rejetée.

Les organes chargés de gouverner sont limités dans l’usage de leurs pouvoirs, et notamment de leur pouvoir discrétionnaire. Il n’y a rien de tel qu’une discrétion absolue et une loi ne peut, si elle ne l’exprime expressément, s’interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n’importe quel but. De plus, la « bonne foi » consiste à appliquer la loi d’une manière conforme à son intention et dans le but auquel elle tend et à agir dans une appréciation raisonnable de cette intention et de ce but, et non dans une intention hors de propos et pour un but étranger. Le gouverneur en conseil doit, dans l’exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, s’en tenir aux dispositions de la loi, à défaut de quoi la Cour doit exercer sa fonction de surveillance. Par conséquent, s’il peut être indiqué de donner une instruction dans le cas où on craint raisonnablement que des fonds du gouvernement soient mis à risque, il faut examiner la nature et l’intention véritable de l’instruction visée.

Bien que l’instruction soit formulée en termes d’engagement de fonds, aucun élément de preuve n’établissait qu’on avait sérieusement pris en considération la nature ou le volume des fonds qui étaient en cause ou à risque. Il existait un différend caractérisé entre le gouvernement actuel et la CCB au sujet du maintien des pouvoirs monopolistiques de la CCB et de la question de savoir si celle-ci devait fonctionner comme un « guichet unique » ou comme un marché libre ou une forme de position intermédiaire. Il était clair que l’instruction s’inspirait principalement de la volonté de réduire au silence la CCB en ce qui concerne toute action de promotion de la politique du « guichet unique », particulièrement parce que l’instruction ne fait pas mention de la promotion que la CCB pourrait faire au soutien de l’option que privilégie le ministre d’un marché libre ou d’un choix fait par le marché. Lorsqu’une loi délègue des pouvoirs à un autre organisme, à l’instar du paragraphe 18(1)

the delegated authority. A departure by a decision-making body from the objects and purposes of the statute pursuant to which it acts is objectionable and subject to review by the Courts. This is particularly so where an order, although apparently directed to one purpose, is really directed to a different purpose not within the scope of the enabling statute, properly construed. While it may well be appropriate for a direction to be issued to constrain or direct the expenditure of funds for a proper purpose where it has been demonstrated that there is a real concern that Parliament's obligation to make good upon a significant shortfall of money is likely to occur, the evidence did not prove that this situation existed here. Therefore, the Direction was *ultra vires* and of no effect.

Although it was not necessary to do so given the declaration of *ultra vires*, the argument that the Direction violated paragraph 2(b) of the Charter was nevertheless considered. First it had to be determined whether the CWB was an entity that could seek the protection of the Charter. The Supreme Court of Canada has recognized that an entity which is not strictly the government or one of its agencies can be said to be the government if certain factors such as degree of control are evident. They would then be subject to Charter scrutiny. Therefore, it must be equally true that an entity that is not clearly the government or one of its agencies that is subject to government control over what would otherwise be independent action, must in those circumstances, be able to invoke the Charter. The government, through the power of a direction, is given authority in respect of activity that would otherwise freely be carried out by an individual, corporate entity or, in this case, the CWB's board of directors. A direction that is not in accordance with the objects and purposes of the Act and impinges on freedom of expression violates paragraph 2(b) of the Charter. Such was the case herein. Furthermore, the Direction at issue was not justified by section 1 of the Charter since the only true objective of the Direction was to constrain the advocacy of the CWB against government policy and there was no evidence of any pressing or substantial economic objective.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An act to amend The Canadian Wheat Board Act, 1935*, S.C. 1947, c. 15.
- An Act to amend the Canadian Wheat Board Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 17, summary.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2.

de la Loi qui délègue au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des instructions, l'exercice de ce pouvoir par le délégataire doit être en conformité avec l'objet de la Loi, sans égard à la nature apparemment large ou sans restrictions du pouvoir délégué. Tout manquement d'un organe décisionnel à l'objet de la loi qui l'autorise à agir est attaquant et peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Cela est particulièrement vrai dans le cas où l'ordonnance, bien qu'elle vise une fin donnée, vise en réalité une autre fin qui n'est pas dans la portée de la loi habitante, interprétée correctement. Même s'il peut être approprié de publier une instruction pour limiter ou orienter le versement de fonds dans un but légitime, s'il a été établi qu'il existe une véritable préoccupation que l'obligation du Parlement de compenser un déficit financier important puisse vraisemblablement se concrétiser, la preuve n'a rien établi de tel en l'espèce. Par conséquent, l'instruction était *ultra vires* et inopérante.

Même s'il n'était pas nécessaire de le faire parce que l'instruction a été déclarée *ultra vires*, l'argument selon lequel l'instruction enfreignait l'alinéa 2b) de la Charte a néanmoins été pris en considération. Il fallait d'abord trancher la question de savoir si la CCB était une entité qui pouvait demander la protection de la Charte. La Cour suprême du Canada a reconnu qu'une entité qui n'est pas strictement le gouvernement ou l'un de ses organismes peut être assimilée au gouvernement si certains facteurs, par exemple le degré de contrôle, sont manifestes. Une telle entité serait alors assujettie à la Charte. Il doit donc être tout aussi vrai qu'une entité qui n'est manifestement pas le gouvernement ou l'un de ses organismes et qui est assujettie au contrôle du gouvernement sur ce qui serait autrement un acte indépendant, doit pouvoir dans ces circonstances invoquer la Charte. Le gouvernement, par le pouvoir d'une instruction, est investi d'une autorité à l'égard d'une activité qui serait autrement exécutée librement par une personne physique ou une personne morale ou, en l'occurrence, par le conseil d'administration de la CCB. Une instruction qui n'est pas conforme à l'objet de la Loi et qui freine la liberté d'expression, contrevient à l'alinéa 2b) de la Charte. C'était le cas en l'espèce. Qui plus est, l'instruction en cause ne trouvait pas sa justification dans l'article premier de la Charte parce que le seul objectif véritable de l'instruction était de restreindre la promotion que fait la CCB contre la politique du gouvernement et aucun élément de preuve n'établissait d'objectif économique urgent ou important.

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, 2.
- Décret d'instructions à la Commission canadienne du blé*, DORS/2006-247.
- Décret d'instructions à la Commission canadienne du blé, numéro 1, 2007*, DORS/2007-12.

Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, c. C-24, ss. 3.01(1) (as enacted by S.C. 1998, c. 17, s. 3), 3.12(1) (as enacted *idem*), (2) (as enacted *idem*), 4(2) (as am. *idem*, s. 4), 7(3) (as am. *idem*, s. 7), 18(1) (as am. *idem*, s. 28(E)), 18(1.1) (as enacted *idem*, s. 10), 18(1.2) (as enacted *idem*).
Canadian Wheat Board Act, 1935 (The), S.C. 1935, c. 53.
Canadian Wheat Board Direction Order, SOR/2006-247.
Canadian Wheat Board Direction Order Number 1, 2007, SOR/2007-12.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), Tariff B (as am. *idem*, ss. 30, 31, 32), Column IV.
War Measures Act, 1914 (The), S.C. 1914 (2nd Sess.), c. 2.

Loi des mesures de guerre, 1914, S.C. 1914 (2^e sess.), ch. 2.
Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935, S.C. 1947, ch. 15.
Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé et d'autres lois en conséquence, L.C. 1998, ch. 17, sommaire.
Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 3.01(1) (édicte par L.C. 1998, ch. 17, art. 3), 3.12(1) (édicte, *idem*), (2) (édicte, *idem*), 4(2) (mod., *idem*, art. 4), 7(3) (mod., *idem*, art. 7), 18(1) (mod., *idem*, art. 28(A)), 18(1.1) (édicte, *idem*, art. 10), 18(1.2) (édicte, *idem*).
Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935, S.C. 1935, ch. 53.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), tarif B (mod., *idem*, art. 30, 31, 32), colonne IV.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Jakutavicius v. Canada (Attorney General) (2004), 327 N.R. 239; 2004 FCA 289; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Doctors Hospital and Minister of Health (Re)* (1976), 12 O.R. (2d) 164; 68 D.L.R. (3d) 220; 1 C.P.C. 232 (C.A.); *Heppner v. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154; 80 D.L.R. (3d) 112; 4 Alta L.R. (2d) 139 (S.C. (A.D.)); *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; (1997), 152 D.L.R. (4th) 577; 47 C.R.R. (2d) 1; 43 M.P.L.R. (2d) 1; 219 N.R. 1.

DISTINGUISHED:

Krause v. Canada, [1999] 2 F.C. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.); *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (F.C.A.); *Canadian Assn. of the Deaf v. Canada*, [2007] 2 F.C.R. 323; (2006), 272 D.L.R. (4th) 55; 143 C.R.R. (2d) 61; 298 F.T.R. 90; 2006 FC 971.

CONSIDERED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, [2002] 4 F.C. 598; (2002), 18 C.P.R. (4th) 31; 288 N.R. 113; 2002 FCA 121; *Libman v.*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Jakutavicius c. Canada (Procureur général) 2004 CAF 289; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Doctors Hospital and Minister of Health (Re)* (1976), 12 O.R. (2d) 164; 68 D.L.R. (3d) 220; 1 C.P.C. 232 (C.A.); *Heppner v. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154; 80 D.L.R. (3d) 112; 4 Alta L.R. (2d) 139 (S.C. (A.D.)); *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Krause c. Canada, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.); *Sweet c. Canada* [1999] A.C.F. n° 1539 (C.A.) (QL); *Assoc. des sourds du Canada c. Canada*, [2007] 2 R.C.F. 323; 2006 CF 971.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, [2002] 4 C.F. 598; 2002 CAF 121; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, [2006] 1 R.C.F. 327; 2005 CF 1454; inf. par [2007] 4 R.C.F. 714; 2007

Quebec (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 569; (1997), 151 D.L.R. (4th) 385; 46 C.R.R. (2d) 234; 218 N.R. 241; *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, [2006] 1 F.C.R. 327; (2005), 261 D.L.R. (4th) 447; 40 Admin. L.R. (4th) 1; 282 F.T.R. 60; 2005 FC 1454; revd [2007] 4 F.C.R. 714; (2007), 64 Admin. L.R. (4th) 90; 361 N.R. 201; 2007 FCA 103; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.P.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116; 117 N.R. 191.

REFERRED TO:

Archibald v. Canada, [1997] 3 F.C. 335; (1997), 146 D.L.R. (4th) 499; 44 C.R.R. (2d) 105; 129 F.T.R. 81 (T.D.); *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, [2008] 2 F.C.R. 87; (2007), 68 Admin. L.R. (4th) 33; 315 F.T.R. 243; 2007 FC 807; affd (2008), 373 N.R. 385; 2008 FCA 76.

APPLICATIONS for judicial review of two different Directions made by the Minister of Agriculture and Agri-Food under the provisions of subsection 18(1) of the *Canadian Wheat Board Act*. Application T-2138-06 allowed and application T-249-07 dismissed.

APPEARANCES:

John Lorn McDougall, Q.C., Matthew Fleming and James E. McLandress for applicant.
Dave Hill and Stephen F. Vincent for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Fraser Milner Casgrain LLP, Toronto, for applicant.
Hill Dewar Vincent, Winnipeg, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] HUGHES J.: These two applications each brought by the Canadian Wheat Board relate to two different Directions made by the Minister of Agriculture under the provisions of subsection 18(1) [as am. by S.C. 1998, c.

CAF 103; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

DÉCISIONS CITÉES :

Archibald c. Canada, [1997] 3 C.F. 335 (1^{re} inst.); *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, [2008] 2 R.C.F. 87; 2007 CF 807; conf. par 2008 CAF 76.

DEMANDES de contrôle judiciaire de deux instructions du ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire données en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*. Demande T-2138-06 accueillie et demande T-249-07 rejetée.

ONT COMPARU :

John Lorn McDougall, c.r., Matthew Fleming et James E. McLandress pour la demanderesse.
Dave Hill et Stephen F. Vincent pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L., Toronto, pour la demanderesse.
Hill Dewar Vincent, Winnipeg, pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE HUGHES : Il s'agit de deux demandes que présente la Commission canadienne du blé à l'encontre de deux instructions du ministre de l'Agriculture données en vertu du paragraphe 18(1) [mod. par L.C. 1998, ch. 17,

17, s. 28(E)] of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24 as amended. This Court has previously ordered that the two applications be heard together.

[2] The first of these proceedings T-2138-06 deals with a Direction dated October 5, 2006 [*Canadian Wheat Board Direction Order*, SOR/2006-247] and has been termed the “Advocacy Direction” by the applicant Wheat Board and the “Spending Restrictions Direction” by the respondent Attorney General. I will call it the “Advocacy/Spending Direction.” The second of these proceedings T-249-07 deals with a Direction dated January 26, 2007 [*Canadian Wheat Board Direction Order Number 1, 2007*, SOR/2007-12] and is termed the “President Direction” by the applicant Wheat Board and the “Interim President Direction” by the respondents Attorney General and Ministers. I will call it the “Arason Direction” as that is the person named in that Direction.

[3] In each application the Wheat Board is seeking declaratory relief. The respondents oppose each application and have raised a preliminary objection respecting the first application, T-2138-06 that it was filed out of time and, with respect to the second application T-249-07 that it is moot. For the reasons that follow, I find that an extension of time be given to regularize the filing of application T-2138-06 and that this application be allowed with costs. Application T-249-07 is dismissed without costs for mootness.

THE PRELIMINARY OBJECTIONS

1. T-2138-06

[4] The respondent Attorney General objects to this application being heard on the basis that it was filed more than 30 days after the Direction at issue was given thus, under the provisions of subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], it is out of time. This objection was first raised in the respondent’s memorandum of argument filed a few

art. 28(A)] de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24, modifiée en 1998. La Cour avait ordonné la jonction des demandes.

[2] La première procédure, portant le n° de dossier T-2138-06, concerne une instruction datée du 5 octobre 2006 [*Décret d’instructions à la Commission canadienne du blé*, DORS/2006-247], que la demanderesse, la Commission du blé, désigne comme « l’instruction sur la promotion » et le procureur général, « l’instruction sur les restrictions des dépenses ». Je l’appellerai « l’instruction sur la promotion et les dépenses ». La seconde procédure, portant le n° de dossier T-249-07, vise une instruction datée du 26 janvier 2007 [*Décret d’instructions à la Commission canadienne du blé, numéro 1, 2007*, DORS/2007-12], que la Commission du blé demanderesse désigne comme « l’instruction relative au président directeur général » et le procureur général et les ministres défendeurs, « l’instruction relative au président directeur général intérimaire ». Je l’appellerai « l’instruction Arason », du nom de la personne qui y est nommée.

[3] Dans chacune de ses demandes, la Commission du blé cherche à obtenir un jugement déclaratoire. Les défendeurs s’opposent aux deux demandes et ont soulevé comme objection préliminaire à l’égard de la première, T-2138-06, le dépôt de la demande passé le délai prescrit, et à l’égard de la seconde, T-249-07, le caractère théorique de la demande. Pour les motifs qui suivent, je décide d’accorder une prorogation de délai pour la régularisation du dépôt de la demande T-2138-06 et d’accueillir la demande avec dépens. La demande T-249-07 est rejetée sans dépens au motif de son caractère théorique.

LES OBJECTIONS PRÉLIMINAIRES

1. T-2138-06

[4] Le procureur général défendeur s’oppose à l’instruction de cette demande au motif qu’elle a été déposée plus de 30 jours après que l’instruction visée a été donnée et qu’elle est donc hors délai selon les dispositions du paragraphe 18.1(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]. Cette objection a été d’abord soulevée dans le

days before the hearing of the application was scheduled to be heard. The applicant amended its notice of application to request that the Court grant an extension of time, if necessary, under the provisions of subsection 18.1(2). For the reasons set out below, I will grant that extension *nunc pro tunc* to the date of filing the original notice of application.

[5] The respondent's submission is simple; the Advocacy/Spending Direction was issued and communicated to the Wheat Board on or about October 6, 2005. Without, at this time, going into detail, that Direction stated that the Wheat Board should not expend funds advocating a "single desk" system for marketing wheat. This application was not filed until December 4, 2006. Subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act* stipulates that an application to this Court for relief under sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] and 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] shall be brought within 30 days from the date that the decision in question was communicated to the applicant.

[6] The Wheat Board raised two grounds as to why this objection should not be sustained. First, it argued that the policy implemented by the Minister was an ongoing policy and could be challenged at any time. Second, it argued that, under the circumstances, the interests of justice would be best served if the Court exercised its discretion under subsection 18.1(2), to extend the time so as to regularize the filing of the notice of application on December 4, 2006.

[7] As to the first ground, the Wheat Board says that where a decision is one which creates an ongoing policy, it may be challenged at any time. It says that section 18 of the *Federal Courts Act* permits a challenge not only to a "decision or order" but also to a "matter" as discussed by the Federal Court of Appeal in *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, at paragraph 21. It also relies on *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R. 17, at paragraph 11, another decision of the Federal Court of Appeal and the decision

mémoire du défendeur déposé quelques jours avant la date d'audience prévue pour la demande. La demanderesse a modifié son avis de demande pour demander à la Cour de lui accorder une prorogation de délai, au besoin, en vertu des dispositions du paragraphe 18.1(2). Pour les motifs exposés ci-dessous, j'accorderai cette prorogation avec effet rétroactif jusqu'à la date de dépôt de l'avis de demande original.

[5] L'observation que présente le défendeur est simple; l'instruction sur la promotion et les dépenses a été publiée et communiquée à la Commission du blé le 6 octobre 2005 ou vers cette date. Sans entrer dans les détails pour l'instant, signalons que l'instruction interdisait à la Commission du blé d'engager des fonds pour promouvoir le régime du « guichet unique » pour la commercialisation du blé. La demande relative à cette instruction n'a été déposée que le 4 décembre 2006. Le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit qu'une demande présentée à la Cour pour obtenir un redressement en vertu des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] et 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] doit être présentée dans les 30 jours qui suivent la date où la décision visée a été communiquée au demandeur.

[6] La Commission du blé a soulevé deux moyens justifiant de ne pas accueillir l'objection. Premièrement, elle a fait valoir que la politique mise en œuvre par le ministre était une politique permanente qui pouvait être attaquée à tout moment. Deuxièmement, elle a soutenu que, dans les circonstances, les intérêts de la justice seraient mieux servis si la Cour exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 18.1(2), de proroger le délai de manière à régulariser le dépôt de l'avis de demande le 4 décembre 2006.

[7] S'agissant du premier moyen, la Commission du blé dit que toute décision qui crée une politique permanente peut être contestée en tout temps. Elle dit que l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* permet d'attaquer non seulement « une décision ou une ordonnance » mais aussi toute « question », comme l'expose la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476, au paragraphe 21. La Commission invoque aussi un autre arrêt de la Cour d'appel fédérale, *Sweet c. Canada*, [1999]

of this Court in *Canadian Assn. of the Deaf v. Canada*, [2007] 2 F.C.R. 323 (F.C.), at paragraph 72.

[8] I reject this first ground of argument. In *Krause*, above, the Federal Court of Appeal at paragraphs 23 and 24 of its reasons was careful to point out that what was at issue there was not the decision itself, but the acts of the Minister subsequently in implementing that decision. Similarly in *Sweet* which was a case dealing with a preliminary objection on motion, and *Canadian Assn. of the Deaf*, what was at issue were acts done by way of implementation of a decision. While arguably there was in the present case an exchange of correspondence between the Wheat Board and the Minister as to the interpretation and effect of the Direction, this exchange does not rise to the level of implementation as discussed in the above decisions.

[9] It is on the second ground that I find in favour of the Wheat Board. Counsel for the respondent candidly agreed that the delay was short, about 30 days, and that the record does not show that the respondent or anyone else has suffered any real prejudice. The respondent's position was that the Wheat Board had not demonstrated any genuine intention at the relevant time to file proceedings—indeed it had done the opposite. For this argument, a review of the relevant facts is necessary:

1. On October 5, 2006 the Minister made the Direction in question which, on October 6, 2006 was communicated to the Wheat Board;

2. The Direction was published in the *Canada Gazette*, Part II, Vol. 140, No. 21 dated October 18, 2006;

3. On October 10, 2006 the President of the Wheat Board sent an e-mail to all Board offices giving his interpretation of the Direction including a statement that the Direction was “likely technically lawful”;

4. On October 11, 2006 the Minister's department issued a news release concerning the Direction;

A.C.F. n° 1539 (C.A.) (QL), au paragraphe 11, et une décision de la Cour, *Assoc. des sourds du Canada c. Canada*, [2007] 2 R.C.F. 323 (C.F.), au paragraphe 72.

[8] Je rejette le premier moyen. Dans l'arrêt *Krause*, précité, la Cour d'appel fédérale a bien pris soin de noter aux paragraphes 23 et 24 de ses motifs que le litige ne portait pas sur la décision elle-même, mais touchait les actes subséquents du ministre pour mettre à exécution la décision. De même, dans l'arrêt *Sweet* qui traitait d'une objection préliminaire à une requête et dans la décision *Assoc. des sourds du Canada*, le litige concernait des actes accomplis dans l'exécution d'une décision. On peut faire valoir qu'en l'espèce il y a eu un échange de correspondance entre la Commission du blé et le ministre sur l'interprétation et l'effet de l'instruction, mais cet échange de correspondance n'est pas assimilable à la mise en œuvre d'une décision, comme c'est le cas dans la jurisprudence mentionnée ci-dessus.

[9] Sur le second moyen, par contre, je décide en faveur de la Commission du blé. Les avocats du défendeur ont reconnu avec franchise que le retard était court, environ 30 jours, et que le dossier n'indique pas que le défendeur ou quiconque ait subi un préjudice réel. Selon la position adoptée par le défendeur, la Commission du blé n'avait pas manifesté l'intention réelle, à l'époque pertinente, de déposer des actes de procédure, elle avait même fait le contraire. S'agissant de cet argument, il est nécessaire d'examiner les faits pertinents :

1. Le 5 octobre 2006, le ministre a pris l'instruction visée et l'a communiquée le 6 octobre 2006 à la Commission du blé;

2. L'instruction a été publiée à la *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 140, n° 21 en date du 18 octobre 2006;

3. Le 10 octobre 2006, le président directeur général de la Commission du blé a envoyé un courriel à tous les bureaux de la Commission pour donner son interprétation de l'instruction, affirmant notamment que l'instruction était [TRADUCTION] « vraisemblablement licite du point de vue de la forme »;

4. Le 11 octobre 2006, le ministère du ministre a publié un communiqué au sujet de l'instruction;

5. On October 18, 2006 the Canadian Press published a statement attributed to the Minister's communications director as to an interpretation of the Direction;
 6. On October 21, 2006 the Regina *Leader-Post* published a "clarification" as to the Direction attributed to the Minister;
 7. On October 26, 2006 the Chair of the Wheat Board wrote a letter to the Minister advising that an election of some of the Board's directors would soon take place to close on December 1, 2006 with the new directors to take office on December 31, 2006. The Minister was asked to rescind the Direction to permit the new directors to take office without fear of reprisals;
 8. On November 17, 2006 the Minister responded to the Wheat Board's letter of October 26, 2006 stating that he was not prepared to rescind the Direction and required the Wheat Board to remove certain material posted on its Web site;
 9. On November 27, 2006 the Chair of the Wheat Board wrote to the Minister responding to the letter of November 17, 2006 stating that it refused to remove the material from its Web site and indicated that counsel had been instructed to prepare and file an application for judicial review. The Board asked that the Minister withhold certain action as to a proposed plebiscite and so advise the Board by December 1, 2006 failing which the application to challenge the Direction would proceed;
 10. On November 29, 2006 the Minister wrote to the President of the Wheat Board stating that the Minister was contemplating terminating his appointment and inviting comments;
 11. An undated letter was sent out by fax from the Minister to the Chair of the Wheat Board; the fax header indicates that it was sent at 7:10 p.m., on the evening of Friday December 1, 2006. The letter again asked for immediate removal of the material from the Web site. The Minister refused to suspend the Direction.
5. Le 18 octobre 2006, la Presse canadienne a publié une déclaration attribuée au directeur des communications du ministre sur l'interprétation de l'instruction;
 6. Le 21 octobre 2006, le *Leader-Post* de Regina a publié un [TRADUCTION] « éclaircissement » relatif à l'instruction attribuée au ministre;
 7. Le 26 octobre 2006, le président du conseil de la Commission du blé a écrit une lettre au ministre l'informant qu'on procéderait bientôt à l'élection de certains administrateurs d'ici au 1^{er} décembre 2006 et que les nouveaux administrateurs entreraient en fonction le 31 décembre 2006. Il a demandé au ministre de révoquer l'instruction pour que les nouveaux administrateurs puissent prendre leur charge sans crainte de représailles;
 8. Le 17 novembre 2006, le ministre a répondu à la lettre de la Commission du blé du 26 octobre 2006, déclarant qu'il n'était pas disposé à révoquer l'instruction, et il a demandé à la Commission du blé de retirer certains documents affichés sur son site Internet;
 9. Le 27 novembre 2006, le président du conseil de la Commission du blé a écrit au ministre en réponse à la lettre du 17 novembre 2006, déclarant que la Commission refusait de retirer les documents de son site Internet, et il a indiqué que des avocats avaient reçu instruction de préparer et de déposer une demande de contrôle judiciaire. La Commission a demandé au ministre de différer certaines mesures touchant un plébiscite envisagé et d'en aviser la Commission d'ici au 1^{er} décembre 2006, à défaut de quoi la demande attaquant l'instruction visée suivrait son cours;
 10. Le 29 novembre 2006, le ministre a écrit au président directeur général de la Commission du blé pour lui dire qu'il envisageait de le démettre de ses fonctions et lui demander des observations;
 11. Une lettre non datée a été transmise par télécopieur par le ministre au président du conseil de la Commission du blé; le titre de haut de page de la télécopie indique qu'elle a été envoyée le vendredi soir 1^{er} décembre 2006 à 19 h 10. La lettre demandait de nouveau le retrait immédiat des documents du site Internet. Le ministre a refusé de suspendre l'instruction.

12. Monday December 4, 2006 the Wheat board filed this application, T-2138-06.

[10] I am satisfied, given the events that the Wheat Board acted in a reasonable and prudent manner in attempting first to resolve the matter directly with the Minister, failing which it promptly initiated this application. I place little weight on the President's e-mail stating that the Direction was "likely technically lawful" as being a layperson's first response and does not indicate an intention to abandon any appropriate legal recourse.

[11] Guidance has been given by the Federal Court of Appeal in *Jakutavicius v. Canada (Attorney General)* (2004), 327 N.R. 239 as to how the Court should approach the question of extension of time under subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*, above. There are a number of criteria to be considered including whether an intention to bring a timely application has been demonstrated, the length of the delay, prejudice, any explanation for the delay and whether the case is arguable. These are guidelines, not filters—the matter is one for the discretion of the Court weighing all appropriate circumstances. Rothstein J.A. for the Court said, at paragraphs 14 to 16:

The decision to allow or refuse an extension of time is discretionary in nature. The test for appellate review of the exercise of judicial discretion is whether the judge at first instance has given sufficient weight to all relevant considerations. See *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394 at 404.

In *Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263, Thurlow C.J. identified considerations that may be relevant in an application to extend time. These considerations include:

1. whether the applicant intended to bring the judicial review within the period allowed for bringing the application and whether that intention was continuous thereafter;
2. the length of the period of the extension;

12. Le lundi 4 décembre 2006, la Commission du blé a déposé la présente demande, qui constitue le dossier T-2138-06.

[10] Compte tenu des événements, je suis persuadé que la Commission du blé a agi de manière raisonnable et prudente en cherchant d'abord à régler la question directement avec le ministre, et au vu de son échec, en déposant rapidement la présente demande. J'attache peu d'importance au courriel du président directeur général qui déclarait que l'instruction était [TRADUCTION] « vraisemblablement licite du point de vue de la forme », en ce qu'elle est la réponse spontanée d'un profane et n'exprime pas l'intention d'abandonner toute voie de recours légale appropriée.

[11] Dans l'arrêt *Jakutavicius c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 289, la Cour d'appel fédérale a donné des orientations sur l'approche à adopter à l'égard de la prorogation de délai en vertu du paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, précitée. Un certain nombre de critères doivent être pris en considération, notamment la preuve de l'intention de présenter une demande dans les délais, la longueur du retard, le préjudice, toute explication du retard et le caractère soutenable de la cause. Il s'agit d'orientations et non de filtres, la question relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour qui apprécie l'ensemble des circonstances appropriées. Le juge Rothstein, s'exprimant au nom de la Cour, a dit aux paragraphes 14 à 16 :

La décision d'accorder ou de refuser une prolongation du délai est discrétionnaire. Le critère applicable en matière de contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge est de savoir si le juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à tous les éléments de preuve pertinents. Voir *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, à la page 404.

Dans *Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263, le juge en chef Thurlow a précisé les questions susceptibles d'être pertinentes lors d'une demande de prolongation du délai. Le tribunal doit examiner notamment :

1. si le demandeur avait l'intention de présenter sa demande de contrôle judiciaire dans le délai prescrit et s'il a toujours eu cette intention par la suite;
2. la longueur de la période pour laquelle la prolongation est exigée;

3. prejudice to the opposing party;
4. the explanation for the delay; and
5. whether there is an arguable case for quashing the order the applicant wishes to challenge on judicial review.

However, these considerations are not rules that fetter the discretionary power of the Court. At pages 277-278 of *Grewal*, Thurlow C.J. states:

But, in the end, whether or not the explanation justifies the necessary extension must depend on the facts of the particular case and it would, in my opinion, be wrong to attempt to lay down rules which would fetter a discretionary power which Parliament has not fettered.

[12] In the present circumstances the respondent's counsel, as previously stated, admits that there is no prejudice to the respondent and that the delay, 30 days or so, is brief. I am satisfied that the Wheat Board has shown the necessary intent to institute this application and that it has at least an arguable case. It best serves the interest of justice to allow an extension of time such that the application may be considered to have been properly filed and I will so provide in my judgment.

2. T-249-07

[13] The respondents argue that by reason of ensuing events since the institution of this application, T-249-07, the matters sought to be determined have become moot and that the Court should decline to determine the matter. I heard the matter on its merits nonetheless in the interest of expediency, reserving on the question of mootness. I am however satisfied that this matter is now moot and should not be determined by the Court.

[14] First, I will set out the text of the Direction which is the subject of the application, the one I call the Arason Direction dated January 29, 2007:

Her Excellency the Governor General in Counsel, on the recommendation of the Minister of Agriculture and Agri-Food, pursuant to subsection 18(1) of the Canadian Wheat Board Act,

3. si cette prolongation causerait un préjudice à la partie adverse;

4. l'explication donnée;

5. si la cause est soutenable, c'est-à-dire s'il existe des motifs d'annuler l'ordonnance que le demandeur veut contester au moyen d'un contrôle judiciaire.

Toutefois, ces règles n'entravent pas le pouvoir discrétionnaire de la Cour. Aux pages 277 et 278 de *Grewal*, le juge en chef Thurlow dit :

Cependant, en dernière analyse, la question de savoir si l'explication donnée justifie la prorogation nécessaire doit dépendre des faits de l'espèce et, à mon avis, nous commettrions une erreur si nous tentions d'énoncer des règles qui auraient l'effet de restreindre un pouvoir discrétionnaire que le Parlement n'a pas jugé bon de restreindre.

[12] En l'espèce, l'avocat du défendeur, comme je l'ai dit précédemment, reconnaît que le défendeur ne subit aucun préjudice et que le retard de quelque 30 jours est bref. Je suis convaincu que la Commission du blé a établi l'intention nécessaire d'engager la présente demande et que sa cause est à tout le moins soutenable. S'agissant des intérêts de la justice, il est préférable d'accorder une prorogation du délai pour que le dépôt de la demande puisse être considéré comme régulier et j'y verrai dans ma décision.

2. T-249-07

[13] Les défendeurs soutiennent qu'en raison des événements survenus postérieurement au dépôt de la présente demande, T-249-07, les questions à trancher sont devenues théoriques et que la Cour devrait refuser de se prononcer. J'ai néanmoins instruit l'affaire au fond par souci de célérité de la procédure, réservant ma décision sur la question du caractère théorique. Je suis toutefois persuadé que la question est maintenant théorique et ne devrait pas être tranchée par la Cour.

[14] En premier lieu, je présenterai le texte de l'instruction visée par la demande, que j'appelle l'instruction Arason, en date du 29 janvier 2007 :

Sur recommandation du ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire et en vertu du paragraphe 18(1) de la Loi sur la Commission canadienne du blé (la Loi), Son Excellence la

hereby directs The Canadian Wheat Board to conduct its operations under that Act in the following manner:

(a) it shall ensure that Greg Arason, appointed as interim president of The Canadian Wheat Board by the Minister of Agriculture and Agri-Food pursuant to subsection 3.11(2) of that Act, is remunerated and reimbursed for his expenses no later than February 1, 2007 in accordance with the terms and conditions of his letter of appointment, dated December 19, 2006, and that Act for the period beginning on December 19, 2006 and ending on January 24, 2007;

(b) it shall ensure that Greg Arason continues to be remunerated and reimbursed for his expenses in accordance with the terms and conditions of that letter of appointment and that Act for the duration of his appointment; and

(c) it shall ensure that the interim president is not prevented directly or indirectly by any action or inaction of the board of directors of The Canadian Wheat Board, or otherwise, from carrying out his responsibilities under that Act for the direction and management of the business and day-to-day operations of The Canadian Wheat Board, including ensuring that he has the necessary signing authorities to enable him to perform his responsibilities.

[15] The substantive relief requested by the Wheat Board in its notice of application filed February 7, 2007 is for declaratory relief as follows:

(a) a declaration that the Direction is unlawful and ultra vires the authority granted to GIC pursuant to subsection 18(1) of the Act;

(b) in the alternative to (a) above, a declaration that the GIC acted beyond its jurisdiction or without jurisdiction in issuing the Direction to the CWB;

(c) a declaration that the Direction is vague and unenforceable;

(d) in the alternative to (c) above, an order quashing the Direction as being vague and unenforceable;

(e) a declaration that prior to the appointment by the GIC of the president of the CWB or the extension of the term of the interim president of the CWB beyond 90 days, the Minister of Agriculture and Agri-Food and Minister for the Canadian Wheat Board (the “Minister”) is required to consult with the board of directors of the CWB (the “Board”) with respect to the qualifications required of the president and the person whom the Minister is proposing to recommend, and the Board must

Gouverneure générale en conseil donne instruction à la Commission canadienne du blé d’exercer de la manière ci-après les activités prévues par la Loi :

a) veiller à ce que Greg Arason, désigné président directeur général intérimaire de la Commission par le ministre de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire en vertu du paragraphe 3.11(2) de la Loi, soit rémunéré et remboursé de ses frais, au plus tard le 1^{er} février 2007, conformément aux modalités de sa lettre de désignation en date du 19 décembre 2006 et à la Loi pour la période débutant le 19 décembre 2006 et se terminant le 24 janvier 2007;

b) veiller à ce que Greg Arason continue d’être rémunéré et remboursé de ses frais conformément aux modalités de cette lettre de désignation et à la Loi pour la durée de sa désignation;

c) veiller à ce que le conseil d’administration de la Commission n’empêche pas, directement ou indirectement, par ses actions ou son inaction, ou de toute autre façon, le président directeur général intérimaire d’exercer les responsabilités qui lui sont conférées par la Loi quant à la direction et à la gestion des affaires et dans le cadre des activités courantes de la Commission, notamment veiller à ce qu’il possède le pouvoir de signature nécessaire pour assumer ses responsabilités.

[15] La réparation substantielle sollicitée par la Commission du blé dans son avis de demande déposé le 7 février 2007 est le jugement déclaratoire suivant :

[TRADUCTION]

a) une déclaration que l’instruction est illicite et excède les pouvoirs que confère au GEC le paragraphe 18(1) de la Loi;

b) à titre subsidiaire eu égard à l’alinéa a), une déclaration que le GEC a outrepassé ses pouvoirs ou a agi sans compétence en donnant cette instruction à la CCB;

c) une déclaration que l’instruction est imprécise et inapplicable;

d) à titre subsidiaire eu égard à l’alinéa c), une ordonnance annulant l’instruction au motif de son imprécision et de son inapplicabilité;

e) une déclaration qu’avant la nomination par le GEC du président directeur général de la CCB ou la prolongation du mandat du président directeur général intérimaire de la CCB au-delà de 90 jours, le ministre de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire et ministre de la Commission canadienne du blé (le ministre) est tenu de consulter le conseil d’administration de la CCB (le conseil) au sujet des conditions que doivent remplir le président directeur général et le candidat que le ministre se

have fixed the remuneration to be paid to the president and informed the Minister of the remuneration, in accordance with section 3.09 of the Act;

[16] The record shows that Mr. Arason was replaced as president of the Wheat Board effective March 31, 2008 by Mr. White. Mr. Arason no longer remains in any capacity with the Wheat Board. During Mr. Arason's term as president, December 2006 until March 2008, he was paid by the Wheat Board for his services. Initially, the Wheat Board had sought concessions from the Minister in exchange for paying Mr. Arason but this attempt was abandoned. It is conceded by counsel for all the parties that no action or inaction of the Wheat Board occurred during Mr. Arason's term as president that would give rise to any concerns in respect of paragraph (c) of the Arason Direction.

[17] Thus, in terms of the Arason Direction, the terms (a), (b) and (c) have been satisfied and there is no continuing concern since Mr. Arason no longer occupies the position of president of the Wheat Board or any other position with that organization. The Arason Direction is entirely concerned with Mr. Arason and not otherwise.

[18] The Supreme Court of Canada has provided guidance as to whether the Court should consider a matter having regard to mootness in the case of *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. More recently the Federal Court of Appeal has provided assistance in that regard in *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, [2002] 4 F.C. 598.

[19] In *Borowski*, above, Sopinka J. for the Court stated that the determination as to whether the Court should continue to hear and determine a case when the underlying issues have disappeared is a matter of discretion left to the Court. At pages 358 to 363 he reviewed several criteria that provide guidelines for the exercise of that discretion. The first is that there remains an underlying adversarial interest in the outcome. The second is a concern for judicial economy. The mere fact that a matter might again arise is not sufficient; it is preferable that a genuine adversarial live issue arise. There may, however,

propose de recommander, et le conseil doit avoir fixé la rémunération à verser au président directeur général et en avoir informé le ministre, conformément à l'article 3.09 de la Loi;

[16] Le dossier indique que M. Arason a été remplacé comme président directeur général de la Commission du blé par M. White en date du 31 mars 2008. M. Arason n'assume plus aucune fonction auprès de la Commission du blé. Au cours du mandat de M. Arason à titre de président directeur général, de décembre 2006 jusqu'à mars 2008, la Commission du blé l'a rémunéré pour ses services. À l'origine, la Commission du blé avait demandé des concessions de la part du ministre en contrepartie de la rémunération versée à M. Arason, mais cette tentative a été abandonnée. Les avocats des parties concèdent que la Commission du blé n'a commis aucune action ou omission au cours du mandat de M. Arason comme président directeur général susceptible de soulever des préoccupations à l'égard de l'alinéa c) de l'instruction Arason.

[17] Par conséquent, s'agissant de l'instruction Arason, les conditions des alinéas a), b) et c) ont été remplies et il ne subsiste plus aucun problème étant donné que M. Arason n'occupe plus le poste de président directeur général de la Commission du blé ni un autre poste au sein de l'organisme. L'instruction Arason ne concerne que M. Arason et rien d'autre.

[18] La Cour suprême du Canada a donné des orientations sur la question de savoir si la Cour devrait considérer une affaire compte tenu du caractère théorique de la question soulevée dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. Plus récemment, la Cour d'appel fédérale a fourni une aide à cet égard dans l'arrêt *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, [2002] 4 C.F. 598.

[19] Dans l'arrêt *Borowski*, précité, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la Cour, a déclaré que la décision de la Cour de poursuivre l'instruction et de trancher une affaire lorsque les questions sous-jacentes ont disparu relève du pouvoir discrétionnaire laissé à la Cour. Aux pages 358 à 363, il a passé en revue divers critères qui fournissent des lignes directrices applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le premier est qu'il subsiste un intérêt sous-jacent dans l'issue du débat contradictoire. Le deuxième critère est la préoccupation de l'économie des ressources judiciaires. Le simple fait que la même

be justification for deploying judicial resources where there is a public interest in an issue of public importance. The third criteria is that there be a recognition by the Court that it is the function of the legislative branch of government to assume the principal role of law-making and the Court should be reluctant to enter that arena without a proper dispute for resolution.

[20] The Federal Court of Appeal in *Air Canada*, above, engaged in a similar exercise. In the reasons for the Court given by Evans J.A., particularly at paragraphs 16 to 28, the Court considered whether there was a continuing adversarial relationship, the temporary duration of the matter under consideration and, whether there was sufficient public interest in the matter.

[21] In the present case, the subject-matter of the Direction no longer exists; Mr. Arason is no longer president; he was paid and he was able to perform his duties without apparent difficulties. There is nothing in the record to indicate that there is a similar dispute with respect to Mr. White, the current president, or that there is any reasonable prospect that such issues will arise in the foreseeable future. There is no large public interest in the issues raised, the issues are essentially unique to the parties to the dispute and unlikely to have any larger public import. The duration of the effect of the Arason Direction was short, under two years, and no lasting prejudice to any party is apparent on the record. The parties have a history of bringing disputes to the Court and have not shrunk from engaging the Court process in live disputes. In the interests of judicial economy these present matters should not be given consideration where the issues are no longer live.

[22] Having regard, therefore to all of the above, I have determined that this Court should not hear and determine the issues raised in application T-249-07. The issues only became moot however, just three months before the hearing was scheduled to be heard. Since this application was ordered to be prepared and heard together with T-2138-06 the amount of time and expense involved in

question puisse se présenter de nouveau ne suffit pas, il est préférable qu'il y ait un litige actif véritable. Toutefois, il peut être justifié de recourir aux ressources judiciaires dans le cas où se pose une question d'importance publique qu'il est dans l'intérêt public de trancher. Troisième critère, la Cour doit prendre en considération qu'il incombe au pouvoir législatif du gouvernement d'assumer le rôle principal d'élaboration du droit et que la Cour doit se montrer réticente à entrer dans cette sphère sans qu'il y ait un véritable litige à trancher.

[20] Dans l'arrêt *Air Canada*, précité, la Cour d'appel fédérale s'est livrée à un examen similaire. Dans les motifs de la Cour rendus par le juge Evans, notamment aux paragraphes 16 à 28, la Cour s'est penchée sur le maintien de la relation conflictuelle, sur la durée temporaire de la question examinée et sur la suffisance de l'intérêt public à l'égard de la question débattue.

[21] En l'espèce, l'objet de l'instruction n'existe plus, M. Arason n'étant plus président directeur général; il a été rémunéré et il a pu remplir ses fonctions sans difficulté, semble-t-il. Rien au dossier n'indique l'existence d'un litige semblable avec M. White, président directeur général actuel, ni que ces questions risquent vraisemblablement d'être soulevées de nouveau dans un avenir prévisible. Il n'y a pas de large intérêt public dans les questions soulevées; elles ne concernent fondamentalement que les parties au litige et n'auront vraisemblablement aucun écho plus vaste dans le public. L'effet de l'instruction Arason a été de courte durée, soit moins de deux ans, et le dossier ne fait ressortir aucun préjudice actuel à l'égard d'aucune des parties. Les parties ont l'habitude d'intenter des poursuites judiciaires et ne reculent pas devant l'engagement de procédures judiciaires pour des différends courants qui les opposent. Par souci de l'économie des ressources judiciaires, les questions visées en l'espèce ne devraient pas faire l'objet d'un examen du fait qu'elles sont périmées.

[22] Par conséquent, compte tenu de tout ce qui précède, j'ai conclu que la Cour ne devrait pas entendre et trancher les questions soulevées dans la demande T-249-07. Ces questions ne sont toutefois devenues théoriques que trois mois seulement avant la date d'audience prévue. Comme une ordonnance a prescrit que la demande soit préparée et entendue simultanément avec la demande T-2138-06,

T-249-07 was less than it otherwise would have been. Therefore application T-249-07 will be dismissed without costs to any party.

le temps et les dépenses consacrés au dossier T-249-07 ont été moindres que ce qu'ils auraient été autrement. Par conséquent, la demande T-249-07 sera rejetée sans dépens pour les parties.

SUBSTANTIVE ISSUES: T-2138-06

[23] The Wheat Board seeks certain declarations as to the propriety of the Advocacy/Spending Direction of October 5, 2006. That Direction reads:

Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Agriculture and Agri-Food, pursuant to subsection 18(1) of the *Canadian Wheat Board Act*, hereby directs The Canadian Wheat Board to conduct its operation under that Act in the following manner:

(a) it shall not expend funds, directly or indirectly, on advocating the retention of its monopoly powers, including the expenditure of funds for advertising, publishing or market research; and

(b) it shall not provide funds to any other person or entity to enable them to advocate the retention of the monopoly powers of The Canadian Wheat Board.

[24] As published in the *Canada Gazette*, above, the following Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) was given:

REGULATORY IMPACT ANALYSIS STATEMENT

(This statement is not part of the Order.)

Description

The *Canadian Wheat Board Act* (CWB Act) provides for the constitution and powers of the Canadian Wheat Board (CWB). The CWB is a shared-governance corporation with the object of marketing in an orderly manner, in interprovincial and export trade, grain grown in Canada.

This Direction Order directs the CWB to conduct its operations under the CWB Act in the following manner:

LES QUESTIONS DE FOND : T-2138-06

[23] La Commission du blé cherche à obtenir des déclarations sur la pertinence de l'instruction sur la promotion et les dépenses du 5 octobre 2006. Cette instruction prévoit :

Sur recommandation du ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire et en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil donne instruction à la Commission canadienne du blé d'exercer de la manière ci-après les activités prévues par cette loi :

a) elle n'engagera aucuns fonds, de façon directe ou indirecte, notamment à des fins de publicité, de publication ou d'étude de marché, pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques;

b) elle ne versera aucuns fonds à quiconque — personne ou entité — pour lui permettre de prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques.

[24] Un Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (RÉIR) a été présenté et publié dans la *Gazette du Canada*, précitée :

RÉSUMÉ DE L'ÉTUDE D'IMPACT DE LA RÉGLEMENTATION

(Ce résumé ne fait pas partie du décret.)

Description

La *Loi sur la Commission canadienne du blé* (LCCB) prévoit la constitution et les pouvoirs de la Commission canadienne du blé (Commission). Cette dernière est une société à régie partagée dont la mission est d'organiser, dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada.

Ce décret donne instruction à la Commission d'exercer de la manière ci-après les activités prévues par la loi :

- (1) It shall not expend funds, directly or indirectly, on advocating the retention of its monopoly powers, including the expenditure of funds for advertising, publishing or market research.
- (2) It shall not provide funds to any other person or entity to enable them to advocate the retention of the monopoly powers of the CWB.

A commitment was made during the 2006 federal election campaign to give western Canadian wheat and barley producers the option of participating voluntarily in the CWB. The CWB has taken a public position opposing marketing choice. It is important that the CWB, as a shared-governance entity, not undermine government policy objectives. This Governor in Council order directing the CWB not to spend money on advocacy activity will ensure that the CWB carries out its operations and duties in a manner which is not inconsistent with the federal government's policy objectives. Direction Orders of this type may be made pursuant to the authority found in section 18 of the CWB Act.

Alternatives

The alternative would be to allow the CWB to spend funds towards advocating publicly against the policy goal of the federal government to give western grain producers the freedom to make their own marketing and transportation decisions, and to allow them to participate voluntarily in the CWB.

Benefits and Costs

As the funds available to the CWB are the funds of producers, some of whom favour marketing choice, those funds should not be used for a campaign which is aimed at preserving the monopoly. Producers who are in favour of marketing choice will support action to protect producers' funds from being used to advocate for retention of the monopoly. Producers who support the continuation of the monopoly and the CWB can be expected to oppose the Direction Order. The Direction Order will ensure that the Canadian values of conducting votes that are fair and democratic and that provide equal opportunity to all positions are respected by the CWB during the consultation process for determining the future direction of the CWB.

The Direction Order does not prevent the CWB from spending funds to carry out its object of marketing grain in an orderly manner nor does it infringe on the rights of individual directors or CWB staff to make statements in public in their

- (1) Elle n'engagera aucuns fonds, de façon directe ou indirecte, notamment à des fins de publicité, de publication ou d'étude de marché, pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques.
- (2) Elle ne versera aucuns fonds à quiconque — personne ou entité — pour lui permettre de prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques.

Pendant la campagne électorale fédérale de 2006, l'engagement a été pris de laisser aux producteurs de blé et d'orge de l'Ouest canadien le choix de recourir ou non à l'entremise de la Commission. Cette dernière a pris position publiquement contre le libre choix du mode de commercialisation. Or, il est crucial que la Commission, en tant qu'organisme à régie partagée, ne mine pas les orientations stratégiques du gouvernement fédéral. Le décret donnant instruction à la Commission de ne pas consacrer de fonds pour prôner le maintien de son monopole, permet de garantir que celle-ci exerce ses attributions et activités d'une manière qui ne va pas à l'encontre de ces orientations. Le pouvoir de donner des instructions par décret est prévu à l'article 18 de la LCCB.

Solutions envisagées

L'autre solution envisagée est d'autoriser la Commission à consacrer des fonds à une prise de position publique contre l'orientation prise par le gouvernement fédéral, de donner aux producteurs de grain de l'Ouest canadien la possibilité de choisir les modes de commercialisation et de transport qui leur conviennent et, par le fait même, la possibilité de décider s'ils veulent ou non commercialiser leurs produits par l'entremise de la Commission.

Avantages et coûts

Puisque les fonds que gère la Commission proviennent des producteurs — dont certains sont en faveur d'un libre choix du mode de commercialisation de leurs produits —, ces fonds ne devraient pas servir une campagne visant à maintenir le monopole de la Commission. Les producteurs en faveur d'un libre choix appuieront les mesures visant à empêcher la Commission d'utiliser leurs fonds pour prôner le maintien de son monopole. Les producteurs en faveur du statu quo et de la Commission s'opposeront vraisemblablement, quant à eux, au décret. Ce dernier fera en sorte que les valeurs canadiennes qui consistent à tenir des votes justes et démocratiques et à donner une importance égale à tous les points de vues soient respectées par la Commission lors du processus de consultation visant à déterminer l'orientation future de la Commission.

Le décret n'empêche pas la Commission d'engager des fonds pour l'exécution de son mandat, qui est d'organiser la commercialisation du grain, ni ne restreint le droit des administrateurs ou des employés de la Commission de faire, sans être rému-

own name and without financial support from the CWB. It would, however, prohibit the spending of funds by the CWB for the purpose of advocating the retention or its monopoly powers and would prohibit the CWB from funding third parties for that purpose.

Consultation

No consultations, prior to final approval of the Direction Order, are necessary.

Compliance and Enforcement

Subsection 18(1.2) of the CWB Act specifies that “Compliance by the Corporation with directions is deemed to be in the best interests of the Corporation”.

Subsection 3.12(2) of the CBW Act also specifies that “The directors and officers of the Corporation shall comply with this Act, the regulations, the by-laws of the Corporation and any directions given to the Corporation under this Act”.

[25] The substantive relief as claimed by the Wheat Board in its notice of application is for:

- (a) a declaration that the Direction is unlawful and ultra vires the authority granted to the GIC pursuant to subsection 18(1) of the Act;
- (b) in the alternative to (a) above, a declaration that the GIC acted beyond its jurisdiction or without jurisdiction in issuing the Direction to the CWB;
- (c) a declaration that the GIC acted contrary to law by issuing the Direction for the improper purpose of prohibiting the CWB from making public statements opposing the Government of Canada’s policy regarding the future of the CWB and from communicating with western Canadian wheat and barley producers regarding the CWB’s statutory object;
- (d) an order declaring that the Direction contravenes subsection 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982 c. 11, and is therefore of no force and effect;
- (e) a declaration that the Direction is vague and unenforceable;
- (f) in the alternative to (e) above, an order quashing the Direction as being vague and unenforceable;

nérés par elle, des déclarations publiques en leur propre nom. Le décret interdit cependant à la Commission d’engager des fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques et de verser des fonds à des tiers à cette fin.

Consultations

Aucune consultation n’est nécessaire avant l’approbation finale du décret d’instructions.

Respect et exécution

Le paragraphe 18(1.2) de la LCCB porte que la « Commission est, lorsqu’elle observe les instructions qu’elle reçoit, présumée agir au mieux de ses intérêts ».

En outre, le paragraphe 3.12(2) de la même loi prévoit que les administrateurs et les dirigeants de la Commission doivent observer la présente loi et ses règlements, ainsi que les règlements administratifs de la Commission et les instructions que reçoit celle-ci sous le régime de la loi.

[25] La réparation substantielle que réclame la Commission du blé dans son avis de demande est la suivante :

[TRADUCTION]

- a) une déclaration que l’instruction est illicite et excède les pouvoirs que confère au GEC le paragraphe 18(1) de la Loi;
- b) à titre subsidiaire eu égard à l’alinéa a), une déclaration que le GEC a outrepassé ses pouvoirs ou a agi sans compétence en donnant cette instruction à la CCB;
- c) une déclaration que le GEC a agi en contravention de la loi en publiant une instruction visant de manière inappropriée à interdire à la CCB de faire des déclarations publiques à l’encontre de la politique du gouvernement du Canada concernant l’orientation future de la CCB et de communiquer avec les producteurs de blé et d’orge de l’Ouest canadien au sujet de l’objet de la CCB dans la loi;
- d) une ordonnance déclarant que l’instruction contrevient à l’alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi sur le Canada de 1982* (R.-U.), ch. 11, et qu’elle est donc nulle et inopérante;
- e) une déclaration que l’instruction est imprécise et inapplicable;
- f) à titre subsidiaire eu égard à l’alinéa e), une ordonnance annulant l’instruction au motif de son imprécision et de son inapplicabilité;

[26] There has been no dispute raised by the parties that the Direction is a matter or decision or order that can be reviewed by this Court under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, above and, if appropriate, the relief requested can be granted.

[27] Underlying a resolution of this application is a determination as to the true nature of the Wheat Board, particularly since amendments to the *Canadian Wheat Board Act*, above, in 1998, and the role that the board of directors and the Minister each play in the conduct of the affairs of the Wheat Board. Disputes between the Wheat Board and the government have previously been considered by this Court [then the Federal Court Trial Division] in *Archibald v. Canada*, [1997] 3 F.C. 335 which dealt with matters prior to the 1998 amendments and in *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, [2008] 2 F.C.R. 87 (F.C.); affirmed on appeal (2008), 373 N.R. 385 (F.C.A.).

[28] According to a history of the Wheat Board prepared by Dr. John Herd Thompson entitled “Farmers, Governments and the Canadian Wheat Board: An Historical Perspective 1919-1987”, Exhibit 1 to the affidavit of Measner, the genesis of the Wheat Board as an entity is found in an Order in Council, P.C. 1589, issued under *The War Measures Act, 1914* [S.C. 1914 (2nd Supp.), c. 2] on July 31, 1919, the preamble of which stated that abnormal conditions resulting in price uncertainty and market instability made the Wheat Board necessary. Dr. Thompson describes the Wheat Board, at page 2, as “uniquely Canadian in concept and operation.” That Wheat Board had a temporary monopoly on the sale of wheat that was short-lived; its operation was suspended in August 1920. Political debate continued for several years as to whether there should be an open market for wheat, a “single desk” system whereby the Wheat Board had a monopoly or some form of dual system or no Board at all.

[29] On July 5, 1935, *The Canadian Wheat Board Act, 1935* [S.C. 1935, c. 53] received Royal Assent creating the Wheat Board as a permanent institution which has a limited monopoly with respect to wheat and acted as a

[26] Les parties n’ont pas contesté que l’instruction est une question ou une décision qui peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire par la Cour en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, précitée, et, s’il y a lieu, que le redressement demandé puisse être accordé.

[27] Pour trancher la présente demande, il faut d’abord se prononcer sur la véritable nature de la Commission du blé, en particulier depuis les modifications de 1998 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, précitée, et sur le rôle respectif du conseil d’administration et du ministre dans la conduite des affaires de la Commission du blé. La Cour [auparavant la Section de première instance] s’est déjà penchée sur des litiges entre la Commission du blé et le gouvernement dans la décision *Archibald c. Canada*, [1997] 3 C.F. 335 (1^{re} inst.), qui traitait de questions antérieures aux modifications de 1998, et dans la décision *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, [2008] 2 R.C.F. 87 (C.F.); confirmée en appel par 2008 CAF 76.

[28] Selon une histoire de la Commission du blé élaborée par M. John Herd Thompson sous le titre « Farmers, Governments and the Canadian Wheat Board: An Historical Perspective 1919-1987 », pièce 1 de l’affidavit de Measner, l’origine de la Commission du blé en tant qu’entité remonte au décret du C.P. 1589, pris en vertu de la *Loi des mesures de guerre, 1914* [S.C. 1914 (2^e sess.), ch. 2] le 31 juillet 1919. Le préambule déclarait que les conditions anormales qui entraînaient l’incertitude des prix et l’instabilité du marché nécessitaient la création d’une Commission du blé. À la page 2, M. Thompson décrit la Commission du blé comme un organisme [TRADUCTION] « canadien unique en son genre sur le plan de sa conception et de son fonctionnement ». La Commission du blé a eu un monopole temporaire sur la vente du blé, de courte durée; elle a cessé ses activités en août 1920. Le débat politique s’est poursuivi pendant de nombreuses années : devait-il y avoir un marché libre pour le blé, un régime de « guichet unique » où la Commission du blé avait un monopole, une forme de régime mixte ou devait-il même exister une Commission?

[29] Le 5 juillet 1935, la *Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935* [S.C. 1935, ch. 53] a reçu l’assentiment royal instituant la Commission du blé comme organisme permanent doté d’un monopole limité à l’égard

Crown agency. In 1947 [S.C. 1947, c. 15], the Act was amended to permit the Board to deal with grains other than wheat and extending certain of its monopoly powers.

[30] The Wheat Board continued to act as a Crown agency until the Act was amended in 1998, S.C. 1998, c. 17. The summary provided at the beginning of the amending Act [*An Act to amend the Canadian Wheat Board Act and to make consequential amendments to other Acts*] says:

This enactment makes changes to the Canadian Wheat Board in the areas of corporate governance and operational flexibility. It replaces the commissioner structure of senior management with a board of directors and a president. Once the first directors elected to the board assume office, the Canadian Wheat Board ceases to be an agent of Her Majesty; however, borrowings will continue to be guaranteed by the federal government. In the area of operations, the Canadian Wheat Board will be authorized to buy grain and reimburse farmers for grain on more flexible terms. A contingency fund, established by the Canadian Wheat Board, will support certain of these operations.

[31] The 1998 amendments provide for a board of directors of 15 persons, 10 are elected, on a rotating basis, by producers, four are appointed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister and, the other director is the President appointed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister with prior consultation with the board. Subsection 3.01(1) [as enacted *idem*, s. 3] provides that the board “shall direct and manage the business and affairs of the Corporation” and is “vested with all the powers of the Corporation.”

3.01 (1) The board of directors shall direct and manage the business and affairs of the Corporation and is for those purposes vested with all the powers of the Corporation.

[32] Paragraphs 3.12(1)(a) [as enacted *idem*] and (b) [as enacted *idem*] require that the director and officers shall act honestly and in good faith and in the best interests of the Corporation. Subsection 3.12(2) [as enacted *idem*] provides that the directors and officers shall comply with any directions given to the Corporation.

du blé et agissant comme organisme de la Couronne. En 1947 [S.C. 1947, ch. 15], la Loi a été modifiée pour autoriser la Commission à s’occuper d’autres grains que le blé et étendre certains de ses pouvoirs monopolistiques.

[30] La Commission du blé a poursuivi son activité d’organisme de la Couronne jusqu’à la modification de la Loi en 1998, L.C. 1998, ch. 17. Le sommaire fourni au début de la *Loi modifiant la Loi sur la commission canadienne du blé et d’autres lois en conséquence* indique :

Le texte modifie l’organisation sociale de la Commission canadienne du blé. Il remplace la haute direction formée de commissaires par un conseil d’administration et un président. À l’entrée en fonction des premiers administrateurs élus par les producteurs, la Commission cessera d’être mandataire de Sa Majesté. Le gouvernement fédéral continuera néanmoins à garantir les opérations d’emprunt de la Commission. Sur le plan des activités, le texte confère à celle-ci une plus grande souplesse pour l’achat de grain et le paiement des agriculteurs. Les risques pouvant découler de ces opérations seront couverts en partie par un fonds de réserve établi par la Commission.

[31] Les modifications de 1998 prévoient un conseil d’administration composé de 15 personnes, dont 10 sont élues, en rotation, par les producteurs, quatre sont nommées par le gouverneur en conseil sur la recommandation du ministre, le dernier administrateur étant le président directeur général nommé par le gouverneur en conseil sur la recommandation du ministre, précédée d’une consultation avec la Commission. Le paragraphe 3.01(1) [édicte, *idem*, art. 3] prévoit que « [l]a direction et l’administration des affaires de la Commission sont assurées par un conseil d’administration investi [...] de tous les pouvoirs conférés à la Commission. »

3.01 (1) La direction et l’administration des affaires de la Commission sont assurées par un conseil d’administration investi, à ces fins, de tous les pouvoirs conférés à la Commission.

[32] Les alinéas 3.12(1)a) [édicte, *idem*] et b) [édicte, *idem*] prescrivent aux administrateurs et aux dirigeants d’agir avec intégrité et de bonne foi, et au mieux des intérêts de la Commission. Le paragraphe 3.12(2) [édicte, *idem*] dispose que les administrateurs et les dirigeants doivent observer les instructions données à la Commission.

3.12 (1) The directors and officers of the Corporation in exercising their powers and performing their duties shall

(a) act honestly and in good faith with a view to the best interests of the Corporation; and

(b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

(2) The directors and officers of the Corporation shall comply with this Act, the regulations, the by-laws of the Corporation and any directions given to the Corporation under this Act.

[33] Subsection 4(2) [as enacted *idem*, s. 4] added in 1998 provides that the Corporation (Wheat Board) is not an agent of Her Majesty nor a Crown corporation:

4. ...

(2) The Corporation is not an agent of Her Majesty and is not a Crown corporation within the meaning of the *Financial Administration Act*.

[34] Subsection 18(1) of the Act was unchanged by the 1998 amendments; it provides that the Governor in Council may by order give directions to the Corporation as to its “operations, powers and duties”. However subsections 18(1.1) and (1.2) were added [by s. 10] in 1998 to say that the directors shall cause the directions to be implemented and will not, thereby, incur liability and that such implementation is deemed to be in the best interests of the Corporation (apparently referring to paragraph 3.12(1)(a), above). Section 18 after the 1998 amendments therefore reads:

18. (1) The Governor in Council may, by order, direct the Corporation with respect to the manner in which any of its operations, powers and duties under this Act shall be conducted, exercised or performed.

(1.1) The directors shall cause the directions to be implemented and, in so far as they act in accordance with section 3.12, they are not accountable for any consequences arising from the implementation of the directions.

(1.2) Compliance by the Corporation with directions is deemed to be in the best interests of the Corporation.

(2) Except as directed by the Governor in Council, the Corporation shall not buy grain other than wheat.

3.12 (1) Les administrateurs et dirigeants de la Commission doivent, dans l’exercice de leurs fonctions, agir :

a) avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la Commission;

b) avec le soin, la diligence et la compétence d’une personne prudente et avisée.

(2) Ils doivent observer la présente loi et ses règlements, ainsi que les règlements administratifs de la Commission et les instructions que reçoit celle-ci sous le régime de la présente loi.

[33] Le paragraphe 4(2) [mod., *idem*, art. 4] ajouté en 1998 prévoit que la Commission (la Commission du blé) n’est pas un mandataire de Sa Majesté ni une société d’État :

4. [...]

(2) La Commission n’est ni mandataire de Sa Majesté ni une société d’État au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

[34] Le paragraphe 18(1) de la Loi n’a pas été touché par les modifications de 1998; il prévoit que le gouverneur en conseil peut, par décret, donner des instructions à la Commission sur la manière dont celle-ci exerce « ses activités et ses attributions ». Toutefois, les paragraphes 18(1.1) et (1.2) ajoutés en 1998 [art. 10] précisent que les administrateurs veillent à la mise en œuvre des instructions, mais ne peuvent être tenus responsables et que la mise en œuvre des instructions est présumée servir au mieux les intérêts de la Commission (ce qui semble faire référence à l’alinéa 3.12(1)a, précité). Compte tenu des modifications de 1998, l’article 18 se lit comme suit :

18. (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, donner des instructions à la Commission sur la manière d’exercer ses activités et ses attributions.

(1.1) Les administrateurs veillent à la mise en œuvre des instructions données à la Commission, mais ils ne peuvent être tenus pour responsables des conséquences qui en découlent si, ce faisant, ils observent l’article 3.12.

(1.2) La Commission est, lorsqu’elle observe les instructions qu’elle reçoit, présumée agir au mieux de ses intérêts.

(2) Sauf instructions contraires du gouverneur en conseil, la Commission ne peut acheter d’autres grains que le blé.

[35] Thus we have, replacing a previous Crown corporation, a new Corporation, with a board of 15 directors who are charged with the task of directing and managing the affairs of the Corporation, but nonetheless, obliged to follow directions given by government of the day. Such directions were previously provided for when the Corporation was a Crown corporation, but linger in the Act, and are clearly recognized by the addition of subsections 18(1.1) and (1.2) to remain.

[36] Thus the Act provides for extinguishment of the Crown corporation status of the Wheat Board and administration of the Wheat Board by a board of directors, a two-to-one majority of whom are elected by producers of grain such as wheat. There are no shareholders as such. The Act provides that the Board is to receive, handle and sell grain and distribute the proceeds, after deductions to the producers. The government is required to guarantee certain funds during certain periods, it gets paid out once most money is received from sales and will suffer liability only if there is a shortfall. Thus the producers provide the stock-in-trade of the Wheat Board—grain—and the government guarantees funding. Unlike a private corporation, therefore, there are no shareholders, no preferred shareholders, no bondholders or the like.

[37] There is in evidence, Exhibit 2 to the affidavit of Measner, a collection, as best can be done, of all directions given in the past. Those directions deal with a variety of matters including payment of expenses, substitution of certain Ministers in the absence of others, contracting for provision of railway equipment and services, restriction of sales to the Soviet Union and delivery of advances under a Spring Credit program. No previous direction has dealt with how the board is to conduct itself with respect to advocacy, distribution of information, or entering into policy debates.

[38] The Minister's counsel argues that the government has financial exposure under the Act and is therefore entitled to protect its financial interests by way of direction. Subsection 7(3) [as am. *idem*, s. 7] of the Act provides

[35] Par conséquent, la société d'État antérieure est remplacée par une nouvelle Commission, dotée d'un conseil d'administration de 15 administrateurs, qui sont chargés de la direction et de l'administration des affaires de la Commission, mais n'en sont pas moins tenus de respecter les instructions données par le gouvernement au pouvoir. Ces instructions, qui étaient prévues à l'époque où la Commission était une société d'État, sont maintenues dans la Loi et leur maintien est expressément reconnu par l'ajout des paragraphes 18(1.1) et (1.2).

[36] La Loi prévoit que la Commission du blé perd son statut de société d'État et est administrée par un conseil d'administration, dont la majorité des membres, à raison de deux sur trois, est élue par les producteurs de grains tels que le blé. Il n'y a pas d'actionnaires. La Loi prévoit que la Commission reçoit, traite et vend le grain et en distribue les recettes, moins certaines déductions, aux producteurs. Le gouvernement est tenu de garantir certains fonds pour certaines périodes, il est remboursé une fois que la plupart des recettes des ventes sont touchées et sa responsabilité n'est mise en jeu qu'en cas de déficit. Par conséquent, les producteurs fournissent le stock de marchandises de la Commission du blé, les grains, et le gouvernement garantit le financement. Contrairement à une société privée, il n'y a donc ni actionnaires, ni actionnaires privilégiés, ni créanciers obligataires ni titulaires de titres semblables.

[37] La pièce 2 jointe à l'affidavit de Measner produit en preuve contient un recueil, le plus complet possible, des instructions données dans le passé. Ces instructions traitent de divers sujets, notamment le paiement des dépenses, le remplacement de ministres absents par d'autres ministres, la passation de marchés pour la fourniture d'équipements et de services ferroviaires, la restriction des ventes à l'Union soviétique et la fourniture d'avances au titre d'un programme d'avances printanières. Aucune instruction antérieure n'a traité du comportement que doit avoir le conseil d'administration à l'égard de la promotion d'une cause, de la distribution de renseignements ou de la participation aux débats politiques.

[38] L'avocat du ministre fait valoir que le gouvernement s'expose financièrement en vertu de la Loi et qu'il a droit de ce fait de protéger ses intérêts financiers par la voie d'instructions. Le paragraphe 7(3) [mod., *idem*, art.

that losses not otherwise provided for are to be paid by Parliament. I agree that it would be reasonable, should the Minister perceive that there is some reasonable expectation that Parliament may have to provide more than a small or temporary amount of money, that it would be prudent to make an appropriate direction genuinely concerned with the preservation of funds or reduction of risk of loss. The Minister also argues that he has a duty to safeguard the funds of the producers that may be at risk. I do not find such a duty set out directly or by reasonable implication by the Act. To the contrary, the provision of a board of directors, 10 of 15 of whom are elected by the producers, places the duty to safeguard the producers' interests with the board, not the Minister.

[39] It is a fundamental tenet of a free and democratic society that the citizens of a country agree to be governed and obey the laws if proper and fairly imposed, and that the government conduct itself in accordance with those laws and the principles of natural justice and the jurisprudence. It is a bargain that must be kept by both sides.

[40] The decision of the Supreme Court of Canada in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121 clearly sets out the principles by which those entrusted to govern are to be constrained in the use of the powers and discretion given to them. Justice Rand, at page 140 said:

In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. Fraud or corruption in the Commission may not be mentioned in such statutes but they are always implied as exceptions. "Discretion" necessarily implies good faith in discharging public duty; there is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines of object is just as objectionable as fraud or corruption. Could an applicant be refused a permit because he had been born in another province, or because of the colour of his hair? The ordinary language of the legislature cannot be so distorted.

7] de la Loi prévoit que les pertes, sauf disposition contraire d'une autre partie de la Loi, sont payées par le Parlement. Je conviens qu'il serait raisonnable et prudent, si le ministre se rendait compte qu'on peut raisonnablement s'attendre à ce que le Parlement doive fournir plus qu'une petite somme d'argent accordée temporairement, de donner une instruction appropriée visant réellement la sauvegarde des fonds ou la réduction du risque de perte. Le ministre soutient également qu'il est tenu de protéger les fonds des producteurs qui pourraient être à risque. Je ne trouve pas l'expression directe de cette obligation dans la Loi ni qu'on puisse la déduire raisonnablement de la Loi. Au contraire, les dispositions relatives au conseil d'administration, dont 10 des 15 membres sont élus par les producteurs, confèrent au conseil d'administration, plutôt qu'au ministre, l'obligation de protéger les intérêts des producteurs.

[39] C'est un principe fondamental d'une société libre et démocratique que les citoyens d'un pays acceptent d'être gouvernés et respectent les lois, dans la mesure où elles sont correctement et justement imposées, et que le gouvernement se comporte lui-même conformément à ces lois ainsi qu'aux principes de la justice naturelle et à la jurisprudence. Il s'agit d'un marché que les deux parties doivent respecter.

[40] Un arrêt de la Cour suprême du Canada, *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, expose avec clarté les principes qui régissent les organes chargés de gouverner dans l'usage de leurs pouvoirs, et notamment de leur pouvoir discrétionnaire. Le juge Rand dit à la page 140 :

[TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n'y a rien de tel qu'une « discrétion » absolue et sans entraves, c'est-à-dire celle où l'administrateur pourrait agir pour n'importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi. La fraude et la corruption au sein de la commission ne sont peut-être pas mentionnées dans des lois de ce genre, mais ce sont des exceptions que l'on doit toujours sous-entendre. La « discrétion » implique nécessairement la bonne foi dans l'exercice d'un devoir public. Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption. Pourrait-on refuser un permis à

And at page 143, he said:

“Good faith” is in this context, applicable both to the respondent and the general manager, means carrying out the statute according to its intent and for its purpose; it means good faith in acting with a rational appreciation of that intent and purpose and not with an improper intent and for an alien purpose; it does not mean for the purposes of punishing a person for exercising an unchallengeable right; it does not mean arbitrarily and illegally attempting to divest a citizen or an incident of his civil status.

[41] More recently the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735 addressed the constraints upon the exercise of a statutory power given to the Governor in Council who must stay within the provisions of the law failing which the Court must exercise its supervisory function. At page 752, Estey J. for the Court said:

However, in my view the essence of the principle of law here operating is simply that in the exercise of a statutory power the Governor in Council, like any other person or group of persons, must keep within the law as laid down by Parliament or the Legislature. Failure to do so will call into action the supervising function of the superior court whose responsibility is to enforce the law, that is to ensure that such actions as may be authorized by statute shall be carried out in accordance with its terms, or that a public authority shall not fail to respond to a duty assigned to it by statute.

[42] Thus, while it may well be appropriate for a direction to be given where there is a reasonable concern that government funds are at risk, the Direction at issue here must be examined as to its true nature and intent. The text reads:

Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Agriculture and Agri-Food, pursuant to subsection 18(1) of the *Canadian Wheat Board Act*, hereby directs The Canadian Wheat Board to conduct its operations under that Act in the following manner:

(a) it shall not expend funds, directly or indirectly, on advocating the retention of its monopoly powers, including the

celui qui le demande sous le prétexte qu’il est né dans une autre province, ou à cause de la couleur de ses cheveux? On ne peut fausser ainsi la forme courante d’expression de la législation.

Et il ajoute à la page 143 :

[TRADUCTION] La « bonne foi » consistait, dans de telles circonstances, tant pour l’intimé que pour le gérant général, à appliquer la loi d’une manière conforme à son intention et dans le but auquel elle tend; cela signifie qu’ils devaient agir de bonne foi dans une appréciation raisonnable de cette intention et de ce but, et non dans une intention hors de propos et pour un but étranger; cela ne signifie pas qu’ils devaient agir dans le but de punir une personne qui avait exercé un droit incontestable; cela ne signifie pas non plus qu’ils devaient essayer arbitrairement et illégalement de dépouiller un citoyen d’un élément de son statut de citoyen.

[41] De date plus récente, l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735 traite des limites à l’exercice des pouvoirs conférés par la loi au gouverneur en conseil, qui doit s’en tenir aux dispositions de la loi, à défaut de quoi la Cour doit exercer sa fonction de surveillance. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Estey a dit, à la page 752 :

Cependant, à mon avis, l’essentiel du principe de droit applicable en l’espèce est simplement que dans l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi, le gouverneur en conseil, comme n’importe quelle autre personne ou groupe de personnes, doit respecter les limites de la loi édictée par le Parlement ou la Législature. Y déroger déclenche le rôle de surveillance de la cour supérieure qui a la responsabilité de faire appliquer la loi, c’est-à-dire de s’assurer que les actes autorisés par la loi sont accomplis en conformité avec ses dispositions ou qu’une autorité publique ne se dérobe pas à une obligation qu’elle lui impose.

[42] Par conséquent, s’il peut être indiqué de donner une instruction dans le cas où on craint raisonnablement que des fonds du gouvernement soient mis à risque, il faut examiner la nature et l’intention véritables de l’instruction visée en l’espèce. Le texte se lit comme suit :

Sur recommandation du ministre de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire et en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil donne instruction à la Commission canadienne du blé d’exercer de la manière ci-après les activités prévues par cette loi :

(a) elle n’engagera aucuns fonds, de façon directe ou indirecte, notamment à des fins de publicité, de publication ou d’étude

expenditure of funds for advertising, publishing or market research; and

(b) it shall not provide any funds to any other person or entity to enable them to advocate the retention of the monopoly powers of The Canadian Wheat Board.

[43] The Direction is couched in terms of expenditure of funds. However nowhere in the record is there any evidence that genuine consideration was given to the nature or extent of funds that were in issue or at risk. Attention was drawn to two studies done in respect of the Wheat Board, one done in 1993, the other in 2006. However it was acknowledged that whatever funds were necessary to conduct these studies had already been spent. The expense in putting these studies on the Internet or distributing them by e-mail is trivial yet the Minister, by letter of November 17, 2006, relying on the Direction, insisted that such material be removed from the Web site of the Wheat Board. That letter also stated that “all forms of spending, including salaries and non-pay operating expenditures” would, if the time of Board members were engaged in the targeted activities, constitute expenditure of funds.

[44] There has been a clear dispute between the Minister of the present government and the Wheat Board as to whether the Wheat Board should retain its monopoly powers, that is, operate as a “single desk,” a view taken by a majority of the board of directors of the Wheat Board, or whether there should be an open market or some form of dual marketing as an intermediate position. The position of the present government was made clear in a letter from the Minister to the President of the Wheat Board dated April 11, 2006:

The new Conservative government has been clear on its intent to allow for voluntary participation in the Canadian Wheat Board. Once implemented, this policy will allow farmers the freedom to make their own marketing and transportation decisions. As the Minister responsible for the Board’s conduct, I would appreciate the co-operation of the Board’s management and directors in complying with this new direction, the policy of the Government of Canada.

de marché, pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques;

b) elle ne versera aucuns fonds à quiconque — personne ou entité — pour lui permettre de prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques.

[43] L’instruction est formulée en termes d’engagement de fonds. Cependant, rien au dossier n’établit qu’on ait sérieusement pris en considération la nature ou le volume des fonds qui étaient en cause ou à risque. On a attiré l’attention sur deux études réalisées sur la Commission du blé, l’une en 1993 et l’autre en 2006. Toutefois, on a reconnu que les fonds, quels qu’ils soient, qui avaient été nécessaires pour la réalisation de ces deux études avaient déjà été dépensés. Les dépenses que représentent l’affichage de ces études sur Internet ou leur distribution par courriel sont insignifiantes. Pourtant le ministre, dans une lettre datée du 17 novembre 2006, renvoyant à l’instruction correspondante, a insisté pour que ces documents soient retirés du site Internet de la Commission du blé. La lettre disait également que [TRADUCTION] « toute forme de dépenses, notamment les salaires et les dépenses d’exploitation de nature non salariale » constituerait un engagement de fonds si les heures de travail des administrateurs étaient consacrées aux activités désignées.

[44] Il existe un différend caractérisé entre le ministre du gouvernement actuel et la Commission du blé au sujet du maintien des pouvoirs monopolistiques de la Commission. La Commission devrait-elle fonctionner comme un « guichet unique », point de vue que défendent la majorité des administrateurs de la Commission du blé, ou devrait-il y avoir un marché libre ou encore une forme de commercialisation mixte, position intermédiaire? La position du gouvernement actuel a été clairement exprimée dans une lettre adressée par le ministre au président directeur général de la Commission du blé en date du 11 avril 2006 :

[TRADUCTION] Le nouveau gouvernement conservateur a fait connaître clairement son intention de permettre la participation volontaire à la Commission canadienne du blé. Une fois mise en œuvre, cette politique donnera aux agriculteurs la liberté de prendre leurs propres décisions en matière de commercialisation et de transport. À titre de ministre responsable de la gestion de la Commission, j’apprécierais recevoir la collaboration des dirigeants et administrateurs de la Commission pour le respect de cette nouvelle instruction, qui représente la politique du gouvernement du Canada.

I would note that all communication and promotional material issued on behalf of the Board should clearly reflect Government policy. In addition, it is inappropriate for an agency of the Government to spend producers' money on activities that could be regarded as partisan in nature. The recent advertising campaign encouraging producers to write the Minister could be regarded as a political activity.

I look forward to working with you and the Board in a transition plan to ensure a strong marketing option for farmers who choose to make use of the Canadian Wheat Board.

[45] There followed a series of letters in which the Wheat Board declined to “reflect Government policy” and the Minister continuing to request that it do so and that it desist from promoting a “single desk” policy. There was little reference to any serious economic concern by the Minister—the only reference being to the spending of the producers, not government money.

[46] It is entirely clear, therefore, that the Direction is motivated principally to silencing the Wheat Board in respect of any promotion of a “single desk” policy that it might do. There is no mention in the Direction to any promotion that the Wheat Board might do, for instance, to support the Minister's preference for an open market or market choice. If the Minister were truly concerned about the cost of such promotions, and there is no evidence of any genuine grounds for concern, then surely the Minister should have dealt with promotion for or against the Minister's preferred position, and not just against. In this regard the Minister's letter to his newly chosen replacement president, Mr. Arason, of December 19, 2006 is of interest in that it states:

In carrying out these duties, you should focus on marketing grain on behalf of western Canadian farmers. In so doing, you should refrain from taking a public position for or against any proposal for changes in the statutory powers of the Corporation.

Je tiens à noter que toute communication et tout document promotionnel publiés au nom de la Commission devraient clairement refléter la politique du gouvernement. En outre, il est inapproprié qu'un organisme du gouvernement dépense l'argent des producteurs pour des activités susceptibles d'être qualifiées de partisans. La campagne de publicité récente encourageant les producteurs à écrire au ministre pourrait être considérée comme une activité politique.

Je suis impatient de travailler avec vous et avec la Commission à l'élaboration d'un plan de transition qui offrira une option de commercialisation solide aux agriculteurs qui choisissent de recourir à la Commission canadienne du blé.

[45] Diverses lettres ont fait suite, dans lesquelles la Commission du blé refusait de [TRADUCTION] « refléter la politique du gouvernement » et le ministre réitérait sa demande en ce sens et demandait à la Commission de cesser de prôner la politique du « guichet unique ». Il n'y est guère question de préoccupations économiques graves du ministre, sauf en ce qui concerne les dépenses portant sur des fonds des producteurs plutôt que des fonds publics.

[46] Il est donc absolument clair que l'instruction s'inspire principalement de la volonté de réduire au silence la Commission du blé en ce qui concerne toute action de promotion de la politique du « guichet unique » à laquelle elle pourrait se livrer. L'instruction ne fait pas mention de la promotion que la Commission du blé pourrait faire, par exemple, au soutien de l'option que privilégie le ministre d'un marché libre ou d'un choix fait par le marché. Si le ministre s'était sincèrement inquiété du coût des activités de promotion de la Commission, et rien n'établirait de préoccupation authentique à cet égard, il aurait certainement parlé de la promotion favorable ou défavorable à la position qu'il privilégiait, et pas uniquement de la seconde. À ce sujet, la lettre du 19 décembre 2006 du ministre à M. Arason, le nouveau président directeur général qu'il avait choisi en remplacement du précédent, est intéressante dans la mesure où elle affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans l'accomplissement de ces obligations, vous devriez vous concentrer sur la commercialisation du grain pour le compte des agriculteurs de l'Ouest du Canada. Ce faisant, vous devriez vous refuser à prendre publiquement position pour ou contre tout projet de modifications des pouvoirs conférés par la loi à la Commission.

[47] Where a statute has delegated powers to another body, such as here where the *Canadian Wheat Board Act*, above, delegated the power to make a direction to the Governor in Council, under subsection 18(1) of the Act, the exercise of that power by the delegate must be in accordance with the purposes and objects of the Act notwithstanding any apparent broad or unrestricted nature of the delegated authority. As stated by Justice Cory when he was sitting in the Ontario Court of Appeal in *Doctors Hospital and Minister of Health (Re)* (1976), 12 O.R. (2d) 164, at page 174:

The issue to be determined is whether the Minister or Lieutenant-Governor in Council is exercising a royal prerogative which is not, per se, subject to Court review, or whether the act or acts are done pursuant to the exercise of a statutory power and thus subject to Court review. In *Border Cities Press Club v. A.-G. Ont.*, [1955] O.R. 14 at p. 19, [1955] 1 D.L.R. 404 at p. 412, Chief Justice Pickup said:

In exercising the power referred to, the Lieutenant-Governor in council is not, in my opinion, exercising a prerogative of the Crown, but a power conferred by statute, and such a statutory power can be validly exercised only by complying with statutory provisions which are, by law, conditions precedent to the exercise of such power.

It has been held that even if made in good faith and with the best of intentions, a departure by a decision-making body from the objects and purposes of the statute pursuant to which it acts is objectionable and subject to review by the Courts.

[48] This is particularly so where the order, although apparently directed to one purpose, is really directed to a different purpose not within the scope of the enabling statute, properly construed. Such was the case in *Heppner v. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154 a decision of the Alberta Supreme Court, Appellate Division. In the judgment of the Court delivered by Lieberman J.A., the Court said, at paragraph 35:

Notwithstanding the purpose expressed in the preamble to Order-in-Council 1062/76, it is apparent from the evidence that the main and compelling purpose in passing it was to create a transportation and utility corridor. I have come to this conclusion in light of the letter of The Minister of the Environment, dated December 23, 1976, Exhibit D, the letter of the Assistant Deputy Minister, dated October 5, 1976, Exhibit B, and the other documents before me, combined with the fact that the Order-in-Council was promulgated very shortly after Dome's

[47] Lorsqu'une loi délègue des pouvoirs à un autre organisme, en l'espèce quand la *Loi sur la Commission du blé*, précitée, délègue au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des instructions en vertu du paragraphe 18(1), l'exercice de ce pouvoir par le délégué doit être en conformité avec l'objet de la Loi, sans égard à la nature apparemment large ou sans restrictions du pouvoir délégué. Comme l'a déclaré le juge Cory au moment où il siégeait à la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Doctors Hospital and Minister of Health (Re)* (1976), 12 O.R. (2d) 164, à la page 174 :

[TRADUCTION] La question à trancher est de savoir si le ministre ou le lieutenant-gouverneur en conseil jouit d'une prérogative royale qui n'est pas, par nature, assujettie au contrôle de la Cour, ou si l'acte ou les actes sont accomplis conformément à l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi et, de ce fait, sont assujettis au contrôle de la Cour. Dans la décision *Border Cities Press Club c. A.-G. Ont.*, [1955] O.R. 14 à la page 19, [1955] 1 D.L.R. 404 à la page 412, le juge en chef Pickup a dit :

En exerçant le pouvoir visé, le Lieutenant-gouverneur en conseil ne jouit pas, à mon avis, d'une prérogative de la Couronne, mais il exerce un pouvoir qui lui est conféré par la loi, et un tel pouvoir ne peut être validement exercé que dans le respect des dispositions de la loi qui sont, en droit, des conditions préalables à l'exercice de ce pouvoir.

Il a été statué que même s'il est commis de bonne foi et avec la meilleure des intentions, tout manquement d'un organe décisionnel à l'objet de la loi qui l'autorise à agir est attaquant et peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

[48] Cela est particulièrement vrai dans le cas où l'ordonnance, bien qu'elle vise en apparence une fin donnée, vise en réalité une autre fin qui n'est pas dans la portée de la loi habilitante, interprétée correctement. C'était le cas dans l'affaire *Heppner v. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154, un arrêt de la Cour suprême de l'Alberta, Section d'appel. Dans l'arrêt rendu par le juge Lieberman, la Cour dit au paragraphe 35 :

[TRADUCTION] Nonobstant le but exprimé dans le préambule du décret 1062/76, la preuve établit que le but principal et déterminant du décret était de créer un corridor de transport et de desserte. J'en suis venu à cette conclusion à la lumière de la lettre du ministre de l'Environnement, datée du 23 décembre 1976, qui forme la pièce D, de la lettre du sous-ministre adjoint, datée du 5 octobre 1976, qui forme la pièce B, et des autres documents dont j'ai été saisi, et compte tenu du fait que le décret a été adopté peu après que Dome a présenté une demande de

application for a permit to construct a pipe line and in view of the narrow strip of land which was to comprise the R.D.A.

and at paragraph 43:

I repeat that in my judgment the primary purpose and the motivating force behind the promulgation of the Order-in-Council being impugned in this appeal was the creation of “a transportation and utility corridor,” a purpose not authorized by the Act, and therefore the Order-in-Council and the regulations purported to be issued thereunder are invalid. The fact that in accomplishing this invalid purpose, a peripheral purpose falling within the strict terms of the Act may be accommodated does not render valid what would otherwise be invalid subordinate legislation.

[49] Here, as discussed, it may well be appropriate for a direction to be issued to constrain or direct the expenditure of funds for a proper purpose where it has been demonstrated that there is a real concern that the obligation of Parliament to make good upon a significant shortfall of money is likely to occur. No such situation has been demonstrated on the evidence in the record.

[50] Even if there had been evidence on the record in regard to such a shortfall, and even if the evidence were that any advocacy by the Board in respect of a monopoly or otherwise was a material contributor to that shortfall, to restrain the Board in one respect only, that is, from advocating a position contrary to the policy of the government in power, is inconsistent with any aim or objective established in the *Canadian Wheat Board Act*, above. If advocacy was of serious financial concern, then all advocacy for or against, would be the only sound basis for dealing with that concern. A declaration will be granted that the direction is *ultra vires* and of no effect.

CHARTER

[51] The applicant raises a second and different ground in seeking a declaration as to the invalidity of the Advocacy/Spending Direction. It relies on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], paragraph 2(b) which states:

permis de construction d'un pipeline et compte tenu de l'étroite bande de terrain que devait comprendre la zone de développement restreint.

et au paragraphe 43 :

[TRADUCTION] Je répète qu'à mon avis, le but premier et l'élément moteur de l'adoption du décret attaqué dans le présent appel ont été la création d'un « corridor de transport et de desserte », but non autorisé par la Loi; par conséquent, le décret et le règlement pris en application du décret sont invalides. Le fait que, dans la réalisation d'un but invalide, un but périphérique tombant dans la portée des dispositions véritables de la Loi puisse être atteint ne rend pas valide une législation subordonnée qui serait autrement invalide.

[49] En l'espèce, comme je l'ai mentionné, il peut être approprié de publier une instruction pour limiter ou orienter le versement de fonds dans un but légitime, s'il a été établi qu'il existe une véritable préoccupation que l'obligation du Parlement de compenser un déficit financier important puisse vraisemblablement se concrétiser. La preuve au dossier n'a rien établi de tel en l'espèce.

[50] Même si le dossier contenait une preuve établissant un déficit et même si la preuve établissait que la promotion du monopole ou d'une autre cause par la Commission avait contribué de manière importante au déficit visé, limiter la Commission à l'égard d'un seul volet, soit la défense d'une position contraire à la politique du gouvernement au pouvoir, n'est conforme à aucune fin ou aucun objectif établis dans la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, précitée. Si la promotion d'une cause constituait la préoccupation financière grave, la seule manière raisonnable de régler la question serait de s'attaquer à toute action de promotion, en faveur ou à l'encontre de la cause. Une déclaration sera accordée portant que l'instruction est *ultra vires* et inopérante.

LA CHARTE

[51] La demanderesse soulève un second moyen, distinct du premier, pour l'obtention d'une déclaration d'invalidité de l'instruction sur la promotion du monopole et les dépenses. Elle s'appuie sur l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de*

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

[52] In view of my finding above it is unnecessary to consider this matter as well. However I will do so in the event that one of the parties may seek appellate review.

[53] There is no doubt that the Charter serves to protect individuals against the excesses of the government. There is also no doubt that for many of the purposes of the Charter a corporation may be considered to be in the same position as an individual when seeking the protection of the Charter. The issue here is whether the Wheat Board is an entity that can seek the protection of the Charter.

[54] If the Wheat Board could seek and obtain the protection afforded by the Charter then it could invoke the right of freedom of expression provided by section 2 in the matter as expressed by the Supreme Court of Canada in *Libman v. Quebec (Procureur general)*, [1997] 3 S.C.R. 569. The Court gave a unanimous decision not ascribed to any particular individual judge. At paragraph 29 it said:

In *Keegstra, supra*, at pp. 763-64, Dickson C.J. stressed the paramount importance for Canadian democracy of freedom of expression in the political realm:

Moving on to a third strain of thought said to justify the protection of free expression, one's attention is brought specifically to the political realm. The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(b) guarantee, and the nature of this connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political

1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], qui dispose :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

[...]

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

[52] Compte tenu de la conclusion dégagée ci-dessus, il n'est pas nécessaire d'examiner également cette question. Mais je le ferai au cas où l'une des parties interjetterait appel de ma décision.

[53] Il est incontestable que la Charte vise à protéger les particuliers contre les abus du gouvernement. Il est également incontestable qu'aux fins d'un grand nombre des objectifs de la Charte, une personne morale peut être considérée dans la même position qu'un particulier quand elle recherche la protection de la Charte. La question soulevée en l'espèce est de savoir si la Commission du blé est une entité qui peut demander la protection de la Charte.

[54] Si la Commission du blé pouvait demander et obtenir la protection qu'accorde la Charte, elle pourrait alors invoquer le droit à la liberté d'expression prévu à l'article 2 sur la question, comme l'a exprimé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569. La Cour s'est prononcée à l'unanimité dans un arrêt qui n'est attribué à aucun juge en particulier. Elle a dit au paragraphe 29 :

Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 763 et 764, le juge en chef Dickson souligne le caractère primordial dans la démocratie canadienne de la liberté d'expression dans le domaine politique :

Un troisième ordre d'idées avancées pour justifier la protection de la liberté d'expression touche plus particulièrement le domaine politique. Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b), et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à

process is open to all persons. Such open participation must involve to a substantial degree the notion that all persons are equally deserving of respect and dignity. The state therefore cannot act to hinder or condemn a political view without to some extent harming the openness of Canadian democracy and its associated tenet of equality for all. [Emphasis added by the Court.]

At paragraph 30 it summarized the test:

Irwin Toy, supra, laid down the tests for infringement of freedom of expression. The Court must ask, first, whether the form of expression at issue is protected by s. 2(b) and, second, whether the purpose or effect of the impugned legislation is to restrict that form of expression.

[55] There is no doubt that the purpose and effect of the Advocacy/Spending Direction is to restrict a particular form of expression namely, advocacy against government policy respecting the Wheat Board. If the Wheat Board were an entity entitled to invoke the Charter undoubtedly the Direction would be invalid for that reason.

[56] It is generally conceded by counsel that the Charter does not serve to protect the government against the government, a point made in [*In the Matter of the Canadian Judicial Council's Inquiry Regarding Justice Paul Cosgrove*], a decision of the Canadian Judicial Council Inquiry, dated December 16, 2004, at paragraph 48—subsequently considered but not on this point, by this Court *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, [2006] 1 F.C.R. 327 and the Federal Court of Appeal [2007] 4 F.C.R. 714.

[57] Counsel were unable to refer to any judicial determination where a body having some of the trappings of government had sought the protection of the Charter. There are several cases respecting a reverse situation where individuals or organizations sought the protection of the Charter against the actions of an entity having some of the trappings of government. In those cases an examination was made to determine how much of the government trappings an entity must have before it can be said that its actions are constrained by the Charter.

assurer un processus politique ouvert à la participation de tous. Cette possibilité d'y participer doit reposer dans une mesure importante sur la notion que tous méritent le même respect et la même dignité. L'État ne saurait en conséquence entraver l'expression d'une opinion politique ni la condamner sans nuire jusqu'à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l'égalité de tous. [Les soulignements ajoutés par la Cour suprême]

La Cour a résumé les critères au paragraphe 30 :

L'arrêt *Irwin Toy*, précité, énonce les critères de l'atteinte à la liberté d'expression. Premièrement, la Cour doit se demander si le moyen d'expression revendiqué est couvert par la protection de l'al. 2b) et, deuxièmement, elle doit déterminer si la loi contestée a pour objet ou pour effet de limiter ce moyen d'expression.

[55] Il ne fait aucun doute que le but et l'effet de l'instruction sur la promotion et les dépenses sont de limiter une forme d'expression particulière, en l'occurrence la promotion d'une position contraire à la politique du gouvernement sur la Commission du blé. Si la Commission du blé était une entité habilitée à invoquer la Charte, l'instruction serait sans aucun doute invalide pour ce motif.

[56] Les avocats ont reconnu que, de manière générale, la Charte ne vise pas à protéger le gouvernement contre lui-même. Ce point a été établi dans la décision [*Dans l'affaire de l'enquête du Conseil canadien de la magistrature concernant le juge Paul Cosgrove*], du Comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature, en date du 16 décembre 2004, au paragraphe 48. Cette décision a été ultérieurement examinée, sur d'autres points que celui-là, par la Cour *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, [2006] 1 R.C.F. 327 et par la Cour d'appel fédérale [2007] 4 R.C.F. 714.

[57] Les avocats n'ont pu citer aucune décision judiciaire dans laquelle un organisme ayant des attributs du gouvernement avait demandé la protection de la Charte. Il existe divers exemples de situation inverse, où des particuliers ou des organismes ont demandé la protection de la Charte contre les actes d'une entité ayant certains des attributs du gouvernement. Dans ces affaires, on a procédé à un examen visant à déterminer dans quelle mesure une entité doit posséder les attributs du gouvernement pour qu'on puisse dire que ses actes sont assujettis à la

The Supreme Court of Canada entered into a lively debate on the subject, principally between La Forest J. and Wilson J. That debate culminated in *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844. The reasons of La Forest J. (for himself L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.) at paragraph 47 provide a good summary as to where matters stand in this regard:

Comparing *McKinney*, *Harrison* and *Stoffman* on the one hand to *Douglas* and *Lavigne* on the other makes clear what I take to be an important idea governing the application of the Canadian *Charter* to entities other than Parliament, the provincial legislatures or the federal or provincial governments; namely, that where such entities are, in reality, “governmental” in nature — as evidenced by such things as the degree of government control exercised over them, or by the governmental quality of the functions they perform — they cannot escape *Charter* scrutiny. In other words, the ambit of s. 32 is wide enough to include all entities that are essentially governmental in nature and is not restricted merely to those that are formally part of the structure of the federal or provincial governments. This is not to say, of course, that the *Charter* applies only to those entities (other than Parliament, the provincial legislatures and the federal and provincial governments) that are, by their nature, governmental. Indeed, it may be that particular entities will be subject to *Charter* scrutiny in respect of certain governmental activities they perform, even if the entities themselves cannot accurately be described as “governmental” *per se*; see, e.g., *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118 (Div. Ct.), at p. 157, where Callaghan J. held for the majority that even though the Law Society of Upper Canada is not itself governmental in nature, it may nevertheless be subject to the *Charter* in performing what amount to governmental functions. Rather, it is simply to say that where an entity can accurately be described as “governmental in nature”, it will be subject in its activities to *Charter* review. Thus, the *Charter* applied to Douglas College (in *Douglas*) and to the Council of Regents (in *Lavigne*) because those bodies were wholly controlled by government and were, in essence, emanations of the provincial legislatures that created them. Since the same could not be said of the institutions under examination in *McKinney*, *Harrison* and *Stoffman* (and since none of those institutions was implementing a specific government policy or programme in adopting its mandatory retirement regulations), the *Charter* did not apply in those cases.

Charte. La Cour suprême du Canada s’est livrée à un vif débat sur le sujet, qui opposait principalement le juge La Forest et le juge Wilson. Le point culminant du débat a été l’arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844. Les motifs du juge La Forest (s’exprimant en son nom et pour les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin) au paragraphe 47 donnent un bon résumé de l’état de la question :

La comparaison entre les arrêts *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman* d’un côté et les arrêts *Douglas* et *Lavigne*, de l’autre, fait ressortir clairement ce qui me paraît être un principe important de l’applicabilité de la *Charte* canadienne à des entités autres que le Parlement, les législatures provinciales ou les gouvernements fédéral ou provinciaux : lorsque ces entités sont en réalité de nature « gouvernementale » — en raison, par exemple, du degré de contrôle gouvernemental dont elles font l’objet ou de la nature gouvernementale des fonctions qu’elles exécutent — elles ne peuvent se soustraire à l’examen fondé sur la *Charte*. En d’autres termes, l’art. 32 est de portée assez large pour englober toutes les entités qui sont essentiellement de nature gouvernementale et son champ d’application ne se limite pas aux seuls organismes qui font officiellement partie de la structure gouvernementale fédérale ou provinciale. Cela ne veut pas dire, bien sûr, que la *Charte* ne s’applique qu’aux entités (autres que le Parlement, les législatures provinciales et les gouvernements fédéral ou provinciaux) qui sont de nature gouvernementale. Il se peut très bien, en effet, que des entités données soient assujetties à un examen fondé sur la *Charte* relativement à certaines fonctions gouvernementales qu’elles accomplissent, même si, intrinsèquement, ces entités ne peuvent être correctement décrites comme « gouvernementales »; voir, par exemple, *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118 (C. div.), à la p. 157, où le juge Callaghan, s’exprimant au nom de la majorité, a statué que même si le Barreau du Haut-Canada n’était pas lui-même une entité de nature gouvernementale, il pouvait néanmoins être assujetti à la *Charte* relativement à l’exécution de fonctions assimilables à des fonctions gouvernementales. Cela signifie simplement que lorsqu’on peut correctement dire d’une entité qu’elle est de « nature gouvernementale », ses activités pourront être examinées en fonction de la *Charte*. C’est pourquoi la *Charte* s’est appliquée au collège Douglas (dans l’arrêt *Douglas*) et au Conseil des gouverneurs (dans l’arrêt *Lavigne*); ces organismes étaient entièrement contrôlés par le gouvernement et étaient essentiellement des émanations de la législature provinciale qui les avait créés. Comme on ne pouvait par ailleurs porter le même jugement sur les établissements en cause dans les arrêts *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman* (et comme aucun d’eux ne mettait en œuvre un programme ou une politique gouvernemental déterminé en adoptant son régime de retraite obligatoire), la *Charte* ne s’appliquait pas à eux.

[58] What the Supreme Court is recognizing is that an entity other than that which is not strictly the government or one of its agencies, can be said to be the government if certain factors such as degree of control, are evident. It must therefore be equally true that an entity that is not clearly the government or one of its agencies that is subject to government control over what would otherwise be independent action, must be in those circumstances, able to invoke the Charter.

[59] Here the Wheat Board since the 1998 amendments to its Act is expressly not a Crown corporation or agent of the government. It has a board of directors, a two-to-one majority of which comprise private persons not otherwise connected to the government. The government, through the power of a direction, is given authority in respect of activity that would otherwise freely be carried out by an individual or corporate entity or, in this case, the board of directors of the Wheat Board. For this purpose, a direction that is not in accordance with the objects and purpose of the Act, as I have found, and impinges on freedom of expression, is in violation of paragraph 2(b) of the Charter, and I so find in these circumstances.

[60] The Minister argues that the Direction is justified under section 1 of the Charter. I do not find that section 1 provides any justification for the Direction. There has been no demonstration of any pressing or substantial economic objective, the only true objective is to constrain the advocacy of the Board against government policy. Given the true objective, there is no rational connection to economic considerations. The impairment on the Board's activities may be minimal but the clear public interest against stifling public debate overwhelms that consideration. There is no proportional balance to show an overwhelming necessity to stifle the Board in respect of policy debate. The Direction does not preclude the activity of the Board in most respects but it makes its activities uncertain. The Minister's letter of November 17, 2008 makes it clear that the Minister intends to make an overzealous interpretation of the Direction precluding any person on Board time from any speaking out on the topic and insisting on removal from the website of material even though no use of funds in that respect has

[58] La Cour suprême reconnaît donc qu'une entité autre que celle qui n'est pas strictement le gouvernement ou l'un de ses organismes peut être assimilée au gouvernement si certains facteurs, par exemple le degré de contrôle, sont manifestes. Il doit donc être tout aussi vrai qu'une entité qui n'est manifestement pas le gouvernement ou l'un de ses organismes et qui est assujettie au contrôle du gouvernement sur ce qui serait autrement un acte indépendant, doit pouvoir dans ces circonstances invoquer la Charte.

[59] En l'espèce, la Commission du blé, depuis les modifications de 1998 apportées à sa Loi, n'est expressément ni une société d'État ni un mandataire du gouvernement. Elle comporte un conseil d'administration, dont deux membres sur trois sont des personnes privées sans aucun autre lien avec le gouvernement. Le gouvernement, par le pouvoir d'une instruction, est investi d'une autorité à l'égard d'une activité qui serait autrement exécutée librement par une personne physique ou une personne morale ou, en l'occurrence, par le conseil d'administration de la Commission du blé. Pour cette raison, une instruction qui n'est pas conforme à l'objet de la Loi, ainsi que je l'ai conclu, et qui freine la liberté d'expression, contrevient à l'alinéa 2b) de la Charte, ce que je conclus dans les circonstances.

[60] Le ministre soutient que l'instruction trouve sa justification dans l'article premier de la Charte. Je ne suis pas d'avis que l'article premier justifie de quelque façon l'instruction. Il n'a pas été établi d'objectif économique urgent ou important, le seul objectif étant de restreindre la promotion que fait la Commission contre la politique du gouvernement. Cet objectif réel n'est pas logiquement relié à des considérations économiques. L'atteinte aux activités de la Commission peut être minime, mais l'intérêt public évident d'une opposition à la répression du débat public l'emporte sur cette considération. Il n'y a pas de pondération proportionnelle qui commanderait la nécessité impérative de museler la Commission dans le débat politique. L'instruction n'empêche pas les activités de la Commission à presque tous les égards, mais elle les rend incertaines. La lettre du ministre du 17 novembre 2008 établit sans ambiguïté que le ministre entend interpréter de manière excessivement zélée l'instruction interdisant à toute personne de prendre du temps pour s'exprimer sur le sujet et demandant avec insistance

been demonstrated. I find that nothing has been shown to demonstrate that the government can avail itself of the saving provisions of section 1 of the Charter.

VAGUENESS

[61] The Wheat Board argues as a further ground respecting the Direction that it is vague and incapable of any adequate interpretation such that it can be understood. It relies on the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606. It quotes from the reasons of Justice Gonthier, at page 639:

A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion.

[62] The Wheat Board points to words such as “directly or indirectly” and “advocating” as being unclear and points to different interpretations made by Mr. Measner, its president, the Minister’s staff and the Minister as evidencing the difficulties in interpreting the Direction.

[63] The respondent cites two decisions of the Supreme Court of Canada to argue that absolute precision rarely exists and simply because there may be difficulties does not render a provision invalid. The first is *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, per Dickson C.J., at page 983:

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no “limit prescribed by law”.

le retrait de certains documents du site Internet, même si aucun emploi de fonds n’a été établi à cet égard. Je conclus qu’aucun élément de preuve n’a établi que le gouvernement peut se prévaloir des dispositions de sauvegarde de l’article premier de la Charte.

L’IMPRÉCISION

[61] La Commission du blé fait aussi valoir comme autre moyen l’imprécision de l’instruction et l’impossibilité de l’interpréter adéquatement pour la rendre intelligible. Elle s’appuie sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606. Elle cite les motifs du juge Gonthier, à la page 639 :

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c’est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d’une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d’avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l’application de la loi.

[62] La Commission du blé souligne que des termes tels que « directement ou indirectement » et « promotion » sont imprécis et elle fait état des interprétations différentes qu’en ont faites M. Measner, président directeur général de la Commission, le personnel du ministre et le ministre, pour établir les difficultés d’interprétation que soulève l’instruction.

[63] Le défendeur cite deux arrêts de la Cour suprême du Canada pour faire valoir que la précision absolue est rare et que la seule présence de difficultés éventuelles n’invalide pas la disposition. Dans le premier, l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, le juge en chef Dickson dit, à la page 983 :

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L’interprétation de la manière d’appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d’application. Par contre, s’il n’existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n’y a pas de restriction prescrite « par une règle de droit ».

[64] The second is *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, per McLachlin J., at page 956:

That is not to say that the alleged vagueness of the standard set by the provision is irrelevant to the s. 1 analysis. For reasons discussed below, I am of the opinion that the difficulty in ascribing a constant and universal meaning to the terms used is a factor to be taken into account in assessing whether the law is “demonstrably justified in a free and democratic society”. But I would be reluctant to circumvent the entire balancing analysis of the s. 1 test by finding that the words used were so vague as not to constitute a “limit prescribed by law”, unless the provision could truly be described as failing to offer an intelligible standard.

[65] I do not perceive that the phrase “directly or indirectly” or the word “advocating” are so unclear or equivocal so as to render the Direction incapable of understanding. I agree that the Minister, his officials and the Wheat Board have different understandings as to what may fall within the scope of the Direction, but one or more of those understandings may well be incorrect. I have already characterized the Minister’s interpretation as overzealous. Therefore I do not find the Direction invalid for vagueness.

COSTS—T-2138-06

[66] The Wheat Board has been successful in its application T-2138-06. Counsel for the parties indicated in argument that they had no understanding between them as to costs or any particular submissions to make. By an order of the Court dated March 27, 2008 it was provided that applications T-2138-06 and T-249-07 should be heard together and a single memorandum of fact and law be prepared by each party covering both applications. I have awarded no costs in T-249-07; however I will award costs in favour of the Wheat Board in T-2138-06 to be assessed at the upper end of Column IV [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), Tariff B (as am. *idem*, ss. 30, 31, 32)] having regard to the complexity of the matter. To the extent that costs and disbursements attributable to one application cannot be separated from the other they shall be apportioned half and half such that the Wheat Board will recover one half of such costs and disbursements.

[64] Dans le second arrêt, *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, la juge McLachlin dit, à la page 956 :

Cela ne veut pas dire que la prétendue imprécision de la norme fixée par cette disposition n’a aucune pertinence relativement à l’analyse requise par l’article premier. Pour les raisons exposées plus loin, je suis d’avis que la difficulté qu’il y a à prêter un sens invariable et universel aux termes employés est un facteur à prendre en considération pour déterminer s’il s’agit d’une règle de droit « dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». J’hésiterais toutefois à contourner complètement l’analyse en vertu de l’article premier en concluant que les mots employés sont à ce point vagues qu’ils ne constituent pas une restriction prescrite « par une règle de droit », à moins de pouvoir vraiment dire de la disposition qu’elle n’énonce pas de norme intelligible.

[65] Je n’estime pas que l’expression « directement ou indirectement » ou le mot « promotion » soient obscurs et équivoques au point de rendre l’instruction inintelligible. Je conviens que le ministre, ses fonctionnaires et la Commission du blé ont des interprétations différentes de ce qui peut tomber dans le champ de l’instruction, mais il se pourrait que l’une ou plusieurs de ces interprétations soient incorrectes. J’ai déjà qualifié l’interprétation du ministre d’excès de zèle. Par conséquent, je ne conclus pas à l’invalidité de l’instruction au motif de l’imprécision.

LES DÉPENS — T-2138-06

[66] La demande T-2138-06 de la Commission du blé a été accueillie. Les avocats des parties ont indiqué dans leur plaidoirie qu’ils ne s’étaient pas entendus sur les dépens ou sur des observations particulières à présenter. Une ordonnance de la Cour datée du 27 mars 2008 a ordonné que les demandes T-2138-06 et T-249-07 soient instruites ensemble et qu’un seul mémoire des faits et du droit soit élaboré par chaque partie à l’égard des deux demandes. Je n’ai pas accordé de dépens dans le dossier T-249-07, mais j’attribuerai à la Commission du blé les dépens relatifs à la demande T-2138-06, qui seront taxés selon la valeur supérieure de la colonne IV [*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), tarif B (mod., *idem*, art. 30, 31, 32)], compte tenu de la complexité de la question. Dans la mesure où les dépens et les débours attribuables à une demande ne peuvent être distingués de ceux de l’autre demande, ils seront ventilés par moitié pour que la Com-

mission du blé soit remboursée de la moitié de ces dépens et débours.

IN SUMMARY

[67] Having regard to the foregoing I have determined that:

1. An extension of time is granted to the Wheat Board to regularize the timeliness of its filing of its notice of application in T-2138-06;
2. I decline to hear and determine application T-249-07 by reason of mootness; therefore that application will be dismissed without costs;
3. I will allow application T-2138-06 with costs to be assessed at the upper end of Column IV in accordance with these reasons and will grant the relief requested in paragraphs 1(a), (c), (d), (h) and (i) of the amended notice of application.

SOMMAIRE

[67] Compte tenu de ce qui précède, j'ai décidé ce qui suit :

1. Une prorogation de délai est accordée à la Commission du blé pour qu'elle régularise la date du dépôt de son avis de demande dans le dossier T-2138-06;
2. Je refuse d'instruire et de trancher la demande T-249-07 au motif de son caractère théorique; par conséquent, la demande sera rejetée sans dépens;
3. J'accueillerai la demande T-2138-06 avec dépens, taxés selon la valeur supérieure de la colonne IV conformément aux présents motifs et j'accorderai la réparation demandée aux alinéas 1a), c), d), h) et i) de l'avis de demande modifié.

A-420-07
2008 FCA 219

A-420-07
2008 CAF 219

**Mitsui O.S.K. Lines, Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd.
and Yue Yew Loon (Appellants)**

v.

Mazda Canada Inc. (Respondent)

**INDEXED AS: MAZDA CANADA INC. v. COUGAR ACE (THE)
(F.C.A.)**

Federal Court of Appeal, Linden, Sharlow and Trudel
J.J.A.—Vancouver, June 16 and 19, 2008.

Maritime Law — Appeal from Federal Court decision refusing to stay action brought by Mazda Canada Inc. for damages arising out of loss of automobiles carried from Japan to Canada, U.S. — Contract between parties providing Japan having exclusive jurisdiction over actions against carrier — Marine Liability Act, s. 46(1) allowing plaintiff to sue in Canada despite such clause, but courts may still decline jurisdiction on basis of forum non conveniens — Trial Judge’s discretion improperly exercised — Japan clearly most appropriate forum herein — Appeal allowed.

Conflict of Laws — Federal Court dismissing application to stay action brought by Mazda Canada Inc. for loss of automobiles transported from Japan to Canada, U.S., on basis defendants not demonstrating Canada forum non conveniens — Exclusive jurisdiction clause in contract between parties providing contract governed by Japanese law — Marine Liability Act, s. 46(1) allowing Canadian plaintiff to sue in Canada despite such clause, but still possible for courts to decline jurisdiction on basis of forum non conveniens — Trial Judge considering factors set out in case law to determine whether to exercise jurisdiction — But not properly exercising discretion: giving too much weight to some factors (availability of greater damages), not enough to others (ongoing proceedings in Japan, residence of witnesses, application of Japanese law, exclusive jurisdiction clause).

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing an application to stay the action brought by Mazda

**Mitsui O.S.K. Lines, Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd.
et Yue Yew Loon (appelants)**

c.

Mazda Canada Inc. (intimée)

**RÉPERTORIÉ : MAZDA CANADA INC. c. COUGAR ACE (LE)
(C.A.F.)**

Cour d’appel fédérale, juges Linden, Sharlow et Trudel,
J.C.A.—Vancouver, 16 et 19 juin 2008.

Droit maritime — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant une demande en suspension de l’action en dommages-intérêts présentée par Mazda Canada Inc. par suite de la perte d’automobiles transportées du Japon au Canada et aux É.-U. — Le contrat entre les parties stipule que tout différend qui en découle est régi par le droit du Japon — L’art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime permet à un demandeur d’engager une poursuite au Canada malgré une telle clause, mais les tribunaux peuvent toujours refuser d’exercer leur compétence en se fondant sur la doctrine du forum non conveniens — Le juge de première instance n’a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire — Le Japon est nettement le for le plus approprié en l’espèce — Appel accueilli.

Conflit de lois — La Cour fédérale a rejeté une demande en suspension de l’action présentée par Mazda Canada Inc. pour la perte d’automobiles transportées du Japon au Canada et aux É.-U. parce qu’elle n’avait pas démontré que le Canada était forum non conveniens — La clause attributive de compétence exclusive énoncée dans le contrat entre les parties stipule que le contrat est régi par le droit japonais — L’art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime permet à un demandeur canadien d’engager une poursuite au Canada malgré une telle clause, mais les tribunaux peuvent toujours refuser d’exercer leur compétence en se fondant sur la doctrine du forum non conveniens — Le juge de première instance a pris en compte les facteurs énumérés dans la jurisprudence pour décider s’il devait ou non exercer sa compétence — Cependant, il n’a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire, accordant trop d’importance à certains facteurs (possibilité de dommages-intérêts supérieurs) et insuffisamment d’importance à d’autres (instances pendantes au Japon, lieu de résidence des témoins, application du droit japonais, clause attributive de compétence exclusive).

Il s’agissait d’un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande en suspension de l’action pré-

Canada Inc. (Mazda Canada) as it was not demonstrated that Canada was *forum non conveniens*. The action arose out of the loss of automobiles when the ship carrying them from Japan to Canada and the United States took on a severe list. Mazda Canada instituted an action in the Federal Court, and Mitsui O.S.K. Lines, Ltd. (Mitsui) sued in Japan for a declaration of non-liability. This latter action was consolidated with one brought by Mazda U.S.A. in Japan following the dismissal of its American action based on a jurisdiction clause (Clause 28) in the contract between the parties, which provides that the contract shall be governed by Japanese law.

Held, the appeal should be allowed.

Subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* allows a Canadian plaintiff to sue in Canada despite an exclusive jurisdiction clause such as Clause 28. However, subsection 46(1) does not grant Canadian courts jurisdiction; it only allows them to consider whether Canada is the most appropriate forum. The onus is on the defendant to convince the court on the balance of probabilities that jurisdiction in the forum chosen by the plaintiff should be declined on the basis that it is inappropriate compared to another obviously superior jurisdiction.

To determine whether to exercise jurisdiction, the trial Judge considered the 10 factors first set out by the Quebec Court of Appeal in *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH* and repeated by the Supreme Court of Canada in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, as well as several other factors. However, he did not properly exercise his discretion. The trial Judge largely ignored the most significant factor that affects the Court's decision, i.e. the ongoing proceedings between the parties in Japan. The residence of the witnesses, which also weighed heavily in favour of Japan's jurisdiction, was also given insufficient weight. The trial Judge also erred by downplaying the potential treatment of the applicable law factor. If the action were to proceed in Canada, Japanese law would apply in accordance with Clause 28. There are complicated legal questions yet to be resolved in Japan which would benefit from handling in Japan in Japanese by Japanese judges and lawyers. Significant weight was given to the availability of greater damages to the plaintiff in Canada. However, it was unclear whether Canadian or Japanese law would be applied to determine the issue of damages. In any event, the availability of higher damages in a jurisdiction is not a factor justifying the refusal of a stay provided that substantial justice could be done in that jurisdiction. Finally, there existed a long-standing relationship between the parties, who have dealt with one another over many years on the basis that the Japanese courts will have jurisdiction in a context where Japan has a close connection to the arrangements made. As such, the jurisdiction clause was a factor that deserved to be given more weight favouring Japan.

sentée par Mazda Canada Inc. (Mazda Canada) parce qu'elle n'avait pas démontré que le Canada était *forum non conveniens*. L'action découlait de la perte d'automobiles lorsque le navire les transportant du Japon au Canada et aux États-Unis s'est brusquement incliné. Mazda Canada a intenté une action devant la Cour fédérale et Mitsui O.S.K. Lines, Ltd. (Mitsui) a engagé une poursuite au Japon en vue d'obtenir un jugement déclaratoire l'exonérant de toute responsabilité. Cette action a été réunie à celle intentée par Mazda U.S.A. au Japon après le rejet de la poursuite engagée aux États-Unis en raison de la clause attributive de compétence (la clause 28) énoncée dans le contrat entre les parties, qui stipule que le contrat est régi par le droit du Japon.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* permet à un demandeur canadien d'engager une poursuite au Canada malgré une clause attributive de compétence exclusive comme la clause 28. Cependant, le paragraphe 46(1) ne confère pas compétence aux tribunaux canadiens; il permet seulement aux tribunaux canadiens de déterminer si le Canada est le for le plus approprié. Il incombe au défendeur de convaincre le tribunal selon la prépondérance des probabilités qu'il devrait refuser d'exercer sa compétence relativement au for choisi par le demandeur au motif qu'elle est inappropriée par rapport à un autre tribunal manifestement supérieur.

Pour établir s'il devait exercer sa compétence, le juge de première instance a pris en compte les 10 facteurs qui ont d'abord été énumérés par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, puis réitérés par la Cour suprême du Canada dans *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, ainsi que plusieurs autres facteurs. Toutefois, il n'a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire. Le facteur le plus important qui influe sur la décision de la Cour, soit l'action pendante entre les parties au Japon, a été en grande partie mis de côté par le juge de première instance. En outre, un poids insuffisant a été accordé au facteur du lieu de résidence des témoins, qui favorisait aussi énormément le Japon. De plus, le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a minimisé l'importance de l'interprétation que pourrait recevoir la loi applicable. Si l'action devait être instruite au Canada, il faudrait appliquer le droit japonais conformément à la clause 28. Il y a des questions juridiques complexes qui n'ont pas encore été résolues au Japon qui bénéficieraient d'un examen au Japon en japonais par des juges et des avocats japonais. Une importance considérable a été accordée au fait que la demanderesse pourrait obtenir des dommages-intérêts supérieurs au Canada. Cependant, il n'a pas été établi clairement si le droit canadien ou japonais serait appliqué pour trancher la question des dommages-intérêts. Quoiqu'il en soit, la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts plus élevés dans un pays n'est pas un facteur justifiant le refus de suspendre l'instance, pourvu que justice puisse être rendue au fond dans ce pays. Enfin, il existait une relation de longue

Japan is clearly the most appropriate forum to hear this case: it is the one most closely connected to the parties and the facts of the case; the vessel was inspected, loaded and departed from Japan; Japanese law applies to the litigation; two or three consolidated actions will be conducted in Japan dealing with the same issues, the same law, and the same witnesses; and Japan was the jurisdiction contracted for by the parties.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, Art. 3135.
Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, as amended by the Protocol of 1996, being Schedule 1 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50(1) (as am. *idem*, s. 46).
International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979, being Schedule 3 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (Hague-Visby Rules).
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 46.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp., [2002] 4 S.C.R. 205; (2002), 220 D.L.R. (4th) 54; 28 C.P.C. (5th) 201; 297 N.R. 83; 2002 SCC 78.

CONSIDERED:

Chinese Business Chamber of Canada v. Canada, (2006), 54 Imm. L.R. (3d) 1; 349 N.R. 388; 2006 FCA 178; *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. No. 2059 (QL); *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; (1993), 102 D.L.R. (4th) 96; [1993] 3 W.W.R. 44; 77 B.C.L.R. (2d) 62; 14 C.P.C. (3d) 1; 150 N.R. 321; *Spiliada*

date entre les parties, qui ont fait affaire ensemble pendant de nombreuses années en tenant pour acquis que les tribunaux japonais auraient compétence dans le contexte où le Japon a des liens étroits avec les ententes conclues. La clause attributive de compétence était donc un facteur qui méritait qu'on lui accorde plus d'importance, favorisant ainsi le Japon.

Le Japon est nettement le for le plus approprié pour instruire l'affaire en l'espèce puisqu'il est le plus étroitement lié aux parties et aux faits de l'espèce. En effet, le navire a été inspecté et chargé au Japon et en est parti; le droit japonais s'applique au litige; deux ou trois actions réunies y seront instruites relativement aux mêmes questions, à la même législation et aux mêmes témoins, et le Japon s'est vu contractuellement accorder compétence par les parties.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135.
Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996, qui constitue l'annexe 1 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6.
Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Bruxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979, qui constitue l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (Règles de La Haye-Visby).
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 46.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 50(1) (mod., *idem*, art. 46).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp., [2002] 4 R.C.S. 205; 2002 CSC 78.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Chinese Business Chamber of Canada c. Canada, 2006 CAF 178; *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. n° 2059 (QL); *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Re Doherty*, [2008] 1 W.L.R. 1499; [2008] UKHL 33.

Maritime Corp. v. Cansulex Ltd., [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Re Doherty*, [2008] 1 W.L.R. 1499; [2008] UKHL 33.

REFERRED TO:

Visx Inc. v. Nidek Co. (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209 N.R. 342 (F.C.A.); *Cottrell v. Chippewas of Rama Mnjikaning First Nation Band Council* (2007), 368 N.R. 283; 59 R.P.R. (4th) 65; 2007 FCA 288; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustee of)*, [2001] 3 S.C.R. 907; (2001), 207 D.L.R. (4th) 577; 30 C.B.R. (4th) 6; 280 N.R. 201; 2001 SCC 90; *Cunningham v. Kwikwetlem Indian Band* (2008), 378 N.R. 265; 2008 FCA 149; *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, [2007] 2 F.C.R. 733; (2006), 273 D.L.R. (4th) 302; 352 N.R. 331; 2006 FCA 284; *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40; [1987] 1 W.W.R. 249; 7 B.C.L.R. (2d) 45 (B.C.C.A.); "*Herceg Novi*" and "*Ming Galaxy*" (*The*), [1998] 2 Lloyd's L.R. 454 (H.L.).

AUTHORS CITED

Talpis, J.A. and J.-G. Castel. "Interpreting the rules of private international law", in *Reform of the Civil Code*, vol. 5B, 1993.

APPEAL from a decision of the Federal Court ([2008] 3 F.C.R. 423; (2007), 316 F.T.R. 1; 2007 FC 916) refusing to stay Mazda Canada Inc.'s action on the basis that the defendants in the action had not persuaded the Court that Canada was *forum non conveniens*. Appeal allowed.

APPEARANCES

Mark Sachs and *Robert A. Margolis* for appellants.
A. Barry Oland for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Thomas Cooper, Vancouver, for appellants.
Oland & Company, Kelowna, British Columbia, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LINDEN J.A.: This is an appeal from a decision dismissing an application to stay this action, which was brought pursuant to subsection 50(1) [as am. by S.C.

DÉCISIONS CITÉES :

Visx Inc. c. Nidek Co., [1996] A.C.F. n° 1721 (C.A.) (QL); *Cottrell c. Conseil de bande de la première nation des Chippewas de Rama Mnjikaning*, 2007 CAF 288; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907; 2001 CSC 90; *Cunningham c. Bande indienne de Kwikwetlem*, 2008 CAF 149; *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, [2007] 2 R.C.F. 733; 2006 CAF 284; *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40; [1987] 1 W.W.R. 249; 7 B.C.L.R. (2d) 45 (C.A.C.-B.); "*Herceg Novi*" and "*Ming Galaxy*" (*The*), [1998] 2 Lloyd's L.R. 454 (H.L.)

DOCTRINE CITÉE

Talpis, J.A. et J.-G. Castel. « Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t.3, 1993.

APPEL d'une décision ([2008] 3 R.C.F. 423; 2007 CF 916) par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande en suspension de l'action présentée par Mazda Canada Inc. parce qu'elle n'avait pas convaincu la Cour que le Canada était *forum non conveniens*. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Mark Sachs et *Robert A. Margolis* pour les appelants.
A. Barry Oland pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Thomas Cooper, Vancouver, pour les appelants.
Oland & Company, Kelowna (Colombie-Britannique), pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Il s'agit de l'appel d'une décision rejetant une requête en suspension de la présente action, qui avait été présentée conformément au

2002, c. 8, s. 46] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], on the basis that the applicant had failed to persuade the Court that Canada was *forum non conveniens* ([2008] 3 F.C.R. 423 (F.C.)).

FACTS

[2] The basic facts are unusual but not disputed. This civil action for damages arises out of the loss of 4 813 Mazda automobiles and 110 Isuzu trucks and salvage costs when the *Cougar Ace*, the ship carrying them from Japan to New Westminster, British Columbia, Tacoma, Washington and Port Hueneme, California, took on a severe list of 60 degrees on July 24, 2006 while engaged in a routine ballasting operation on the high seas. Mazda Canada Inc., the plaintiff, eventually lost 1 563 automobiles that it had purchased, and Mazda Motors of America Inc. (Mazda U.S.A.) lost the rest of the Mazda vehicles (the Isuzu trucks that were lost were owned by another party). The ship, owned by MOB Cougar (PTE) Ltd., and chartered to Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (Mitsui), was eventually towed to Portland, Oregon where the damaged vehicles were unloaded, inspected and later scrapped.

[3] Mazda Canada instituted this action in this Court, *in rem* against the ship and *in personam* against the owner, MOB Cougar (PTE) Ltd., (Singapore), the charterer, Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (Japan), the Master and Second Engineer (Myanmar) and the Chief Engineer (Singapore). The *in rem* action has not been served; the owner, charterer and Chief Officer have been served; the Master and Second Engineer have not been served.

[4] Mitsui then sued in Japan, seeking a declaration of non-liability for the accident. It alleges that the loss was caused by an error of management of the ship which operates as a complete defence under the Hague-Visby Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional*

paragraphe 50(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], au motif que la demanderesse n'avait pas réussi à convaincre la Cour que le Canada était *forum non conveniens* ([2008] 3 R.C.F. 423 (C.F.)).

FAITS

[2] Les faits principaux sont inhabituels mais ne sont pas contestés. La présente action civile en dommages-intérêts découle de la perte de 4 813 automobiles de marque Mazda et de 110 camions de marque Isuzu ainsi que des coûts du sauvetage lorsque le *Cougar Ace*, le navire les transportant du Japon à New Westminster (Colombie-Britannique), Tacoma (Washington) et Port Hueneme (Californie), s'est brusquement incliné de 60 degrés, le 24 juillet 2006, alors qu'il était en train d'effectuer une opération courante de ballastage en haute mer. Mazda Canada Inc., la demanderesse, a finalement perdu 1 563 automobiles qu'elle avait achetées, et Mazda Motors of America Inc. (Mazda U.S.A.) a perdu le reste des véhicules Mazda (les camions Isuzu qui ont été perdus appartenaient à une autre partie). Le navire, appartenant à MOB Cougar (PTE) Ltd., et affrété à Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (Mitsui), a finalement été remorqué à Portland (Oregon) où les véhicules endommagés ont été déchargés, inspectés, puis envoyés à la ferraille.

[3] Mazda Canada a intenté la présente action devant la Cour, *in rem* contre le navire et *in personam* contre MOB Cougar (PTE) Ltd., le propriétaire (Singapour), Mitsui O.S.K. Lines Ltd., l'affrèteur (Japon), le capitaine et le deuxième mécanicien (Myanmar) ainsi que le chef mécanicien (Singapour). L'action *in rem* n'a pas été signifiée; le propriétaire, l'affrèteur et le capitaine en second ont reçu signification de l'action; le capitaine et le deuxième mécanicien n'ont pas reçu signification de l'action.

[4] Mitsui a ensuite engagé une poursuite au Japon en vue d'obtenir un jugement déclaratoire l'exonérant de toute responsabilité relativement à l'accident. Elle allègue que les pertes ont été causées par une erreur commise dans l'administration du navire, ce qui constitue un moyen de défense complet en vertu des Règles de La Haye-Visby [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Bruxelles,*

Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979, being Schedule 3 to the Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6]. It denies that the ship was not seaworthy and that the crew was not properly trained, as alleged by Mazda Canada in its action.

[5] In addition, Mazda U.S.A. sued in the United States District Court for the District of Oregon, but that action was dismissed based on the jurisdiction clause in the contract. That Clause 28 reads as follows:

28. LAW AND JURISDICTION

The contract evidenced by or contained in this Bill of Lading shall be governed by Japanese law except as may be otherwise provided for herein. Unless otherwise agreed, any action against the Carrier thereunder must be brought exclusively before the Tokyo District Court in Japan. Any action by the Carrier to enforce any provision of this Bill of Lading may be brought before any court of competent jurisdiction at the option of the Carrier.

[6] This case, we are informed, is now under appeal to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. In the meantime, however, Mazda U.S.A. has sued Mitsui in Japan. Since the trial of this action, the two cases being brought in Japan were consolidated, that is the Mitsui declaration action and the Mazda U.S.A. claim. They appear to be proceeding expeditiously. An action has also now been commenced for the loss of the Isuzu trucks in Japan.

Overview of the Law

[7] The accepted standard of review for discretionary decisions like this one is that the Court will not lightly interfere. In *Chinese Business Chamber of Canada v. Canada* (2006), 54 Imm. L.R. (3d) 1 (F.C.A.), the Court stated [at paragraph 4]:

25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979, qui constitue l'annexe 3 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6]. Elle nie que le navire n'était pas en état de navigabilité et que l'équipage avait reçu une formation insuffisante, comme l'a allégué Mazda Canada dans sa poursuite.

[5] De plus, Mazda U.S.A. a engagé une poursuite aux États-Unis devant la United States District Court for the District of Oregon [Cour de district des États-Unis pour le district de l'Oregon], mais cette action a été rejetée en raison de la clause attributive de compétence contenue au contrat. Ladite clause 28 est ainsi libellée :

[TRADUCTION]

28. DROIT APPLICABLE ET COMPÉTENCE

Sauf disposition contraire aux présentes, le contrat constaté par le présent connaissement est régi par le droit du Japon. Sauf entente contraire, tout différend en découlant ou toute demande s'y rapportant ressortit à la Cour de district de Tokyo. Toute action introduite par le transporteur en vue de faire respecter les stipulations du présent connaissement peut être introduite devant tout tribunal compétent au choix du transporteur.

[6] On nous a informés que la présente affaire fait présentement l'objet d'un appel devant la United States Court of Appeals for the Ninth Circuit [Cour d'appel américaine, neuvième circuit]. Or, entre-temps, Mazda U.S.A. a poursuivi Mitsui au Japon. Depuis l'instruction de cette action, les deux poursuites intentées au Japon ont été réunies, soit l'action intentée par Mitsui visant à obtenir un jugement déclaratoire et la réclamation de Mazda U.S.A. Les parties semblent agir avec célérité. Une action est également actuellement intentée au Japon relativement à la perte des camions Isuzu.

Aperçu des règles de droit

[7] La norme de contrôle reconnue qui est applicable aux décisions discrétionnaires comme celle de l'espèce est celle voulant que la Cour n'intervienne pas à la légèreté. Dans l'arrêt *Chinese Business Chamber of Canada c. Canada*, 2006 CAF 178, la Cour a déclaré ce qui suit [au paragraphe 4] :

This Court may substitute its discretion for that of the Motions Judge if she gave insufficient weight to all the relevant considerations. In addition, the Court may intervene if the Motions Judge's conclusion was predicated upon an incorrect determination with respect to a question of law, or a palpable and overriding error of fact.

(See also *Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (F.C.A.); *Cottrell v. Chippewas of Rama Mnjikaning First Nation Band Council* (2007), 368 N.R. 283 (F.C.A.); *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustee of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, at paragraph 98; *Cunningham v. Kwikwetlem Indian Band* (2008), 378 N.R. 265 (F.C.A.)) This, of course, does not mean that appellate courts will normally reweigh all the evidence to see if they agree with the decision on the merits. However, where errors of law are discovered, a certain amount of re-evaluation may be required.

[8] The principles of law governing this matter are relatively well settled now. It is clear that subsection 46(1) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 eclipses the former Canadian law in cases where parties by contract choose the jurisdiction in which the case will be tried. Such a clause in a contract of carriage is no longer controlling in Canada, but it may be considered as one of the factors to consider in deciding whether an allegation of *forum non conveniens* is made out (*Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, [2007] 2 F.C.R. 733 (F.C.A.) [hereinafter *OT Africa*]).

[9] Subsection 46(1) allows a Canadian plaintiff to sue in Canada despite a clause like Clause 28 in this contract, if certain conditions are met. Section 46 reads as follows:

46. (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial or arbitral proceedings in a court or arbitral tribunal in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where

La Cour peut substituer son pouvoir discrétionnaire à celui de la juge de première instance si cette dernière n'a pas accordé suffisamment de poids à toutes les considérations pertinentes. De plus, la Cour peut intervenir si la conclusion de la juge de première instance était fondée sur une décision incorrecte concernant une question de droit ou sur une erreur de fait manifeste et dominante.

(Voir également *Visx Inc. c. Nidek Co.*, [1996] A.C.F. n° 1721 (C.A.F.) (QL); *Cottrell c. Conseil de bande de la première nation des Chippewas de Rama Mnjikaning*, 2007 CAF 288; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, au paragraphe 98; *Cunningham c. Bande indienne Kwikwetlem*, 2008 CAF 149). Bien entendu, cela ne signifie pas qu'en règle générale les tribunaux d'appel apprécieront de nouveau tous les éléments de preuve afin de voir s'ils sont d'accord avec la décision sur le fond. Cependant, lorsque des erreurs de droit sont constatées, une certaine réévaluation peut s'avérer nécessaire.

[8] Les principes de droit régissant cette question sont maintenant relativement bien établis. Il est clair que le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, supplante l'ancienne loi canadienne dans les cas où les parties choisissent contractuellement le pays où l'affaire sera instruite. Une telle clause dans un contrat de transport maritime n'est plus décisive au Canada, mais elle peut être considérée comme l'un des facteurs à examiner pour déterminer si le bien-fondé d'une allégation de *forum non conveniens* a été démontré (*Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, [2007] 2 R.C.F. 733 (C.A.F.) [ci-après *OT Africa*]).

[9] Le paragraphe 46(1) permet à un demandeur canadien d'engager une poursuite au Canada malgré une clause comme la clause 28 dans le contrat visé par l'es-pèce, si certaines conditions sont remplies. L'article 46 est ainsi libellé :

46. (1) Lorsqu'un contrat de transport de marchandises par eau, non assujéti aux règles de Hambourg, prévoit le renvoi de toute créance découlant du contrat à une cour de justice ou à l'arbitrage en un lieu situé à l'étranger, le réclamant peut, à son choix, intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada devant un tribunal qui serait compétent dans le cas où le contrat aurait prévu le renvoi de la créance au Canada, si l'une ou l'autre des conditions suivantes existe :

(a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada;

(b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or

(c) the contract was made in Canada.

(2) Notwithstanding subsection (1), the parties to a contract referred to in that subsection may, after a claim arises under the contract, designate by agreement the place where the claimant may institute judicial or arbitral proceedings.

[10] This provision in subsection 46(1) merely opens the door for Canadian plaintiffs, allowing an action to be instituted. However, the Court may still decline the jurisdiction on the basis of *forum non conveniens* (*OT Africa*). Subsection 46(1) applies here because the intended port of discharge of the vehicles was New Westminster, British Columbia. The plaintiff may therefore institute proceedings here, but *forum non conveniens* arguments remain available to the defendants.

[11] The trial Judge correctly understood these principles and sought to apply them, taking into account the established law governing the issue of *forum non conveniens* derived from *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205 (relying on the Quebec Court of Appeal decision *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. No. 2059 (QL)). That case set out a non-exhaustive list of 10 factors to be weighed by the Court in making this determination [at paragraph 18]:

[TRANSLATION]

(1) the parties' residence, and that of witnesses and experts;

(2) the location of the material evidence;

(3) the place where the contract was negotiated and executed;

(4) the existence of proceedings pending between the parties in another jurisdiction;

(5) the location of the defendants' assets;

a) le port de chargement ou de déchargement—prévu au contrat ou effectif—est situé au Canada;

b) l'autre partie a au Canada sa résidence, un établissement, une succursale ou une agence;

c) le contrat a été conclu au Canada.

(2) Malgré le paragraphe (1), les parties à un contrat visé à ce paragraphe peuvent d'un commun accord désigner, postérieurement à la créance née du contrat, le lieu où le réclamant peut intenter une procédure judiciaire ou arbitrale.

[10] Ces dispositions du paragraphe 46(1) ne font qu'ouvrir la porte aux demandeurs canadiens, leur permettant d'intenter une action. Cependant, la Cour peut toujours refuser d'exercer sa compétence en se fondant sur la doctrine du *forum non conveniens* (*OT Africa*). Le paragraphe 46(1) s'applique en l'espèce parce que le port de déchargement des véhicules qui était prévu était celui de New Westminster (Colombie-Britannique). La demanderesse peut donc entamer des poursuites ici, mais les défendeurs peuvent toujours invoquer l'argument du *forum non conveniens*.

[11] Le juge de première instance a interprété correctement ces principes et a voulu les appliquer en tenant compte des règles de droit reconnues régissant la question du *forum non conveniens* tirées de l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205 (fondé sur la décision de la Cour d'appel du Québec *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. n° 2059 (QL)). Cet arrêt a dressé une liste non exhaustive de 10 facteurs que doit examiner la Cour pour trancher cette question [au paragraphe 18] :

1) le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts;

2) la situation des éléments de preuve;

3) le lieu de formation et d'exécution du contrat qui donne lieu à la demande;

4) l'existence et le contenu d'une autre action intentée à l'étranger et le progrès déjà effectué dans la poursuite de cette action;

5) la situation des biens appartenant au défendeur;

(6) the applicable law;

(7) advantages conferred upon the plaintiff by its choice of forum, if any;

(8) the interests of justice;

(9) the interests of the parties;

(10) the need to have the judgment recognized in another jurisdiction.

[12] To stay an action because of *forum non conveniens* in Canada, it must be established that another forum is clearly more appropriate. In the case of *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, at page 921 (relying on *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40 (B.C.C.A.)), Justice Sopinka stated that “the existence of a more appropriate forum must be clearly established to displace the forum selected by the plaintiff.” Similarly, Lord Goff in *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd’s Rep. 1 (H.L.), explained [at page 11] that the applicant must “establish that there is another available forum which is clearly and distinctly more appropriate” (emphasis added).

[13] Justice LeBel of the Supreme Court of Canada in *Spar Aerospace* relying on the *Civil Code of Québec* [S.Q. 1991, c. 64], Article 3135, *Spiliada* and *Amchem* declares that in applying Article 3135, which he indicates is consistent with the common law requirements [at paragraph 77], the “judge’s discretion to decline to hear the action on the basis of *forum non conveniens* is only to be exercised exceptionally” (emphasis added). He cites for support *inter alia* to Talpis and Castel’s article, “Interpreting the Rules of Private International Law” in *Reform of the Civil Code*, Vol. 5B, (1993), [at page 55, No. 421] as follows:

The plaintiff’s choice of forum should only be declined exceptionally, when the defendant would be exposed to great injustice as a result.

[14] While some might wonder what the words “clearly”, “distinctly” or “exceptionally” add to the obligation of the defendant to convince the court on the balance of

6) la loi applicable au litige;

7) l’avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi;

8) l’intérêt de la justice;

9) l’intérêt des deux parties;

10) la nécessité éventuelle d’une procédure en exemplification à l’étranger.

[12] Pour suspendre une action au Canada en raison du *forum non conveniens*, il faut démontrer qu’un autre for est nettement plus approprié. Dans l’arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, à la page 921 (fondé sur *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40 (C.A.C.-B.)), le juge Sopinka a déclaré « qu’il faut établir clairement qu’un autre tribunal est plus approprié pour que soit écarté celui qu’a choisi le demandeur ». De même, lord Goff, dans *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd’s Rep. 1 (H.L.), a expliqué [à la page 11] que le demandeur doit démontrer [TRADUCTION] « qu’il existe un autre tribunal compétent qui est manifestement ou clairement plus approprié » (non souligné dans l’original).

[13] Dans l’arrêt *Spar Aerospace*, le juge LeBel de la Cour suprême du Canada, s’appuyant sur l’article 3135 du *Code civil du Québec* [L.Q. 1991, ch. 64] et sur les arrêts *Spiliada* et *Amchem*, a déclaré que dans l’application de l’article 3135, qu’il affirme conforme aux exigences de common law [au paragraphe 77], « le pouvoir discrétionnaire de refuser de connaître de l’action selon le *forum non conveniens* ne doit être exercé par le juge [...] que de manière exceptionnelle » (non souligné dans l’original). À l’appui de cette déclaration, il cite notamment l’article de Talpis et Castel, « Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, 1993, [à la page 902, n° 421] comme suit :

[...] le choix du tribunal par le demandeur ne doit être écarté qu’exceptionnellement, lorsque le défendeur serait exposé à subir une injustice sévère à la suite de ce choix.

[14] D’aucuns peuvent se demander ce que les mots « manifestement », « clairement » ou « de manière exceptionnelle » ajoutent à l’obligation du défendeur de con-

probabilities that the judge should decline jurisdiction in the forum chosen by the plaintiff, those words have been employed in the cases, perhaps to emphasize that the plaintiff's choice of forum should not be lightly interfered with. Therefore, it must be clear that the jurisdiction chosen by the plaintiff is inappropriate compared to another obviously superior jurisdiction. As Lord Carswell explained, in another context, there is only one standard of civil proof, balance of probabilities, but "in some contexts a court or tribunal has to look at the facts more critically or more anxiously than in others before it can be satisfied to the requisite standard." (See *Re Doherty*, [2008] 1 W.L.R. 1499 (H.L.), at paragraph 28).

Analysis

[15] The trial Judge set out to consider these 10 factors, expressing the view [at paragraph 35] that six of them were "fairly neutral", that is 1, 2, 3, 5, 6 and 10. He also discussed 7 and 9 but not 4 nor 8. He added three other factors which he thought should be examined: (1) the public policy of subsection 46(1), which he found would aid Mazda Canada; (2) Clause 28, to which he did not give much weight; and (3) the *in rem* procedure which he felt helped Mazda Canada. In the end, balancing all these factors he refused to grant the stay. Having considered the analysis of the trial Judge, I have concluded that his discretion was, in all the circumstances, not properly exercised and must be reversed. He made errors of law requiring this Court to reassess his reasoning. He undervalued some factors 1, 4, 6 to which he should have given greater weight. He placed weight on some factors which he should not have placed weight on. Also, there are important new facts in relation to factor 1 that arose following his decision so that he was unable to take them into account. In short, Japan, not Canada, is clearly the most appropriate forum for this litigation. A stay should be granted. Let me now elaborate on this overview.

vaincre le tribunal selon la prépondérance des probabilités que le juge devrait refuser d'exercer sa compétence relativement au for choisi par le demandeur, mais il reste que ces mots ont été utilisés dans les décisions, peut-être pour souligner qu'il ne faut pas intervenir à la légère dans le choix du for par le demandeur. Par conséquent, il faut que le tribunal choisi par le demandeur soit nettement inapproprié par rapport à un autre tribunal manifestement supérieur. Comme lord Carswell l'a expliqué, dans un autre contexte, il n'y a qu'une seule norme de preuve en matière civile, la prépondérance des probabilités, mais [TRADUCTION] « dans certains contextes, une cour ou un tribunal doit examiner les faits de manière plus critique ou plus scrupuleuse que dans d'autres afin qu'il soit satisfait à la norme applicable ». (Voir *Re Doherty*, [2008] 1 W.L.R. 1499 (H.L.), au paragraphe 28).

Analyse

[15] Le juge de première instance a entrepris d'examiner ces 10 facteurs, se disant d'avis [au paragraphe 35] que six d'entre eux étaient « assez neutres », soit 1, 2, 3, 5, 6 et 10. Il a également examiné 7 et 9 mais pas 4 ni 8. Il a ajouté trois autres facteurs qui, selon lui, devraient être examinés : 1) la politique officielle exprimée au paragraphe 46(1), laquelle, selon lui, aidait Mazda Canada; 2) la clause 28, à laquelle il n'a accordé guère d'importance; et 3) l'action *in rem*, laquelle, à son avis, aidait Mazda Canada. Finalement, après avoir soupesé tous ces facteurs, il a refusé d'accorder le sursis. Après avoir examiné l'analyse du juge de première instance, je suis arrivé à la conclusion qu'il n'a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire, compte tenu de l'ensemble des circonstances, et que sa décision doit être infirmée. Il a commis des erreurs de droit qui obligent la Cour à revoir son raisonnement. Il a sous-estimé l'importance des facteurs 1, 4 et 6, alors qu'il aurait dû leur en accorder davantage. Il a accordé de l'importance à certains facteurs, alors qu'il n'aurait pas dû. De plus, des faits nouveaux et importants en lien avec le facteur 1 sont survenus à la suite de sa décision, de sorte qu'il n'était pas en mesure d'en tenir compte. Bref, le Japon, non le Canada, est manifestement le pays le plus approprié pour régler le présent litige. Il y a lieu d'accorder un sursis. Je vais maintenant traiter en détail de ce sujet.

[16] The most significant factor that affects this Court's decision is the ongoing proceedings between the parties in Japan, item 4 on the list, which was largely ignored by the trial Judge. First, an action has been launched by the appellant in Japan for a declaration of non-liability which includes as parties Mazda Canada, as well as Mazda U.S.A. That this action was started after the Canadian one, in my view, is not of any importance. Second, there is a civil action being pursued by Mazda U.S.A. in Japan for its losses, which has now been consolidated with the declaration proceeding. (This same action had also earlier included a claim for the losses of Mazda Canada, but that part of the claim was later withdrawn by Mazda Canada.) Mazda U.S.A.'s claim was launched because a law suit that it had started in the United States District Court for the District of Oregon for cargo that was lost and salvage costs was dismissed in favour of the Japanese Court on *forum non conveniens* grounds. (This decision is currently on appeal in the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit.) Third, more recently, a claim on behalf of the underwriters of the 110 Isuzu trucks that were lost was launched in Japan, which will likely be consolidated with the other two claims that are currently proceeding in Japan. (See affidavit of Tetsuro Nakamura dated January 15, 2008.)

[17] It seems to this Court that these three complex and costly matters are proceeding expeditiously in Japan and will continue to do so. The respondent was originally made a party to the Mazda U.S.A. action but then, for its own reasons, withdrew its claim in favour of attempting to proceed in Canada, in another complex and costly proceeding. These new facts, many of which were not known to the trial Judge, weigh very heavily in favour of Japan as the most appropriate forum for the adjudication of all these claims in order to avoid parallel proceedings. International comity would be served by this course. Japan is an important trading partner of Canada and the Japanese legal system is respected internationally, even though its discovery procedures may be less fulsome than ours. In my view, therefore, the trial Judge gave this factor insufficient weight.

[16] Le facteur le plus important qui influe sur la décision de la Cour est l'action pendante entre les parties au Japon, soit le facteur 4 sur la liste, lequel a été en grande partie mis de côté par le juge de première instance. Premièrement, les appelants ont intenté une action au Japon en vue d'obtenir un jugement déclaratoire en exonération de responsabilité, à laquelle étaient également parties Mazda Canada ainsi que Mazda U.S.A. À mon avis, le fait que cette action ait été intentée après celle au Canada n'a aucune importance. Deuxièmement, Mazda U.S.A. a intenté une action civile au Japon relativement à ses pertes, laquelle est maintenant jointe à la requête en jugement déclaratoire. (Ladite action comportait aussi auparavant une réclamation pour les pertes subies par Mazda Canada, mais cette partie de la réclamation a ensuite été retirée par Mazda Canada.) La réclamation a été présentée par Mazda U.S.A. parce qu'une action en justice qu'elle avait intentée devant la United States District Court for the District of Oregon en raison de la perte de la cargaison et des coûts de sauvetage a été rejetée en faveur du tribunal japonais en raison du *forum non conveniens* (cette décision fait présentement l'objet d'un appel devant la United States Court of Appeals for the Ninth Circuit). Troisièmement, plus récemment, une réclamation au nom des assureurs des 110 camions Isuzu qui ont été perdus a été présentée au Japon, laquelle sera probablement réunie avec les deux autres réclamations qui sont actuellement en cours d'instance au Japon. (Voir l'affidavit de Tetsuro Nakamura en date du 15 janvier 2008.)

[17] Il nous semble que ces trois affaires complexes et coûteuses sont traitées avec célérité au Japon et continueront de l'être. L'intimée était à l'origine partie à l'action intentée par Mazda U.S.A., mais elle a ensuite, pour des raisons personnelles, retiré sa réclamation et plutôt tenté d'engager une poursuite au Canada, dans une autre affaire complexe et coûteuse. Ces faits nouveaux, dont plusieurs n'étaient pas connus du juge de première instance, militent fortement en faveur du Japon comme étant le for le plus indiqué pour statuer sur toutes ces réclamations afin d'éviter des instances parallèles, ce qui serait conforme à la courtoisie internationale. Le Japon est un important partenaire commercial du Canada et son système judiciaire est respecté partout dans le monde, même si ses enquêtes préalables sont peut-être moins approfondies que les nôtres. Par conséquent, j'estime que le juge de

[18] Another significant factor to be considered is factor 1: the residence of the parties, the witnesses and the experts. This litigation, which involves many millions of dollars, will require numerous potential witnesses and experts from several countries other than Canada, that is —Japan, U.S.A., Singapore, Myanmar and the Philippines. The overwhelming majority of the witnesses are not likely to be from Canada. Witnesses, most of whom are likely to be from Japan, will be needed to describe the facts concerning the dry docking of the vessel, the loading and inspection of the vessel prior to the voyage, and the preparation for the voyage and the ballasting. The employees of the appellants Mitsui and Mazda Japan who attended in Alaska and Portland to deal with the aftermath of the incident as well as others from different countries will be needed at the trial. Witnesses from Japan, none of whom were crew, will be required to explain the corporate structures of Mitsui and Mazda Japan, where they “reside”, and their relationship with each other. Those from Japan who supervised Seatrade Ship Management (Pte) Ltd., a Singapore company who supplied the crew and others involved will likely testify. There will also be a few crew witnesses to describe the facts of the ballasting incident who are located in Singapore, Myanmar and the Philippines, closer to Japan than Canada. There will be experts from the U.S.A., mainly testifying about the aftermath and the damages. Very few witnesses from Canada will be needed, mainly to describe the contract with Mazda Canada and the losses it incurred. Wherever this trial is held, witnesses will have to be called from different countries and the costs will be significant for all of the parties; a trial in Japan will likely be the least costly overall. Note that the underwriters of both Mazda Canada and Mazda U.S.A. are the same, ACE U.S.A., of Philadelphia, U.S.A. Also, though English is supposed to be the language of the shipping industry, most witnesses would need translators wherever the trial unfolds. This factor of residence of witnesses, therefore, weighs very heavily in favour of Japan, but the Trial Judge found it to be a “fairly neutral” one, erroneously giving it insufficient weight, in my view.

première instance n’a pas accordé suffisamment d’importance à ce facteur.

[18] Un autre facteur important dont il faut tenir compte est le facteur 1 : le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts. Le présent litige met en jeu plusieurs millions de dollars et nécessitera la présence de nombreux experts et témoins provenant de plusieurs pays autres que le Canada, c’est-à-dire le Japon, les États-Unis, Singapour, le Myanmar et les Philippines. La très grande majorité des témoins ne seront vraisemblablement pas du Canada. Des témoins, dont la plupart viendront probablement du Japon, devront décrire les faits se rapportant à la mise en cale sèche du navire, au chargement et à l’inspection du navire avant le voyage, ainsi qu’à la préparation du voyage et au ballastage. Il faudra faire venir pour le procès les employés des appelantes Mitsui et Mazda Japan qui étaient présents en Alaska et à Portland pour s’occuper des conséquences de l’incident, ainsi que d’autres employés en provenance de différents pays. Des témoins en provenance du Japon, dont aucun ne faisait partie de l’équipage, devront expliquer les structures organisationnelles de Mitsui et de Mazda Japan, où celles-ci ont leur « résidence » et la relation qui existe entre elles. Il est probable que les personnes en provenance du Japon qui supervisaient Seatrade Ship Management (PTE) Ltd., une compagnie de Singapour qui a fourni l’équipage, ainsi que d’autres personnes concernées, devront témoigner. Quelques membres de l’équipage, qui seront appelés à décrire les faits se rapportant à l’incident de ballastage, habitent à Singapour, au Myanmar et aux Philippines, donc plus près du Japon que du Canada. Des experts viendront des États-Unis principalement pour témoigner au sujet des conséquences de l’incident et des dommages subis. Les rares témoins en provenance du Canada devront principalement décrire le contrat avec Mazda Canada et les pertes qu’elle a subies. Peu importe le lieu de l’audience, il faudra assigner des témoins de différents pays et les coûts seront considérables pour toutes les parties; cependant, un procès au Japon serait vraisemblablement le moins onéreux de tous. Il est à noter que les assureurs de Mazda Canada et de Mazda U.S.A. sont les mêmes, soit ACE U.S.A., de Philadelphie (États-Unis). En outre, bien que l’anglais soit censé être la langue de l’industrie du transport maritime, la plupart des témoins auront besoin de traducteurs peu importe où le procès se déroulera. Par conséquent, ce facteur du lieu de résidence des témoins favorise énormément

[19] Another factor undervalued significantly by the trial Judge was the potential treatment of the applicable law, factor 6. This action, if it were to proceed in Canada, would have to apply Japanese law in accordance with Clause 28 of the contract of carriage. This is a weighty element to consider (see *OT Africa*). The trial Judge downplayed this factor, referring to the fact that he was unaware of any differences between the Japanese and Canadian law on the issues involved in the case. There are, in this case, complicated legal questions that have not yet been resolved in Japan that should be decided in this litigation: the issue of due diligence in relation to the seaworthiness of the vessel prior to the voyage and its relationship to the issue of the defence of error in the management of the vessel under the Hague-Visby Rules. The legal treatment of the limitation clause with regard to the amount of damages must be unravelled. By handling these issues in Japan in Japanese by Japanese judges and lawyers a more accurate picture of the complex legal issues of Japanese law will emerge. This would be preferable to dealing with these matters by affidavits translated into English, by Judges totally unaware of the actual Japanese jurisprudence and its legal system. Moreover, all of these issues will form a significant aspect of the litigation that will proceed in Japan in any event, and will be resolved there. It makes little sense to engage in the same complex exercise in Canada, risking different results. The trial Judge, in my view, gave insufficient weight to this factor.

[20] Another factor that was not properly weighed was the advantage to the plaintiff 7. The trial Judge was persuaded that significantly greater damages would be available to the plaintiff in Canada than in Japan because Canada has adopted the *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, as amended by the Protocol of 1996* [being Schedule 1 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6], whereas Japan did not. It is, however, unclear whether the Japanese law or Canadian law would

ment le Japon, mais le juge de première instance a estimé qu'il était « assez neutre », ne lui accordant pas à tort suffisamment d'importance, à mon avis.

[19] Un autre facteur que le juge de première instance a grandement sous-estimé est l'interprétation que pourrait recevoir la loi applicable au litige, c'est-à-dire le facteur 6. Si la présente action devait être instruite au Canada, il faudrait appliquer le droit japonais conformément à la clause 28 du contrat de transport maritime. Il s'agit d'un élément important à prendre en compte (voir *OT Africa*). Le juge de première instance a minimisé l'importance de ce facteur, invoquant le fait qu'il ne connaissait pas de différences existant entre les lois japonaises et canadiennes concernant les questions en litige en l'espèce. Il y a, en l'espèce, des questions juridiques complexes qui n'ont pas encore été résolues au Japon et qu'il faudrait trancher dans le présent litige : la question de la diligence raisonnable en lien avec la navigabilité du navire avant le voyage et son lien avec la question du moyen de défense d'erreur commise dans l'administration du navire en vertu des Règles de La Haye-Visby. Des éclaircissements s'imposent en ce qui concerne l'interprétation juridique donnée à la clause limitative quant au montant des dommages-intérêts. Que ces questions soient examinées au Japon en japonais par des juges et des avocats japonais permettra de broser un tableau plus fidèle des questions juridiques complexes de droit japonais. Cela serait préférable au règlement de ces questions, au moyen d'affidavits traduits en anglais, par des juges qui ne connaissent rien de la jurisprudence actuelle du Japon et de son système judiciaire. De plus, toutes ces questions constitueront un aspect important du procès qui, de toute façon, sera instruit au Japon et y sera tranché. Il serait illogique de se livrer au même exercice complexe au Canada et de risquer ainsi d'arriver à des résultats différents. À mon avis, le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment d'importance à ce facteur.

[20] Un autre facteur qui n'a pas été correctement apprécié est l'avantage dont jouit la demanderesse, soit le facteur 7. Le juge de première instance était convaincu que la demanderesse pourrait obtenir des dommages-intérêts nettement supérieurs au Canada par rapport au Japon parce que le Canada a adopté la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996* [qui constitue l'annexe 1 de la *Loi sur la responsa-*

be applied to determine this issue in the Canadian Court. In any event, there is authority that the availability of higher damages in a jurisdiction is not a factor justifying the refusal of a stay, provided that substantial justice could be done in that jurisdiction (see: *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); "*Herceg Novi*" and "*Ming Galaxy*" (*The*), [1998] 2 Lloyd's L.R. 454 (H.L.)).

[21] The reasoning of the trial Judge on the other factors listed in *Spar Aerospace* is unimpeachable, that is, factors 2, 3, 5 and 9.

[22] The trial Judge considered some factors which were not on the *Spar Aerospace* list, which is permissible because that is not an exhaustive list. He took into account: (1) the public policy of Canada; (2) the action *in rem*; and (3) the jurisdiction clause. As for 1, in my view, the trial Judge was legally wrong to reason that subsection 46(1) evinced a policy that would favour Canadian plaintiffs in their choice of a forum. Subsection 46(1) merely gives Canadian litigants a chance to choose Canada initially, where heretofore they were automatically barred from doing so by the usual jurisdiction clauses employed in most shipping contracts. The wording of the legislation and the jurisprudence based on it make it clear that subsection 46(1) does not grant Canadian courts jurisdiction; it only allows Canadian courts, if chosen by the plaintiff pursuant to subsection 46(1), to consider whether Canada is the most appropriate forum employing the usual *forum non conveniens* factors (see *OT Africa*).

[23] As for 2, the trial Judge's reasons about the advantages of the Canadian *in rem* procedure is beside the point, because that procedure is available, for what it is worth, only if Canada assumes jurisdiction, but not if it does not.

bilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6], ce que le Japon n'a pas fait. Cependant, il n'a pas été clairement établi si les tribunaux canadiens devraient appliquer le droit japonais ou le droit canadien afin de statuer sur cette question. Quoi qu'il en soit, selon la jurisprudence, la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts plus élevés dans un pays n'est pas un facteur justifiant le refus de suspendre l'instance, pourvu que justice puisse être rendue au fond dans ce pays (voir : *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); "*Herceg Novi*" and "*Ming Galaxy*" (*The*), [1998] 2 Lloyd's L.R. 454 (H.L.)).

[21] Le raisonnement du juge de première instance concernant les autres facteurs énumérés dans l'arrêt *Spar Aerospace* est irréprochable, c'est-à-dire les facteurs 2, 3, 5 et 9.

[22] Le juge de première instance a tenu compte de certains facteurs qui ne figuraient pas sur la liste établie dans l'arrêt *Spar Aerospace*, ce qui est permis puisqu'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. Il a pris en considération : 1) la politique officielle du Canada; 2) l'action *in rem*; et 3) la clause attributive de compétence. En ce qui concerne le facteur 1, à mon avis, le juge de première instance n'était pas fondé en droit de conclure que le paragraphe 46(1) a supplanté une politique qui favoriserait les demandeurs canadiens par rapport au for qu'ils choisissent. Le paragraphe 46(1) donne simplement la chance aux justiciables canadiens de choisir d'abord le Canada, alors que jusque-là ils s'en voyaient automatiquement empêchés par les clauses de compétence usuelles qui sont utilisées dans la plupart des contrats de transport maritime. Il ressort clairement du libellé de la loi et de la jurisprudence fondée sur celle-ci que le paragraphe 46(1) ne confère pas compétence aux tribunaux canadiens; il permet seulement aux tribunaux canadiens, si la demanderesse les a choisis en vertu du paragraphe 46(1), de déterminer si le Canada est le for le plus approprié à l'aide des facteurs habituels du *forum non conveniens* (voir *OT Africa*).

[23] En ce qui concerne le facteur 2, les motifs du juge de première instance relativement aux avantages de l'action *in rem* au Canada sont dépourvus de pertinence, puisque, sans lui accorder plus de valeur qu'elle n'en a, cette action n'est possible que si le Canada se déclare compétent, mais pas dans le cas contraire.

[24] As for 3, the use of the jurisdiction clause in the post-subsection 46(1) world, the trial Judge was correct to say [at paragraph 69] that it would still be relevant and “should not be ignored,” but it should be given “little weight”. He was right to say it does “not tip the scales in Japan’s favour”. In this case, however, the clause is not one of those offensive ones that gives jurisdiction to a Court that has little or no connection to the contract, which often treated Canadians so unfairly. On the contrary, here there exists a long-standing relationship between the parties, who have dealt with one another over many years on the basis that the Japanese courts will have jurisdiction in a context where Japan has a close connection to the arrangements made. In these circumstances, the jurisdiction clause is a factor that deserved to be given more weight favouring Japan, where it might not deserve such weight if the links with Japan were more tenuous.

[25] In conclusion, Japan is clearly the most appropriate forum to hear this case, as it is the one most closely connected to the parties and the facts of the case, the vessel was inspected, loaded and departed from Japan, Japanese law applies to the litigation, two (probably three) consolidated actions will be conducted there dealing with the same issues, the same law, and the same witnesses, and Japan was the jurisdiction contracted for by the parties.

[26] Consequently, the discretion of the trial Judge was not exercised properly in accordance with the legal principles, it did not give sufficient weight to several factors and it gave too much weight to other factors as described above.

[27] The appeal will be allowed, the decision will be set aside and this action will be stayed. One set of costs for the appellants.

SHARLOW J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

[24] Quant au facteur 3, le recours à la clause attributive de compétence à la suite de l’adoption du paragraphe 46(1), le juge de première instance a eu raison d’affirmer [au paragraphe 69] qu’elle reste pertinente et qu’« on ne doit pas l’ignorer », mais qu’on ne peut lui accorder « beaucoup de poids ». Il a également eu raison de dire qu’elle « ne fait pas pencher la balance en faveur du Japon ». Toutefois, en l’espèce, la clause ne fait pas partie de celles qui accordent outrageusement compétence à un tribunal qui n’a que peu ou pas de lien avec le contrat et qui souvent a traité les Canadiens avec injustice. Au contraire, il existe en l’espèce une relation de longue date entre les parties, qui ont fait affaire ensemble pendant de nombreuses années en prenant pour acquis que les tribunaux japonais auraient compétence dans le contexte où le Japon a des liens étroits avec les ententes conclues. Vu les circonstances, la clause attributive de compétence est un facteur qui méritait qu’on lui accorde plus d’importance, favorisant ainsi le Japon, alors que ce facteur ne mériterait peut-être pas une telle importance si les liens avec le Japon étaient plus ténus.

[25] En conclusion, le Japon est nettement le for le plus approprié pour instruire la présente affaire, puisqu’il est le plus étroitement lié aux parties et aux faits de l’espèce. En effet, le navire a été inspecté et chargé au Japon et en est parti, le droit japonais s’applique au litige, deux (probablement trois) actions réunies y seront instruites relativement aux mêmes questions, à la même législation et aux mêmes témoins, et le Japon s’est vu contractuellement accorder compétence par les parties.

[26] Par conséquent, le juge de première instance n’a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire selon les principes juridiques, il n’a pas accordé suffisamment d’importance à plusieurs facteurs et il a accordé trop d’importance à d’autres facteurs, tel que susmentionné.

[27] L’appel sera accueilli, la décision sera annulée et la présente action sera suspendue. Un seul mémoire de dépens est accordé aux appelants.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d’accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d’accord.

T-2243-07
2008 FC 889

T-2243-07
2008 CF 889

John Dixon (*Applicant*)

John Dixon (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

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

RÉPERTORIÉ : DIXON c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Zinn J.—Vancouver, May 21; Ottawa, July 18, 2008.

Cour fédérale, juge Zinn—Vancouver, 21 mai; Ottawa, 18 juillet 2008.

Penitentiaries — Judicial review of decision of National Parole Board denying day parole review — Board relying on Corrections and Conditional Release Act, s. 123(5), requiring another review within two years after first review denying parole — Initial application for day parole denied — Other application submitted six months later on basis of Act, s. 122(4) — Request for hearing within six months of receipt of application based on Corrections and Conditional Release Regulations, s. 157(2) — All applications, initial or subsequent, for day parole governed by Act, s. 122(1), to which Regulations, s. 157(2) applies — Application allowed.

Pénitenciers — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles refusant d'examiner une demande de semi-liberté — La Commission a invoqué l'art. 123(5) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, qui précise que la Commission procède au réexamen dans les deux ans qui suivent la date de la tenue du premier examen rejetant la demande — La première demande de semi-liberté a été rejetée — Une nouvelle demande a été présentée six mois plus tard sur le fondement de l'art. 122(4) de la Loi — La demande en vue d'obtenir une audience d'examen dans les six mois de la réception de la demande repose sur l'art. 157(2) du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Toutes les demandes de semi-liberté, qu'il s'agisse de la première demande ou d'une nouvelle demande, sont régies par l'art. 122(1) de la Loi auquel s'applique l'art. 157(2) du Règlement — Demande accueillie.

Construction of Statutes — Corrections and Conditional Release Act, ss. 122(1),(4), 123(5) and Corrections and Conditional Release Regulations, s.157(2) — Nothing in words of Act, s. 122(1), limiting application to initial application for day parole — Nothing in Act, s. 123(5) indicating that further two-year reviews conducted only if subsequent application — Interpretation supported by analysis of history of Act, ss. 122, 123 in considering parliamentary intention — Regulations, s. 157(2) applying to day parole applications made pursuant to s. 122(1) of Act.

Interprétation des lois — Art. 122(1),(4) et 123(5) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et art. 157(2) du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Rien dans les termes de l'art. 122(1) de la Loi ne limiterait l'application de cette disposition à la première demande de semi-liberté — Aucun élément de l'art. 123(5) de la Loi n'indique que les réexamens doivent être effectués seulement à la suite d'une nouvelle demande — L'analyse du contexte législatif des art. 122 et 123 de la Loi, dans l'examen de l'intention du législateur, milite en faveur de cette interprétation — L'art. 157(2) du Règlement s'applique aux demandes de semi-liberté présentées en application de l'art. 122(1) de la Loi.

This was an application for judicial review of the decision of the National Parole Board (the Board) denying the applicant, an inmate in a federal penitentiary, a day parole review prior to February 2009.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) refusant au demandeur, un détenu dans un pénitencier fédéral, l'examen d'une demande de semi-liberté avant février 2009.

The Board denied the applicant's initial application for day parole on March 15, 2007. The applicant submitted another application for day parole six months after that decision, on September 17, 2007, on the basis of subsection 122(4) of the *Corrections and Conditional Release Act* (the Act). The applicant's counsel asked that a day parole hearing be provided by March 17, 2008. Subsection 157(2) of the *Corrections and Conditional Release Regulations* (the Regulations) requires the Board to review the case of an offender who applies for day parole within six months after receiving the application.

The Board decided that it was not obliged to review this subsequent request for day parole until February 2009, on the basis of subsection 123(5) of the Act. Subsection 123(5) provides that where the Board has decided not to grant parole following a review pursuant to section 122, the Board shall conduct another review within two years after the date of the first review.

The issue was whether the applicant must wait two years to have his application for day parole considered.

Held, the application should be allowed.

Subsection 122(1) of the Act, which provides that the Board "shall, on application, at the time prescribed by the regulations, review, for the purpose of day parole, the case of every offender", governs all applications, initial or subsequent, for day parole. There is nothing in the ordinary sense of the words used in subsection 122(1) that would limit its application only to an offender's initial application for day parole.

In its grammatical and ordinary meaning, subsection 123(5) of the Act requires the Board, once it has denied an application for day parole, to conduct another review within the two-year time frame set out in that provision, whether or not the offender ever files another application for parole. There is nothing in subsection 123(5) that indicates that the further reviews it states that the Board is to conduct are to be conducted only if there is a subsequent application.

The analysis of the history of sections 122 and 123 of the Act, in considering parliamentary intention, strongly supports this interpretation.

Subsection 157(2) of the Regulations applies to day parole applications made pursuant to subsection 122(1) or (2) of the Act. The applicant was thus entitled to have his application for day parole, which he submitted September 17, 2007, reviewed by the Board before March 17, 2008, pursuant to subsection 157(2) of the Regulations.

Le 15 mars 2007, la Commission a rejeté la première demande de semi-liberté du demandeur. Celui-ci a présenté une nouvelle demande de semi-liberté six mois après cette décision, soit le 17 septembre 2007 sur le fondement du paragraphe 122(4) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la Loi). L'avocat du demandeur a demandé une audience d'examen avant le 17 mars 2008. Le paragraphe 157(2) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (le Règlement) oblige la Commission à examiner le cas du délinquant qui présente une demande de mise en semi-liberté dans les six mois suivant la réception de la demande.

La Commission a décidé qu'elle n'était pas tenue d'examiner cette demande ultérieure de semi-liberté avant février 2009 en invoquant le paragraphe 123(5) de la Loi. Le paragraphe 123(5) précise qu'en cas de refus de libération conditionnelle dans le cadre de l'examen visé à l'article 122, la Commission procède au réexamen dans les deux ans qui suivent la date de la tenue du premier examen.

La question à trancher était celle de savoir si le demandeur doit attendre deux ans pour que sa demande de semi-liberté soit examinée.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Le paragraphe 122(1) de la Loi, qui dispose que « [s]ur demande des intéressés, la Commission examine, au cours de la période prévue par règlement, les demandes de semi-liberté », régit toutes les demandes de semi-liberté, qu'il s'agisse d'une première demande ou d'une nouvelle demande. Rien dans le sens ordinaire des termes du paragraphe 122(1) ne limiterait l'application de ce paragraphe à la première demande de semi-liberté du délinquant.

Selon le sens ordinaire et grammatical de ses termes, le paragraphe 123(5) de la Loi dispose que la Commission doit, une fois qu'elle a rejeté une demande de semi-liberté, procéder au réexamen du cas dans le délai prévu de deux ans, que le délinquant présente ou non une nouvelle demande de libération conditionnelle. Aucun élément du paragraphe 123(5) n'indique que les réexamens que la Commission doit effectuer doivent l'être seulement à la suite d'une nouvelle demande.

L'analyse du contexte législatif des articles 122 et 123 de la Loi, dans l'examen de l'intention du législateur, milite puissamment en faveur de cette interprétation.

Le paragraphe 157(2) du Règlement s'applique aux demandes de semi-liberté formées sous le régime des paragraphes 122(1) ou (2) de la Loi. Le demandeur avait donc le droit de voir examiner par la Commission avant le 17 mars 2008 sa demande de semi-liberté en date du 17 septembre 2007, en vertu du paragraphe 157(2) du Règlement.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 4 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 2(F)), 122(1),(2) (as am. *idem*, s. 69(f)(E)), (4), 123(5) (as am. *idem*, s. 37).
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 157(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Latham v. Canada (2006), 288 F.T.R. 37; 2008 FC 284.

REFERRED TO:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1.

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPLICATION for judicial review of the decision of the National Parole Board denying the applicant a day parole review prior to two years after the date of the first review. Application allowed.

APPEARANCES:

Bibhas Vazé for applicant.
Curtis S. Workun for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Conroy & Company, Abbotsford, British Columbia, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] ZINN J.: Mr. Dixon, an inmate in a federal penitentiary, asks how long must he wait to have an application for day parole considered by the National Parole Board,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 3, 4 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 2(F)), 122(1), (2) (mod., *idem*, art. 69f)(A)), (4), 123(5) (mod., *idem*, art. 37).
Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 157(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Latham c. Canada, 2008 CF 284.

DÉCISION CITÉE :

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles refusant au demandeur l'examen d'une demande de semi-liberté avant l'écoulement d'une période de deux suivant la date de la tenue du premier examen. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Bibhas Vazé pour le demandeur.
Curtis S. Workun pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Conroy & Company, Abbotsford (Colombie-Britannique), pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE ZINN : M. Dixon, détenu dans un pénitencier fédéral, demande à la Cour combien de temps il doit attendre pour que la Commission nationale des libérations

after his previous application was rejected? He says it is six months; the Board says it is two years. For the reasons that follow, I find that he need wait no longer than six months after he makes a valid application for day parole.

BACKGROUND

[2] On November 23, 1983, Mr. Dixon was sentenced to serve a term of life imprisonment. He is currently incarcerated at Mountain Institution in Agassiz, British Columbia. The National Parole Board released Mr. Dixon on day parole on August 15, 2005; however, his day parole was revoked on December 6, 2005.

[3] On March 15, 2007, the Board denied Mr. Dixon's application for day parole. Mr. Dixon submitted a further application for day parole on May 17, 2007. Both parties agree that this application was premature as subsection 122(4) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, provides that where the Board has decided not to grant day parole, as it did on March 15, 2007, no further application for day parole may be made until six months after that decision. Therefore, the earliest Mr. Dixon could re-apply for day parole was September 15, 2007. Accordingly, Mr. Dixon submitted another application for day parole on September 17, 2007. His counsel then asked the Board whether it would be providing Mr. Dixon with a day parole hearing by March 17, 2008, on the basis that such a hearing was required by subsection 157(2) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620.

[4] On November 25, 2007, the Board responded. The Board decided that it was not obliged to review Mr. Dixon's request for day parole until February 2009. That decision reads as follows:

conditionnelles examine une nouvelle demande de semi-liberté après le rejet de sa demande précédente? Selon lui, le délai applicable est de six mois; selon la Commission, il est de deux ans. Pour les motifs dont l'exposé suit, je conclus qu'il n'a pas à attendre plus de six mois après la présentation d'une demande valable de semi-liberté.

LE CONTEXTE

[2] M. Dixon a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité le 23 novembre 1983. Il est actuellement détenu à l'Établissement Mountain, à Agassiz en Colombie-Britannique. La Commission nationale des libérations conditionnelles lui a accordé la semi-liberté le 15 août 2005, mais l'a révoquée le 6 décembre de la même année.

[3] M. Dixon a ensuite formé une demande de semi-liberté que la Commission a rejetée le 15 mars 2007. Il a présenté une nouvelle demande de même nature peu après, soit le 17 mai 2007. Les deux parties s'accordent à reconnaître que cette dernière demande était prématurée, étant donné que, selon le paragraphe 122(4) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, lorsque la Commission décide de rejeter une demande de semi-liberté, comme elle l'a fait le 15 mars 2007, le délinquant doit attendre, pour présenter une nouvelle demande, l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de ce rejet. M. Dixon ne pouvait donc présenter une nouvelle demande de semi-liberté qu'au plus tôt le 15 septembre 2007. En conséquence, il en a formé une le 17 septembre 2007. Son avocat a alors demandé à la Commission si elle tiendrait une audience d'examen du cas de M. Dixon avant le 17 mars 2008, étant donné que la tenue d'une telle audience est prescrite par le paragraphe 157(2) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620.

[4] La Commission a répondu à l'avocat de M. Dixon le 25 novembre 2007, lui faisant part de sa décision selon laquelle elle n'était pas tenue d'examiner la demande de semi-liberté de M. Dixon avant février 2009. La décision en question est rédigée comme suit :

I am writing in response to your letter of October 30, 2007 in which you request, based on an interpretation of the legislation, that this offender's case be reviewed for day parole prior to March 17, 2008.

This offender's case was reviewed by the National Parole Board on March 15, 2007. In accordance with s.123(5) of the *Corrections and Conditional Release Act*, the next statutory review has been scheduled for February 2009.

The Board's policy allows for reviews in addition to the one required by law "when information and a recommendation are received from correctional authorities indicating that the offender, if released, will not present an undue risk to reoffend."

In summary, apart from the review to be held within the mandated two-year time frame and subject to the policy, an offender can apply for day parole, which application will be considered within the regulatory timeframe provided for initial review prescribed [by] the *Corrections and Conditional Release Regulations*.

I have taken the liberty of contacting Mr. Dixon's parole officer, Ms. Sharon Bath, who has advised that she is not currently supporting conditional release for the offender and that an Assessment for Decision will not be submitted to the Board at this time.

[5] Mr. Dixon is seeking judicial review of this decision of the Board denying him a day parole review prior to February 2009. He seeks an order in the nature of *mandamus* requiring the Board to accept his application for day parole dated September 17, 2007, and to review that application within six months of the date of application as required by subsection 157(2) of the Regulations. As the hearing of this application occurred after that six-month period, counsel advised the Court that Mr. Dixon is now seeking an order declaring that he had a right to have his application for day parole heard within six months of the date of application, that is by March 17, 2008, and a further order directing the Board to conduct such a hearing on his application as soon as possible.

[6] The applicant raises three issues on this application; however, it is clear from the submissions of the parties

[TRADUCTION] Je réponds par la présente à votre lettre du 30 octobre 2007, où vous demandez, vous fondant sur votre interprétation des dispositions applicables, que la demande de semi-liberté du délinquant considéré soit examinée avant le 17 mars 2008.

La Commission nationale des libérations conditionnelles a examiné le cas du délinquant considéré le 15 mars 2007. Par conséquent, conformément au paragraphe 123(5) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, le prochain examen obligatoire de ce cas est prévu pour février 2009.

La politique de la Commission permet d'autres examens que celui que prescrit la loi applicable « quand des agents des services correctionnels lui communiquent des renseignements et une recommandation selon lesquels le délinquant ne présentera pas un risque de récidive inacceptable pour la société ».

En résumé, mis à part l'examen à effectuer dans le délai obligatoire de deux ans et sous réserve que soient remplies les conditions de la politique de la Commission, le délinquant peut présenter une demande de semi-liberté, qui sera examinée dans le délai que prévoit pour le premier examen le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*.

Je me suis permis de consulter l'agente de libération conditionnelle de M. Dixon, M^{me} Sharon Bath, qui m'a informé qu'elle n'est pas actuellement favorable à la mise en liberté sous condition du délinquant considéré et qu'une Évaluation en vue d'une décision ne sera pas présentée à la Commission à son égard pour le moment.

[5] M. Dixon demande le contrôle judiciaire de cette décision de la Commission lui refusant l'examen d'une demande de semi-liberté avant février 2009. Il souhaite obtenir une ordonnance de *mandamus* enjoignant à la Commission de déclarer recevable sa demande de semi-liberté en date du 17 septembre 2007 et de l'examiner dans les six mois suivant cette date, conformément au paragraphe 157(2) du Règlement. Comme l'audience de la présente demande de contrôle judiciaire a eu lieu après l'expiration de ce délai de six mois, l'avocat de M. Dixon a informé la Cour que son client sollicite maintenant une ordonnance portant qu'il avait le droit de voir examiner sa demande de semi-liberté dans les six mois suivant la date de celle-ci, soit avant le 17 mars 2008, et une autre ordonnance enjoignant à la Commission de tenir l'audience nécessaire sur sa demande le plus tôt possible.

[6] Le demandeur met trois questions en litige dans la présente espèce; cependant, il ressort à l'évidence des

that the real issue for determination is the proper interpretation of sections 122 and 123 of the Act and subsection 157(2) of the Regulations in the context of Mr. Dixon's circumstances and his most recent application for day parole. Specifically, the dispute between the parties is whether Mr. Dixon's application made September 17, 2007, must be considered by the Board within six months following the date of that application, i.e. before March 17, 2008, or whether the Board is only obliged to consider that application within the two-year period following the initial denial of day parole, i.e. before March 15, 2009.

STATUTORY PROVISIONS

[7] The relevant provisions of the Act dealing with day parole that must be considered in this application are subsections 122(1), 122(4) and 123(5) [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 37], which read as follows:

122. (1) Subject to subsection 119(2), the Board shall, on application, at the time prescribed by the regulations, review, for the purpose of day parole, the case of every offender other than an offender referred to in subsection (2).

...

(4) Where the Board decides not to grant day parole, no further application for day parole may be made until six months after the decision or until such earlier time as the regulations prescribe or the Board determines.

...

123. (1) ...

(5) Where the Board decides not to grant parole following a review pursuant to section 122 or subsection (1) or a review is not made by virtue of subsection (2), the Board shall conduct another review within two years after the later of

(a) the date on which the first review under this section took place or was scheduled to take place, and

conclusions des parties que la véritable question à trancher est celle de l'interprétation à donner des articles 122 et 123 de la Loi, et du paragraphe 157(2) du Règlement, dans le contexte défini par la situation de M. Dixon et sa dernière demande de semi-liberté en date. Plus précisément, la question qui oppose les parties est celle de savoir si la Commission est tenue d'examiner la demande de semi-liberté de M. Dixon en date du 17 septembre 2007 dans les six mois suivant cette date, c'est-à-dire avant le 17 mars 2008, ou si sa seule obligation est d'examiner cette demande dans les deux ans suivant le rejet de la première demande de même nature, soit avant le 15 mars 2009.

LES DISPOSITIONS APPLICABLES

[7] Les dispositions relatives à la semi-liberté de la Loi qui doivent être examinées dans le cadre de la présente demande sont ses paragraphes 122(1), 122(4) et 123(5) [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 37], dont le texte est le suivant :

122. (1) Sur demande des intéressés, la Commission examine, au cours de la période prévue par règlement, les demandes de semi-liberté.

[...]

(4) En cas de refus, le délinquant doit, pour présenter une nouvelle demande, attendre l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date du refus ou du délai inférieur que fixent les règlements ou détermine la Commission.

[...]

123. (1) [...]

(5) En cas de refus de libération conditionnelle dans le cadre de l'examen visé à l'article 122 ou au paragraphe (1) ou encore en l'absence de tout examen pour les raisons exposées au paragraphe (2), la Commission procède au réexamen dans les deux ans qui suivent la date de la tenue du premier examen en application du présent article ou de l'article 122, ou à celle fixée pour cet examen, selon la plus éloignée de ces dates, et ainsi de suite, dans les deux ans, jusqu'à la survenance du premier des événements suivants :

a) la libération conditionnelle totale ou d'office;

(b) the date on which the first review under section 122 took place,

and thereafter within two years after the date on which each preceding review under this section or section 122 took place or was scheduled to take place, until

(c) the offender is released on full parole or on statutory release;

(d) the sentence of the offender expires; or

(e) less than four months remains to be served before the offender's statutory release date.

The relevant provision of the Regulations dealing with day parole that is relevant to this application is subsection 157(2), which reads as follows:

157. (1) ...

(2) Subject to subsection (3), the Board shall review the case of an offender who applies, in accordance with subsection (1), for day parole within six months after receiving the application, but in no case is the Board required to review the case before the two months immediately preceding the offender's eligibility date for day parole.

STANDARD OF REVIEW

[8] The respondent submits that the appropriate standard of review of the Board's decision is reasonableness. The respondent acknowledges that one could arguably characterize the issue in this application as a question of law such that correctness is the applicable standard. However, the respondent submits that the determination of the maximum period prior to a day parole review depends not solely on the interpretation of the Act and Regulations but the interrelationship of those provisions within the context of the parole system. It is submitted that the resolution of the issue raised by Mr. Dixon depends on an analysis of the entire legislative regime and the manner in which the Board applies those provisions. Accordingly, the respondent argues: "A resolution of the issue without a degree of deference to the Board's experience in processing and deciding these applications and indeed its expertise in employing the interrelated provisions of its enabling legislation along with its policies it has developed over time would be to, in large part, defeat one of the

b) l'expiration de la peine;

c) le délinquant a moins de quatre mois à purger avant sa libération d'office.

La disposition relative à la semi-liberté du Règlement qui est pertinente pour la présente demande est son paragraphe 157(2), rédigé comme suit :

157. (1) [...]

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la Commission doit examiner le cas du délinquant qui présente une demande de mise en semi-liberté conformément au paragraphe (1) dans les six mois suivant la réception de la demande, mais elle n'est pas tenue de le faire plus de deux mois avant la date de l'admissibilité du délinquant à la semi-liberté.

LA NORME DE CONTRÔLE

[8] Le défendeur soutient que la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est celle de la décision raisonnable. Il admet qu'on pourrait définir la question en litige dans la présente demande comme une question de droit, qui relèverait à ce titre de la norme de la décision correcte. Cependant, fait-il valoir, la détermination du délai maximal qui doit s'écouler avant l'examen d'une demande de semi-liberté repose non seulement sur l'interprétation de la Loi et du Règlement, mais aussi sur les corrélations entre leurs dispositions dans le contexte du système des libérations conditionnelles. Selon le défendeur, on ne peut répondre à la question soulevée par M. Dixon qu'en analysant l'ensemble du régime applicable et la manière dont la Commission l'applique. Par conséquent, affirme-t-il, [TRADUCTION] « [r]épondre à cette question sans manifester une certaine retenue judiciaire motivée par l'expérience de la Commission dans l'administration et l'examen des demandes de cette nature, et par ce qu'on peut appeler à bon droit son ex-

purposes for which it was established, the effective monitoring of the offender's rehabilitative progress.”

[9] In my view, the foundation for this application and the determination of the Board in the decision under review depends solely on an interpretation of the relevant provisions of the Act and Regulations. If, as I have found, the issue before the Court is a question of law alone, then, the respondent submits, it was not a question that lies outside the expertise of the Board and as long as the Board's interpretation of the Act and Regulations was reasonable, it should not be disturbed on review. I do not agree.

[10] A question of statutory interpretation is a question of law. The applicable standard of review when reviewing impugned decisions relating to an interpretation of a statute is correctness. The Board has no greater or special expertise in this regard than this Court. Justice Snider in *Latham v. Canada* (2006), 288 F.T.R. 37 (F.C.), held that the proper standard of review of a decision of the Appeal Division of the National Parole Board that involves statutory interpretation is correctness. In my view, decisions of the Board that involve statutory interpretation are also subject to the standard of correctness. In this instance the Board's decision relies entirely on the proper interpretation of the relevant sections of the Act and Regulations. The interpretation given these legislative provisions by the Board must be correct.

[11] Although the parties differ in their interpretation of the relevant statutory provisions, both claim that their interpretation is supported by the plain meaning of the words of the Act and Regulations.

pertise dans la mise en œuvre des dispositions étroitement liées de sa loi habilitante et des politiques qu'elle a élaborées au fil du temps, irait dans une large mesure à l'encontre du but dans lequel elle a été instituée, soit la surveillance efficace des progrès de la réadaptation des délinquants ».

[9] À mon sens, le fondement de la présente demande et la conclusion formulée par la Commission dans la décision qui fait l'objet du présent contrôle dépendent seulement de l'interprétation des dispositions applicables de la Loi et du Règlement. Si — comme je l'ai conclu — la question dont la Cour est saisie est une pure question de droit, soutient le défendeur, ce n'est pas une question qui échappe à l'expertise de la Commission et, pour autant que soit raisonnable l'interprétation de la Loi et du Règlement sur laquelle elle a fondé sa décision, celle-ci ne devrait pas être remise en cause. Je ne puis souscrire à cette façon de voir.

[10] Une question mettant en jeu l'interprétation de dispositions législatives est une question de droit. La norme applicable au contrôle des décisions attaquées sur le fondement de l'interprétation d'une loi est la norme de la décision correcte. La Commission ne possède pas à cet égard de connaissances plus grandes ou plus spéciales que notre Cour. La juge Snider a conclu dans *Latham c. Canada*, 2006 CF 284, que la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à une décision de la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles mettant en jeu l'interprétation de dispositions législatives est la norme de la décision correcte. À mon avis, les décisions de la Commission qui mettent en jeu une telle interprétation relèvent aussi de la norme de la décision correcte. La valeur de la décision de la Commission attaquée dans la présente espèce repose entièrement sur la justesse de l'interprétation qu'elle suppose des dispositions applicables de la Loi et du Règlement. L'interprétation de ces dispositions par la Commission doit donc être correcte.

[11] Malgré la divergence de leurs interprétations respectives des dispositions du régime applicable, les deux parties affirment se fonder sur le sens manifeste des termes de la Loi et du Règlement.

APPLICANT'S INTERPRETATION

[12] Mr. Dixon submits that subsection 122(1) governs all applications for day parole and sets out the general rule that the Board is required to review the case of every offender who applies for day parole at the time prescribed by the Regulations, subject to certain exceptions. There are two exceptions to the general rule set out in subsection 122(1). It is common ground that neither applies to Mr. Dixon. Accordingly, it is submitted, the general rule applies to him.

[13] Mr. Dixon submits that there is nothing in the Act that limits an offender's right to continue making applications for day parole until he or she is successful. The only restriction on his right to apply for day parole is subsection 122(4) of the Act which provides that an application cannot be made earlier than six months following a decision of the Board denying him day parole. He points out that this subsection is the only provision in the Act that actually speaks to the making of an application for day parole. Therefore, he submits all day parole applications are made pursuant to subsection 122(1).

[14] In short, it is his position that while an offender must wait at least six months after a day parole application is denied before he or she can re-apply, the offender is entitled to re-apply under subsection 122(1) of the Act. He submits that he filed a proper application for day parole on September 17, 2007, pursuant to subsection 122(1) of the Act, and pursuant to subsection 157(2) of the Regulations, the Board was required to consider it within six months after receiving it. On this view, the Board was required to review his application on or before March 17, 2008.

RESPONDENT'S INTERPRETATION

[15] The respondent submits that different statutory provisions apply depending on whether the offender is making an initial application for day parole or a subsequent application for day parole. The parties are agreed,

L'INTERPRÉTATION DU DEMANDEUR

[12] M. Dixon fait valoir que le paragraphe 122(1) régit toutes les demandes de semi-liberté et énonce la règle générale selon laquelle la Commission est tenue d'examiner les demandes de cette nature au cours de la période prévue par règlement, sous réserve de deux exceptions. Or il n'est pas contesté qu'aucune de ces exceptions ne le concerne. Par conséquent, soutient-il, la règle générale s'applique à son cas.

[13] M. Dixon avance qu'aucune disposition de la Loi ne limite le droit du délinquant à continuer à présenter des demandes de semi-liberté jusqu'à ce qu'il obtienne gain de cause. La seule restriction apportée à son droit de demander la semi-liberté est prévue au paragraphe 122(4) de la Loi, selon lequel le délinquant doit attendre, pour présenter une nouvelle demande de semi-liberté, l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date du rejet de sa demande précédente. M. Dixon fait observer que ce paragraphe est la seule disposition de la Loi qui porte effectivement sur la présentation d'une demande de semi-liberté. Par conséquent, affirme-t-il, toutes les demandes de semi-liberté sont présentées sous le régime du paragraphe 122(1).

[14] En résumé, la position du demandeur est que, s'il est vrai que le délinquant doit attendre au moins six mois après le rejet d'une demande de semi-liberté pour pouvoir en présenter une nouvelle, il a le droit d'en présenter une nouvelle sous le régime du paragraphe 122(1) de la Loi. Or, fait-il valoir, il a déposé une demande valable de semi-liberté le 17 septembre 2007, sous le régime du paragraphe 122(1) de la Loi, et, en vertu du paragraphe 157(2) du Règlement, la Commission était tenue de l'examiner dans les six mois de sa réception. Selon cette interprétation, la Commission devait examiner sa demande au plus tard le 17 mars 2008.

L'INTERPRÉTATION DU DÉFENDEUR

[15] Le défendeur soutient que des dispositions législatives différentes s'appliquent selon que le délinquant fait une première demande ou une nouvelle demande de semi-liberté. Les parties s'accordent à reconnaître, au

at least as far as concerns what the respondent describes as the initial application, that the application is made pursuant to subsection 122(1) of the Act and, in accordance with subsection 157(2) of the Regulations, it must be considered by the Board within six months of the application.

[16] The fundamental difference between the parties' interpretations of subsequent applications for day parole arises from the respondent's position that subsection 122(1) of the Act and therefore subsection 157(2) of the Regulations does not apply to subsequent applications for day parole.

[17] The respondent submits that subsequent day parole applications are made pursuant to subsection 122(4) of the Act. Subsection 122(4) precludes an offender from making a subsequent application until six months have elapsed after the Board's refusal to grant day parole. Thus, it is argued, subsequent applications are made pursuant to this provision and then, it is submitted, subsection 123(5) applies to that subsequent application requiring that it be heard within two years of the decision denying the initial application. It is submitted by the respondent that the requirement in subsection 157(2) of the Regulations that a hearing occur within six months only applies to a subsection 122(1) [of the Act] or initial application, and to no other.

[18] In short, the respondent submits that Mr. Dixon's subsequent day parole application dated September 17, 2007, need only be considered by the Board within two years after the last rejected application; that is before March 15, 2009.

ANALYSIS

[19] The Supreme Court of Canada in *Re Rizzo & Rizzo Shoes*, [1998] 1 S.C.R. 27, accepted and endorsed the view of Elmer Drieger in *Construction of Statutes* (2nd ed., 1983) that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. He writes [at page 87]:

moins relativement à ce que le défendeur appelle la première demande, qu'on présente la demande de semi-liberté sous le régime du paragraphe 122(1) de la Loi et que, selon le paragraphe 157(2) du Règlement, la Commission doit l'examiner dans les six mois suivant la date de sa présentation.

[16] La divergence fondamentale d'interprétation qui sépare les parties sous le rapport des nouvelles demandes de semi-liberté tient à ce que, selon le défendeur, ni le paragraphe 122(1) de la Loi ni par conséquent le paragraphe 157(2) du Règlement ne s'appliquent à ces nouvelles demandes.

[17] Le défendeur soutient que les nouvelles demandes de semi-liberté sont présentées sous le régime du paragraphe 122(4) de la Loi. En effet, ce paragraphe exclut pour le délinquant la possibilité de former une nouvelle demande de cette nature jusqu'à ce que six mois se soient écoulés après le rejet par la Commission de sa demande précédente. Par conséquent, fait valoir le défendeur, c'est en vertu de cette disposition que le délinquant présente toute nouvelle demande, de sorte que celle-ci relève du paragraphe 123(5), qui en prescrit l'examen dans les deux ans suivant la décision portant rejet de la première demande. Selon le défendeur, la prescription du paragraphe 157(2) du Règlement selon laquelle un examen doit être effectué dans les six mois ne s'applique qu'à la demande présentée sous le régime du paragraphe 122(1) [de la Loi], c'est-à-dire à la première demande, à l'exclusion des autres.

[18] Bref, toujours selon le défendeur, la Commission n'est tenue d'examiner la nouvelle demande de semi-liberté de M. Dixon, en date du 17 septembre 2007, que dans les deux ans suivant le rejet de sa demande précédente, soit avant le 15 mars 2009.

ANALYSE

[19] La Cour suprême du Canada, dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, a souscrit au point de vue exprimé par Elmer Drieger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd., 1983), selon lequel l'interprétation législative ne peut se fonder sur le seul libellé du texte de loi. Drieger écrivait à ce sujet [à la page 87] :

Today there is only one principle or approach, namely, the words of the 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.

[20] In the analysis that follows I will look first at the words in their grammatical and ordinary sense in the scheme of the Act to see whether either party's interpretation is more strongly supported. I will then turn to consider the object of the Act and the intention of Parliament to see whether those considerations support or challenge the previous analysis.

Grammatical and Ordinary Sense of the Words

[21] In my view, the applicant's interpretation more closely accords with the grammatical and ordinary sense of the words of the relevant statutory provisions in the context of the Act. The respondent's interpretation requires a reading in of the concepts of an "initial application" and "subsequent applications" for day parole. There is nothing in the ordinary sense of the words used in subsection 122(1) that would limit its application only to an offender's initial application for day parole.

[22] The respondent's interpretation also requires that subsection 122(4) be read as the statutory provision under which subsequent day parole applications are made. However, the ordinary sense of the words in that subsection is that it sets out a restriction on the timing of an application for day parole made after a previous application was denied. Unlike subsection 122(1), subsection 122(4) does not contain any obligation that the Board shall review these subsequent applications. The respondent argues that the requirement that the Board review these subsequent applications is found in subsection 123(5). In my view, this cannot be a proper interpretation because that interpretation results in subsection 122(4) being unnecessary in the scheme of the Act.

[23] That result arises for the following reasons. First, there is nothing in subsection 123(5) that indicates that the further reviews it states that the Board is to conduct

[TRANSLATION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : 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.

[20] Je commencerai l'analyse qui suit en examinant le sens ordinaire et grammatical des termes des dispositions applicables à la lumière de l'esprit de la loi, afin de voir s'il fait pencher la balance du côté de l'une ou l'autre des interprétations respectives des parties. J'étudierai ensuite l'objet de la loi et l'intention du législateur, afin d'établir si ces facteurs confirment ou infirment les résultats de la première phase de l'analyse.

Le sens ordinaire et grammatical des termes

[21] À mon sens, l'interprétation du demandeur concorde plus étroitement que celle du défendeur avec le sens ordinaire et grammatical des termes des dispositions applicables dans le contexte de la Loi. L'interprétation du défendeur exige qu'on fasse intervenir les concepts de « première demande » et de « nouvelles demandes » de semi-liberté. Or, on ne trouve dans le sens ordinaire des termes du paragraphe 122(1) aucun élément qui limiterait l'application de ce paragraphe à la première demande de semi-liberté du délinquant.

[22] L'interprétation du défendeur exige aussi que l'on considère le paragraphe 122(4) comme la disposition régissant la présentation des nouvelles demandes de semi-liberté. Or, selon le sens ordinaire de ses termes, ce paragraphe prévoit l'obligation pour le délinquant d'attendre, avant de présenter une nouvelle demande de semi-liberté, l'expiration d'un délai déterminé à compter de la date du rejet de sa demande précédente. Contrairement au paragraphe 122(1), le paragraphe 122(4) ne prévoit pas pour la Commission l'obligation d'examiner les nouvelles demandes de cette nature. Le défendeur soutient que cette obligation est prévue au paragraphe 123(5). À mon avis, cette interprétation ne peut être juste, puisqu'elle a pour conséquence de rendre le paragraphe 122(4) inutile dans l'économie générale de la Loi.

[23] Il en est ainsi pour les raisons suivantes. Premièrement, aucun élément du paragraphe 123(5) n'indique que les réexamens que la Commission doit effectuer

are to be conducted only if there is a subsequent application. In its grammatical and ordinary meaning subsection 123(5) requires the Board to conduct further day parole reviews whether or not the offender ever files another application for parole. The only condition precedent to the requirement under subsection 123(5) that the Board conduct a further day parole review is that it had previously denied an application for day parole made under subsection 122(1). Once the Board has denied such an application, then subsection 123(5) requires that it conduct another review of that offender's eligibility for day parole within the two-year time frame set out in that provision.

[24] If the respondent's interpretation is correct that subsequent applications are governed by subsection 122(4) and those subsequent applications must be considered by the Board within the two-year period prescribed by 123(5), then subsection 122(4) becomes redundant as there will be an automatic review of an offender's right to day parole within the period prescribed in subsection 123(5) whether or not the offender makes a further application. The interpretation to be preferred is that which does not make statutory provisions redundant or unnecessary. In this case, that is the applicant's interpretation.

[25] Accordingly, in my view, the position advanced by the applicant more closely accords with the grammatical and ordinary sense of the words in the context of the Act.

[26] Is this interpretation supported or countered by examining the objective of the Act and Parliament's intention?

The Object of the Act

[27] Section 3 of the Act sets out the purpose of the correctional system as a whole:

3. The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

doivent l'être seulement à la suite d'une nouvelle demande. Selon le sens ordinaire et grammatical de ses termes, le paragraphe 123(5) dispose que la Commission doit procéder au réexamen du cas du délinquant, que ce dernier présente ou non une nouvelle demande de libération conditionnelle. La seule condition dont dépende l'obligation que le paragraphe 123(5) impose à la Commission de procéder au réexamen du cas du délinquant sous le rapport de la semi-liberté est qu'elle ait auparavant rejeté une demande de semi-liberté présentée en vertu du paragraphe 122(1). Une fois que la Commission a rejeté une telle demande, elle doit, selon le paragraphe 123(5), procéder au réexamen de l'admissibilité du délinquant en question à la semi-liberté dans le délai prévu de deux ans.

[24] Si le défendeur a raison de penser que les nouvelles demandes sont régies par le paragraphe 122(4) et que la Commission doit les examiner dans le délai de deux ans que prévoit le paragraphe 123(5), le paragraphe 122(4) doit être considéré comme redondant, puisqu'il y aura un réexamen d'office du droit du délinquant à la semi-liberté dans le délai prévu au paragraphe 123(5), que ce délinquant forme ou non une nouvelle demande. L'interprétation à privilégier est celle qui n'a pas pour conséquence l'inutilité ou la redondance de dispositions législatives. Dans la présente espèce, c'est l'interprétation du demandeur qui remplit ce critère.

[25] Par conséquent, me paraît-il, la position du demandeur concorde plus étroitement avec le sens ordinaire et grammatical des termes dans le contexte de la Loi.

[26] Cette interprétation est-elle confirmée ou infirmée par l'examen de l'objet de la Loi et de l'intention du législateur?

L'objet de la Loi

[27] L'article 3 de la Loi expose la raison d'être du système correctionnel considéré dans son ensemble :

3. Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and

(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.

[28] The object of reintegrating offenders into the community as law-abiding citizens seems to capture the purpose of day parole. The respondent submitted that its interpretation that reviews are required only every two years accords with this purpose as this extended period increases the likelihood that offenders who seek release have experienced a reduction in their risk and are better prepared for release when their applications are considered by the Board. It was noted that while two years is the general rule, the Board may consider a review at an earlier time if it is of the view that it is warranted in the particular circumstances of the offender.

[29] On the other hand, in addition to the purpose in section 3, the applicant points to section 4 [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 2(F)] of the Act which provides that in achieving the purposes of the Act, the Correctional Service of Canada is to “use the least restrictive measures consistent with the protection of the public, staff members and offenders” and that “offenders retain the rights and privileges of all members of society” except as are necessarily removed or restricted as a result of the sentence. If the applicant’s interpretation is accepted, the offender has some control as to the timing of reviews in advance of the two-year automatic review. An offender who feels that he has been rehabilitated and is ready to rejoin society has the right to apply and be considered for day parole within a one-year period. This provides both the least restrictive measure on the offender and accords with his or her rights as a citizen.

[30] In my view, the objects of the Act are arguably consistent with both interpretations and accordingly this

au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

[28] L’objet défini comme la réinsertion sociale des délinquants à titre de citoyens respectueux des lois paraît exprimer la raison d’être de la semi-liberté. Le défendeur fait valoir que son interprétation selon laquelle les examens ne sont obligatoires que tous les deux ans est conforme à cette raison d’être, étant donné que l’écoulement de ce long délai augmente la probabilité que les délinquants qui demandent leur mise en liberté présentent moins de risques pour la société et soient mieux préparés à sortir de prison quand la Commission examinera leurs demandes. Le délai de deux ans est la règle générale, ajoute le défendeur, mais il peut arriver que la Commission envisage de procéder à un réexamen plus tôt si elle estime que la situation particulière du délinquant le justifie.

[29] Le demandeur fait remarquer de son côté que, en plus d’exposer la raison d’être du système correctionnel à l’article 3, la Loi dispose à son article 4 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 2(F)] que le Service correctionnel du Canada, dans l’exécution de ce mandat, doit être guidé entre autres par les principes suivants : « les mesures nécessaires à la protection du public, des agents et des délinquants doivent être le moins restrictives possible », et « le délinquant continue à jouir des droits et privilèges reconnus à tout citoyen », sauf de ceux dont la suppression ou la restriction constitue une conséquence nécessaire de sa peine. Si l’on retient l’interprétation du demandeur, le délinquant peut dans une certaine mesure influencer sur la chronologie des réexamens indépendamment du réexamen d’office après deux ans. De ce point de vue, le délinquant qui s’estime réadapté et prêt à rentrer dans les rangs de la société aurait le droit de présenter une demande de semi-liberté et de la voir examiner à l’intérieur d’un délai d’un an. Cette façon de procéder serait la mesure à la fois la moins restrictive pour le délinquant et la plus conforme à ses droits de citoyen.

[30] On pourrait soutenir, à mon avis, que les deux interprétations sont compatibles avec les objets de la Loi,

consideration offers little to support one over the other.

The Intention of Parliament

[31] Although the respondent made submissions as to the intention of Parliament in support of the interpretation it advanced, I have not found the evidence presented to be demonstrative of any particular parliamentary intention. Specifically, the Court was provided with some of the provisions of the Board's Policy Manual [see the National Parole Board's Web site at www.npb-cnrc.gc.ca], the Board's 1994 Strategic Action Plan, and passages from the Board's Trainer Manual. These documents indicate how the Board interprets the statutory provisions in issue, but the Board's own interpretation is no assistance in determining parliamentary intent. Further, it was precisely the Board's interpretation that resulted in this application.

[32] It was submitted that the 1994 Strategic Action Plan does offer evidence of parliamentary intent as it was provided to the government prior to the introduction of Bill C-45 in 1995. That Bill amended the statutory provisions under consideration and, in particular, amended subsection 123(5) to make the two-year review periods applicable to day parole. It is submitted that this document, which shows the Board recommending a change from a one-year review to a two-year review, supports the respondent's position that Parliament intended that reviews are only to be done every two years. It may be that the Board advised the government that it could save money and create efficiencies in the parole system if it were required to consider parole applications only every two years; however, this fails to address the question of whether in passing Bill C-45 this was Parliament's intention. No parliamentary debates or ministerial comments were provided to the Court and accordingly, there is no foundation provided to support the respondent's submission regarding the intention of Parliament. Further, the Court notes that the summary included with Bill C-45 makes no reference at all to the question under consideration here or the extension to two years relied on by the respondent.

de sorte que cet angle d'analyse n'apporte guère de nouveaux éléments susceptibles de faire pencher la balance d'un côté plutôt que de l'autre.

L'intention du législateur

[31] Si le défendeur a bien proposé des observations touchant l'intention du législateur à l'appui de son interprétation, la preuve qu'il a produite ne me semble démontrer l'existence d'aucune visée particulière du Parlement. Plus précisément, le défendeur a porté à l'attention de la Cour certains passages du Manuel des politiques de la Commission [voir le site Web de la Commission nationale des libérations conditionnelles au www.npb-cnrc.gc.ca], de son Plan d'action stratégique de 1994 et de son Guide du formateur. Ces documents montrent comment la Commission interprète les dispositions en question, mais la propre interprétation de la Commission ne nous aide pas à établir l'intention du législateur. Qui plus est, c'est justement l'interprétation de la Commission qui est à l'origine de la présente demande.

[32] Le défendeur soutient que le Plan d'action stratégique de 1994 témoigne bel et bien de l'intention du législateur, étant donné qu'il a été communiqué au gouvernement avant l'introduction du projet de loi C-45 en 1995. Ce projet de loi portait modification des dispositions qui nous occupent, et changeait notamment le paragraphe 123(5) de manière à rendre les délais de deux ans applicables au réexamen de l'admissibilité à la semi-liberté. Le défendeur fait valoir que ce document, où la Commission recommande de porter de un an à deux ans le délai applicable aux réexamens, étaye sa position selon laquelle l'intention du législateur était que l'on ne procède aux réexamens que tous les deux ans. Il se peut que la Commission ait informé le gouvernement que l'obligation d'examiner les demandes de libération conditionnelle seulement tous les deux ans lui permettrait de réaliser des économies et des gains d'efficacité dans le système des libérations conditionnelles, mais il n'est pas répondu pour autant à la question de savoir si telle était l'intention du législateur en adoptant le projet de loi C-45. Le défendeur n'a pas produit de transcriptions de débats parlementaires ni de commentaires ministériels, de sorte qu'il n'a pas étayé sa thèse touchant l'intention du législateur. En outre, la Cour note que le résumé accompagnant le projet

[33] While not argued by either party, I have considered the history of sections 122 and 123 of the Act in considering parliamentary intention. In my view this analysis is quite telling and strongly supports the interpretation urged by the applicant.

[34] Bill C-45 [S.C. 1995, c. 42] did not amend section 122 in any manner material to the issue at hand. Subsection 123(5), however, was materially amended. Prior to the amendment, subsection 123(5) read as follows:

123. (1) ...

(5) Where the Board decides not to grant full parole following a review pursuant to subsection (1) or a review is not made by virtue of subsection (2), the Board shall conduct another review within one year after the later of

- (a) the date on which the first review under this section took place or was scheduled to take place, and
- (b) the date on which the first review under section 122 took place,

and thereafter within one year after the date on which each preceding review under this section or section 122 took place or was scheduled to take place, until

- (c) the offender is released on full parole or on statutory release;
- (d) the sentence of the offender expires; or
- (e) less than four months remains to be served before the offender's statutory release date.

[35] It will be noted that Bill C-45 amended subsection 123(5) in two material respects. Firstly, prior to the amendment, subsection 123(5) like the rest of section 123, applied only to full parole and not to day parole. By deleting the word "full" in subsection 123(5) and adding

de loi C-45 ne fait aucunement mention de la question qui nous occupe ni de la prolongation à deux ans qu'invoque le défendeur.

[33] Bien qu'aucune des parties n'en ait fait état dans ses conclusions, j'ai pris en considération le contexte législatif des articles 122 et 123 de la Loi dans l'examen de l'intention du législateur. À mon avis, cette analyse est très révélatrice et milite puissamment en faveur de l'interprétation proposée par le demandeur.

[34] Le projet de loi C-45 [L.C. 1995, ch. 42] n'a pas modifié l'article 122 de manière importante pour ce qui concerne la question en litige. Mais le paragraphe 123(5) a été quant à lui notablement modifié. Il était libellé comme suit avant cette modification :

123. (1) [...]

(5) En cas de refus de libération conditionnelle totale dans le cadre de l'examen visé au paragraphe (1) ou encore en l'absence de tout examen pour les raisons exposées au paragraphe (2), la Commission procède au réexamen du cas dans l'année qui suit la date de la tenue du premier examen en application du présent article ou de l'article 122, ou à celle fixée pour cet examen, selon la plus éloignée de ces dates, et ainsi de suite, chaque année, jusqu'à la survenance du premier des événements suivants :

- a) la libération conditionnelle totale ou d'office;
- b) l'expiration de la peine;

c) le délinquant a moins de quatre mois à purger avant sa libération d'office.

[35] On remarquera que le projet de loi C-45 a modifié le paragraphe 123(5) sous deux rapports importants. Premièrement, avant la modification, ce paragraphe, comme le reste de l'article 123, ne s'appliquait qu'à la libération conditionnelle totale et non à la semi-liberté.

a reference to a review pursuant to section 122, that provision then had application to day parole as well as to full parole. Secondly, the maximum period prior to a further review was extended from one year to two years.

[36] Under the former Act day parole was only available if the offender applied pursuant to section 122; there was no automatic further review of day parole applications as there was for full parole applications under section 123. Accordingly, an offender wishing day parole would always have to make an application. The first such application would be made under section 122 and would be heard by the Board within six months as required by subsection 157(2) of the Regulations. Assuming it was denied, the offender could re-apply for day parole after six months. On the respondent's theory of the proper interpretation of section 122, which was not materially amended by Bill C-45, that subsequent application would be made pursuant to subsection 122(4) and not subsection 122(1). The question then arises as to when the Board would be required to consider that subsequent application.

[37] Subsection 157(2) of the Regulations, which obliges the Board to conduct its review within six months, has not changed since the former Act. That subsection only applies to day parole applications made pursuant to subsection 122(1) or (2) [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 69(f)(E)] of the Act. Accordingly, on the respondent's interpretation, the requirement to consider a day parole application within six months would not apply to a subsequent application made pursuant to subsection 122(4) of the Act. The result would be that under the former Act the Board could consider the subsequent application at any time it might choose, subject possibly to a requirement of reasonableness. That, in my view, is an absurd result.

Du fait de la suppression du terme « totale » et de l'adjonction d'une référence à l'article 122 à propos de l'examen, l'application du paragraphe 123(5) se trouvait étendue à la semi-liberté aussi bien qu'à la libération conditionnelle totale. Deuxièmement, le délai maximal devant s'écouler avant le réexamen passait de un an à deux ans.

[36] Selon l'ancienne version de la Loi, le délinquant ne pouvait se voir accorder la semi-liberté qu'en la demandant sous le régime de l'article 122; il n'y avait pas de réexamen d'office des demandes de semi-liberté comme il y en avait un pour les demandes de libération conditionnelle totale sous le régime de l'article 123. Par conséquent, le délinquant qui souhaitait être mis en semi-liberté devait toujours présenter une demande en ce sens. Il formait la première demande de cette nature sous le régime de l'article 122, et la Commission devait l'examiner dans un délai de six mois, conformément au paragraphe 157(2) du Règlement. En cas de rejet, le délinquant pouvait présenter une nouvelle demande de semi-liberté après six mois. Selon l'interprétation que le défendeur voudrait voir retenir de l'article 122, que le projet de loi C-45 n'a pas sensiblement modifié, cette nouvelle demande serait formée sous le régime du paragraphe 122(4) et non du paragraphe 122(1). La question se pose alors de savoir quand la Commission serait tenue d'examiner ladite nouvelle demande.

[37] Le paragraphe 157(2) du Règlement, qui oblige la Commission à examiner la demande dans les six mois suivant sa réception, n'a pas changé depuis l'ancienne version de la Loi. Ce paragraphe ne s'applique qu'aux demandes de semi-liberté formées sous le régime des paragraphes 122(1) ou 122(2) [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 69f)(A)] de la Loi. Par conséquent, selon l'interprétation du défendeur, l'obligation d'examiner une demande de semi-liberté dans les six mois ne s'appliquerait pas à une nouvelle demande présentée sous le régime du paragraphe 122(4) de la Loi. Il s'ensuivrait que, sous le régime de l'ancienne version de la Loi, la Commission pouvait examiner la nouvelle demande à n'importe quel moment de son choix, à la condition peut-être de ne pas se montrer déraisonnable. C'est là à mon sens une conséquence absurde.

[38] It is absurd that the Board would be required to consider an initial day parole application within six months but could take however long it wished to consider a subsequent application.

[39] The applicant's interpretation of the relevant statutory provisions is to be preferred because it is in keeping with the ordinary language of the Act and Regulations and its application does not create any contradictions or absurdities. Specifically, I hold that Mr. Dixon was entitled to make a new application for day parole at any time on or after September 15, 2008, and the Board was required under subsection 157(2) of the Regulations to consider that application within six months.

[40] Accordingly this application for judicial review is allowed with costs.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. This application for judicial review is allowed with costs.
2. The applicant was entitled to have his application for day parole, which he submitted September 17, 2007, reviewed by the National Parole Board before March 17, 2008, pursuant to subsection 157(2) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620; and
3. The National Parole Board is hereby directed to review the applicant's application for day parole dated September 17, 2007, as soon as possible.

[38] Il est en effet absurde de penser que la Commission aurait été tenue d'examiner une première demande de semi-liberté dans les six mois, mais aurait pu attendre aussi longtemps qu'elle aurait voulu pour examiner une nouvelle demande de même nature.

[39] C'est l'interprétation que donne le demandeur des dispositions applicables qui est plutôt à retenir, parce qu'elle est conforme au sens ordinaire des termes de la Loi et du Règlement et que son application ne crée pas de contradictions ni d'absurdités. Plus précisément, je conclus que M. Dixon avait le droit de présenter une nouvelle demande de semi-liberté à partir du 15 septembre 2008 et que le paragraphe 157(2) du Règlement obligeait la Commission à l'examiner dans les six mois suivant sa réception.

[40] En conséquence, la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens.

JUGEMENT

LA COUR STATUE COMME SUIT :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens.
2. Le demandeur avait le droit de voir examiner par la Commission nationale des libérations conditionnelles avant le 17 mars 2008, sa demande de semi-liberté en date du 17 septembre 2007, en vertu du paragraphe 157(2) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620.
3. Il est ordonné à la Commission nationale des libérations conditionnelles d'examiner le plus tôt possible la demande de semi-liberté du demandeur en date du 17 septembre 2007.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Judicial review of immigration officer's decision applicant inadmissible to Canada under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 34(1)(f), refusing application for permanent residence in Canada—Applicant, citizen of Pakistan, previously found to be Convention refugee on basis of membership, activities in Mohajir Qaumi Movement - Altaf Faction (MQM-A), student wing—Reference to Act, s. 34(1)(f) without further specificity linking, identifying acts of organization to ss. 34(1)(a), (b) or (c) patently unreasonable, grounds for review—Officer failing to link conclusion regarding MQM-A, student wing to ss. 34(1)(a), (b) or (c)—Officer's analysis of witness' relevant expertise together with rejection, without analysis, of other expert witness' evidence further reviewable error—Substantive expert evidence put forward by respected counsel, on behalf of person such as applicant, deserving more thoughtful, comprehensive analysis if to be rejected—Application allowed.

NAEEM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2472-08, 2008 FC 1375, Gibson D.J., order dated December 16, 2008, 11 pp.)

Removal of Refugees

Judicial review of immigration officer's decision refusing application for authorization to return to Canada (ARC) under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 52(1)—Applicant citizen of Pakistan, permanent resident of United States—Arriving in Canada in 2000, leaving in June 2002 to enter United States—Officer denying authorization to return to Canada on basis applicant failed refugee claimant, had been issued departure order for which departure never confirmed—Applicant not failed refugee claimant as voluntarily withdrew refugee application—Required to apply for ARC because of failure to appear before officer to obtain relevant certificate when left country—Citizenship and Immigration Canada *Immigration Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter 11: Verifying Departure, section 13.5 giving directions regarding circumstances in which officers outside Canada should enforce unenforced removal order—Unclear why applicant not receiving benefit of these guidelines as harmless, inadvertent mistake falling within "oversight" provisions thereunder—Difference between decision made on basis of broad discretion and decision made upon basis of mistaken facts, or upon basis of assumptions that cannot be related to, or which fail to take into account, relevant facts—Officer's decision not defensible—These conclusions factually driven, applying to unique circumstances of application—Application allowed.

UMLANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2368-08, 2008 FC 1373, Russell J., judgment dated December 15, 2008, 23 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of immigration officer's decision refusing applicants' request for temporary resident permit (TRP)—Applicants also seeking order of *mandamus* to have TRP application determined—Principal applicant citizen of Israel, which he left following business conflict—Arriving with family in Canada in September 2003—Applicants applying for TRP under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 24(1)—S. 24 requiring officer to decide whether TRP justified “in the circumstances”, which means “the relevant circumstances”—These circumstances including other pending applications made by applicant, necessity of TRP given stay of removal, appropriateness of TRP review potentially leading to duplication—No error of law on facts since TRP application considered, refused—Nothing inaccurate, unreasonable in Officer's remark “duplication of review” undesirable—Since applicants not facing removal from Canada, and second H&C application pending, no imminent threat to important economic, business interests at stake, hence no compelling reason to resort to TRP—Officer's decision not unreasonable—Application dismissed.

BETESH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5184-07, 2008 FC 1374, Russell J., judgment dated December 15, 2008, 25 pp.)

Judicial review of visa officer's decision refusing application for permanent residence as member of federal skilled worker class—Officer making negative substituted evaluation under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations), s. 76(3) as points awarded under Regulations, s. 76(1) assessment not reflecting applicant's ability to become economically established in Canada—Process for substituted evaluations should not displace underlying intent in s. 76(1) to achieve consistent process for assessing skilled worker applications—Officer's s. 76(3) substituted evaluation comparable with s. 76(1) assessment since based on education, language proficiency, experience, age, adaptability—Officer assessing applicant's ability on broader, correct standard of likelihood of applicant becoming economically established in Canada—Officer's substituted evaluation not unreasonable—Application dismissed.

ROOHI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-116-08, 2008 FC 1408, Mandamin J., judgment dated December 22, 2008, 13 pp.)

CONSTRUCTION OF STATUTES

Judicial review of decision by Passport Canada adjudicator ordering passport services be withheld from applicant for period of three years—Whether adjudicator acted beyond authority—Language of *Canadian Passport Order*, SI/81-86, s. 2 “Passport Canada” definition not purported to confer on Passport Canada authority to take actions enumerated therein—Statutory definition should not have substantive content—Inclusion of substantive content in definition herein drafting error—Order not explicitly describing scope, conditions for proper exercise of purported authority to withhold passport services as stand-alone sanction—Consequently, Passport Canada not empowered to withhold passport services as independent penalty for misuse of passport—Application allowed.

HRUSHKA V. CANADA (MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS) (T-2193-07, 2009 FC 69, Hansen J., judgment dated January 23, 2009, 9 pp.)

CROWN

REAL PROPERTY

Appeals from decisions of Federal Court (2007 FC 701, 2007 FC 702) quashing decisions of Montréal Port Authority (MPA), Canadian Broadcasting Corporation (CBC) (appellants) revising effective tax rate used by City of Montréal to determine amount in lieu of real property tax—Federal Court erred in accepting City's argument terms “in the opinion of the Minister”, “that a

CROWN—Concluded

corporation would consider”, “in the opinion of the corporation” found in *Payments in Lieu of Taxes Act*, R.S.C., 1985, c. M-13, *Crown Corporation Payments Regulations*, SOR/81-1030, not granting Crown corporations any jurisdiction, discretion to interfere with amount of effective rate, effective value of federal property determined by assessing authority—Regulations, Part II dealing specifically with payments in lieu of business tax, applying only to corporations included in Act, Schedule IV—City unable to render provisions of Part II applicable to appellants, as appellants Schedule III corporations—As regards refusal to exclude effective value of silos from amount of payment in lieu of real property tax, Federal Court unduly restricting meanings of words “reservoir”, “storage tanks” by limiting meanings to receptacles for storing liquid, gaseous products—Silos, reservoirs, included in objects exempted under Act, Schedule II—Silos struck from application for payment in lieu of real property tax—Appeals allowed.

MONTRÉAL (CITY) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-413-07, A-427-07, 2008 FCA 278, Létourneau J.A., judgment dated September 19, 2008, 54 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE ACT

Appeal from Federal Court decision (2008 FC 203) dismissing judicial review of Canada Border Services Agency (CBSA) decisions with respect to classification of goods under *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, imposition of duties under *Excise Act*, 2001, S.C. 2002, c. 22 (Excise Act), ss. 42, 43—Applications Judge correctly finding duties imposed on appellant under Excise Act, ss. 42, 43 in respect of imported tobacco products at issue, customs duties assessed by customs officers under *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1—Excise Act, s. 44 empowering CBSA to assess, collect duties contemplated by ss. 42, 43 in respect of importation of raw leaf tobacco, tobacco products—Complaint with respect to CBSA decision relating to calculation, assessment of duties in relation to importation of raw leaf tobacco, tobacco products imposed under ss. 42, 43, matter to which appeal right in *Customs Act*, s. 67(1) applies—Under *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.5, existence of such appeal right sufficient to prevent Federal Court from entertaining application for judicial review—Applications Judge correctly declining jurisdiction to review decisions—Appeal dismissed.

SPIKE MARKS INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-131-08, 2008 FCA 406, Ryer J.A., judgment dated December 17, 2008, 15 pp.)

ETHICS

Judicial review of decision by Conflict of Interest and Ethics Commissioner refusing to proceed with full investigation into applicant’s complaint—Commissioner not finding sufficient credible evidence Prime Minister, Minister of Justice in conflict of interest in violation of *Conflict of Interest Act*, S.C. 2006, c. 9, s. 2—Commissioner’s letter to applicant with respect to this conclusion not judicially reviewable by Court since Commissioner not issuing decision, order within meaning of Act, s. 66, *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3)—Applicant having no statutory right to have complaint investigated by Commissioner, latter having no statutory duty to act on it—Any statement made by Commissioner in letter having no binding legal effect—Court without jurisdiction to grant remedies requested by applicant—Application dismissed.

DEMOCRACY WATCH v. CANADA (CONFLICT OF INTEREST AND ETHICS COMMISSIONER) (A-174-08, 2009 FCA 15, Richard C.J., judgment dated January 21, 2009, 6 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2007 TCC 647) confirming, in part, assessments issued against RCI Environnement Inc. (RCI), Centre de Transbordement et de Valorisation Nord-Sud Inc. (CTVNS) for 1999 taxation year—Case pertaining to tax treatment of \$12 million received by RCI and CTVNS in equal shares following settlement of dispute concerning violation of non-competition agreements—T.C.C. judge finding eligible capital amount pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 14, with three quarters of amount included in computing income—According to counsel for RCI, amount windfall gain exempt from taxation—No logic justifying tax treatment of taxpayer determined according to circumstances relating to another taxpayer—Majority opinion of Federal Court of Appeal in *The Queen v. Goodwin Johnson (1960) Ltd.*, [1986] 1 C.T.C. 448, holding quality of amount analyzed on basis of payer, no longer good law—Since, from perspective of RCI and CTVNS, hypothetical amount paid to acquire rights created by non-competition agreements constituting eligible capital expenditure, T.C.C. judge correctly concluded \$12 million included in calculation of income of RCI and CTVNS under Act, s. 14—Appeal dismissed.

RCI ENVIRONNEMENT INC. v. CANADA (A-35-08, 2008 FCA 419, Noël J.A., judgment dated December 29, 2008, 26 pp.)

Deductions

Appeal from Tax Court of Canada decision (2008 TCC 171) allowing appeal against reassessments issued under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 for 2003, 2004 taxation years—Respondent claiming medical expense tax credit under Act, s. 118.2(1) for acupuncture treatments—Whether Tax Court Judge erred in finding person providing treatments qualified as medical practitioner within meaning of s. 118.4(2)—Phrase “authorized to practise” in s. 118.4(2) not synonymous with “permitted to practise”, “not prohibited from practising”—Dictionary definitions stating “authorize” meaning “to give formal approval to” or “to formally approve”—Meanings appropriate with respect to interpretation of phrase “authorized to practise” in s. 118.4(2)—Formality, formal recognition of acupuncture as discipline legally countenanced under Ontario law must be shown—Removal of prohibition against performing act of acupuncture insufficient to establish practice of acupuncture formally approved by Ontario law in 2003, 2004—Tax Court Judge mistaken in finding treatments provided by medical practitioner—Amounts paid by respondent not medical expenses, not forming basis of valid claim for medical expense tax credit—Appeal allowed.

COUTURE v. CANADA (A-181-08, 2008 FCA 412, Ryer J.A., judgment dated December 19, 2008, 11 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision (2008 TCC 243) dismissing appeal of income tax assessment—Whether Tax Court Judge erred in concluding *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 8(1)(b) not permitting deduction for legal expenses incurred by appellant to defend derivative action for alleged breaches of statutory, fiduciary obligations in which central issue reasonableness of remuneration caused to be paid to himself—Tax Court Judge correctly rejecting broad interpretation of s. 8(1)(b) proposed on behalf of appellant—S. 8(1)(b) having relatively narrow scope, not intended to permit legal expenses to be deducted when incurred in litigation involving claim for damages concerning disputes other than those arising from terms of employment, merely because defendant’s entitlement to particular remuneration element of claim—Appeal dismissed.

FENWICK v. CANADA (A-235-08, 2008 FCA 370, Sharlow J.A., judgment dated November 26, 2008, 7 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review of decision by Transport Canada refusing to commence workplace safety investigation under *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, Part II until completion of internal complaint resolution process contemplated by Code, s. 127.1—Air Canada flight attendant refusing to work aboard aircraft due to inoperable cabin communication system creating dangerous work environment—Internal complaint resolution process engaged by employee under Code, s. 127.1—Latter provision stipulating alleged contraventions of Code, Part II must be submitted initially to internal complaint resolution process before other available recourse sought—Code, s. 127.1(11) which states nothing in s. 127.1 limiting health and safety officer’s authority under s. 145, badly written, not intended to recognize authority under s. 145 for involving health and safety officer in resolution of s. 127.1 complaint—Conditions under s. 127.1(8) contemplating internal investigation by appropriate health and safety representatives

LABOUR RELATIONS—Concluded

before engagement of Transport Canada—For complaint not involving situation of ongoing danger, investigation under s. 141, internal complaint resolution process must be exhausted before recourse to health and safety officer available under Code, s. 127.1(8)—Application dismissed.

CUPE v. AIR CANADA (T-197-08, 2009 FC 12, Barnes J., judgment dated January 6, 2009, 14 pp.)

Motion to return order to Adjudicator for particulars—Adjudicator, appointed under *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 242 to determine complaint by applicant against respondent for alleged unjust dismissal, ordering respondent to pay complainant \$25,735.28, interest on 50% of that sum, 50% of complainant's reasonable costs of litigation—Adjudicator not *functus officio* until completing task of rendering award where amounts awarded clearly stipulated—Notion of *functus officio* more flexible with regard to administrative tribunals than courts, more matter of policy considerations of need for finality of decision—Adjudicator not issuing award capable of enforcement, remaining seized of matter—Motion allowed.

LAROCQUE v. LOUIS BULL TRIBE (T-1803-06, 2008 FC 1402, Phelan J., order dated December 22, 2008, 8 pp.)

PRACTICE**PLEADINGS***Motion to Strike*

Appeal from decision by Prothonotary directing defendants' motion to strike based on jurisdiction be heard at same time as motion for class certification—Prothonotary wrong to say issue of reasonable cause of action would remain to be argued on certification motion if motion to strike under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 221(1)(a) proceeded first—Issue of jurisdiction not related to issues for certification—Under r. 221(2), motion to strike cannot rely on evidence, strictly based on pleading not disclosing cause of action—Issues to be determined on motion to strike legal questions separate, distinct from issues arising on certification motion—Each of legal questions could be decided on motion to strike independent of evidence arising at certification motion—Prothonotary misapprehending grounds for motion to strike—Appeal allowed.

MERCHANT LAW GROUP v. CANADA (REVENUE AGENCY) (T-1761-07, 2008 FC 1371, Kelen J., order dated December 12, 2008, 17 pp.)

PUBLIC SERVICE**JURISDICTION**

Judicial review of Adjudicator's decision declining jurisdiction to hear applicant's grievance—Applicant working for federal public service for several years on succession of term contracts—Filing grievance alleging termination of employment improper layoff—Adjudicator finding jurisdiction confined to matters identified in *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 209(1)—Whether Adjudicator erred in declining jurisdiction to consider provisions of Treasury Board's Term Employment Policy in determining whether Work Force Adjustment provisions of collective agreement applied to applicant—Essential nature of dispute interpretation, application of provisions of Term Employment Policy, as opposed to collective agreement—Adjudicators required to consider, apply employment-related statutes in determining substantive rights, obligations of parties to collective agreements—Term Employment Policy not legally binding on Adjudicator as that policy having discretionary component, in that appointments to indeterminate positions must be made in accordance with merit principle—Adjudicator rightly declining jurisdiction to deal with applicant's grievance—Open to Union to seek incorporation of Term Employment Policy into collective agreement—Also open to applicant to seek judicial review of final level grievance decision denying claim for Work Force Adjustment benefits—Application dismissed.

SPENCER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-75-08, 2008 FC 1395, Mactavish J., judgment dated December 18, 2008, 19 pp.)

PUBLIC SERVICE—Concluded

SELECTION PROCESS

Competitions

Judicial review of decision by Director General of Revenue and Accounting Systems Directorate, Canada Revenue Agency, confirming staffing actions taken by Agency, declining to take corrective measure—Prior to these actions, applicant granted “Preferred Status” under Staffing Program of Canada Revenue Agency—Whether Director General made reviewable error in stating applicant did not meet “minimum requirements” for staffing actions—“Minimum requirements” simply directed to education, language, security—“Full qualification” directed to talents, experience, capabilities for particular job—Applicant meeting “minimum requirements”, but not having “full qualifications”—Decision stating applicant “did not meet the minimum requirements” erroneous, unreasonable interpretation of Staffing Program as not addressing fact certain positions filled without selection process whereby lack of full qualifications irrelevant for persons having “Preferred Status”—Application allowed.

GERUS V. CANADA (REVENUE AGENCY) (T-252-08, 2009 FC 55, Hughes J., judgment and order dated January 21, 2009, 14 pp.)

Merit Principle

Judicial review of decision by Appeal Board of Public Service Commission Investigations Branch allowing appeal brought by respondent under former *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21—Respondent requesting deferral of competition date for CX-03 correctional supervisor position for personal reasons—Chairperson of Selection Board informing respondent request could not be granted—Appeal Board erring in law by disregarding fact that even method of accommodation subject to merit principle—Selection of successful candidates having to respect merit principle, regardless of individual results—Impossible for Appeal Board to determine right period to make risk of leak acceptable—Appeal Board erring in substituting its opinion for what seems a reasonable precaution to protect merit principle in selection process—Appeal Board erring in deciding that Selection Board did not comply with merit principle because it breached duty to reasonably accommodate respondent—Appeal Board making patently unreasonable findings of fact when stating respondent’s delay in notifying justified—Without convincing reason, Selection Board having no duty to accommodate in response to late request—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. EAST (T-641-07, 2008 FC 1295, Shore J., judgment dated November 28, 2008, 18 pp.)

Judicial review of decision by Appeal Board of Public Service Commission Investigations Branch allowing appeal brought by respondent—Correctional Service Canada (CSC) posting notice of competition for 60 correctional supervisor positions at CX-03 level—Candidates requiring extensive experience in application of correctional operations duties—Under former *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 10(1) merit principle underlying all appointments in public service—Duty of appeal board to hold inquiry determining whether selection made according to merit—Commission, Screening Board not authorized to change qualifications established by CSC—By adding temporal criteria to qualifications, Screening Board changing them qualitatively—Rejection of respondent’s application because of one detail violating merit principle—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ROY (T-695-07, 2008 FC 1296, Shore J., judgment dated November 28, 2008, 24 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.**

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente d'immigration a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada en application de l'art. 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, et a rejeté sa demande de résidence permanente au Canada—Le demandeur, un citoyen du Pakistan, s'était vu reconnaître la qualité de réfugié au sens de la Convention sur le fondement de son appartenance et de son rôle au sein de la faction Altaf du Mouvement Mohajir Qaumi (MQM-A) et de son aile étudiante —La simple mention de l'art. 34(1)f) de la Loi sans préciser les actes de l'organisation et en quoi ces actes relevaient des art. 34(1)a), b) ou c) est manifestement déraisonnable et constitue un motif de contrôle—L'agente a omis de faire un lien entre sa conclusion au sujet du MQM-A et de son aile étudiante et les art. 34(1)a), b) ou c)—L'analyse effectuée par l'agente concernant la preuve pertinente du témoin expert et le rejet, sans analyse aucune, de la preuve de l'autre témoin expert constituaient des erreurs susceptibles de contrôle—Une preuve d'expert importante qui est déposée par un avocat respecté au nom d'une personne telle que le demandeur nécessite une analyse plus poussée et plus détaillée si on veut la rejeter—Demande accueillie.

NAEEM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2472-08, 2008 CF 1375, juge suppléant Gibson, ordonnance en date du 16 décembre 2008, 11 p.)

Renvoi de réfugiés

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'immigration a rejeté la demande d'autorisation de retour au Canada (ARC) en vertu de l'art. 52(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Le demandeur est un citoyen du Pakistan et un résident permanent des États-Unis—Il est arrivé au Canada en 2000 et il est parti en juin 2002 pour entrer aux États-Unis—L'agent a rejeté la demande d'autorisation de retour au Canada parce que le demandeur était un demandeur d'asile débouté et qu'une mesure d'interdiction de séjour avait été prise contre lui (pour laquelle le départ n'avait jamais été confirmé)—Le demandeur n'est pas un demandeur d'asile débouté parce qu'il s'est désisté volontairement de sa demande d'asile—Il est tenu de demander une ARC parce qu'il a omis d'obtenir le certificat requis auprès d'un agent lorsqu'il a quitté le pays—La section 13.5 du *Guide de l'immigration : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 11 : Vérification du départ, de Citoyenneté et Immigration Canada donne des directives quant aux circonstances dans lesquelles des agents à l'extérieur du Canada devraient exécuter une mesure de renvoi exécutoire—La raison précise pour laquelle ces lignes directrices n'ont pas été appliquées à la situation du demandeur n'est pas claire puisqu'il s'agissait d'une erreur mineure commise par mégarde qui relevait des dispositions relatives à l'« omission » des lignes directrices—Il y a une différence entre une décision fondée sur l'exercice d'un vaste pouvoir discrétionnaire et une décision fondée sur des faits erronés ou sur des hypothèses qui ne se rapportent pas aux faits pertinents ou

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

qui ne tiennent pas compte de ces faits—La décision de l'agent ne pouvait se justifier—Les conclusions dépendent des faits en cause et ne s'appliquent qu'aux circonstances particulières de la demande—Demande accueillie.

UMLANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2368-08, 2008 CF 1373, juge Russell, jugement en date du 15 décembre 2008, 23 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'immigration a rejeté la demande de permis de séjour temporaire (PST) des demandeurs—Les demandeurs sollicitaient aussi une ordonnance de *mandamus* pour faire trancher la demande de PST—Le demandeur principal est un citoyen d'Israël, pays qu'il a quitté à la suite d'un conflit commercial—Il est arrivé au Canada avec sa famille en septembre 2003—Les demandeurs ont demandé un PST en vertu de l'art. 24(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—L'art. 24 oblige l'agent à délivrer un PST s'il estime que « les circonstances le justifient », expression qui signifie « les circonstances pertinentes »—Ces circonstances comprennent les autres demandes en instance du demandeur, la question de savoir si un PST était nécessaire en raison de l'existence d'un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi et la question de savoir s'il convient de se livrer à un examen du PST qui pourrait entraîner un chevauchement—Aucune erreur de droit ne découle des faits parce que la demande de PST a été examinée, puis rejetée—Le commentaire de l'agent selon lequel un « chevauchement de l'examen » était peu souhaitable n'était pas erroné ou déraisonnable—Comme les demandeurs n'étaient pas exposés à un risque de renvoi du Canada et qu'une deuxième demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire était en instance, il n'y avait aucune menace imminente aux intérêts économiques et commerciaux importants qui étaient en jeu et donc aucune raison impérieuse d'avoir recours au PST—La décision de l'agent n'était pas déraisonnable—Demande rejetée.

BETESH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5184-07, 2008 CF 1374, juge Russell, jugement en date du 15 décembre 2008, 25 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de l'agent des visas rejetant la demande de résidence permanente au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral)—L'agent a pratiqué une substitution de l'appréciation défavorable en vertu de l'art. 76(3) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), parce que les points attribués suivant l'appréciation effectuée conformément à l'art. 76(1) du Règlement ne reflétaient pas la capacité de la demanderesse de réussir son établissement économique au Canada—Le processus de substitution de l'appréciation ne devrait pas supplanter l'intention sous-jacente de l'art. 76(1) d'avoir un processus uniforme d'appréciation des demandes de travailleurs qualifiés—La substitution de l'appréciation de l'agent pratiquée en vertu de l'art. 76(3) se comparait à l'appréciation effectuée suivant l'art. 76(1) parce qu'elle reposait sur les études, la compétence dans les langues officielles, l'expérience, l'âge et la capacité d'adaptation—L'agent a apprécié la capacité de la demanderesse en fonction de la norme plus vaste et correcte quant à la vraisemblance que la demanderesse réussisse son établissement économique au Canada—La substitution de l'appréciation de l'agent n'était pas déraisonnable—Demande rejetée.

ROOHI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-116-08, 2008 CF 1408, juge Mandamin, jugement en date du 22 décembre 2008, 13 p.)

COURONNE**BIENS IMMEUBLES**

Appels de décisions de la Cour fédérale (2007 CF 701, 2007 CF 702) annulant les décisions de l'Administration portuaire de Montréal (APM) et de la Société Radio-Canada (SRC) (les appelantes) révisant le taux effectif de taxation retenu par la Ville de Montréal pour déterminer le montant à verser en remplacement de l'impôt foncier—La Cour fédérale a eu tort d'accepter la prétention de la Ville selon laquelle les termes « selon le ministre », « de l'avis de la société » et « selon la société » retrouvés dans la *Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts*, L.R.C. (1985), ch. M-13 et le *Règlement sur les paiements versés*

COURONNE—Fin

par les sociétés d'État, DORS/81-1030 ne confèrent aucune compétence ou discrétion aux sociétés d'État pour interférer avec le montant du taux effectif et la valeur effective de la propriété fédérale déterminés par l'autorité évaluatrice—La partie II du Règlement, qui porte spécifiquement sur les paiements en remplacement de la taxe d'affaires, ne s'applique qu'aux sociétés que l'on retrouve à l'annexe IV de la Loi—La Ville ne pouvait rendre applicables aux appelantes, qui se retrouvent à l'annexe III, les dispositions de cette partie—En ce qui concerne le refus d'exclure la valeur effective des silos du montant du paiement en remplacement de l'impôt foncier, la Cour fédérale a indûment restreint le sens des mots « réservoir » et « réservoirs d'emmagasinage » en les limitant à des récipients d'entreposage de produits liquides ou gazeux—Les silos sont des réservoirs et font partie des objets exclus par l'annexe II de la Loi—Ils doivent être retranchés de la demande de paiement en remplacement du paiement de l'impôt foncier—Appels accueillis.

MONTRÉAL (VILLE) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-413-07, A-427-07, 2008 CAF 278, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 19 septembre 2008, 54 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR L'ACCISE

Appel de la décision (2008 CF 203) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de décisions de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) portant sur le classement tarifaire de marchandises en vertu du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36, et sur l'imposition de droits d'accise en application des art. 42 et 43 de la *Loi de 2001 sur l'accise*, L.C. 2002, ch. 22 (la Loi sur l'accise)—Le juge des requêtes a statué à juste titre que les droits imposés à l'appelante en vertu des art. 42 et 43 de la Loi sur l'accise relativement aux produits de tabac importés en cause constituaient des droits de douane imposés par des agents de douane conformément à la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1—L'art. 44 de la Loi sur l'accise habilite l'ASFC à imposer et à percevoir les droits visés aux art. 42 et 43 à l'égard de l'importation de tabac en feuilles et de produits de tabac—Une plainte qui a trait à une décision de l'ASFC sur le calcul et l'imposition de droits à l'importation de feuilles de tabac et de produits de tabac en vertu des art. 42 et 43 est visée par le droit d'appel prévu à l'art. 67(1) de la *Loi sur les douanes*—Suivant l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, l'existence de ce droit d'appel suffit pour empêcher la Cour fédérale d'être saisie de la demande de contrôle judiciaire—Le juge des requêtes a déclaré, à juste titre, qu'il n'était pas habilité à examiner les décisions—Appel rejeté.

SPIKE MARKS INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-131-08, 2008 CAF 406, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 17 décembre 2008, 15 p.)

ÉTHIQUE

Contrôle judiciaire de la décision de la commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique refusant d'entreprendre une étude à l'égard de la plainte de la demanderesse—La commissaire ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve crédibles indiquant que le premier ministre et le ministre de la Justice se trouvaient en conflit d'intérêts contrairement à l'art. 2 de la *Loi sur les conflits d'intérêts*, L.C. 2006, ch. 9—La lettre que la commissaire a transmise à la demanderesse à l'égard de cette conclusion n'est pas susceptible de contrôle judiciaire puisqu'elle ne constituait ni une décision ni une ordonnance au sens de l'art. 66 de la Loi ou de l'art. 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7—Légalement, la demanderesse ne dispose pas du droit de faire examiner sa plainte par la commissaire et la loi n'oblige pas cette dernière à donner suite à la plainte—Les déclarations que la commissaire a pu faire dans sa lettre sont dépourvues d'effet juridique obligatoire—La Cour n'a pas compétence pour accueillir les conclusions demandées—Demande rejetée.

DÉMOCRATIE EN SURVEILLANCE C. CANADA (COMMISSAIRE AUX CONFLITS D'INTÉRÊTS ET À L'ÉTHIQUE) (A-174-08, 2009 CAF 15, juge en chef Richard, jugement en date du 21 janvier 2009, 6 p.)

FONCTION PUBLIQUE

COMPÉTENCE

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre, qui a refusé d'entendre le grief de la demanderesse—La demanderesse a travaillé à la fonction publique fédérale pendant de nombreuses années selon plusieurs contrats pour une période déterminée—Elle a formulé un grief soutenant que la cessation de son emploi constituait une mise en disponibilité injustifiée—L'arbitre a conclu que sa compétence était limitée aux questions énumérées à l'art. 209(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22—Il s'agissait de savoir si l'arbitre a commis une erreur en établissant l'absence de compétence pour prendre en considération les dispositions de la Politique sur l'emploi pour une période déterminée du Conseil du Trésor afin de déterminer si les dispositions relatives au réaménagement des effectifs de la convention collective s'appliquaient à la demanderesse—Le différend découlait essentiellement de l'interprétation et de l'application des dispositions de la Politique sur l'emploi pour une période déterminée plutôt que de la convention collective—Les arbitres sont tenus de prendre en compte et d'appliquer la législation en matière d'emploi pour établir les obligations et droits fondamentaux des parties aux conventions collectives—La Politique sur l'emploi pour une période déterminée n'est pas obligatoire en droit pour l'arbitre parce que cette politique comporte un volet discrétionnaire, notamment que les nominations à un poste de durée indéterminée doivent être effectuées conformément au principe du mérite—L'arbitre a établi à juste titre l'absence de compétence pour trancher le grief de la demanderesse—Il était loisible au syndicat de demander l'intégration de la Politique sur l'emploi pour une période déterminée à la convention collective—Il était aussi loisible à la demanderesse de solliciter le contrôle judiciaire de la décision rendue au dernier palier de la procédure de grief rejetant la demande d'avantages accordés dans le cadre du programme de réaménagement de l'effectif—Demande rejetée.

SPENCER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-75-08, 2008 CF 1395, juge Mactavish, jugement en date du 18 décembre 2008, 19 p.)

PROCÉDURE DE SÉLECTION

Concours

Contrôle judiciaire de la décision du directeur général de la Direction du revenu et des systèmes comptables de l'Agence du revenu du Canada confirmant les activités de dotation de l'Agence et refusant de prendre des mesures correctives—Antérieurement à ces activités de dotation, la demanderesse s'était vu reconnaître le « statut privilégié » suivant le Programme de dotation de l'Agence du revenu du Canada—Il s'agissait de savoir si le directeur général a commis une erreur susceptible de révision lorsqu'il a déclaré que la demanderesse ne satisfaisait pas aux exigences minimales applicables aux activités de dotation—Les exigences minimales visent simplement les études, la compétence dans les langues officielles, la sécurité—Les compétences complètes s'entendent des compétences, de l'expérience et des aptitudes visant un emploi donné—La demanderesse satisfaisait aux exigences minimales, mais elle ne possédait pas les compétences complètes—La décision portant que la demanderesse « ne satisfaisait pas aux exigences minimales » constituait une interprétation erronée et déraisonnable du Programme de dotation puisqu'elle ne s'attachait pas au fait que certains postes avaient été comblés sans procédure de sélection où l'absence de compétences complètes importait peu à l'égard des personnes qui s'étaient vu reconnaître le « statut privilégié »—Demande accueillie.

GERUS C. CANADA (AGENCE DU REVENU) (T-252-08, 2009 CF 55, juge Hughes, jugement et ordonnance en date du 21 janvier 2009, 14 p.)

Principe du mérite

Contrôle judiciaire d'une décision du comité d'appel de la Direction générale des enquêtes de la Commission de la fonction publique accueillant l'appel interjeté par le défendeur en vertu de l'art. 21 de l'ancienne *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33—Le défendeur avait demandé de reporter la date d'un concours au poste de surveillant correctionnel de niveau CX-03 pour des raisons personnelles—Le président du comité de sélection a informé le défendeur de l'impossibilité de donner suite à sa demande de sursoir au concours—Le comité d'appel a erré en droit en ignorant que même le mode de l'accommodement est sujet au principe du mérite—La sélection des candidats reçus devait respecter le principe du mérite, indépendamment des résultats individuels—Il était impossible pour le comité d'appel de déterminer une période correcte pour que le risque de coulage soit acceptable—Le comité d'appel a erré en substituant son opinion pour ce qui semble une précaution raisonnable dans le but de protéger le principe du mérite à l'égard du processus du concours—Il a erré en décidant que le comité de sélection ne s'est pas conformé au principe du mérite vu son manquement à l'obligation d'accommodement raisonnable à l'égard du défendeur—Il a tiré des conclusions de fait manifestement déraisonnables en concluant que le retard de la notification du

FONCTION PUBLIQUE—Fin

défendeur était justifié—Sans raison convaincante, le comité de sélection n'a pas d'obligation d'accommodement lorsque cette demande lui est faite tardivement—Demande accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. EAST (T-641-07, 2008 CF 1295, juge Shore, jugement en date du 28 novembre 2008, 18 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision du comité d'appel de la Direction générale des enquêtes de la Commission de la fonction publique accueillant l'appel interjeté par le défendeur—Service correctionnel Canada (SCC) a affiché un avis de concours pour 60 postes de surveillant correctionnel de niveau CX-03—Les candidats devaient posséder une vaste expérience de l'exécution des fonctions relatives aux opérations correctionnelles—Selon l'art. 10(1) de l'ancienne *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, le principe qui soutient toutes les nominations dans la fonction publique est celui du mérite—Le devoir d'un comité d'appel consiste à tenir une enquête afin de déterminer si la sélection a été effectuée conformément au principe du mérite—La Commission et le comité de présélection n'étaient pas habilités à modifier les qualités requises définies par le SCC—Par le fait que les qualités requises étaient qualifiées avec des critères temporels, le comité de présélection les a changées d'une façon qualitativement différente—Le rejet de la candidature du défendeur en raison d'un détail s'est fait à l'encontre du principe du mérite—Demande rejetée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ROY (T-695-07, 2008 CF 1296, juge Shore, jugement en date du 28 novembre 2008, 24 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Appel d'une décision (2007 CCI 647) de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) qui a confirmé en partie les cotisations émises à l'encontre de RCI Environnement Inc. (RCI) et du Centre de Transbordement et de Valorisation Nord-Sud Inc. (CTVNS) à l'égard de leur année d'imposition 1999—Le litige portait sur le traitement fiscal d'une somme de 12 000 000 \$ reçue par RCI et CTVNS en parts égales suite au règlement d'un différend concernant la violation d'ententes de non-concurrence—Le juge de la C.C.I. a conclu qu'il s'agissait d'un montant en immobilisations admissible selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 14, dont les trois quarts devaient être inclus dans le calcul du revenu—Selon l'avocat de RCI, il s'agissait plutôt d'un gain fortuit, exempt d'impôt—Aucune logique ne peut justifier que le traitement fiscal d'un contribuable soit déterminé en fonction des circonstances relatives à un autre contribuable—L'opinion majoritaire exprimée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *The Queen v. Goodwin Johnson (1960) Ltd.*, [1986] 1 C.T.C. 448, selon laquelle la qualité du montant doit être analysée en fonction du payeur, ne fait plus jurisprudence—Puisque dans la perspective de RCI et CTVNS, le montant hypothétique payé pour acquérir les droits constitués par les ententes de non-concurrence serait une dépense en immobilisations admissible, c'est à bon droit que le juge de la C.C.I. a conclu que les 12 000 000 \$ devaient être inclus dans le calcul du revenu de RCI et CTVNS en vertu de l'art. 14 de la Loi—Appel rejeté.

RCI ENVIRONNEMENT INC. C. CANADA (A-35-08, 2008 CAF 419, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 29 décembre 2008, 26 p.)

Déductions

Appel de la décision (2008 CCI 171) de la Cour canadienne de l'impôt accueillant l'appel des nouvelles cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, relativement aux années d'imposition 2003 et 2004—L'intimée avait réclamé un crédit d'impôt en vertu de l'art. 118.2(1) pour frais médicaux relativement à des traitements d'acupuncture—Il s'agissait de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la personne qui donnait les traitements était un médecin au sens de l'art. 118.4(2)—Les mots « autorisé à exercer » à l'art. 118.4(2) ne sont pas synonymes de « permis d'exercer » ou « non interdit d'exercer »—Les définitions que les dictionnaires donnent du mot « autoriser » signifient « accorder une autorisation formelle » ou « approuver formellement »—Ces sens s'appliquent en ce qui

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

concerne l'interprétation à donner aux mots « autorisé à exercer » à l'art. 118.4(2)—Il faut démontrer que l'acupuncture revêt un certain caractère formel ou bénéficie d'une reconnaissance officielle à titre de discipline accréditée sous le régime des lois de l'Ontario—L'abrogation de dispositions interdisant l'exercice de l'acupuncture ne mène pas à la conclusion que l'acupuncture a été formellement approuvée par la législation applicable en Ontario en 2003 et 2004—Le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'il a décidé que les traitements avaient été fournis par un médecin—Les frais que l'intimée a payés ne sont pas des frais médicaux et ne peuvent constituer le fondement d'une demande justifiée de crédit d'impôt pour frais médicaux—Appel accueilli.

COUTURE C. CANADA (A-181-08, 2008 CAF 412, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 19 décembre 2008, 11 p.)

Appel de la décision (2008 CCI 243) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel à l'encontre d'une cotisation d'impôt sur le revenu—Il s'agissait de savoir si la juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que l'art. 8(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, ne permet pas de déduire les frais judiciaires ou extrajudiciaires engagés par l'appelant pour sa défense dans le cadre d'une action dérivée pour manquements allégués à des obligations légales et à des obligations fiduciaires, action dans laquelle la principale question en litige portait sur le caractère raisonnable de la rémunération qu'il s'est versé—La juge de la Cour de l'impôt a rejeté, à juste titre, l'interprétation large de l'art. 8(1)b) proposée au nom de l'appelant—L'art. 8(1)b) a une portée relativement restreinte; il n'a pas pour objet de permettre la déduction de frais judiciaires ou extrajudiciaires afférents à un litige dans lequel des dommages-intérêts sont réclamés par suite de différends autres que ceux qui ont trait aux conditions d'emploi, du seul fait que le droit du défendeur à une rémunération donnée constitue un élément de la demande—Appel rejeté.

FENWICK C. CANADA (A-235-08, 2008 CAF 370, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 26 novembre 2008, 7 p.)

INTERPRÉTATION DES LOIS

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre de Passeport Canada a ordonné la retenue des services de passeport relativement au demandeur pour une période de trois ans—Il s'agissait de savoir si l'arbitre a outrepassé sa compétence—Le libellé de la définition de « Passeport Canada » à l'art. 2 du *Décret sur les passeports canadiens*, TR/81-86, n'est pas censé conférer à Passeport Canada la compétence de prendre les mesures énumérées dans la disposition—Une définition donnée dans la loi ne devrait pas avoir de contenu de fond—L'inclusion de contenu de fond dans la définition en l'espèce constitue une erreur de rédaction—Le Décret ne décrit pas explicitement la portée et les conditions d'exercice pertinent du pouvoir censément conféré de retenir les services de passeport au titre de sanction autonome—En conséquence, Passeport Canada n'est pas habilité à retenir les services de passeport au titre de pénalité indépendante en raison de l'utilisation abusive du passeport—Demande accueillie.

HRUSHKA C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES) (T-2193-07, 2009 CF 69, juge Hansen, jugement en date du 23 janvier 2009, 9 p.)

PRATIQUE**ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Appel de la décision du protonotaire ordonnant que la requête en radiation des défendeurs reposant sur la compétence soit entendue en même temps que la requête en certification du recours collectif—Le protonotaire a déclaré à tort que la question de la cause d'action raisonnable devrait être plaidée dans le cadre de la requête en certification si la requête en radiation intentée en vertu de la règle 221(1)a) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 était examinée en premier—La question de la compétence n'est pas liée aux questions faisant l'objet de la certification—Suivant la règle 221(2), aucune preuve n'est admissible dans le cadre

PRATIQUE—Fin

d'une requête en radiation et celle-ci doit reposer uniquement sur le fait que l'acte de procédure ne révèle aucune cause d'action— Les questions à trancher dans le cadre de la requête en radiation étaient des questions de droit séparées et distinctes des questions soulevées dans le cadre de la requête en certification—Chaque question de droit pouvait être tranchée relativement à la requête en radiation indépendamment de la preuve présentée dans le cadre de la requête en certification—Le protonotaire a mal apprécié les motifs de la requête en radiation—Appel accueilli.

MERCHANT LAW GROUP C. CANADA (AGENCE DU REVENU) (T-1761-07, 2008 CF 1371, juge Kelen, ordonnance en date du 12 décembre 2008, 17 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Requête pour que soit renvoyée à l'arbitre l'ordonnance qu'il a rendue pour qu'il puisse y apporter des précisions —L'arbitre nommé en application de l'art. 242 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, devait examiner la plainte de congédiement injuste déposée par le demandeur contre la défenderesse et a donné l'ordre à la défenderesse de verser au demandeur une somme de 25 735,28 \$, des intérêts sur la moitié de cette somme et la moitié des coûts raisonnables qu'il a engagés dans le cadre de la procédure—L'arbitre n'est pas dessaisi de l'affaire tant qu'il n'a pas rendu une sentence arbitrale renfermant des montants clairement établis—Le principe du dessaisissement s'applique de façon plus souple à une décision rendue par un tribunal administratif qu'à un jugement d'une cour de justice—Ce principe se fonde en grande partie sur des considérations de politique publique qui favorisent le caractère définitif des procédures—L'arbitre n'a pas rendu de décision arbitrale pouvant être exécutée; il est toujours saisi de l'affaire—Requête accueillie.

LAROCQUE C. TRIBU DE LOUIS BULL (T-1803-06, 2008 CF 1402, juge Phelan, ordonnance en date du 22 décembre 2008, 8 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle Transport Canada a refusé d'entreprendre une enquête sur la sécurité au travail suivant la partie II du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, jusqu'à ce que soit achevé le processus de règlement interne des plaintes prévu à l'art. 127.1 du Code—Une agente de bord d'Air Canada a refusé de travailler à bord d'un avion parce qu'un système de communication de cabine hors service créait un environnement de travail dangereux—Le processus de règlement interne des plaintes a été engagé par l'employée en vertu de l'art. 127.1 du Code—Cette disposition prévoit que les prétendus manquements à la partie II du Code doivent d'abord être soumis au processus de règlement interne des plaintes avant que d'autres recours puissent être exercés—L'art. 127.1(11) du Code, qui précise que les dispositions de l'art. 127.1 ne portent pas atteinte aux pouvoirs conférés à l'agent de santé et de sécurité sous le régime de l'art. 145, est mal rédigé et ne vise pas à reconnaître suivant l'art. 145 un pouvoir de faire intervenir un agent de santé et de sécurité au règlement de la plainte en vertu de l'art. 127.1—Les conditions prévues à l'art. 127.1(8) prévoient la tenue d'une enquête interne par les représentants appropriés en matière de santé et de sécurité, avant que Transport Canada s'engage dans le processus—Pour ce qui est des plaintes qui ne concernent pas une situation de danger continu ou une enquête suivant l'art. 141, le processus de règlement interne de plaintes doit être achevé avant qu'on puisse s'adresser à un agent de santé et de sécurité suivant l'art. 127.1(8) du Code—Demande rejetée.

SCFP C. AIR CANADA (T-197-08, 2009 CF 12, juge Barnes, jugement en date du 6 janvier 2009, 14 p.)