



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2004, Vol. 2, Part 1

2004, Vol. 2, 1^{er} fascicule

Cited as [2004] 2 F.C.R., 3-239

Renvoi [2004] 2 R.C.F., 3-239

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor

GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Legal Editor

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Production Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2004.

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

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

ARRÊTISTES

Arrêtiste principal

GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Arrêtiste

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2004.

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Digests D-1

Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.) . 137

Practice—Privilege—Appeal from Prothonotary’s order Health Minister must disclose to plaintiff contents of communications between departmental officials, lawyers if relying at trial on fact of seeking legal advice to explain conduct—Solicitor-client, litigation privileges invoked—Whether implicitly waived—Whether mere fact of seeking legal advice amounts to waiver of privilege—While solicitor-client privilege is fundamental to justice system, not absolute, may be waived if party makes communication with counsel an issue in claim or defence, especially defence, if reasonableness, good faith is defence—Order made in case management context—Privilege considered waived if dictated by interests of fairness—How fairness, solicitor-client privilege values balanced depends on circumstances, especially pleadings—In instant case, unfair to shield communications from disclosure.

Continued on next page

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

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

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-1

Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.F.) 137

Pratique—Communications privilégiées—Appel de l’ordonnance du protonotaire enjoignant au ministre de la Santé de divulguer à la demanderesse le contenu de communications entre les agents du ministre et ses avocats si les défendeurs entendent alléguer à l’instruction que l’obtention d’un avis juridique explique leur conduite—Invocation du privilège des communications entre client et avocat et du privilège relatif au litige—Existence ou non d’une renonciation implicite—Le simple fait de demander un avis juridique équivaut-il à une renonciation de privilège?—Bien que fondamental au système de justice, le privilège des communications entre client et avocat n’est pas un droit absolu et peut faire l’objet d’une renonciation si une partie invoque des communications avec un avocat en demande ou en défense, particulièrement en défense si ces communications sont alléguées à l’appui d’une défense de diligence raisonnable ou de bonne foi—Ordonnance rendue dans le cadre de la gestion de l’instance—Renonciation présumée au privilège lorsque l’équité l’exige—La façon de soupeser l’équité par rapport aux valeurs liées au privilège des communications entre client et avocat dépend des circonstances, en particulier des plaidoiries—En l’espèce, il était injuste d’empêcher la divulgation des communications.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Patents—Practice—Generic drug corporation suing Health Minister in negligence, for breach of statutory duty, discrimination for 8-month delay in issuing NOC after plaintiff, patent holder reaching settlement—Minister asserting plaintiff changed solvent—Plaintiff saying this unrelated to process disclosed—Minister's position delay due, in part, to deliberations with lawyers—Court affirming Prothonotary's order contents of solicitor-client communications be disclosed—Privilege impliedly waived as Minister's reliance on fact of taking legal advice as excuse for delay put in issue communications between departmental officials, lawyers.

Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 108

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Appeal from F.C.T.D. decision HRDC in breach of s. 15 in refusing to enter into Aboriginal Human Resources Development Agreements (AHRDA) with organizations proposed by certain communities—In Winnipeg and Ontario HRDC chose service providers by Request for Proposal—Judge ordered HRDC to provide for community control over labour training programs—Judge concluded local control Strategy's primary purpose—Characterization of respondents—Comparator group—Non-band communities denied exercising control by representative bodies—Non-band communities may be compared with band communities in s. 15 analysis: *Lovelace v. Ontario*—As s.15 equality guarantee extends only to individuals, respondent organizations not covered—Individual respondents have standing—Non-band communities treated differently—HRDC arguing decision based not on personal characteristic but on fact organizations proposed by respondents not meeting criteria for AHRDA-holders—Argument rejected—S.C.C. having recognized "Aboriginality—residence" as analogous ground of discrimination—Once identified, analogous ground stands as constant marker of potential legislative discrimination for future cases—Whether purpose, effect of legislation amounting to Charter discrimination requires consideration of contextual factors, is question of mixed fact, law—Refusal to make AHRDAs perpetuated historical disadvantage, stereotyping of off-reserve communities.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Brevets—Pratique—Société de médicaments génériques poursuivant le ministre de la Santé pour négligence, violation d'une obligation légale et discrimination parce que l'avis de conformité n'a été délivré que huit mois après la conclusion d'une entente entre la demanderesse et le détenteur de brevet—Le ministre allègue que la demanderesse a changé un solvant—La demanderesse affirme que ce changement n'avait aucun lien avec le procédé divulgué—Selon le ministre, le retard découlait notamment des délibérations avec les avocats—La Cour confirme l'ordonnance du protonotaire portant obligation de divulguer le contenu de communications entre client et avocat—Il y a eu renonciation tacite au privilège puisque le ministre, en invoquant le fait d'avoir demandé un avis juridique pour expliquer le retard, a mis en cause les communications entre les agents du ministre et les avocats.

Première nation algonquine d'Ardoch c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 108

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—Appel contre un jugement de la Section de première instance selon lequel DRHC avait contrevenu à l'art. 15 en refusant de conclure des accords de développement des ressources humaines autochtones (ADRHA) avec des organismes proposés par certaines collectivités—À Winnipeg et en Ontario, DRHC avait choisi les fournisseurs de services au moyen d'une demande de propositions—Le juge du procès a ordonné à DRHC de donner aux collectivités un droit de regard sur les programmes de formation de la main-d'œuvre—Il a conclu que le contrôle au niveau local était l'objet premier de la Stratégie—Qualification des intimés—Groupe témoin—Les collectivités non constituées en bande s'étaient vu refuser le droit d'exercer un contrôle par l'entremise d'organes représentatifs—Les collectivités non constituées en bandes pouvaient être comparées aux collectivités constituées en bandes, dans l'analyse selon l'art. 15: *Lovelace c. Ontario*—Puisque les droits à l'égalité prévus par l'art. 15 ne s'étendent qu'aux personnes physiques, les organisations intimées ne pouvaient alléguer un manquement à l'art. 15—Les intimés personnes physiques avaient qualité pour agir—Les collectivités non constituées en bandes étaient traitées différemment—DRHC avait fait valoir que la décision n'était pas fondée sur des caractéristiques personnelles, mais sur le fait que les organisations proposées par les intimés ne répondaient pas aux critères prévus pour la signature d'ADRHA—Argument rejeté—La C.S.C. a reconnu que l'«autochtonalité—lieu de résidence» constitue un motif analogue de discrimination—Après qu'est circonscrit un motif analogue, il constitue alors un indicateur permanent de discrimination législative potentielle pour tous les cas futurs—Le point de savoir si la loi a un objet ou un effet qui est discriminatoire selon la Charte requiert d'examiner plusieurs facteurs contextuels, et il s'agit là d'une question mixte de droit et de fait—Le refus de DRHC de conclure des ADRHA

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Limitation Clause—HRDC excluding certain organizations from representing off-reserve Indian communities for purpose of local control of human resources development initiative—Charter, s. 15 equality rights breached—Whether justified under s. 1—Purpose of HRDC’s Strategy pressing, substantial—Whether rational connection, minimal impairment branches of test in *The Queen v. Oakes* met—HRDC arguing decision based on need for critical mass, to avoid fragmentation—Reasons given not plausible—Nor had HRDC chosen minimally impairing means of achieving policy goals.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—HRDC found to have breached s. 15 equality rights in refusing to enter into human resources development agreements with organizations representing certain Aboriginal communities—F.C.T.D. Judge ordering HRDC to eliminate discrimination by providing for community control over labour training programs—How to be done left up to HRDC—Department arguing Court should not order government to negotiate as unable to supervise compliance, lack of clarity, specificity rendering compliance impossible—Reviewing court to show considerable deference to trial judge’s remedy choice—In *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, S.C.C. set out five principles in fashioning s. 24(1) remedy—Also said, of s. 24(1), difficult to imagine language giving Court wider, less fettered discretion—Order herein respected separation between executive, judiciary—Remedy not requiring HRDC to increase strategy funding—Within scope of remedial action permitted by s. 24(1).

Native Peoples—Attorney General appealing F.C.T.D. decision HRDC in breach of Charter, s. 15 equality rights in refusing to enter into human resources development agreements with organizations proposed by certain off-reserve Aboriginal communities—HRDC ordered to provide for community control over these labour training programs—HRDC having adopted strategy to give Aboriginal peoples more say in design, implementation of skills training

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

perpétuait les préjugés historiques et les stéréotypes qui s’attachent aux collectivités autochtones hors réserve.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Clause limitative—DRHC avait refusé à certaines organisations la possibilité de représenter des collectivités indiennes hors réserve aux fins du contrôle local d’une initiative de développement des ressources humaines—Il y avait violation des droits à l’égalité prévus par l’art. 15 de la Charte—Cette violation pouvait-elle se justifier selon l’art. premier?—L’objet de la Stratégie de DRHC était urgent et réel—Les volets du critère exposé dans l’arrêt *La Reine c. Oakes*, c’est-à-dire existence d’un lien rationnel et atteinte minimale, ont-ils été remplis?—DRHC avait plaidé que sa décision était fondée sur la nécessité de disposer d’une masse critique et d’éviter la fragmentation—Les motifs donnés n’étaient pas vraisemblables—DRHC n’avait pas non plus choisi, pour atteindre ses objectifs, le moyen offrant une atteinte minimale.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—Le juge du procès a estimé que DRHC avait contrevenu aux droits à l’égalité garantis par l’art. 15 en refusant de conclure des accords de développement des ressources humaines avec des organisations représentant certaines collectivités autochtones—Il a ordonné à DRHC d’éliminer la discrimination en donnant aux collectivités concernées un droit de regard sur les programmes de formation professionnelle—Il a laissé à DRHC le soin d’assurer au mieux l’inclusion des collectivités—DRHC a fait valoir que les tribunaux ne devraient pas ordonner au gouvernement de négocier, vu leur incapacité à surveiller adéquatement l’observation d’une telle ordonnance, et aussi parce que l’observation d’une telle ordonnance est impossible en raison du manque de clarté et de spécificité de la réparation—Les tribunaux qui procèdent à un contrôle doivent faire montre d’une grande déférence à l’égard de la réparation choisie par un juge de première instance—Dans l’arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, la C.S.C. exposait cinq principes dont les juges doivent tenir compte lorsqu’ils décident d’une réparation selon l’art. 24(1)—Interprétant l’art. 24(1), la C.S.C. avait aussi estimé qu’il était difficile d’imaginer comment un tribunal pourrait être investi d’un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu—L’ordonnance rendue par le juge du procès respectait la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire—La réparation n’obligeait pas DRHC à accroître les crédits affectés à la stratégie—Elle s’inscrivait dans les redressements autorisés par l’art. 24(1).

Peuples autochtones—Le procureur général a fait appel du jugement de la Section de première instance selon lequel DRHC avait contrevenu aux droits à l’égalité garantis par l’art. 15 de la Charte en refusant de conclure des accords de développement des ressources humaines avec des organisations proposées par certaines collectivités autochtones hors réserve—Le juge du procès a ordonné à DRHC de conférer aux collectivités un droit de regard sur ces

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

programs—In Winnipeg and Ontario certain organizations denied inclusion as AHRDA-holders without reasons given—Service providers there chosen by Request for Proposal—Appeal dismissed—Judge did not err in findings of fact—S. 15 violated as refusal perpetuating historical disadvantage, stereotyping of off-reserve Aboriginal communities—Charter breach not justifiable under s. 1—Remedy within wide, unfettered discretion given by Charter, s. 24(1).

Judges and Courts—Appeal from F.C.T.D. decision, upon judicial review, holding government department in breach of Charter, s. 15 regarding Aboriginal human resources development initiative—Review standard of lower court decision depends on nature of question: correctness for questions of law; palpable, overriding error for questions of fact; same for mixed fact, law unless pure question of law can be extricated—As much deference owed to judicial review decision as to that of Judge hearing *viva voce* evidence at trial—Judge reviewed, weighed extensive evidence, was in better position than appellate court to make findings of fact.

Blood Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (F.C.) 60

Access to Information—Indian Band seeking judicial review of DIAND decision to release to requestor documents relevant to land claims case—Given Access to Information Act, s. 27 third party notice of intention to release—Band objecting under Act, s. 28(2)—Band's position: documents prepared in contemplation of litigation, conduct of action, settlement negotiations impeded by disclosure—Band invoking s. 20(1)(b), (c), (d) exemptions—Judicial review converted to s. 44 review, application allowed—Settlement privilege—Litigation privilege—Review, exposition of relevant principles—As s. 44 review comparable to trial *de novo*, Court must reach own conclusions on evidence—For third party exemption, must show reasonable expectation of probable harm—Evidence required to establish—Settlement negotiations crux of matter—Recognized by law as worthy of protection—Within s. 20(1)(d), not covered by s. 20(3) solicitor-client exemption—Must show disclosure reasonably

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

programmes de formation professionnelle—DRHC avait adopté cette stratégie pour donner aux Autochtones un rôle accru dans la conception et la mise en œuvre de leurs programmes de formation professionnelle—À Winnipeg et en Ontario, certaines organisations s'étaient vu refuser, sans motifs, la possibilité de signer des ADRHA—Dans ces régions, les fournisseurs de services avaient été choisis au moyen d'une demande de propositions—Appel rejeté—Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans ses conclusions de fait—Il y avait contravention à l'art. 15 parce que le refus perpétuait les préjudices historiques et les stéréotypes qui s'attachent aux collectivités autochtones hors réserve—La violation de la Charte ne pouvait se justifier selon l'art. premier—La réparation accordée était conforme au pouvoir discrétionnaire large et absolu conféré par l'art. 24(1) de la Charte.

Juges et tribunaux—Appel, par contrôle judiciaire, d'un jugement de la Section de première instance selon lequel un ministère fédéral avait contrevenu à l'art. 15 de la Charte dans la mise en œuvre d'une initiative de développement des ressources humaines autochtones—La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer au jugement d'une juridiction inférieure dépend de la nature du point en litige: norme de la décision correcte pour les points de droit; norme de l'erreur manifeste et dominante pour les points de fait; même chose pour les questions mixtes de droit et de fait, à moins qu'une pure question de droit ne puisse en être dégagée—Il convient de montrer autant de retenue envers les conclusions du juge d'une demande de contrôle qu'envers les conclusions du juge d'un procès qui a auditionné des témoins—Le juge du procès avait passé en revue la preuve considérable présentée par les parties et il était en meilleure position qu'une juridiction d'appel pour tirer des conclusions de fait.

Bande des Blood c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (C.F.) 60

Accès à l'information—Une bande indienne sollicite le contrôle judiciaire de la décision du MAINC portant sur la divulgation de documents demandés qui portent sur sa revendication territoriale—La bande a reçu un avis aux tiers de l'intention de donner communication, en vertu de l'art. 27 de la Loi sur l'accès à l'information—La bande a présenté ses objections en vertu de l'art. 28(2)—La position de la bande: les documents ont été préparés dans le cadre d'un litige, et leur divulgation pourrait entraver le déroulement de cette action ainsi que toute négociation en vue d'un règlement—La bande a invoqué les exemptions prévues à l'art. 20(1)(b), (c) et (d)—Contrôle judiciaire transformé en demande en vertu de l'art. 44; demande accueillie—Privilège lié aux négociations—Privilège lié aux procédures judiciaires—Examen et énoncé des principes applicables—Dans un examen en vertu de l'art. 44, semblable à un procès *de novo*, la Cour doit tirer ses propres conclusions au vu de la preuve—Pour se prévaloir des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

expected to interfere with settlement negotiations—Documents in entirety exempt under s. 20(1)(d)—If process opened to outside intervention by disclosure, DIAND, Band would lose control of situation—Access Coordinator mistaken in view disclosure of “historical facts” not prejudicial to Band as was very evidence relied on by Band.

Native Peoples—Lands—Indian Band seeking judicial review of DIAND decision to sever, release documentation relevant to land claim—Band objecting on grounds prepared in contemplation of litigation, disclosure could impede prosecution of action, settlement negotiations—In main action, Band asserting Crown failed to allocate sufficient lands due to population miscalculation—Court considering relevant Access to Information Act principles—Disclosure would result in Band, DIAND losing control of process—Wrong to say disclosure of “historical facts” not prejudicing Band’s case as was very evidence relied upon.

Ferroequus Railway Co. v. Canadian National Railway Co. (F.C.A.) 42

Transportation—Canadian Transportation Agency rejecting application under Canada Transportation Act, s. 138(1) for order authorizing appellant to operate over portions of CN track as no evidence of market failure or abuse, or of problems with current rates, service—Agency’s discretion to grant running-rights order limited only by requirement to have regard to public interest—Patent unreasonableness appropriate standard of review—Agency’s analysis careful, balanced, cogent, detailed, responsive—Appellant not demonstrating lack of competition to support finding running-rights order would be in public interest—Agency not committing reviewable error.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

exemptions prévues pour les tiers, il faut démontrer un risque vraisemblable de préjudice probable—Preuve nécessaire à cette démonstration—Les négociations en vue d’un règlement sont au cœur de l’affaire—Ce privilège est reconnu en droit comme digne de protection—Couvert par l’art. 20(1)d), non par l’exemption pour le secret professionnel des avocats prévue à l’art. 20(3)—Il faut apporter la preuve que la communication pourrait vraisemblablement entraver des négociations en vue d’un règlement—Les documents dans leur entier relèvent de l’exemption prévue à l’art. 20(1)d)—En ouvrant le processus à une intervention extérieure, la bande et le MAINC n’auraient plus le contrôle de la situation—Le coordonnateur de l’accès avait tort de croire que la divulgation de «faits historiques» ne causerait pas de préjudice à la bande, puisqu’il s’agit là de la preuve même que la bande déclare nécessaire pour obtenir gain de cause.

Peuples autochtones—Terres—Une bande indienne sollicite le contrôle judiciaire de la décision du MAINC portant sur le prélèvement et la divulgation de documents qui portent sur sa revendication territoriale—La bande a présenté ses objections: les documents ont été préparés dans le cadre d’un litige, et leur divulgation pourrait entraver le déroulement de cette action ainsi que toute négociation en vue d’un règlement—Dans l’action principale, la bande déclare que la Couronne n’avait pas réservé une superficie suffisante pour la réserve, suite à un mauvais dénombrement de sa population—La Cour a examiné les principes pertinents de la Loi sur l’accès à l’information—La divulgation ferait que la bande et le MAINC n’auraient plus le contrôle de la situation—Il est erroné de dire que la divulgation de «faits historiques» ne causerait pas de préjudice à la bande, puisqu’il s’agit là de la preuve même que la bande déclare nécessaire pour obtenir gain de cause.

Ferroequus Railway Co. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (C.A.F.) 42

Transports—L’Office des transports du Canada a rejeté la demande présentée en vertu de l’art. 138(1) de la Loi sur les transports au Canada pour qu’il rende une ordonnance autorisant l’appelante à circuler sur certaines parties du chemin de fer appartenant au Canadien National, en raison de l’absence de preuve d’abus ou d’inefficacité du marché ou de problèmes au chapitre des tarifs ou des services—Le pouvoir discrétionnaire que possède l’Office de rendre une ordonnance octroyant des droits de circulation n’est limité que par son obligation de tenir compte de l’intérêt public—La norme de contrôle appropriée est celle de la décision manifestement déraisonnable—L’analyse de l’Office était minutieuse, pondérée, convaincante, détaillée et adaptée à la situation—L’appelante n’a pas prouvé un manque de concurrence permettant de conclure que l’octroi de droits de circulation serait dans l’intérêt public—L’Office n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Canada Transportation Act, s. 138(2) authorizing Agency to grant railway company right to operate over another's tracks, having regard to public interest—Standard of review—Right of appeal from Agency's decision limited to questions of law, jurisdiction, requiring leave of Court—Not indicator correctness intended as standard of review—Nature of decision highly polycentric, involving balancing competing interests—Agency having high degree of expertise as specialist administrative agency—Consideration of all elements of pragmatic, functional analysis pointing to deferential standard of review—Patent unreasonableness appropriate standard of review—Refusal to accept late written submissions not breach of procedural fairness, which guarantees only reasonable right to participate in administrative decision-making, not open-ended opportunity to raise additional evidence.

Froom v. Canada (Minister of Justice) (F.C.) 154

Extradition—Application for judicial review of authority to proceed (ATP)—Applicant initially arrested in Toronto under Immigration Act on various grounds including wanted in U.S.A. for insurance fraud—U.S.A. requesting extradition as indicted by grand jury to stand trial for fraud—Minister's motion to strike judicial review application granted by Prothonotary, reversed by Judge—Issue whether Court having jurisdiction to review ATP—Application denied—Extradition explained—Extradition hearing similar to preliminary enquiry—History of Canadian extradition legislation reviewed—Current Act designed to modernize process in response to growth of transnational crime—Rules of evidence relaxed—Justice Minister, not extradition judge, now determines equivalency of offences—Minister's argument: Court should decline jurisdiction as adequate, alternative remedies available—Act does not oust jurisdiction re: ATP decisions—Purposes of ATP—Why extradition laws to be liberally construed—ATP reviewable by F.C.—Judicial review should be available at outset of process—Minister's argument ATP non-reviewable as interlocutory ignoring unique nature of extradition proceeding—Applicable review standard—High level of deference appropriate based on pragmatic, functional analysis—Applicant's argument re: Treaty non-compliance not meeting judicial review threshold, lacking evidentiary basis—ATP not quashed as lacking particularity—*Kowbel v. The Queen* distinguished as applicant indicted for conspiracy with wife, others known, unknown—Statutory requirements for ATP, indictment differ—Extradition important part of criminal justice system but not equated to criminal trial process—Criminal law technicalities have limited application to extradition—Argument abuse of process for delay aggravated by initial resort to deportation unsupported by evidence

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit administratif—L'art. 138(2) de la Loi sur les transports au Canada autorise l'Office à accorder aux compagnies de chemin de fer le droit de circuler sur les voies d'une autre compagnie, compte tenu de l'intérêt public—Norme de contrôle—Le droit d'appel d'une décision de l'Office ne peut porter que sur des questions de droit et de compétence et il faut l'autorisation de la Cour—La norme de la décision correcte n'est pas la norme prévue—La décision est de nature hautement polycentrique, mettant en jeu des intérêts contradictoires—L'Office est un organisme administratif spécialisé qui possède un haut niveau d'expertise—Un examen de tous les éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle indique qu'il convient d'appliquer la norme de contrôle fondée sur la retenue judiciaire—La norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable est appropriée—Le refus d'accepter les observations écrites soumises tardivement ne fait pas une entorse à l'équité procédurale, laquelle ne garantit qu'un droit raisonnable de participation à la prise de décisions administratives et non une occasion illimitée d'introduire de nouveaux éléments de preuve.

Froom c. Canada (Ministre de la Justice) (C.F.) . . . 154

Extradition—Demande de contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance—Le demandeur a d'abord été arrêté à Toronto en vertu de la Loi sur l'immigration sous des allégations diverses, notamment qu'il serait recherché aux États-Unis pour des accusations de fraude—Extradition demandée par les États-Unis car il a été mis en accusation par un grand jury afin d'être jugé pour des infractions en matière de fraude—La requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire présentée par le ministre a été accueillie par un protonotaire mais renversée par un juge—La question est de savoir si la Cour avait compétence pour procéder à l'examen judiciaire d'une décision relative à la délivrance d'un arrêté introductif d'instance—Demande rejetée—Explications données en matière d'extradition—Une audience d'extradition est semblable à une enquête préliminaire—Historique des lois canadiennes en matière d'extradition—La Loi actuelle a été conçue pour moderniser le processus d'extradition et pour répondre à l'augmentation de la criminalité transnationale—Règles de preuve assouplies—C'est maintenant le ministre de la Justice qui établit la correspondance avec des infractions canadiennes comparables plutôt que le juge d'extradition—Argument du ministre: la Cour devrait refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder le contrôle judiciaire car il existe un recours subsidiaire adéquat—La Loi ne prive pas la Cour fédérale de sa compétence pour examiner un arrêté introductif d'instance—Objets visés par les arrêtés introductifs d'instance—Pourquoi les lois relatives à l'extradition doivent être interprétées de façon large—La Cour fédérale a compétence quant au contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance—Le contrôle judiciaire devrait pouvoir être demandé dès que le processus est enclenché—Le ministre prétend que l'arrêté introductif d'instance ne peut faire l'objet

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Minister not acting in pursuit of legitimate objectives—Abuse of process argument could be made to Minister prior to surrender—Statute requires Minister to determine whether surrender unjust—Minister not wrongfully delegating power to issue ATP to Departmental senior counsel—As conflicting Ontario Superior Court decisions, cannot be said matter squarely within jurisdiction of extradition judge—“*Delegatus non potest delegare*” maxim now less followed as courts recognize necessity for implied delegation for efficient public administration—Minister can delegate s.15 power.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Decision of Justice Minister to issue authority to proceed (ATP) under Extradition Act, s. 15—Minister challenging jurisdiction—Arguing Act provides complete code of procedural safeguards—Circumstances under which Court should decline jurisdiction—Court to adopt purposive, functional approach—Inquiry focussed on legislator’s intent—Factors to be considered—Extradition laws to be liberally construed to achieve Treaty’s purpose—ATP reviewable by F.C. in appropriate case (Minister acted arbitrarily, in bad faith, had improper motive)—Judicial review should be available at outset of process—Minister’s argument, no judicial review as ATP decision interlocutory, ignores unique nature of extradition proceedings—Whether decision “interlocutory” problematic where exercise of ministerial discretion, not tribunal ruling—Case law says interlocutory decisions reviewable in special circumstances—Applicable review

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d’un contrôle judiciaire car il est une décision de nature interlocutoire qui ne tient pas compte du caractère unique du processus d’extradition—Norme de contrôle applicable—Un degré élevé de retenue judiciaire est approprié selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle—La prétention du demandeur quant au non-respect du traité d’extradition entre le Canada et les États-Unis ne respecte pas le seuil relatif au contrôle judiciaire et n’est pas étayée par la preuve—L’arrêté introductif d’instance n’est pas annulé au motif qu’il n’est pas suffisamment détaillé—Distinction faite d’avec *Kowbel c. La Reine* car le demandeur est mis en accusation d’avoir comploté avec son épouse et avec d’autres personnes connues et inconnues—Les conditions de la Loi concernant une mise en accusation et les conditions se rapportant à un arrêté introductif d’instance sont différentes—Bien que l’extradition soit un élément important de notre système de justice criminelle, elle n’équivaut pas à une procédure criminelle—Les subtilités du droit criminel ne s’appliquent que dans une certaine mesure aux causes d’extradition—L’allégation d’abus de procédure en raison du retard, aggravé par le recours initial à l’expulsion, n’est pas étayée par une preuve attestant que les actes posés par le ministre n’étaient pas fondés sur des objectifs légitimes—Les prétentions alléguant qu’il y a eu abus de procédure doivent être présentées au ministre avant l’extradition—La Loi exige que le ministre détermine si l’extradition est injuste—Le ministre n’a pas délégué à tort son pouvoir discrétionnaire de délivrer un arrêté introductif d’instance à un avocat principal au Ministère—Compte tenu des décisions contradictoires de la Cour supérieure de l’Ontario, on ne peut dire qu’il s’agit d’une question qui relève carrément de la compétence du juge d’extradition—La maxime latine «*delegatus non potest delegare*» a maintenant un effet moins fort que par le passé car les tribunaux reconnaissent la nécessité de la délégation implicite afin de garantir une gestion efficace de l’administration publique—Le ministre peut déléguer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré à l’art. 15.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Décision du ministre de la Justice de délivrer un arrêté introductif d’instance en vertu de l’art. 15 de la Loi sur l’extradition—Le ministre conteste la compétence—Il prétend que la Loi prévoit un code complet de sauvegardes procédurales—Circonstances dans lesquelles la Cour devrait refuser sa compétence—Le tribunal doit adopter une démarche téléologique et fonctionnelle—L’enquête a porté sur l’intention du législateur—Les facteurs à examiner—Les lois relatives à l’extradition doivent être interprétées de façon large, afin de respecter l’objet du traité—Le contrôle judiciaire d’un arrêté introductif d’instance existe dans les cas appropriés (le ministre a agi de façon arbitraire, de mauvaise foi, ou s’est appuyé sur un motif non approprié)—Le contrôle judiciaire devrait pouvoir être demandé dès que le processus est enclenché—Le ministre prétend que le contrôle judiciaire ne devrait pas être entendu parce que la décision du ministre de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

standard—Minister’s political, international relations expertise factor of greatest importance—High level of deference owed—Arguments Treaty not complied with not meeting judicial review threshold—Abuse of process argument (delay, aggravated by initial attempted deportation) unsupported by evidence Minister acted in bad faith, for improper motive—Abuse of process argument can be made to Minister prior to surrender—Act requires Minister to determine whether surrender unjust upon consideration of all circumstances—Document delegating power to issue ATP to Departmental senior counsel not invalid for failure to fill in exact date—Minister not acting arbitrarily in delegating ATP authority—Maxim “*delagatus non potest delegare*” now less adhered to—Courts recognize necessity for implied delegation for efficient public administration.

Federal Court Jurisdiction—Whether having jurisdiction to entertain application for judicial review of decision of Justice Minister to issue authority to proceed (ATP) in extradition matter—Whether adequate, alternative remedies exist—Extradition Act ousts F.C. jurisdiction re: surrender, silent re: s. 15 ATP decisions—In deciding whether to decline jurisdiction, Court must adopt purposive, functional approach—Relevant factors—ATP is subject to F.C. review in appropriate case (Minister acted arbitrarily, in bad faith, improper, irrelevant motives)—Questionable whether any situation where provincial appellate courts can review ATP—Judicial review should be available at outset of process—No other adequate remedy.

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.A.) 85

Patents—Practice—Issue estoppel—Even though patent submitted for inclusion on Patent Register after expiration of

SOMMAIRE (Suite)

délivrer l’arrêté introductif d’instance est une décision interlocutoire qui ne tient pas compte du caractère unique du processus d’extradition—Il est difficile de déterminer si la décision est «interlocutoire» quand il s’agit de l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’un ministre plutôt que d’une décision d’un tribunal—Selon la jurisprudence, il est possible de procéder au contrôle judiciaire des décisions interlocutoires quand des circonstances spéciales existent—Norme de contrôle applicable—La connaissance spécialisée des affaires politiques et des relations internationales du ministre sont des facteurs très importants—Un degré élevé de retenue judiciaire est exigé—L’argument que le traité n’a pas été respecté ne respecte pas le seuil relatif au contrôle judiciaire—L’argument de l’abus de procédure (retard, aggravé par la tentative d’expulsion initiale) n’est pas étayé par la preuve que le ministre a agi de mauvaise foi, ou s’est appuyé sur un motif non approprié—L’argument d’abus de procédure peut être présenté au ministre avant l’extradition—La Loi exige que le ministre décide si l’extradition est injuste après examen de l’ensemble des circonstances—Le document déléguant à l’avocat principal au Ministère le pouvoir de délivrer un arrêté introductif d’instance n’est pas nul parce que la date exacte n’y est pas mentionnée—Le ministre n’a pas agi de façon arbitraire en déléguant son pouvoir de délivrer l’arrêté introductif d’instance—La maxime latine «*delegatus non potest delegare*» a un effet moins fort que par le passé—Les tribunaux reconnaissent la nécessité de la délégation implicite afin de garantir une gestion efficace de l’administration publique.

Compétence de la Cour fédérale—La Cour a-t-elle compétence pour entendre une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice de délivrer un arrêté introductif d’instance dans une affaire d’extradition?—Existe-t-il un recours subsidiaire adéquat?—La Loi sur l’extradition prive la Cour fédérale de sa compétence en ce qui concerne l’extradition, elle ne dit rien quant aux décisions de délivrer un arrêté introductif d’instance fondées sur l’art. 15—La Cour, en cherchant à déterminer si elle doit refuser d’exercer son pouvoir discrétionnaire, doit adopter une démarche téléologique et fonctionnelle—Facteurs pertinents—Un arrêté introductif d’instance peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire par la Cour fédérale dans les cas appropriés (le ministre a agi de façon arbitraire, de mauvaise foi, ou s’est appuyé sur un motif non approprié)—Il n’est pas du tout clair dans quelles circonstances les cours d’appel provinciales pourraient entendre un contrôle judiciaire se rapportant à un arrêté introductif d’instance—Le contrôle judiciaire devrait pouvoir être demandé dès que le processus est enclenché—Il n’y a pas d’autre recours adéquat.

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.A.F.) 85

Brevets—Pratique—Préclusion (*issue estoppel*)—Même si le brevet a été présenté pour inscription au registre des brevets

CONTENTS (Continued)

time limit set out in Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4(5), appellant barred, by application of doctrine of issue estoppel (Evans J.A. dissenting on this point), from raising eligibility of patent for inclusion on Register as issue of eligibility was or could have been raised in prior litigation between same parties—Date shown on face of patent conclusive as to date of issue.

Estoppel—Doctrine of issue estoppel barring appellant from raising eligibility of patent for inclusion on Patent Register although patent not eligible for inclusion on Register as submitted after expiration of time limit—Given that prohibition order issued in previous litigation, that decision must be taken to have implicitly determined that patent at issue eligible for inclusion on Patent Register—Parties same, that decision final—Material facts available at time of first litigation—Issue estoppel may be invoked by either party—No “special circumstances” herein to justify exercise of discretion not to apply doctrine of issue estoppel.

Telecommunications Workers Union v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (F.C.A.) 3

Broadcasting—Broadcasting Distribution Regulations, s. 47 providing basic cable service rates no longer approved by CRTC if certain conditions met—Whether regulation *ultra vires*—CRTC having broad mandate under Broadcasting Act to make regulations deems necessary—Exemption granted under s. 47 not final, irrevocable—CRTC continuing to regulate, supervise all aspects of broadcasting—Broadcasting Act not requiring CRTC to specifically set, approve all rates—Competition means of regulating, achieving policy objectives of Act—Broadcasting Act must be interpreted in coherent manner—CRTC having authority to enact Regulations, s. 47.

Administrative Law—Standard of review on appeal from CRTC decision with respect to question of law: whether Broadcasting Distribution Regulations, s. 47 *ultra vires* CRTC—Pragmatic, functional approach, made up of four contextual factors applied—(1) Broadcasting Act, s. 31(2) providing for right of appeal to F.C.A. on questions of law, jurisdiction—Whether CRTC had authority to enact Broadcasting Distribution Regulations, s. 47 question of jurisdiction falling within scope of appeal right—(2) CRTC not more expert than Court in answering jurisdictional questions—(3) By enacting s. 47, CRTC attempting to fulfill broad mandate of implementing cultural and economic policy

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

après l'expiration du délai prévu au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), art. 4(5), le principe de la préclusion (le juge de la Cour d'appel Evans étant dissident sur ce point) empêchait l'appelante de soulever l'admissibilité du brevet à l'inscription au registre puisque cette question a été ou aurait pu être soulevée dans un litige précédent opposant les mêmes parties—Date mentionnée sur le brevet faisant preuve de la date de délivrance.

Préclusion—Principe de la préclusion empêchant l'appelante de soulever l'admissibilité de l'inscription du brevet au registre des brevets bien que le brevet soit inadmissible à l'inscription parce que présenté pour inscription après l'expiration du délai applicable—Comme une ordonnance d'interdiction a été prononcée dans une instance antérieure, il faut considérer que, par cette décision, le tribunal a implicitement conclu que le brevet en litige était admissible à l'inscription au registre des brevets—Mêmes parties, donc décision définitive—Faits substantiels connus au moment du premier litige—Préclusion pouvant être invoquée par l'une ou l'autre des parties—Absence de «circonstances exceptionnelles» en l'espèce justifiant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer le principe de la préclusion.

Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (C.A.F.) 3

Radiodiffusion—L'art. 47 du Règlement sur la distribution de radiodiffusion prévoit que les tarifs applicables au service de câble de base n'auront plus à être approuvés par le CRTC si certaines conditions sont remplies—La réglementation est-elle *ultra vires*?—Le CRTC est investi d'une vaste mission en vertu de la Loi sur la radiodiffusion pour prendre toute mesure qu'il estime nécessaire—L'exemption accordée en vertu de l'art. 47 n'est pas finale et irrévocable—Le CRTC continue de réglementer et surveiller tous les aspects de la radiodiffusion—La Loi sur la radiodiffusion n'exige pas que le CRTC fixe et approuve spécifiquement tous les tarifs—La concurrence est un moyen de réglementer et d'atteindre les objectifs de politique de la Loi—La Loi sur la radiodiffusion doit être interprétée d'une manière cohérente—Le CRTC avait le pouvoir d'édicter l'art. 47.

Droit administratif—Norme de contrôle applicable à la décision du CRTC portée en appel en ce qui a trait à une question de droit: l'art. 47 du Règlement sur la distribution de radiodiffusion excède-t-il la compétence du CRTC?—La méthode pragmatique et fonctionnelle se fonde sur quatre facteurs contextuels—(1) L'art. 31(2) de la Loi sur la radiodiffusion prévoit un droit d'appel à la Cour d'appel fédérale sur des questions de droit ou de compétence—La question de savoir si le CRTC avait le pouvoir d'édicter l'art. 47 du Règlement sur la distribution de radiodiffusion est une question de compétence qui s'inscrit dans le cadre du droit d'appel—(2) Le CRTC n'a pas une plus grande expertise que

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

objectives (4) Question jurisdictional, involving statutory interpretation—Combining four factors suggesting standard of review correctness.

Construction of Statutes—Appeal from CRTC decision Broadcasting Distribution Regulations, s. 47 not *ultra vires*—Nature of question at issue jurisdictional, involving statutory interpretation—Parliament intended CRTC to be only authority with broad discretion to decide how best to implement broadcasting policy—Broadcasting Act must be interpreted in coherent manner—Presumption different provisions of statute intended to work together logically, rationally—Enactment presumed not to contain contradictions, inconsistencies—S. 47 not inconsistent with Act, powers of CRTC granted by Act.

SOMMAIRE (Fin)

la Cour pour trancher les questions de compétence—3) En édictant l'art. 47, le CRTC a voulu remplir sa vaste mission qui consiste à mettre en œuvre les différents objectifs de politique, tant culturels qu'économiques—4) Il s'agit d'une question de compétence faisant l'objet d'interprétation législative—La combinaison des quatre facteurs révèle que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

Interprétation des lois—Appel d'une décision du CRTC portant que l'art. 47 du Règlement sur la distribution de radiodiffusion n'est pas *ultra vires*—La question en litige en est une de compétence qui nécessite une interprétation législative—L'intention du législateur était que le CRTC soit la seule autorité habilitée à exercer le large pouvoir discrétionnaire de décider de la meilleure façon de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion—La Loi sur la radiodiffusion doit être interprétée d'une manière cohérente—Il est présumé que les différentes dispositions de la loi sont destinées à s'appliquer ensemble d'une façon logique et rationnelle—Un texte législatif est présumé ne pas contenir de contradictions et d'incohérences—L'art. 47 n'est pas incompatible avec la Loi ou avec les pouvoirs que celle-ci a conférés au CRTC.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2004, Vol. 2, Part 1

2004, Vol. 2, 1^{er} fascicule

A-21-03
2003 FCA 381

A-21-03
2003 CAF 381

Telecommunications Workers Union (*Appellant*)

Syndicat des travailleurs en télécommunications
(*appellant*)

v.

c.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission and Shaw Cablesystems Company
(*Respondents*)

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et Shaw Cablesystems Company
(*intimés*)

and

et

Consumers' Association of Canada (BC Branch), BC Old Age Pensioners' Organization, Council of Senior Citizens' Organizations of BC, End Legislated Poverty, Federated Anti-Poverty Groups of BC, Senior Citizens' Association of BC, Tenants Rights Action Coalition, and West End Seniors' Network (Collectively known as CAC(BC) *et al*) and Canadian Cable Television Association (CCTA) (*Interveners*)

Association des consommateurs du Canada (division de la C.-B.), BC Old Age Pensioners' Organization, Council of Senior Citizens' Organizations of BC, End Legislated Poverty, Federated Anti-Poverty Groups of BC, Senior Citizens' Association of BC, Tenants Rights Action Coalition et West End Seniors' Network (collectivement appelés ACC(C.-B.) *et al.*) et Association canadienne de télévision par câble (ACTC) (*intervenants*)

INDEXED AS: TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION v. CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: SYNDICAT DES TRAVAILLEURS EN TÉLÉCOMMUNICATIONS c. CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Linden, Rothstein and Sexton J.J.A.—Vancouver, September 18; Ottawa, October 20, 2003.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Rothstein et Sexton, J.C.A.—Vancouver, 18 septembre; Ottawa, 20 octobre 2003.

Broadcasting — Broadcasting Distribution Regulations, s. 47 providing basic cable service rates no longer approved by CRTC if certain conditions met — Whether regulation ultra vires — CRTC having broad mandate under Broadcasting Act to make regulations deems necessary — Exemption granted under s. 47 not final, irrevocable — CRTC continuing to regulate, supervise all aspects of broadcasting — Broadcasting Act not requiring CRTC to specifically set, approve all rates — Competition means of regulating, achieving policy objectives of Act — Broadcasting Act must be interpreted in coherent manner — CRTC having authority to enact Regulations, s. 47.

Radiodiffusion — L'art. 47 du Règlement sur la distribution de radiodiffusion prévoit que les tarifs applicables au service de câble de base n'auront plus à être approuvés par le CRTC si certaines conditions sont remplies — La réglementation est-elle ultra vires? — Le CRTC est investi d'une vaste mission en vertu de la Loi sur la radiodiffusion pour prendre toute mesure qu'il estime nécessaire — L'exemption accordée en vertu de l'art. 47 n'est pas finale et irrévocable — Le CRTC continue de réglementer et surveiller tous les aspects de la radiodiffusion — La Loi sur la radiodiffusion n'exige pas que le CRTC fixe et approuve spécifiquement tous les tarifs — La concurrence est un moyen de réglementer et d'atteindre les objectifs de politique de la Loi — La Loi sur la radiodiffusion doit être interprétée d'une manière cohérente — Le CRTC avait le pouvoir d'édicter l'art. 47.

Administrative Law — Standard of review on appeal from CRTC decision with respect to question of law: whether Broadcasting Distribution Regulations, s. 47 ultra vires CRTC

Droit administratif — Norme de contrôle applicable à la décision du CRTC portée en appel en ce qui a trait à une question de droit: l'art. 47 du Règlement sur la distribution de

— *Pragmatic, functional approach, made up of four contextual factors applied* — (1) *Broadcasting Act, s. 31(2) providing for right of appeal to F.C.A. on questions of law, jurisdiction* — *Whether CRTC had authority to enact Broadcasting Distribution Regulations, s. 47 question of jurisdiction falling within scope of appeal right* — (2) *CRTC not more expert than Court in answering jurisdictional questions* — (3) *By enacting s. 47, CRTC attempting to fulfill broad mandate of implement cultural and economic policy objectives* (4) *Question jurisdictional, involving statutory interpretation* — *Combining four factors suggesting standard of review correctness.*

Construction of Statutes — *Appeal from CRTC decision Broadcasting Distribution Regulations, s. 47 not ultra vires* — *Nature of question at issue jurisdictional, involving statutory interpretation* — *Parliament intended CRTC to be only authority with broad discretion to decide how best to implement broadcasting policy* — *Broadcasting Act must be interpreted in coherent manner* — *Presumption different provisions of statute intended to work together logically, rationally* — *Enactment presumed not to contain contradictions, inconsistencies* — *S. 47 not inconsistent with Act, powers of CRTC granted by Act.*

This was an appeal from a decision by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) that it had the authority to enact section 47 of the *Broadcasting Distribution Regulations*. The appellant, the Telecommunications Workers Union (TWU) is the bargaining agent for unionized employees of the respondent, Shaw Cablesystems Company (Shaw). The latter holds six Class 1 licences to carry on cable distribution undertakings in the Lower Mainland of British Columbia. By letters dated June 12, 2002, Shaw proposed to the CRTC to have its rates “deregulated” pursuant to section 47 of the Regulations. Section 47 provides that if a Class 1 licensee demonstrates that a certain level of competition exists in its licensed service area, and if the CRTC does not object within 60 days, the licensee will be exempted from Part V of the Regulations which requires Class 1 licensees to seek CRTC approval before increasing basic service rates. If a cable distributor is able to satisfy the conditions contained in section 47, the effect of an exemption from Part V of the Regulations is that the rate or “basic monthly fee” charged by the distributor will not have to be set or approved by the CRTC. By letter dated July 31, 2002,

radiodiffusion excède-t-il la compétence du CRTC? — *La méthode pragmatique et fonctionnelle se fonde sur quatre facteurs contextuels* — (1) *L’art. 31(2) de la Loi sur la radiodiffusion prévoit un droit d’appel à la Cour d’appel fédérale sur des questions de droit ou de compétence* — *La question de savoir si le CRTC avait le pouvoir d’édicter l’art. 47 du Règlement sur la distribution de radiodiffusion est une question de compétence qui s’inscrit dans le cadre du droit d’appel* — (2) *Le CRTC n’a pas une plus grande expertise que la Cour pour trancher les questions de compétence* — (3) *En édictant l’art. 47, le CRTC a voulu remplir sa vaste mission qui consiste à mettre en œuvre les différents objectifs de politique, tant culturels qu’économiques* — (4) *Il s’agit d’une question de compétence faisant l’objet d’interprétation législative* — *La combinaison des quatre facteurs révèle que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.*

Interprétation des lois — *Appel d’une décision du CRTC portant que l’art. 47 du Règlement sur la distribution de radiodiffusion n’est pas ultra vires* — *La question en litige en est une de compétence qui nécessite une interprétation législative* — *L’intention du législateur était que le CRTC soit la seule autorité habilitée à exercer le large pouvoir discrétionnaire de décider de la meilleure façon de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion* — *La Loi sur la radiodiffusion doit être interprétée d’une manière cohérente* — *Il est présumé que les différentes dispositions de la loi sont destinées à s’appliquer ensemble d’une façon logique et rationnelle* — *Un texte législatif est présumé ne pas contenir de contradictions et d’incohérences* — *L’art. 47 n’est pas incompatible avec la Loi ou avec les pouvoirs que celle-ci a conférés au CRTC.*

Il s’agit d’un appel d’une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) lui reconnaissant le pouvoir d’édicter l’article 47 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*. L’appelant, le Syndicat des travailleurs en télécommunications (STT), est l’agent négociateur des employés syndiqués de l’intimée, Shaw Cablesystems Company (Shaw). Celle-ci est titulaire de six licences de classe 1 l’autorisant à exploiter des entreprises de câblodistribution dans la vallée du bas Fraser en Colombie-Britannique. Par lettres datées du 12 juin 2002, Shaw a fait une proposition au CRTC en vue d’obtenir la «déréglementation» de ses tarifs en application de l’article 47 du Règlement. Selon l’article 47, si un titulaire de classe 1 démontre qu’un certain niveau de concurrence existe dans sa zone de desserte autorisée, et que le CRTC ne manifeste pas son opposition dans les 60 jours, il sera soustrait à l’application de la partie V du Règlement. Cette partie du Règlement exige que les titulaires de classe 1 obtiennent l’approbation du CRTC avant d’augmenter leurs tarifs applicables au service de base. Lorsqu’un câblodistributeur satisfait à toutes les conditions prescrites à l’article 47, et qu’il

the TWU made representations to the CRTC, taking the position that section 47 of the Regulations was *ultra vires* the CRTC on the basis that it was contrary to and not authorized by the *Broadcasting Act*. Subsection 5(1) of the Act provides that the CRTC “shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system”. The CRTC rejected TWU’s arguments. TWU’s appeal to this Court raised two issues: (1) what is the appropriate standard of review to apply to the CRTC’s decision that it had the authority to enact section 47 of the Regulations? and (2) is section 47 of the Regulations under the *Broadcasting Act ultra vires* the CRTC?

Held, the appeal should be dismissed.

(1) In *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, the Supreme Court of Canada explained that the pragmatic and functional approach must be undertaken in every case dealing with an administrative decision-maker. The Court listed four contextual factors that make up the pragmatic and functional approach. The first factor is the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal. The fact that subsection 31(2) of the *Broadcasting Act* expressly provides for a right of appeal to the Federal Court of Appeal on questions of law or jurisdiction suggests that a more searching standard of review should be applied to the CRTC’s decision in this case. The issue of whether the CRTC had the authority to enact section 47 of the Regulations is a question of jurisdiction that falls precisely within the scope of this appeal right. The second factor is the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question. The issue herein—whether section 47 of the Regulations is *ultra vires* the CRTC—is not a question of policy but a question of law or jurisdiction. The CRTC is not more expert than the Court in answering jurisdictional questions which involve interpreting the *Broadcasting Act*; as a result, this factor also suggests a less deferential standard of review. Unlike the first two, the third factor of the pragmatic and functional approach, the purposes of the legislation as a whole and the provision in particular, suggests a more deferential or less searching standard of review. By enacting section 47 of the Regulations, the CRTC was attempting to fulfill its broad mandate of implementing the various different policy objectives, both cultural and economic, contained in the Act, which indicates that deference should be given to the CRTC’s decision. Finally, because the nature of the question in this case is jurisdictional and involves statutory interpretation, a more searching standard of review should be applied to the CRTC’s decision. Less deference is owed where the question is one of statutory interpretation. Combining the four factors, the standard of review in this case was correctness.

est soustrait à l’application de la partie V du Règlement, le «tarif mensuel de base» pratiqué par celui-ci n’a plus à être fixé ou approuvé par le CRTC. Par lettre en date du 31 juillet 2002, le STT a soutenu, dans les observations qu’il a présentées au CRTC, que l’article 47 du Règlement excédait la compétence du CRTC parce qu’il était contraire à *Loi sur la radiodiffusion* et non autorisé par celle-ci. Le paragraphe 5(1) de la Loi dispose que le CRTC «réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion». Le CRTC a rejeté l’argumentation du STT. L’appel du STT a soulevé deux questions: 1) quelle norme de contrôle convient-il d’appliquer à la décision du CRTC portant que ce dernier avait le pouvoir d’édicter l’article 47 du Règlement? 2) l’article 47 du Règlement édicté en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* excède-t-il la compétence du CRTC?

Arrêt: l’appel doit être rejeté.

1) Dans l’arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, la Cour suprême du Canada a expliqué que la méthode pragmatique et fonctionnelle devait être appliquée dans chaque instance administrative décisionnelle. La Cour a énuméré quatre facteurs contextuels qui composent l’analyse pragmatique et fonctionnelle. Le premier facteur est la présence ou l’absence dans la loi d’une clause privative ou d’un droit d’appel. Le fait que le paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit expressément un droit d’appel à la Cour d’appel fédérale sur des questions de droit ou de compétence semble indiquer qu’une norme de contrôle plus stricte devrait être appliquée à la décision du CRTC dans la présente affaire. La question de savoir si le CRTC avait le pouvoir d’édicter l’article 47 du Règlement est une question de compétence qui s’inscrit précisément dans le cadre de ce droit d’appel. Le second facteur est l’expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige. Cette question—qui consiste à déterminer si l’article 47 du Règlement excède la compétence du CRTC—n’est pas une question de politique, mais bien une question de droit ou de compétence. Le CRTC n’a pas une plus grande expertise que la Cour sur des questions de compétence nécessitant une interprétation de la *Loi sur la radiodiffusion*; par conséquent, ce facteur milite également en faveur d’une norme de contrôle exigeant un degré moins élevé de retenue judiciaire. Contrairement aux deux premiers facteurs, le troisième facteur de la méthode pragmatique et fonctionnelle, qui se rapporte à l’objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en particulier, donne lieu à une norme de contrôle moins stricte ou à un degré de retenue judiciaire plus élevé. En édictant l’article 47 du Règlement, le CRTC a voulu remplir sa vaste mission qui consiste à mettre en œuvre les différents objectifs de politique, tant culturels qu’économiques, énoncés dans la Loi; ce facteur indique qu’il faut faire preuve de retenue judiciaire à l’égard de la décision du CRTC. Enfin, parce que la question en l’espèce en est une de compétence et qu’elle nécessite une

(2) The appellant argued that the CRTC acted outside of its jurisdiction by enacting section 47 of the Regulations. The CRTC has a very broad mandate under the *Broadcasting Act*, and this is illustrated by paragraph 10(1)(k) which provides: “The Commission may, in furtherance of its objects, make regulations . . . respecting such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects.” This provision is broad enough to give the Commission the power to pass section 47 of the Regulations. The issue in this case was not whether section 47 of the Regulations will be successful in achieving the policy objectives of the Act, but rather whether objectively it deals with a class of subjects referred to in section 3 of the Act. Since section 47 deals with the affordability of rates, which is one of the objects of the Act, this test was clearly met. The CRTC has a wide mandate that extends far beyond the regulation of rates. There is a long list of diverse policy objectives in subsections 3(1) and 5(2) of the Act, and the affordability of rates is only one of these many objectives. With respect to rates, the CRTC continues to regulate the rates of Class 1 undertakings that are unable to demonstrate that the level of competition specified in section 47 of the Regulations exists in their licensed area.

Contrary to the appellant’s argument, not only does the CRTC continue to supervise the affordability of basic services, but it is also in a position to repeal, amend or entirely replace section 47 of the Regulations if it finds that this provision is not fulfilling its purpose. There was no merit to the appellant’s argument that an exemption received under section 47 of the Regulations is permanent or irrevocable. Section 47 gives the CRTC, before an exemption has been granted under that section, the power to suspend its application or to disallow a licensee’s proposal to be removed from the obligations of Part V of the Regulations. Common sense and the policies of the Act dictate that the CRTC would continue to have the power to remove the exemption. The CRTC continues to monitor and report on the affordability of rates and is in a position to reintroduce fixation of rates or conditions of licence if it determines that this is necessary. An exemption under section 47 is not final and irrevocable; the CRTC continues to regulate and supervise all aspects of the broadcasting system. The words used in the *Broadcasting Act* to the effect that “the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system” do not mean that it is required to specifically approve or set the rates of licensees. While the CRTC has an obligation to try to ensure that rates are

interprétation législative, une norme de contrôle plus stricte devrait être appliquée à la décision du CRTC. On doit faire preuve de moins de retenue lorsqu’il s’agit d’une question d’interprétation législative. Compte tenu des quatre facteurs, la norme de contrôle applicable en l’espèce était celle de la décision correcte.

2) L’appelant a soutenu que le CRTC avait outrepassé les limites de sa compétence en édictant l’article 47 du Règlement. Le CRTC est investi d’une très vaste mission en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. L’ampleur de cette mission est illustrée par l’alinéa 10(1)(k), qui dispose: «Dans l’exécution de sa mission, le Conseil peut, par règlement [. . .] prendre toute autre mesure qu’il estime nécessaire à l’exécution de sa mission». La disposition est assez large pour permettre au Conseil d’édicter l’article 47 du Règlement. La question en l’espèce n’est pas de savoir si l’article 47 du Règlement permettra d’atteindre des objectifs de politique de la Loi, mais de décider objectivement si celui-ci porte sur une catégorie de sujets mentionnés à l’article 3 de la Loi. Puisque l’article 47 traite de l’abordabilité des tarifs, qui est un des objectifs de la Loi, il satisfait clairement à ce critère. Le CRTC est investi d’une large mission qui va bien au-delà de la simple réglementation de tarifs. Les paragraphes 3(1) et 5(2) de la Loi contiennent une longue liste d’objectifs de politique divers, et l’abordabilité des tarifs n’est qu’un de ces nombreux objectifs. Pour ce qui est des tarifs, le CRTC continue à réglementer les tarifs des entreprises de classe 1 qui ne sont pas en mesure de démontrer que le niveau de concurrence indiqué à l’article 47 du Règlement existe dans leur zone de desserte autorisée.

Contrairement à la prétention de l’appelant, non seulement le CRTC continue-t-il à surveiller l’abordabilité des services de base, mais il est aussi en mesure, s’il est d’avis que l’article 47 du Règlement ne remplit pas son objectif, d’abroger, de modifier ou de remplacer complètement cette disposition. La prétention de l’appelant, selon laquelle une exemption accordée en vertu de l’article 47 du Règlement est permanente ou irrévocable, est sans fondement. L’article 47 donne au CRTC, avant même qu’une exemption soit accordée en vertu de cet article, le pouvoir d’en suspendre l’application ou de refuser la proposition d’un titulaire d’être soustrait à l’application des obligations de la partie V du Règlement. Le bon sens et les énoncés de politique de la Loi font en sorte que le CRTC continue à pouvoir supprimer l’exemption. Le CRTC continue à surveiller l’abordabilité des tarifs et à faire rapport sur celle-ci, et il est en mesure de réintroduire la fixation de tarifs ou des conditions de licence s’il l’estime nécessaire. Une exemption accordée en vertu de l’article 47 n’est pas finale et irrévocable; le CRTC continue à réglementer et à surveiller tous les aspects du système de radiodiffusion. Les mots employés dans la *Loi sur la radiodiffusion* portant que «le Conseil réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion» ne signifient pas que celui-ci doit

affordable, the Act does not specify how it must do it. The choice of mechanism is for the CRTC to determine and reliance on market forces is one alternative for that purpose. Parliament did not intend to provide for the strict regulation of rates but it intended the CRTC to be the only authority with the broad discretion to decide how best to implement broadcasting policy. The CRTC has the means to correct and change the system of market competition if it finds that this system does not achieve the policy objectives of the Act.

The *Broadcasting Act* must be interpreted in a coherent manner. The appellant's argument that the CRTC is precluded from enacting section 47 because it is only allowed to regulate and not deregulate rates would result in an incoherent interpretation of the Act. The presumption of coherence is that different provisions of the statute are intended to work together logically and rationally, and an enactment is presumed not to contain contradictions and inconsistencies. The appellant's reading of the CRTC's powers would go against this presumption of coherence. Since subsection 9(4) of the Act gives the CRTC the power to grant exemptions from the Regulations, it would be incoherent, if when interpreting the CRTC's broad mandate under the Act, this Court found that it did not have the authority to enact section 47 of the Regulations. Therefore section 47 is not inconsistent with the Act or the powers of the CRTC granted by the Act and is not *ultra vires*. The CRTC did not err in deciding it had the authority to enact it.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) «distribution undertaking», 3, 5(1),(2),(3), 7(1),(3), 9(1),(4), 10(1),(2), 11(1),(2), 18(1) (as am. by S.C. 2001, c. 34, s. 32), (2),(3),(4), 31(1),(2).
- Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555, ss. 3, 4 (as am. by SOR/2001-357, s. 5), 6(2), 7, 8, 11, 16.1 (as enacted by SOR/2001-334, s. 2), 17 (as am. by SOR/2002-322, s. 2), 19, 27, 28, 29, 46, 47, 48, 49.
- Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24, s. 47.
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23.
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 31(4).
- Order in Council P.C. 1994-1689.
- Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 320(2) (as am. by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 35, s. 2).
- Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 25(1).

approuver ou fixer spécifiquement les tarifs des titulaires de licence. Bien que le CRTC ait l'obligation d'essayer de faire en sorte que les tarifs soient abordables, la Loi ne précise pas comment il doit s'y prendre. Le choix du mécanisme appartient au CRTC, et le recours aux forces du marché est certainement l'une des façons d'y arriver. Le législateur n'avait pas l'intention de prévoir une réglementation stricte des tarifs, mais il voulait que le CRTC soit la seule autorité habilitée à exercer le large pouvoir discrétionnaire de décider de la meilleure façon de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion. Le CRTC a les moyens de corriger et de modifier le système de libre concurrence s'il estime que ce système ne favorise pas l'atteinte des objectifs de politique de la Loi.

La *Loi sur la radiodiffusion* doit être interprétée d'une manière cohérente. L'argument de l'appelant selon lequel le CRTC ne peut édicter l'article 47 parce qu'il n'est autorisé qu'à réglementer les tarifs, et non à les déréglementer donnerait lieu à une interprétation incohérente de la Loi. Selon la présomption de cohérence, les différentes dispositions de la loi sont destinées à s'appliquer ensemble d'une façon logique et rationnelle, et un texte législatif est présumé ne pas contenir de contradictions et d'incohérences. Interpréter les pouvoirs du CRTC comme le fait l'appelant irait à l'encontre de cette présomption de cohérence. Puisque le paragraphe 9(4) de la Loi confère au CRTC le pouvoir d'accorder des exemptions à l'égard de ses règlements, la Cour ferait preuve d'incohérence si elle concluait, en interprétant la très large mission confiée au CRTC en vertu de la Loi, que celui-ci n'avait pas le pouvoir d'édicter l'article 47 du Règlement. Par conséquent, cet article 47 n'est pas incompatible avec la Loi ou avec les pouvoirs que celle-ci a conférés au CRTC et il n'est pas *ultra vires*. Le CRTC n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il avait le pouvoir de l'édicter.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Décret C.P. 1994-1689.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 31(4).
- Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 47.
- Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) «entreprise de programmation», 3, 5(1),(2),(3), 7(1),(3), 9(1),(4), 10(1),(2), 11(1),(2), 18(1),(2),(3),(4), 31(1),(2).
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23.
- Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2, art. 320(2) (mod. par S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), ch. 35, art. 2).
- Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 25(1).
- Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555, art. 3, 4 (mod. par DORS/2001-357, art. 5), 6(2), 7, 8, 11, 16.1 (édicte par DORS/2001-334, art. 2), 17 (mod. par DORS/2002-322, art. 2), 19, 27, 28, 29, 46, 47, 48, 49.

CASES JUDICIALEMENT CONSIDÉRÉS

FOLLOWED:

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *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.

APPLIED:

Canadian Broadcasting Corp. v. Métromédia CMR Montréal Inc. (1999), 254 N.R. 266 (F.C.A.); *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Canadian Transportation Agency)* (2003), 307 N.R. 378 (F.C.A.); *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; *CKOY Ltd. v. Her Majesty The Queen on the relation of Lorne Mahoney*, [1979] 1 S.C.R. 2; (1978), 90 D.L.R. (3d) 1; 43 C.C.C. (2d) 1; 40 C.P.R. (2d) 1; 24 N.R. 254; *Canadian Broadcasting League (The) v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1983] 1 F.C. 182; (1982), 138 D.L.R. (3d) 512; 67 C.P.R. (2d) 49; 43 N.R. 77 (C.A.); *Shebib v. Canada (Attorney General)*, [2003] 3 F.C. 607; (2003), 2 Admin. L.R. (4th) 58; 301 N.R. 78 (C.A.).

DISTINGUISHED:

T.W.U. v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission), [1989] 2 F.C. 280; (1988), 98 N.R. 93 (C.A.); *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Competition and Culture on Canada's Information Highway: Managing the Realities of Transition*. Ottawa: The Commission, 1995.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPEAL from a decision by the the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission that it had the authority to enact section 47 of the *Broadcasting Distribution Regulations*. Appeal dismissed.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476; (2003), 225 D.L.R. (4th) 206; 49 Admin. L.R. (3d) 161; 204 N.R. 1.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc. (1999), 254 N.R. 266 (C.A.F.); *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office des transports)* (2003), 307 N.R. 378 (C.A.F.); *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; *CKOY Ltd. c. Sa Majesté la Reine sur la dénonciation de Lorne Mahoney*, [1979] 1 R.C.S. 2; (1978), 90 D.L.R. (3d) 1; 43 C.C.C. (2d) 1; 40 C.P.R. (2d) 1; 24 N.R. 254; *Ligue de la radiodiffusion canadienne (La) c. Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1983] 1 C.F. 182; (1982), 138 D.L.R. (3d) 512; 67 C.P.R. (2d) 49; 43 N.R. 77 (C.A.); *Shebib c. Canada (Procureur général)*, [2003] 3 C.F. 607; (2003), 2 Admin. L.R. (4th) 58; 301 N.R. 78 (C.A.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

S.T.T. c. Canada (Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), [1989] 2 C.F. 280; (1988), 98 N.R. 93 (C.A.); *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Concurrence et culture sur l'autoroute canadienne de l'information: gestion des réalités de transition*. Ottawa: Le Conseil, 1995.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPEL d'une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes se reconnaissant le pouvoir d'édicter l'article 47 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*. Appel rejeté.

APPEARANCES:

Jim R. Aldridge, Q.C., and *Marcus W. Bartley* for appellant.

C. Christopher Johnston, Q.C., for respondent Shaw Cablesystems Company.

Michael S. Koch for respondent Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.

Lori Assheton-Smith for intervener Canadian Cable Television Association.

Sarah Y. Khan for intervener CAC(BC) *et al.*

SOLICITORS OF RECORD:

Rosenbloom and Aldridge, Vancouver, for appellant.

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, for respondent Shaw Cablesystems Company.

Goodmans LLP, Toronto, for respondent Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.

Lori D. Assheton-Smith, Canadian Cable Television Assn., Ottawa, for intervener Canadian Cable Television Association.

British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver, for intervener CAC(BC) *et al.*

The following are the reasons for judgment rendered in English by

SEXTON J.A.:

Introduction

[1] The *Broadcasting Act* [S.C. 1991, c. 11] provides that the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) [subsection 5(1)] “shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system”. The CRTC enacted a regulation providing that in certain circumstances increases in basic cable service rates will no longer have to be approved by the CRTC but rather will be set by each individual cable company according to the market competition in its licensed serviced area. The issue in this case is whether the CRTC, by enacting this regulation, has abdicated its obligations to “regulate and supervise all aspects” of the

ONT COMPARU:

Jim R. Aldridge, c.r., et *Marcus W. Bartley* pour l’appellant.

C. Christopher Johnston, c.r., pour Shaw Cablesystems Company, intimée.

Michael S. Koch pour le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, intimé.

Lori Assheton-Smith pour l’Association canadienne de télévision par câble, intervenante.

Sarah Y. Khan pour l’ACC(C.-B.) *et al.*, intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Rosenbloom and Aldridge, Vancouver, pour l’appellant.

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, pour Shaw Cablesystems Company, intimée.

Goodmans LLP, Toronto, pour le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, intimé.

Lori D. Assheton-Smith, Assoc. canadienne de télévision par câble, Ottawa, pour l’Assoc. canadienne de télévision par câble, intervenante.

British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver, pour l’ACC(C.-B.) *et al.*, intervenante.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

Introduction

[1] Selon la *Loi sur la radiodiffusion* [L.C. 1991, ch. 11], le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) [paragraphe 5(1)] «réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion». Le CRTC a édicté un règlement prévoyant que, dans certaines circonstances, les augmentations des tarifs applicables au service de câble de base n’auront plus à être approuvées par le CRTC et seront plutôt fixées de façon individuelle par chaque entreprise de câblodistribution en fonction de la concurrence existant dans sa zone de desserte autorisée. La question en litige en l’espèce consiste à déterminer si

broadcasting system, resulting in the regulation being *ultra vires*.

Facts

[2] The appellant, the Telecommunications Workers Union (TWU) is the bargaining agent for unionized employees of the respondent, Shaw Cablesystems Company (Shaw). Shaw holds six Class 1 licences to carry on cable distribution undertakings in the Lower Mainland of British Columbia (B.C.).

[3] By letters dated June 12, 2002, Shaw made a proposal to the CRTC to have its rates “deregulated” pursuant to section 47 of the *Broadcasting Distribution Regulations* [SOR-97-555] (the Regulations), the regulation at issue in this case. Section 47 provides that if a Class 1 licensee demonstrates, by filing documentation with the CRTC, that a certain level of competition exists in its licensed service area, and if the CRTC does not object within 60 days, the licensee will be exempted from Part V of the Regulations entitled “Fees For and Provision of Basic Services”. Among other things, this part of the Regulations requires Class 1 licensees to seek the approval of the CRTC before increasing their basic service rates.

[4] By letter dated July 31, 2002, the TWU made representations to the CRTC, taking the position that section 47 of the Regulations was *ultra vires* the CRTC on the basis that it was contrary to and not authorized by the *Broadcasting Act*. The TWU also argued that the CRTC should reject Shaw’s rate deregulation proposal under section 47.

[5] By letter dated August 23, 2002, the CRTC rejected TWU’s arguments, without giving any reasons. Neither party has complained about the lack of reasons.

[6] TWU appeals to this Court from the decision of the CRTC with respect to the following question of law: “whether section 47 of the *Broadcasting Distribution*

le CRTC, en édictant ce règlement, a édulé son obligation de «réglementer et surveiller tous les aspects» du système de radiodiffusion, rendant ainsi ledit règlement *ultra vires*.

Faits

[2] L’appelant, le Syndicat des travailleurs en télécommunications (STT) est l’agent négociateur des employés syndiqués de l’intimée, Shaw Cablesystems Company (Shaw). Shaw est titulaire de six licences de classe 1 l’autorisant à exploiter des entreprises de câblodistribution dans la vallée du bas Fraser en Colombie-Britannique (C.-B.).

[3] Par lettres datées du 12 juin 2002, Shaw a fait une proposition au CRTC en vue d’obtenir la «déréglementation» de ses tarifs en application de l’article 47 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion* [DORS/97-555] (le Règlement), le règlement en litige en l’espèce. Selon l’article 47, si un titulaire de classe 1 démontre, en soumettant certains documents au CRTC, qu’un certain niveau de concurrence existe dans sa zone de desserte autorisée, et que le CRTC ne manifeste pas son opposition dans les 60 jours, il sera soustrait à l’application de la partie V du Règlement intitulée «Tarifs et fourniture du service de base». Cette partie du Règlement exige, entre autres, que les titulaires de classe 1 obtiennent l’approbation du CRTC avant d’augmenter leurs tarifs applicables au service de base.

[4] Par lettre en date du 31 juillet 2002, le STT a soutenu, dans les observations qu’il a présentées au CRTC, que l’article 47 du Règlement excédait la compétence du CRTC parce qu’il était contraire à *Loi sur la radiodiffusion* et non autorisé par celle-ci. Le STT a également invité le CRTC à rejeter la proposition de déréglementation faite par Shaw en vertu de l’article 47.

[5] Par lettre en date du 23 août 2002, le CRTC a réfuté les arguments du STT, sans fournir aucun motif. Aucune des parties ne s’est plainte de l’absence de motifs.

[6] Le STT porte la décision du CRTC en appel devant la Cour relativement à la question de droit suivante: «l’article 47 du *Règlement sur la*

Regulations is ultra vires the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission”.

distribution de radiodiffusion excède-t-il la compétence du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes?»

History of the CRTC’s regulation of cable rates

Historique de la réglementation des tarifs de câblodistribution par le CRTC

[7] Historically, cable distribution undertakings were typically licensed by the CRTC as territorial monopolies. Because of this monopoly system, the CRTC determined that it was necessary to restrict the rates charged by distribution undertakings in order to protect consumers.

[7] Pendant très longtemps, les entreprises de câblodistribution ont reçu du CRTC des licences leur conférant, en règle générale, des monopoles territoriaux. En raison de la nature monopolistique de ce système, le CRTC a jugé nécessaire d’apporter des restrictions aux tarifs pratiqués par les entreprises de distribution afin de protéger les consommateurs.

[8] In the mid 1980s, the CRTC began to refrain from regulating the basic rates of smaller cable distribution undertakings. By way of example, Class 3 undertakings (those undertakings serving less than 2000 subscribers or that operate in rural or remote areas) were rate deregulated in stages between 1986 and 1991. Class 2 undertakings (those serving between 2000 and 6000 subscribers) were rate deregulated in 1994.

[8] Au milieu des années 1980, le CRTC a commencé à s’abstenir de réglementer les tarifs de base pratiqués par les plus petites entreprises de câblodistribution. Par exemple, les tarifs des entreprises de classe 3 (soit les entreprises comptant moins de 2 000 abonnés ou exerçant leurs activités dans les régions rurales ou éloignées) ont été déréglementés par étapes entre 1986 et 1991. Les tarifs des entreprises de classe 2 (soit celles comptant de 2 000 à 6 000 abonnés) ont été déréglementés en 1994.

[9] On October 8, 1994, the Governor in Council issued Order in Council P.C. 1994-1689, requesting the CRTC to report and make recommendations to the Government of Canada on a number of specific questions. In the schedule to this Order, the Government set forth a policy for the broadcasting and telecommunications industry, “to foster fair competition and increase reliance on market forces in the provision of facilities, products and services”.

[9] Le 8 octobre 1994, le gouverneur en conseil a pris le décret C.P. 1994-1689, par lequel il a demandé au CRTC de soumettre un rapport et de faire des recommandations au gouvernement du Canada sur un certain nombre de questions spécifiques. Dans l’annexe de ce décret, le gouvernement a énoncé une politique destinée à l’industrie de la radiodiffusion et des télécommunications, visant à [TRADUCTION] «encourager une concurrence équitable et [à] miser davantage sur les forces du marché pour la prestation des installations, produits et services».

[10] In response, the CRTC issued Public Notice CRTC 1994-130, which provided, “[t]he government’s goal is to preserve and expand fair competition. . . A competitive model for Canadian communications facilities must, however, be consistent with the objectives and principles underpinning the information highway strategy and the objectives of both the *Broadcasting Act* and the *Telecommunications Act*”.

[10] En réponse, le CRTC a émis l’avis public CRTC 1994-130, où il est déclaré que «[l]e but du gouvernement est de préserver et de promouvoir une concurrence équitable [. . .]. Un modèle de concurrence applicable aux installations canadiennes de communication doit toutefois respecter les objectifs et les principes de la stratégie de l’autoroute de l’information ainsi que les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion* et de la *Loi sur les télécommunications*».

[11] In the mid 1990s, the CRTC began to license direct-to-home (DTH) distribution undertakings. In Public Notice 1995-217, the CRTC decided not to impose restrictions on the rates charged by DTH distribution undertakings on the grounds that competition would “create sufficient market pressure to discipline the rates charged to DTH subscribers.”

[12] On May 19, 1995, the CRTC released its report entitled *Competition and Culture on Canada’s Information Highway*. In this Report, the CRTC endorsed the principle of competition in the distribution of programming to Canadians and addressed the conditions and mechanisms that should be in place in order to ensure fair competition.

[13] On May 17, 1996, in Public Notice CRTC 1996-69, “Call For Comments on a Proposed Approach for the Regulation of Broadcasting Distribution Undertakings”, the CRTC announced that “[t]he Canadian broadcasting system is undergoing fundamental technological and competitive change.” In light of this change, the CRTC proposed to review and update the regulatory framework for distribution undertakings “to ensure that there is an orderly transition from a monopoly to a fully competitive environment, and that rules are established for the competitive environment that treat all distributors equitably and fairly.”

[14] In Part VI of the above-mentioned Public Notice, the CRTC proposed that in the updated regulatory framework, it would not regulate the rates of new entrants since these entities would not have sufficient market power to necessitate rate regulation. In the case of Class 1 licensees, which generally have more than 6000 subscribers, the CRTC proposed to retain existing rate restrictions, pending the establishment of a competitive market structure. However, the CRTC proposed that, once established, competition would be sufficient to discipline rates and rate deregulation would occur.

[11] Au milieu des années 1990, le CRTC a commencé à attribuer des licences à des entreprises de distribution par satellite de radiodiffusion directe (SRD). Dans l’avis public 1995-217, le CRTC a décidé de ne pas apporter de restrictions aux tarifs pratiqués par les entreprises de distribution par SRD au motif que la concurrence «créera[it] une pression suffisante sur le marché pour encadrer les tarifs facturés aux abonnés des services de distribution par SRD».

[12] Le 19 mai 1995, le CRTC a publié son rapport intitulé *Concurrence et culture sur l’autoroute canadienne de l’information*. Dans ce rapport, le CRTC a adhéré au principe de la concurrence dans la distribution aux Canadiens de services de programmation et s’est penché sur les conditions et les mécanismes qui devraient être mis en vigueur pour assurer une concurrence équitable.

[13] Le 17 mai 1996, dans l’avis public CRTC 1996-69, intitulé «Appel d’observations concernant un projet de démarche portant sur la réglementation des entreprises de distribution de radiodiffusion», le CRTC a annoncé que «L’évolution des techniques de transmission et de distribution numérique impose au système canadien de radiodiffusion des transformations sur le plan de la technologie et de la concurrence». À la lumière de ces transformations, le CRTC a proposé d’examiner et de mettre à jour le cadre de réglementation applicable aux entreprises de distribution «afin d’assurer une transition ordonnée d’un régime monopolistique vers un régime entièrement concurrentiel ainsi que l’établissement, dans ce nouveau régime, de règles justes et équitables pour tous les distributeurs».

[14] Dans la partie VI de l’avis public susmentionné, le CRTC a proposé de ne pas réglementer les tarifs des nouveaux venus dans le cadre de réglementation mis à jour, ces derniers n’exerçant pas un pouvoir suffisamment important sur le marché pour nécessiter une réglementation de leurs tarifs. Concernant les titulaires de classe 1, qui comptent généralement plus de 6 000 abonnés, le CRTC a proposé de maintenir les restrictions existantes jusqu’à ce qu’une structure de marché concurrentielle soit établie. Cependant, le CRTC a avancé la proposition qu’une fois ladite structure établie, la concurrence suffirait à maîtriser les tarifs et à produire une déréglementation de ceux-ci.

[15] In response to this Public Notice and call for comments, the CRTC received over 5800 written submissions and 34 parties appeared at an oral public hearing in October of 1996. Following this written comment process and hearing, the CRTC issued Public Notice CRTC 1997-25, entitled “New Regulatory Framework for Broadcasting Distribution Undertakings”. This Public Notice established a comprehensive policy framework for broadcasting distribution undertakings that would further the objectives of the *Broadcasting Act* in a competitive environment. The policies expressed in this Public Notice were reflected in the proposed regulations published in Public Notice CRTC 1997-84, “Proposed Broadcasting Distribution Regulations”. The final form of these regulations was announced in Public Notice CRTC 1997-150, “Broadcasting Distribution Regulations”. The conclusions regarding the rates charged by Class 1 cable distribution undertakings are codified in Part V of these Regulations.

[16] The major purpose of Part V of the Regulations is to outline the specific circumstances under which a distribution undertaking is permitted to increase its basic service rate as well as the circumstances under which a distribution undertaking is required to install the system necessary for the provision of its basic service at a particular household or premises. With respect to rates, section 49 of the Regulations expressly provides: “A licensee shall not increase its basic monthly fee except in accordance with this Part.”

[17] The impugned regulation in this proceeding, namely section 47, provides, *inter alia*, that Part V of the Regulations will not apply if the following conditions are met:

- (a) the licensee provides documentation to the CRTC establishing that there are one or more competing undertakings serving at least 30% of the licensed territory of the licensee;
- (b) the licensee has lost 5% or more of its subscriber base since the introduction of basic service by another competitor; and
- (c) the CRTC has not suspended the application of section 47 to the licensee or disallowed the licensee’s

[15] En réponse à cet avis public et à cet appel d’observations, le CRTC a reçu plus de 5 800 observations écrites, et 34 parties se sont présentées à l’audience publique tenue en octobre 1996. Le CRTC a ensuite publié l’avis public CRTC 1997-25 intitulé «Nouveau cadre de réglementation pour les entreprises de distribution de radiodiffusion». Dans cet avis public, un cadre stratégique exhaustif a été établi à l’égard des entreprises de distribution de radiodiffusion afin de faciliter l’atteinte des objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion* dans un régime concurrentiel. Les politiques énoncées dans cet avis public ont été reproduites dans le projet de règlement publié dans l’avis public CRTC 1997-84 intitulé «Projet de Règlement sur la distribution de radiodiffusion». La version finale de ce règlement a été présentée dans l’avis public CRTC 1997-150 intitulé «Règlement sur la distribution de radiodiffusion». Les conclusions relatives aux tarifs pratiqués par les entreprises de câblodistribution de classe 1 sont codifiées à la partie V de ce Règlement.

[16] La partie V du Règlement a pour objet principal d’établir les circonstances précises dans lesquelles une entreprise de distribution peut augmenter son tarif de base, ainsi que celles dans lesquelles elle doit installer le système nécessaire pour fournir son service de base à un ménage ou à des locaux donnés. Pour ce qui est des tarifs, l’article 49 du Règlement prévoit expressément que: «Le titulaire ne peut augmenter son tarif mensuel de base autrement qu’en conformité avec la présente partie.»

[17] La disposition contestée dans la présente instance, soit l’article 47, prévoit notamment que la partie V du Règlement ne s’applique pas si les conditions suivantes sont remplies:

- a) le titulaire de licence fournit au CRTC des documents établissant qu’une ou plusieurs entreprises concurrentes offrent le service de base à au moins 30 % de sa zone de desserte autorisée;
- b) le titulaire de licence a perdu au moins 5 % de ses abonnés depuis que le service de base a commencé à être offert par une autre entreprise; et
- c) le CRTC n’a ni suspendu l’application de l’article 47 à l’égard du titulaire de licence ni refusé la proposition

request for exemption from the provisions of Part V during a prescribed 60 day waiting period.

If a cable distributor is able to satisfy the conditions contained in section 47, the effect of an exemption from Part V of the Regulations is that the rate or “basic monthly fee” charged by the distributor will not have to be set or approved by the CRTC. The CRTC determined in Public Notice CRTC 1997-25 that, in the competitive circumstances described in section 47, the application of the rate restrictions imposed in Part V of the *Broadcasting Distribution Regulations* would not be in keeping with the objectives of encouraging increased reliance on market forces in the provision of services and ensuring fair and sustainable competition in the delivery of communication services to the home.

Relevant statutory provisions

[18] The relevant provisions of the *Broadcasting Act* are as follows:

2. (1) In this Act,

...

“distribution undertaking” means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking;

...

3. (1) It is hereby declared as the broadcasting policy for Canada that

...

(t) distribution undertakings

(i) should give priority to the carriage of Canadian programming services and, in particular, to the carriage of local Canadian stations,

(ii) should provide efficient delivery of programming at affordable rates, using the most effective technologies available at reasonable cost,

de celui-ci d’être soustrait à l’application des dispositions de la partie V pendant la période d’attente prescrite de 60 jours.

Lorsqu’un câblodistributeur satisfait à toutes les conditions contenues dans l’article 47, et qu’il est soustrait à l’application de la partie V du Règlement, le «tarif mensuel de base» pratiqué par celui-ci n’a plus à être fixé ou approuvé par le CRTC. Dans l’avis public CRTC 1997-25, le CRTC s’est dit d’avis que, dans les circonstances concurrentielles décrites à l’article 47, l’application des restrictions aux tarifs apportées par la partie V du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion* ne serait pas compatible avec les objectifs visant à miser davantage sur les forces du marché pour la fourniture de services ainsi qu’à assurer une concurrence juste et durable pour la prestation de services de communication au foyer.

Dispositions législatives pertinentes

[18] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la radiodiffusion* sont les suivantes:

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

[...]

«entreprise de programmation» Entreprise de transmission d’émissions soit directement à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, soit par l’intermédiaire d’une entreprise de distribution, en vue de leur réception par le public à l’aide d’un récepteur.

[...]

3. (1) Il est déclaré que, dans le cadre de la politique canadienne de radiodiffusion:

[...]

t) les entreprises de distribution:

(i) devraient donner priorité à la fourniture des services de programmation canadienne, et ce en particulier par les stations locales canadiennes,

(ii) devraient assurer efficacement, à l’aide des techniques les plus efficaces, la fourniture de la programmation à des tarifs abordables,

(iii) should, where programming services are supplied to them by broadcasting undertakings pursuant to contractual arrangements, provide reasonable terms for the carriage, packaging and retailing of those programming services, and

(iv) may, where the Commission considers it appropriate, originate programming, including local programming, on such terms as are conducive to the achievement of the objectives of the broadcasting policy set out in this subsection, and in particular provide access for underserved linguistic and cultural minority communities.

(2) It is further declared that the Canadian broadcasting system constitutes a single system and that the objectives of the broadcasting policy set out in subsection (1) can best be achieved by providing for the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by a single independent public authority.

...

PART II

OBJECTS AND POWERS OF THE COMMISSION IN RELATION TO BROADCASTING

Objects

5. (1) Subject to this Act and the Radiocommunication Act and to any directions to the Commission issued by the Governor in Council under this Act, the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1) and, in so doing, shall have regard to the regulatory policy set out in subsection (2).

(2) The Canadian broadcasting system should be regulated and supervised in a flexible manner that

- (a) is readily adaptable to the different characteristics of English and French language broadcasting and to the different conditions under which broadcasting undertakings that provide English or French language programming operate;
- (b) takes into account regional needs and concerns;
- (c) is readily adaptable to scientific and technological change;
- (d) facilitates the provision of broadcasting to Canadians;
- (e) facilitates the provision of Canadian programs to Canadians;

(iii) devraient offrir des conditions acceptables relativement à la fourniture, la combinaison et la vente des services de programmation qui leur sont fournis, aux termes d'un contrat, par les entreprises de radiodiffusion,

(iv) peuvent, si le Conseil le juge opportun, créer une programmation—locale ou autre—de nature à favoriser la réalisation des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion, et en particulier à permettre aux minorités linguistiques et culturelles mal desservies d'avoir accès aux services de radiodiffusion.

(2) Il est déclaré en outre que le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique et que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion consiste à confier la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion à un seul organisme public autonome.

[...]

PARTIE II

MISSION ET POUVOIRS DU CONSEIL EN MATIÈRE DE RADIODIFFUSION

Mission

5. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, ainsi que de la Loi sur la radiocommunication et des instructions qui lui sont données par le gouverneur en conseil sous le régime de la présente loi, le Conseil réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion.

(2) La réglementation et la surveillance du système devraient être souples et à la fois:

- a) tenir compte des caractéristiques de la radiodiffusion dans les langues française et anglaise et des conditions différentes d'exploitation auxquelles sont soumises les entreprises de radiodiffusion qui diffusent la programmation dans l'une ou l'autre langue;
- b) tenir compte des préoccupations et des besoins régionaux;
- c) pouvoir aisément s'adapter aux progrès scientifiques et techniques;
- d) favoriser la radiodiffusion à l'intention des Canadiens;
- e) favoriser la présentation d'émissions canadiennes aux Canadiens;

(f) does not inhibit the development of information technologies and their application or the delivery of resultant services to Canadians; and

(g) is sensitive to the administrative burden that, as a consequence of such regulation and supervision, may be imposed on persons carrying on broadcasting undertakings.

(3) The Commission shall give primary consideration to the objectives of the broadcasting policy set out in subsection 3(1) if, in any particular matter before the Commission, a conflict arises between those objectives and the objectives of the regulatory policy set out in subsection (2).

...

9. (1) Subject to this Part, the Commission may, in furtherance of its objects,

(a) establish classes of licences;

(b) issue licences for such terms not exceeding seven years and subject to such conditions related to the circumstances of the licensee

(i) as the Commission deems appropriate for the implementation of the broadcasting policy set out in subsection 3(1), and

(ii) in the case of licences issued to the Corporation, as the Commission deems consistent with the provision, through the Corporation, of the programming contemplated by paragraphs 3(1)(l) and (m);

(c) amend any condition of a licence on application of the licensee or, where five years have expired since the issuance or renewal of the licence, on the Commission's own motion;

(d) issue renewals of licences for such terms not exceeding seven years and subject to such conditions as comply with paragraph (b);

(e) suspend or revoke any licence;

(f) require any licensee to obtain the approval of the Commission before entering into any contract with a telecommunications common carrier for the distribution of programming directly to the public using the facilities of that common carrier;

(g) require any licensee who is authorized to carry on a distribution undertaking to give priority to the carriage of broadcasting; and

(h) require any licensee who is authorized to carry on a distribution undertaking to carry, on such terms and conditions as the Commission deems appropriate, programming services specified by the Commission.

f) permettre la mise au point de techniques d'information et leur application ainsi que la fourniture aux Canadiens des services qui en découlent;

g) tenir compte du fardeau administratif qu'elles sont susceptibles d'imposer aux exploitants d'entreprises de radiodiffusion.

(3) Le Conseil privilégie, dans les affaires dont il connaît, les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion en cas de conflit avec ceux prévus au paragraphe (2).

[...]

9. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil peut, dans l'exécution de sa mission:

a) établir des catégories de licences;

b) attribuer des licences pour les périodes maximales de sept ans et aux conditions liées à la situation du titulaire qu'il estime indiquées pour la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion, et, dans le cas de licences attribuées à la Société, lui permettant, à son avis, d'offrir la programmation visée aux alinéas 3(1)l) et m);

c) modifier les conditions d'une licence soit sur demande du titulaire, soit, plus de cinq ans après son attribution ou son renouvellement, de sa propre initiative;

d) renouveler les licences pour les périodes maximales de sept ans et aux conditions visées à l'alinéa b);

e) suspendre ou révoquer toute licence;

f) obliger les titulaires de licences à obtenir l'approbation préalable par le Conseil des contrats passés avec les exploitants de télécommunications pour la distribution—directement au public—de programmation au moyen de l'équipement de ceux-ci;

g) obliger les titulaires de licences d'exploitation d'entreprises de distribution à privilégier la fourniture de radiodiffusion;

h) obliger ces titulaires à offrir certains services de programmation selon les modalités qu'il précise.

...

[...]

10. (1) The Commission may, in furtherance of its objects, make regulations

- (a) respecting the proportion of time that shall be devoted to the broadcasting of Canadian programs;
- (b) prescribing what constitutes a Canadian program for the purposes of this Act;
- (c) respecting standards of programs and the allocation of broadcasting time for the purpose of giving effect to the broadcasting policy set out in subsection 3(1);
- (d) respecting the character of advertising and the amount of broadcasting time that may be devoted to advertising;
- (e) respecting the proportion of time that may be devoted to the broadcasting of programs, including advertisements or announcements, of a partisan political character and the assignment of that time on an equitable basis to political parties and candidates;
- (f) prescribing the conditions for the operation of programming undertakings as part of a network and for the broadcasting of network programs, and respecting the broadcasting times to be reserved for network programs by any such undertakings;
- (g) respecting the carriage of any foreign or other programming services by distribution undertakings;
- (h) for resolving, by way of mediation or otherwise, any disputes arising between programming undertakings and distribution undertakings concerning the carriage of programming originated by the programming undertakings;
- (i) requiring licensees to submit to the Commission such information regarding their programs and financial affairs or otherwise relating to the conduct and management of their affairs as the regulations may specify;
- (j) respecting the audit or examination of the records and books of account of licensees by the Commission or persons acting on behalf of the Commission; and
- (k) respecting such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects.

(2) A regulation made under this section may be made applicable to all persons holding licences or to all persons holding licences of one or more classes.

...

11. (1) The Commission may make regulations**10. (1) Dans l'exécution de sa mission, le Conseil peut, par règlement:**

- a) fixer la proportion du temps d'antenne à consacrer aux émissions canadiennes;
- b) définir «émission canadienne» pour l'application de la présente loi;
- c) fixer les normes des émissions et l'attribution du temps d'antenne pour mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion;
- d) régir la nature de la publicité et le temps qui peut y être consacré;
- e) fixer la proportion du temps d'antenne pouvant être consacrée à la radiodiffusion d'émissions—y compris les messages publicitaires et annonces—de nature partisane, ainsi que la répartition équitable de ce temps entre les partis politiques et les candidats;
- f) fixer les conditions d'exploitation des entreprises de programmation faisant partie d'un réseau ainsi que les conditions de radiodiffusion des émissions de réseau et déterminer le temps d'antenne à réserver à celles-ci par ces entreprises;
- g) régir la fourniture de services de programmation—même étrangers—par les entreprises de distribution;
- h) pourvoir au règlement—notamment par la médiation—de différends concernant la fourniture de programmation et survenant entre les entreprises de programmation qui la transmettent et les entreprises de distribution;
- i) préciser les renseignements que les titulaires de licences doivent lui fournir en ce qui concerne leurs émissions et leur situation financière ou, sous tout autre rapport, la conduite et la direction de leurs affaires;
- j) régir la vérification et l'examen des livres de comptes et registres des titulaires de licences par le Conseil ou ses représentants;
- k) prendre toute autre mesure qu'il estime nécessaire à l'exécution de sa mission.

(2) Les règlements s'appliquent soit à tous les titulaires de licences, soit à certaines catégories d'entre eux.

[...]

11. (1) Le Conseil peut, par règlement:

(a) with the approval of the Treasury Board, establishing schedules of fees to be paid by licensees of any class;

(b) providing for the establishment of classes of licensees for the purposes of paragraph (a);

(c) providing for the payment of any fees payable by a licensee, including the time and manner of payment;

(d) respecting the interest payable by a licensee in respect of any overdue fee; and

(e) respecting such other matters as it deems necessary for the purposes of this section.

(2) Regulations made under paragraph (1)(a) may provide for fees to be calculated by reference to any criteria that the Commission deems appropriate, including by reference to

(a) the revenues of the licensees;

(b) the performance of the licensees in relation to objectives established by the Commission, including objectives for the broadcasting of Canadian programs; and

(c) the market served by the licensees.

...

18. (1) Except where otherwise provided, the Commission shall hold a public hearing in connection with

(a) the issue of a licence, other than a licence to carry on a temporary network operation;

(b) the suspension or revocation of a licence;

(c) the establishing of any performance objectives for the purposes of paragraph 11(2)(b); and

(d) the making of an order under subsection 12(2).

(2) The Commission shall hold a public hearing in connection with the amendment or renewal of a licence unless it is satisfied that such a hearing is not required in the public interest.

(3) The Commission may hold a public hearing, make a report, issue any decision and give any approval in connection with any complaint or representation made to the Commission or in connection with any other matter within its jurisdiction under this Act if it is satisfied that it would be in the public interest to do so.

(4) A public hearing under this section may be held at such place in Canada as the Chairperson of the Commission may designate.

a) avec l'approbation du Conseil du Trésor, fixer les tarifs des droits à acquitter par les titulaires de licences de toute catégorie;

b) à cette fin, établir des catégories de titulaires de licences;

c) prévoir le paiement des droits à acquitter par les titulaires de licences, y compris les modalités de celui-ci;

d) régir le paiement d'intérêt en cas de paiement tardif des droits;

e) prendre toute autre mesure d'application du présent article qu'il estime nécessaire.

(2) Les règlements d'application de l'alinéa (1)a) peuvent prévoir le calcul des droits en fonction de certains critères que le Conseil juge indiqués notamment:

a) les revenus des titulaires de licences;

b) la réalisation par ceux-ci des objectifs fixés par le Conseil, y compris ceux qui concernent la radiodiffusion d'émissions canadiennes;

c) la clientèle desservie par ces titulaires.

[. . .]

18. (1) Sont subordonnées à la tenue d'audiences publiques par le Conseil, sous réserve de disposition contraire, l'attribution, la révocation ou la suspension de licences—à l'exception de l'attribution d'une licence d'exploitation temporaire d'un réseau—, ainsi que l'établissement des objectifs mentionnés à l'alinéa 11(2)b) et la prise d'une ordonnance au titre du paragraphe 12(2).

(2) La modification et le renouvellement de licences font aussi l'objet de telles audiences sauf si le Conseil estime que l'intérêt public ne l'exige pas.

(3) Les plaintes et les observations présentées au Conseil, de même que toute autre question relevant de sa compétence au titre de la présente loi, font l'objet de telles audiences, d'un rapport et d'une décision—notamment une approbation—si le Conseil l'estime dans l'intérêt public.

(4) Les audiences publiques se tiennent, au Canada, au lieu désigné par le président du Conseil.

...

[...]

31. (1) Except as provided in this Part, every decision and order of the Commission is final and conclusive.

(2) An appeal lies from a decision or order of the Commission to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction if leave therefor is obtained from that Court on application made within one month after the making of the decision or order sought to be appealed from or within such further time as that Court under special circumstances allows. [Emphasis added.]

The relevant provisions of Part V of the *Broadcasting Distribution Regulations* are as follows:

46. Except as otherwise provided in this Part or under a condition of its licence, this Part applies to

(a) a Class 1 licensee that on May 17, 1996 held a licence to carry on a cable distribution undertaking and to which subsection 18(4) of the *Cable Television Regulations*, 1986 applied immediately before the coming into force of these Regulations; and

(b) the successor of a licensee referred to in paragraph (a).

47. (1) Subject to subsection (3), this Part does not apply to a licensee referred to in paragraph 46(a) or (b) if

(a) the licensee sends to each of its subscribers a written notice that contains the information set out in Schedule 1;

(b) the licensee sends to the Commission

(i) a copy of the notice referred to in paragraph (a),

(ii) a declaration verifying the date on which the notice was sent to subscribers under paragraph (a), and

(iii) on or before the date on which notice was sent to subscribers under paragraph (a), documentation consisting of

(A) evidence demonstrating that the basic service of one or more other licensed distribution undertakings is available to 30% or more of the total of single-unit dwellings, units in multiple-unit dwellings, hotels, hospitals, nursing homes and other commercial or institutional premises in its licensed area, and

(B) an opinion provided by the licensee's auditor, in accordance with section 5815 of the *Canadian Institute of*

31. (1) Sauf exceptions prévues par la présente partie, les décisions et ordonnances du Conseil sont définitives et sans appel.

(2) Les décisions et ordonnances du Conseil sont susceptibles d'appel, sur une question de droit ou de compétence, devant la Cour d'appel fédérale. L'exercice de cet appel est toutefois subordonné à l'autorisation de la cour, la demande en ce sens devant être présentée dans le mois qui suit la prise de la décision ou ordonnance attaquée ou dans le délai supplémentaire accordé par la cour dans des circonstances particulières. [C'est moi qui souligne.]

Les dispositions pertinentes de la partie V du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion* sont les suivantes:

46. Sauf disposition de la présente partie ou d'une condition de sa licence à l'effet contraire, la présente partie s'applique:

a) au titulaire de classe 1 qui, le 17 mai 1996, détenait une licence autorisant l'exploitation d'une entreprise de distribution par câble et qui était assujéti au paragraphe 18(4) du *Règlement de 1986 sur la télédistribution* immédiatement avant l'entrée en vigueur du présent règlement;

b) au successeur du titulaire visé à l'alinéa a).

47. (1) Sous réserve du paragraphe (3), la présente partie ne s'applique pas au titulaire visé aux alinéas 46a) ou b):

a) s'il envoie à chacun de ses abonnés un avis écrit fournissant les renseignements visés à l'annexe 1;

b) s'il envoie au Conseil les documents suivants:

(i) une copie de l'avis mentionné à l'alinéa a),

(ii) une déclaration attestant la date à laquelle l'avis a été envoyé à chacun de ses abonnés conformément à l'alinéa a),

(iii) au plus tard à la date de l'envoi de l'avis mentionné à l'alinéa a):

(A) une preuve établissant que le service de base d'une ou de plusieurs autres entreprises de distribution autorisées est offert à au moins 30 % du total des logements unifamiliaux, logements des immeubles à logements multiples, hôtels, hôpitaux, maisons de repos et autres locaux commerciaux ou établissements situés dans sa zone de desserte autorisée,

(B) une opinion fournie par son vérificateur, conformément à l'article 5815 du *Manuel de l'Institut canadien des comptables*

Chartered Accountants Handbook, confirming that, on a specified date, the licensee was no longer providing its basic service to 5% or more of the total of single-unit dwellings, units in multiple-unit dwellings, hotels, hospitals, nursing homes and other commercial or institutional premises that it served on a date specified in the opinion, on condition that the date of determination of that total and the date of determination of the percentage lost are on or after the date when the basic service of another licensed distribution undertaking first became available in its licensed area; and

(c) 60 days have elapsed since the date on which the notice was sent to subscribers under paragraph (a).

(2) Subject to subsection (3), section 48 does not apply if

(a) the licensee sends to the Commission the documentation referred to in clauses (1)(b)(iii)(A) and (B); and

(b) 60 days have elapsed since the date on which the documentation referred to in paragraph (a) was received by the Commission.

(3) The Commission may, before the date on which a licensee would no longer be subject to the obligations of this Part under subsection (1) or (2),

(a) suspend the application of subsection (1) or (2) in respect of the licensee, pending further consideration of the licensee's proposal and

- (i) the receipt of additional information,
- (ii) the completion of a public hearing into the matter, or
- (iii) both the receipt of additional information and the completion of a public hearing into the matter; and

(b) disallow the licensee's proposal to be removed from the obligations of this Part either without suspension under paragraph (a) or after such a suspension.

48. Except as otherwise provided under a condition of its licence, each Class 1 and Class 2 licensee shall

(a) install the distribution system necessary for the provision of its basic service at a household or premises within a reasonable time after a request for the service is received from a member of the household or an owner or operator of the premises, if the household or premises are

- (i) situated in a residential area within the licensed area, and
- (ii) provided with water or sewer services by a municipal or other public authority;

agréés, confirmant qu'à une date précise, le titulaire ne fournit plus son service de base à au moins 5 % du total des logements unifamiliaux, logements des immeubles à logements multiples, hôtels, hôpitaux, maisons de repos et autres locaux commerciaux ou établissements qu'il desservait à une date précise, à condition que la date à laquelle ce total a été déterminé et la date du calcul du pourcentage de perte ne soient pas antérieures à celle à laquelle le service de base d'une autre entreprise de distribution autorisée a commencé à être offert dans sa zone de desserte autorisée;

c) s'il s'est écoulé 60 jours depuis la date de l'envoi de l'avis mentionné à l'alinéa a).

(2) Sous réserve du paragraphe (3), l'article 48 ne s'applique pas:

a) si le titulaire envoie au Conseil les documents mentionnés aux divisions (1)b)(iii)(A) et (B);

b) s'il s'est écoulé 60 jours depuis la date à laquelle le Conseil a reçu les documents mentionnés à l'alinéa a).

(3) Le Conseil peut, avant la date à laquelle le titulaire ne serait plus assujéti aux obligations de la présente partie conformément aux paragraphes (1) ou (2):

a) suspendre l'application des paragraphes (1) ou (2) à l'égard du titulaire, dans l'attente d'une étude plus poussée de la proposition du titulaire et:

- (i) soit de la réception de renseignements complémentaires,
- (ii) soit de la fin de l'audience publique sur la question,
- (iii) soit de la réception de renseignements complémentaires et la fin de l'audience publique sur la question;

b) refuser la proposition du titulaire d'être soustrait à l'application des obligations de la présente partie, sans procéder à la suspension prévue à l'alinéa a) ou après cette suspension.

48. Sauf condition contraire de sa licence, le titulaire de classe 1 ou le titulaire de classe 2 doit:

a) installer, dans un délai raisonnable après en avoir reçu la demande d'un membre d'un ménage ou d'un propriétaire ou exploitant de locaux, le système de distribution nécessaire pour y fournir le service de base, si ce ménage ou ces locaux:

- (i) se trouvent dans un secteur résidentiel à l'intérieur de la zone de desserte autorisée,
- (ii) sont dotés de services d'aqueduc ou d'égouts fournis par la municipalité ou une autre autorité publique;

(b) at the request of a member of a household or an owner or operator of premises referred to in paragraph (a), install the subscriber drop and provide the basic service to that household or those premises, unless the member, owner or operator has not complied with the licensee's request for payment of

(i) an amount not greater than the amount of the non-recurring costs to be reasonably incurred by the licensee for the installation or reconnection of the subscriber drop, determined in accordance with *Circular No. 354 to All Class 1 & 2 Cable Licensees*, published by the Commission on November 29, 1988,

(ii) the licensee's fee for the provision of the basic service for one month to that household or those premises, or

(iii) an overdue debt for the provision of basic service that the member, owner or operator owes to the licensee; and

(c) provide the basic service to a subscriber as long as the subscriber pays in advance the fee for each month of the basic service.

b) à la demande d'un membre d'un ménage ou d'un propriétaire ou exploitant de locaux visés à l'alinéa a), installer la prise de service d'abonné et fournir le service de base au ménage ou aux locaux, sauf si le membre du ménage, le propriétaire ou l'exploitant de locaux n'a pas accédé à la demande du titulaire de lui verser:

(i) soit un montant n'excédant pas les dépenses non périodiques qui seront raisonnablement engagées par le titulaire pour installer ou rebrancher la prise de service d'abonné, établi conformément à la *Circulaire no 354 à tous les télé distributeurs des classes 1 & 2*, publiée par le Conseil le 29 novembre 1988,

(ii) soit les frais d'un mois de prestation du service de base,

(iii) soit le montant de la dette en souffrance pour la prestation du service de base, qu'il a contractée envers le titulaire;

c) continuer à fournir le service de base à un abonné dans la mesure où celui-ci paie d'avance les frais de service de chaque mois.

Issues

1. What is the appropriate standard of review to apply to the CRTC's decision that it had the authority to enact section 47 of the Regulations?

2. Is section 47 of the Regulations under the *Broadcasting Act ultra vires* the CRTC?

Standard of review

[19] The TWU submits that the standard of review that is applicable to the CRTC's decision that it had the authority to enact section 47 of the Regulations is correctness. According to the TWU, curial deference need not be given to the decision of an administrative tribunal in the exercise of a legislative function. In particular, the TWU submits that determining the *vires* of section 47 involves statutory interpretation—a function that lies at the heart of the expertise of the courts rather than the CRTC.

[20] According to TWU, because the question in this case is jurisdictional, the standard of review should automatically be correctness. However, *Dr. Q v. College*

Questions en litige

1. Quelle norme de contrôle convient-il d'appliquer à la décision du CRTC portant que ce dernier avait le pouvoir d'édicter l'article 47 du Règlement?

2. L'article 47 du Règlement édicté en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* excède-t-il la compétence du CRTC?

Norme de contrôle

[19] Le STT fait valoir que la norme de contrôle applicable à la décision du CRTC portant que ce dernier avait le pouvoir d'édicter l'article 47 du Règlement est la norme de la décision correcte. Selon le STT, il faut faire preuve de retenue judiciaire à l'égard d'une décision prise par un tribunal administratif dans l'exercice d'une fonction législative. Plus particulièrement, le STT soutient que la question de la validité de l'article 47 nécessite une interprétation législative—fonction qui se trouve davantage au cœur de l'expertise des tribunaux que de celle du CRTC.

[20] Le STT est d'avis que puisque la question en l'espèce en est une de compétence, la norme de contrôle devrait automatiquement être celle de la décision

of *Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, clearly indicates that this kind of reasoning is no longer appropriate, and that the nature of the question is only one factor to consider. McLachlin C.J. explained in *Dr. Q* at paragraphs 24-25 that it is no longer sufficient to slot a particular issue, such as jurisdiction, into a pigeon hole of judicial review:

The nominate grounds, language of jurisdiction, and ossified interpretations of statutory formulae, while still useful as familiar landmarks, no longer dictate the journey.

For this reason, it is no longer sufficient to slot a particular issue into a pigeon hole of judicial review and, on this basis, demand correctness from the decision-maker. Nor is a reviewing court's interpretation of a privative clause or mechanism of review solely dispositive of a particular standard of review: *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 27. The pragmatic and functional approach demands a more nuanced analysis based on consideration of a number of factors. This approach applies whenever a court reviews the decision of an administrative body. As Professor D. J. Mullan states in *Administrative Law* (2001), at p. 108, with the pragmatic and functional approach, "the Court has provided an overarching or unifying theory for review of the substantive decisions of all manner of statutory and prerogative decision makers". Review of the conclusions of an administrative decision-maker must begin by applying the pragmatic and functional approach. [Emphasis added.]

[21] The CRTC, on the other hand, submits that because of its expertise and the polycentric nature of its role in interpreting the broad policy objectives of the Act, the standard of review should be reasonableness *simpliciter*. It was argued that the interpretation of the policy objectives of the Act is a classic example of a polycentric exercise which requires that the Tribunal balance competing interests among a variety of stakeholders. The policy-oriented purpose of the statute and the broad mandate accorded to the CRTC suggest that the manner in which the objects are to be fulfilled leaves considerable scope for the discretion of an expert tribunal, even on a question of law. The respondent

correcte. Cependant, l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, indique clairement que ce genre de raisonnement n'est plus approprié, et que la nature de la question n'est qu'un des facteurs à considérer. Dans *Dr Q*, précité, aux paragraphes 24 à 25, la juge en chef McLachlin a expliqué qu'il ne suffit plus de classer une question donnée, comme celle de la compétence, dans une catégorie précise de contrôle judiciaire:

Si les motifs nommés, le libellé de la disposition habilitante et les interprétations sclérosées des formulations législatives demeurent utiles comme repères familiers, ils ne dictent plus le cheminement.

C'est pour cette raison que, dorénavant, il ne suffit plus de classer une question donnée dans une catégorie précise de contrôle judiciaire et d'exiger sur ce fondement que le décideur ait rendu une décision correcte. De même, l'interprétation donnée par une cour de révision à une clause privative ou à un mécanisme de contrôle ne suffit plus à elle seule pour déterminer la norme de contrôle applicable: *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 27. La méthode pragmatique et fonctionnelle appelle une analyse plus nuancée fondée sur l'examen de plusieurs facteurs. Cette méthode s'applique chaque fois qu'une cour entreprend le contrôle d'une décision d'un organisme administratif. Comme le professeur D. J. Mullan le signale dans *Administrative Law* (2001), p. 108, avec la méthode pragmatique et fonctionnelle, [TRADUCTION] «la Cour a établi une théorie générale ou unificatrice du contrôle des décisions de fond prises par tout décideur qui exerce une prérogative ou un pouvoir conféré par la loi». Le contrôle des conclusions d'une instance administrative doit commencer par l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle. [C'est moi qui souligne.]

[21] Le CRTC, quant à lui, soutient qu'en raison de son expertise et de la nature polycentrique de son rôle dans l'interprétation des larges objectifs de politique de la Loi, la norme de contrôle applicable devrait être celle de la décision raisonnable *simpliciter*. On a fait valoir que l'interprétation des objectifs de politique de la Loi était un exemple classique d'exercice polycentrique exigeant du tribunal qu'il pondère les intérêts opposés de divers intervenants. L'objectif axé sur les politiques de la loi et la vaste mission confiée au CRTC donnent à penser que la façon dont les objectifs doivent être atteints laisse au tribunal spécialisé une grande latitude pour exercer son pouvoir discrétionnaire, même à l'égard

Shaw concurs with this submission.

Analysis

[22] In *Dr. Q, supra*, at paragraph 21, McLachlin C.J., for the Court, explained that the pragmatic and functional approach must be undertaken in every case dealing with an administrative decision-maker, regardless of whether the case is an appeal directly from the administrative body or an application for judicial review.

[23] In *Dr. Q, supra*, McLachlin C.J. went on to list the four contextual factors that make up the pragmatic and functional approach [at paragraph 26]:

. . . the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; the purposes of the legislation and the provision in particular; and, the nature of the question—law, fact, or mixed law and fact. The factors may overlap. The overall aim is to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law.

The presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal

[24] The fact that subsection 31(2) of the *Broadcasting Act* expressly provides for a right of appeal to the Federal Court of Appeal, with the leave of the Court, on questions of law or jurisdiction suggests that a more searching standard of review should be applied to the CRTC's decision in this case. The issue of whether or not the CRTC had the authority to enact section 47 of the Regulations is a question of jurisdiction that falls precisely within the scope of this appeal right. According to Gonthier J. in *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476 (*Barrie*), at paragraph 11: “[w]hile the presence of a statutory right of appeal is not decisive of a correctness standard, . . . it is a factor suggesting a more searching standard of review.”

d'une question de droit. L'intimée Shaw souscrit à cet argument.

Analyse

[22] Dans l'arrêt *Dr Q*, précité, au paragraphe 21, la juge en chef McLachlin a expliqué, au nom de la Cour, que la méthode pragmatique et fonctionnelle devait être appliquée dans chaque instance administrative décisionnelle, qu'il s'agisse d'un appel directement interjeté contre la décision de l'organisme administratif ou d'une demande de contrôle judiciaire.

[23] Dans *Dr Q* précité, la juge en chef McLachlin a poursuivi en énumérant les quatre facteurs contextuels qui composent la méthode pragmatique et fonctionnelle [au paragraphe 26]:

[. . .] la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l'objet de la loi et de la disposition particulière; la nature de la question—de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Les facteurs peuvent se chevaucher. L'objectif global est de cerner l'intention du législateur, sans perdre de vue le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires dans le maintien de la légalité.

La présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi

[24] Le fait que le paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit expressément un droit d'appel à la Cour d'appel fédérale, dont l'exercice est subordonné à l'autorisation de celle-ci, sur des questions de droit ou de compétence semble indiquer qu'une norme de contrôle plus stricte devrait être appliquée à la décision du CRTC dans la présente affaire. La question de savoir si le CRTC avait le pouvoir d'édicter l'article 47 du Règlement est une question de compétence qui s'inscrit précisément dans le cadre de ce droit d'appel. Dans l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476 (*Barrie*), au paragraphe 11, le juge Gonthier s'est dit d'avis que: «[b]ien que la présence d'un droit d'appel dans la loi ne permette pas de conclure que la norme à appliquer est celle de la décision correcte [. . .], c'est un facteur qui indique qu'une norme plus stricte s'impose».

The expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question

[25] While the general expertise of the CRTC to answer policy questions is accepted, the issue in the present case—whether section 47 of the Regulations is *ultra vires* the CRTC—is not a question of policy but rather a question of law or jurisdiction. The CRTC is not more expert than this Court in answering jurisdictional questions which involve interpreting the *Broadcasting Act*; as a result, this factor also suggests a less deferential standard of review. In *Barrie, supra*, Gonthier J. stated, at paragraphs 12-13 and 16:

The proper concern of the reviewing court is not the expertise of the decision maker in general, but its expertise relative to that of the court itself *vis-à-vis* the particular issue. . . .

These points are illustrated by L'Heureux-Dubé J.'s discussion of the standard of review in *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739. There, L'Heureux-Dubé J. aptly described the CRTC as “a specialized administrative tribunal. . . . which possesses considerable expertise over the subject matter of its jurisdiction” yet found that it was reviewable on a correctness standard “as regards jurisdictional questions and questions of law outside the CRTC’s area of expertise” (paras. 30-31).

. . .

Deference to the decision maker is called for only when it is in some way more expert than the court and the question under consideration is one that falls within the scope of its greater expertise (*Dr. Q*, at para. 28). In my view, this is not such a case. The proper interpretation of the phrase “the supporting structure of a transmission line” in s. 43(5) is not a question that engages the CRTC’s special expertise in the regulation and supervision of Canadian broadcasting and telecommunications. This is not a question of telecommunications policy, or one which requires an understanding of technical language. Rather, it is a purely legal question and is therefore, in the words of La Forest J., “ultimately within the province of the judiciary” (*Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 28). This Court’s expertise in matters of pure statutory interpretation is superior to that of the CRTC. This factor suggests a less deferential approach.

L’expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige

[25] Bien que l’expertise générale du CRTC sur des questions de politique soit reconnue, la question en litige en l’espèce—qui consiste à déterminer si l’article 47 du Règlement excède la compétence du CRTC—n’est pas une question de politique, mais bien une question de droit ou de compétence. Le CRTC n’a pas une plus grande expertise que la Cour sur des questions de compétence nécessitant une interprétation de la *Loi sur la radiodiffusion*; par conséquent, ce facteur milite également en faveur d’une norme de contrôle exigeant un degré moins élevé de retenue judiciaire. Dans *Barrie*, précité, le juge Gonthier J. a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 12, 13 et 16:

La cour de révision doit examiner non pas l’expertise du décideur de façon générale, mais bien son expertise par rapport à celle de la cour elle-même en ce qui concerne la question en cause [. . .]

La juge L'Heureux-Dubé a illustré ces points lors de l'examen de la norme de contrôle dans *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739. Dans cet arrêt, la juge L'Heureux-Dubé a décrit avec justesse le CRTC comme étant un «tribunal administratif spécialisé (. . .) (qui) possède une vaste expertise dans son domaine de compétence», mais elle a conclu que les décisions du CRTC étaient susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte «en ce qui concerne les questions de compétence et les questions de droit étrangères à l’expertise du CRTC» (par. 30-31).

[. . .]

La cour de révision doit faire preuve de retenue uniquement lorsque l’organisme décisionnel possède de quelque façon, une plus grande expertise qu’elle et que la question visée relève de cette plus grande expertise (*Dr. Q*, par. 28). À mon avis, ce n’est pas le cas en l’espèce. L’interprétation qu’il convient de donner au membre de phrase «la structure de soutien d’une ligne de transmission» au par. 43(5) n’est pas une question faisant appel à l’expertise particulière du CRTC en matière de réglementation et de supervision de la radiodiffusion et des télécommunications au Canada. Il ne s’agit pas non plus d’une question de politique de télécommunication ou d’une question qui exige la compréhension de termes techniques. Il s’agit plutôt d’une question purement de droit, qui relève donc, pour reprendre les propos du juge La Forest, «en dernière analyse de la compétence des cours de justice» (*Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 28). L’expertise de la Cour sur les questions d’interprétation législative pure est supérieure à celle du

Purpose of the legislation and the provision in particular

[26] Unlike the first two factors, the third factor of the pragmatic and functional approach, the purposes of the legislation as a whole and the provision in particular, suggests a more deferential or less searching standard of review. The *Broadcasting Act* gives the CRTC a broad mandate in which the CRTC must consider some 40 different and potentially conflicting policy objectives set out in section 3 before rendering decisions or enacting regulations. Furthermore, paragraph 10(1)(k) of the *Broadcasting Act* provides the CRTC with broad authority to enact regulations: “[T]he Commission may, in furtherance of its objects, make regulations . . . respecting such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects.”

[27] According to Létourneau J.A. in *Canadian Broadcasting Corp. v. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266 (F.C.A.) (*Métromédia*) at paragraph 2: “[t]he CRTC is a specialized, independent agency to which, precisely because of its expertise, Parliament has granted extensive powers for the supervision and regulation of the Canadian broadcasting system to allow it to implement the broadcasting policy set out in section 3 of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c.11.”

[28] By enacting section 47 of the Regulations, the CRTC was attempting to fulfill its broad mandate of implementing the various different policy objectives, both cultural and economic, contained in the Act; this factor indicates that deference should be given to the CRTC’s decision.

Nature of the question

[29] Finally, because the nature of the question in this case is jurisdictional and involves statutory interpretation, a more searching standard of review should be applied to the CRTC’s decision.

CRTC. Ce facteur implique une norme de retenue moins élevée.

L’objet de la loi et de la disposition particulière

[26] Contrairement aux deux premiers facteurs, le troisième facteur de la méthode pragmatique et fonctionnelle, qui se rapporte à l’objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en particulier, indique une norme de contrôle moins stricte ou un degré de retenue judiciaire plus élevé. La *Loi sur la radiodiffusion* confie au CRTC une vaste mission dans le cadre de laquelle celui-ci doit tenir compte des quelque 40 objectifs de politique différents et potentiellement conflictuels énoncés à l’article 3 avant de rendre une décision ou d’édicter un règlement. En outre, l’alinéa 10(1)(k) de la *Loi sur la radiodiffusion* confère au CRTC un large pouvoir d’édicter des règlements: «[d]ans l’exécution de sa mission, le Conseil peut, par règlement [. . .] prendre toute autre mesure qu’il estime nécessaire à l’exécution de sa mission».

[27] Dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266 (C.A.F.) (*Métromédia*), le juge Létourneau, J.C.A., a affirmé, au paragraphe 2, que: «[l]e CRTC est un organisme spécialisé autonome à qui le Parlement a confié, précisément à cause de son expertise, de vastes pouvoirs pour assurer la réglementation et la surveillance du système de radiodiffusion canadienne de façon à lui permettre de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion énoncée dans l’article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11».

[28] En édictant l’article 47 du Règlement, le CRTC a voulu remplir sa vaste mission qui consiste à mettre en œuvre les différents objectifs de politique, tant culturels qu’économiques, énoncés dans la Loi; ce facteur indique qu’il faut faire preuve de retenue judiciaire à l’égard de la décision du CRTC.

La nature de la question

[29] Enfin, parce que la question en l’espèce en est une de compétence et qu’elle nécessite une interprétation législative, une norme de contrôle plus stricte devrait être appliquée à la décision du CRTC.

[30] As explained by Rothstein J.A. in *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Canadian Transportation Agency)* (2003), 307 N.R. 378 (F.C.A.), at paragraph 18, less deference is owed where the question is one of statutory interpretation:

. . . the question here is one of statutory interpretation. More specifically, the question is whether the Agency's mandate empowers it to determine if a railway company's demurrage revenues are reasonable and order that an amount found to be unreasonable be included in the company's revenues subject to its revenue cap. This is not a technical question. On this question, there is no expertise in the Agency relative to that of the Court that would support a more deferential standard of review. On the contrary, questions of statutory interpretation are generally within the province of the judiciary. This factor suggests a less deferential approach.

[31] Likewise, as explained by the Supreme Court of Canada in *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, a case involving a CITT decision with a similar statutory structure and policy-based mandate, Major J. stated at paragraph 33 that “[t]hese are pure questions of law that require the application of principles of statutory interpretation and other concepts which are intrinsic to commercial law. Such matters are traditionally the province of the Courts and there is nothing to suggest that the CITT has any particular expertise in respect of these matters”.

Conclusion

[32] Therefore, in summary, the first, second, and fourth factors of the pragmatic and functional approach point to a correctness standard of review, and the third factor, the purpose of the legislation and the provision in particular, suggests a more deferential standard of review. Overall, combining the four factors, I must conclude that the standard of review in this particular case is correctness. Not only is there a statutory right of appeal to this Court with respect to questions of law and jurisdiction, but also the CRTC does not have more expertise than this Court in conducting statutory interpretation and answering jurisdictional questions.

[30] Comme l’a expliqué le juge Rothstein, J.C.A. dans l’arrêt *Canadien Pacifique Lée c. Canada (Office des transports)* (2003), 307 N.R. 378 (C.A.F.), au paragraphe 18, on doit faire preuve de moins de retenue lorsqu’il s’agit d’une question d’interprétation législative:

[. . .] la question en l’espèce porte sur l’interprétation de la loi. Plus particulièrement, il s’agit de déterminer si le mandat de l’Office l’habilite à juger du caractère raisonnable des revenus de stationnement d’une compagnie de chemin de fer et à ordonner qu’un montant qu’il estime déraisonnable soit inclus [sic] dans les revenus assujettis au plafond de revenu de cette compagnie. Cette question n’est pas technique. Sur ce point, l’Office ne possède aucune expertise particulière par rapport à la Cour qui justifierait une norme de retenue moins élevée. Au contraire, les questions d’interprétation de la loi relèvent généralement de la compétence des cours de justice. Ce facteur implique une norme de retenue moins élevée.

[31] De la même façon, comme l’a expliqué la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, une affaire concernant une décision du TCCE, dont la structure législative et la mission axée sur les politiques sont similaires, le juge Major a affirmé ce qui suit, au paragraphe 33: «Il s’agit de pures questions de droit, qui commandent l’application de principes d’interprétation législative et d’autres concepts inhérents au droit commercial. Ces questions relèvent traditionnellement de la compétence des tribunaux judiciaires et rien n’indique que le TCCE possède une expertise particulière à leur égard.»

Conclusion

[32] En résumé donc, les premier, deuxième et quatrième facteurs de la méthode pragmatique et fonctionnelle militent en faveur de la norme de contrôle de la décision correcte, alors que le troisième facteur, qui se rapporte à l’objet de la loi et de la disposition particulière, indique une norme de contrôle qui appelle un degré de retenue plus élevé. Dans l’ensemble, si je combine les quatre facteurs, je dois conclure que la norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de la décision correcte. Non seulement la loi prévoit-elle un droit d’appel à la Cour sur les questions de droit et de compétence, mais le CRTC ne possède pas une plus grande expertise que celle de la Cour en matière

[33] Importantly, the question in this case is not whether the CRTC chose to implement the policy objectives of the Act in the best way possible, which would require considerable deference from this Court, but rather the question is one of statutory interpretation with jurisdictional implications.

Is section 47 of the Regulations *ultra vires* the CRTC?

[34] The appellant argues that under the *Broadcasting Act*, the CRTC is obligated to set all rates of cable distribution undertakings and therefore could not introduce the type of rate deregulation envisioned by section 47. In other words, the CRTC acted outside of its jurisdiction by enacting such a regulation.

[35] In making this argument, the appellant relies on subsection 5(1) of the Act, which states that “the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1)”. Furthermore, subparagraph 3(1)(i) specifically establishes as broadcasting policy that “distribution undertakings . . . should provide efficient delivery of programming at affordable rates”. According to the appellant, the combination of subsection 5(1), which is written in the imperative, and subparagraph 3(1)(i), obliges the CRTC to restrict, by regulation, the basic service rate charged by a Class 1 distribution undertaking. In other words, the CRTC cannot enact regulations which result in a failure to regulate and supervise that which Parliament has expressly said it shall regulate and supervise.

[36] The essence of the appellant’s argument is that the CRTC is under a positive obligation at all times to regulate all aspects of the Canadian broadcasting system and that one such aspect is the regulation of rates. What this means is that the CRTC is at all times obligated to regulate the rates of all licensees.

[37] The appellant argues that while the CRTC has discretion as to how best to regulate and supervise, the

d’interprétation de la loi et de détermination des questions de compétence.

[33] Fait important, la question en l’espèce n’est pas de savoir si le CRTC a choisi de mettre en œuvre les objectifs de politique de la Loi de la meilleure façon possible, ce qui exigerait une grande retenue de la part de la Cour; il s’agit plutôt d’une question d’interprétation législative qui implique une question de compétence.

L’article 47 du Règlement excède-t-il la compétence du CRTC?

[34] L’appelant soutient qu’en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, le CRTC a l’obligation de fixer tous les tarifs des entreprises de câblodistribution et que, par conséquent, il ne pouvait pas instaurer le genre de déréglementation de tarifs envisagé par l’article 47. En d’autres termes, le CRTC a outrepassé les limites de sa compétence en édictant un tel règlement.

[35] À l’appui de cette prétention, l’appelant invoque le paragraphe 5(1) de la Loi, qui dispose que «le Conseil réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion». De plus, le sous-alinéa 3(1)(i) établit expressément comme politique de radiodiffusion que «les entreprises de distribution [. . .] devraient assurer efficacement [. . .] la fourniture de la programmation à des tarifs abordables». Selon l’appelant, l’effet combiné du paragraphe 5(1), qui est rédigé à l’impératif, et du sous-alinéa 3(1)(i) oblige le CRTC à restreindre, par règlement, les tarifs de base pratiqués par les entreprises de distribution de classe 1. En d’autres termes, le CRTC ne peut édicter de règlements qui l’empêcheraient de réglementer et surveiller ce que le législateur lui a expressément demandé de réglementer et surveiller.

[36] Essentiellement, l’appelant soutient que le CRTC a en tout temps l’obligation positive de réglementer tous les aspects du système canadien de radiodiffusion, et que l’un de ces aspects réside dans la réglementation des tarifs. Cela signifie que le CRTC est en tout temps tenu de réglementer les tarifs de tous les titulaires de licence.

[37] L’appelant fait valoir que, bien que le CRTC ait le pouvoir discrétionnaire de décider de la meilleure

CRTC does not have the latitude to completely abdicate the function of regulation and supervision.

[38] Finally, the appellant argues that the result of the application of section 47 is that the exempted licensee is never again subject to regulation and supervision of its rate by the CRTC because the Regulations do not provide for the reversal of the deregulation or for any ongoing supervision of the licensee's rate by the CRTC. That is, the licensee is permanently exempted.

Analysis

[39] It is my conclusion that, even using the correctness standard of review, the CRTC did not err in finding that it had the authority to enact section 47 of the Regulations.

The CRTC has a very broad mandate under the Broadcasting Act

[40] The broad power of the CRTC to make regulations is illustrated by paragraph 10(1)(k), which provides: "The Commission may, in furtherance of its objects, make regulations . . . respecting such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects." This is a very broad section and in my view it is certainly broad enough to give the Commission the power to pass section 47 of the Regulations. The CRTC clearly determined that section 47 was necessary in order to achieve the following of its objects. First, under subparagraph 3(1)(t)(ii), "distribution undertakings . . . should provide efficient delivery of programming at affordable rates, using the most effective technologies available at reasonable cost." Second, under paragraph 5(2)(g), "[t]he Canadian broadcasting system should be regulated and supervised in a flexible manner that . . . is sensitive to the administrative burden that, as a consequence of such regulation and supervision, may be imposed on persons carrying on broadcasting undertakings."

[41] This analysis is consistent with the test set out by the Supreme Court of Canada for assessing the validity

façon de réglementer et surveiller, celui-ci n'a pas toute latitude de renoncer complètement à son rôle de réglementation et de surveillance.

[38] Enfin, l'appelant affirme qu'il s'ensuit de l'application de l'article 47 que le titulaire de licence qui est soustrait à l'application de la partie V du Règlement ne fait plus jamais l'objet d'une réglementation ou d'une supervision de ses tarifs par le CRTC parce que le Règlement ne prévoit pas d'interruption de la déréglementation ni aucune forme de surveillance continue des tarifs du titulaire de licence par le CRTC. En d'autres termes, le titulaire de licence est exempté de façon permanente.

Analyse

[39] Je conclus, même en appliquant la norme de contrôle de la décision correcte, que le CRTC n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il avait le pouvoir d'édicter l'article 47 du Règlement.

Le CRTC est investi d'une très vaste mission en vertu de la Loi sur la radiodiffusion

[40] Le large pouvoir du CRTC de prendre des règlements est illustré par l'alinéa 10(1)k, qui dispose que: «Dans l'exécution de sa mission, le Conseil peut, par règlement [. . .] prendre toute autre mesure qu'il estime nécessaire à l'exécution de sa mission». Il s'agit d'une disposition très large qui, selon moi, l'est certainement assez pour permettre au Conseil d'édicter l'article 47 du Règlement. Le CRTC a clairement établi que l'article 47 était nécessaire à l'atteinte de ses objectifs suivants: premièrement, l'objectif prévu au sous-alinéa 3(1)t(ii), qui dispose que «les entreprises de distribution [. . .] devraient assurer efficacement, à l'aide des techniques les plus efficaces, la fourniture de la programmation à des tarifs abordables»; deuxièmement, l'objectif prévu à l'alinéa 5(2)g, qui prévoit que «[l]a réglementation et la surveillance du système devraient être souples et à la fois [. . .] tenir compte du fardeau administratif qu'elles sont susceptibles d'imposer aux exploitants d'entreprises de radiodiffusion».

[41] Cette analyse est compatible avec le critère énoncé par la Cour suprême du Canada quant à

of a regulation made by the CRTC. In *CKOY Ltd. v. Her Majesty The Queen on the relation of Lorne Mahoney*, [1979] 1 S.C.R. 2 (*CKOY*), Spence J., writing for the majority at pages 11 and 12, stated:

The grant of power to enact regulations is given to the Commission by s. 16 [now s. 10] of the statute. By its opening words, such a power is directed to be exercised “in furtherance of its objects”. Section 15 [now subsection 5(1)] is entitled “Objects of the Commission”. For our purposes, the said objects may be briefly stated in the last words of s. 15, “with a view to implementing the broadcasting policy enunciated in section 3 of this Act”. Therefore, I agree with the courts below that the validity of any regulation enacted in reliance upon s. 16 must be tested by determining whether the regulation deals with a class of subject referred to in s. 3 of the statute and that in doing so the Court looks at the regulation objectively. However, I also agree with Evans J.A. when he states:

It is obvious from the broad language of the Act that Parliament intended to give to the Commission a wide latitude with respect to the making of regulations to implement the policies and objects for which the Commission was created.

Therefore, whether we consider that the impugned regulation will implement a policy or not is irrelevant so long as we determine objectively that it is upon a class of subject referred to in s. 3. I should add that as Evans J.A. noted there is no suggestion that the Commission acted capriciously. Of course, no allegation of bad faith has been advanced. [Emphasis added.]

[42] Furthermore, in *Canadian Broadcasting League (The) v. (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1983] 1 F.C. 182 (C.A.) (*Canadian Broadcasting League*), this Court applied *CKOY, supra*, to determine that the CRTC had the authority to regulate fees charged by cable television undertakings, both by way of regulation and by condition of licence, notwithstanding that the Act did not contain any express authority to do so. Le Dain J.A. said as follows at page 192:

I conclude from these passages in the judgment of Spence J. in the *CKOY* case that while it is for the Court to determine objectively whether a regulation deals with or is upon a subject referred to in section 3 of the Act, a broad view is to be taken

l'évaluation de la validité d'un règlement pris par le CRTC. Dans l'arrêt *CKOY Ltd. c. Sa Majesté la Reine sur la dénonciation de Lorne Mahoney*, [1979] 1 R.C.S. 2 (*CKOY*), le juge Spence, s'exprimant pour la majorité, a affirmé ce qui suit, aux pages 11 et 12:

C'est l'art. 16 [devenu l'art. 10] de la Loi qui confère au Conseil le pouvoir d'établir des règlements. L'entrée en matière de l'article indique que l'exercice de ce pouvoir doit viser «la poursuite de ses objets». L'article 15 [devenu le paragraphe 5(1)] est intitulé «Objets du Conseil». Aux fins de l'espèce, ces objets se résument par les derniers mots de l'art. 15: «en vue de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3 de la présente loi». Je partage donc l'opinion des tribunaux d'instance inférieure que, pour déterminer la validité de règlements établis en vertu de l'art. 16, il faut décider s'ils portent sur une catégorie de sujets mentionnée à l'art. 3 de la Loi, et que, ce faisant, le tribunal examine les règlements d'un point de vue objectif. Cependant je suis également d'accord avec la déclaration suivante du juge Evans de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Vu le texte très général de la Loi, le Parlement a certainement voulu donner au Conseil une grande latitude dans l'exercice de son pouvoir réglementaire pour la mise en œuvre de la politique et des objets pour lesquels il a été créé.

En conséquence, il importe peu que l'article litigieux mette en œuvre une politique du moment qu'on établit objectivement qu'il vise une catégorie de sujets mentionnée à l'art. 3. Je dois ajouter que le juge Evans a fait remarquer que rien ne permet de supposer que le Conseil a agi arbitrairement. Évidemment, il n'est pas question de mauvaise foi. [C'est moi qui souligne.]

[42] De plus, dans l'arrêt *Ligue de la radiodiffusion canadienne (La) c. Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1983] 1 C.F. 182 (C.A.) (*Ligue de la radiodiffusion canadienne*), la Cour a appliqué l'arrêt *CKOY*, précité, pour conclure que le CRTC avait le pouvoir de réglementer les tarifs pratiqués par les entreprises de télévision par câble, tant par voie de réglementation que par voie d'imposition d'une condition de licence, même si la Loi ne prévoyait pas expressément un tel pouvoir. Le juge Le Dain, J.C.A. s'est exprimé ainsi, à la page 192:

De ces passages de l'arrêt rendu par le juge Spence dans l'affaire *CKOY*, je conclus que bien que la Cour ait à déterminer objectivement si un règlement porte sur un sujet mentionné à l'article 3 de la Loi, il faut interpréter largement

of what is embraced by that section, having regard to the latitude or discretion that has been committed to the Commission to determine what may be necessary in a particular case for the furtherance of its policy objectives. [Emphasis added.]

[43] As *CKOY, supra*, and *Canadian Broadcasting League, supra* suggest, the issue in this case is not whether section 47 of the Regulations will be successful in achieving the policy objectives of the Act but rather whether objectively it deals with a class of subjects referred to in section 3. Since section 47 deals with the affordability of rates, which is one of the objects of the Act, this test is clearly met.

The CRTC continues to regulate and supervise distribution undertakings

[44] Although section 47 of the Regulations means that certain Class 1 licensees may be exempted from Part V of the Regulations dealing with basic service rates, these licensees are extensively regulated in many other ways, both by way of conditions of licence and regulations. First, the Regulations dictate which types of programming services must be provided by cable distributors and which types of programs are optional. Section 3 of the Regulations expressly provides: “A licensee shall not distribute programming services except as required or authorized under its licence or these Regulations.”

[45] The following are examples of ways in which programming is regulated under the Act. Subsection 6(2) of the Regulations provides that licensees must ensure that a majority of the video and audio channels received by a subscriber are devoted to the distribution of Canadian programming services. Section 7 outlines the circumstances under which a licensee is permitted to alter or delete a programming service. Section 8 sets out a prohibition on distributing certain kinds of programming content: for example, content that contravenes any law, content that is likely to expose an individual or group to hatred on the basis of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, sexual orientation, age or mental or physical disability, content

ce que cet article englobe, compte tenu de la latitude ou pouvoir discrétionnaire qui a été confié au Conseil pour déterminer ce qui peut être nécessaire, dans un cas donné, à la poursuite de ses objets. [C’est moi qui souligne.]

[43] Comme les arrêts *CKOY* et *Ligue de la radiodiffusion canadienne*, précités, l’indiquent, la question en l’espèce n’est pas de savoir si l’article 47 du Règlement permettra d’atteindre les objectifs de politique de la Loi, mais de décider objectivement si celui-ci porte sur une catégorie de sujets mentionnée à l’article 3. Puisque l’article 47 traite de l’abordabilité des tarifs, qui est un des objectifs de la Loi, il satisfait clairement à ce critère.

Le CRTC continue à réglementer et à surveiller les entreprises de distribution

[44] Même si l’article 47 du Règlement revient à soustraire certains titulaires de licence de classe 1 à l’application de la partie V du Règlement portant sur les tarifs de base, ces titulaires de licence sont amplement réglementés de bien d’autres façons, tant par voie d’imposition de conditions de licence que par voie de règlement. D’abord, le Règlement prescrit quels types de services de programmation doivent être fournis par les câblodistributeurs et quels types d’émissions sont optionnelles. L’article 3 du Règlement prévoit expressément que: «[I]e titulaire ne peut distribuer des services de programmation qu’en conformité avec ce qui est exigé ou permis par sa licence ou par le présent règlement».

[45] Les dispositions suivantes sont autant d’exemples de façons dont la programmation est réglementée en vertu de la Loi. Le paragraphe 6(2) du Règlement dispose que les titulaires de licence doivent faire en sorte que la majorité des canaux vidéo et des canaux sonores reçus par les abonnés, tant par voie analogique que numérique, soient consacrés à la distribution de services de programmation canadiens. L’article 7 énonce les circonstances dans lesquelles un titulaire de licence peut modifier ou retirer un service de programmation. L’article 8 interdit la distribution de services de programmation, par exemple, dont le contenu est contraire à la loi, dont le contenu risque d’exposer une personne ou un groupe à la haine pour des motifs fondés

that contains any obscene or profane language or pictorial representation or any false or misleading news. Section 16.1 [as enacted by SOR/2001-334, s. 2] deals with the provision of French-language Canadian programming services. Section 17 [as am. by SOR/2002-322, s. 2] outlines the television programming services that must be distributed as part of the basic service as well as the priority which must be given to each service. Section 19 specifies optional television programming services that may be provided under certain circumstances. Sections 27 and 28 deal with the provision of community programming. Section 29 specifies the conditions under which certain licensees are required to make a contribution to Canadian programming.

[46] In addition to regulating the types of programming services that are provided by distribution undertakings, the Regulations also set out certain reporting requirements. Under section 11 of the Regulations, licensees are required to submit information to the Commission. Not only does this section list specific forms that must be completed by each licensee, but also subsection 11(2) says that a licensee shall, at the request of the Commission, submit “any other forms that are issued by the Commission”. Furthermore under subsection 11(3): “At the request of the Commission, a licensee shall provide the Commission with a response to any inquiry regarding the licensee’s programming, ownership or any other matter within the Commission’s jurisdiction that relates to the licensee’s undertaking.”

[47] Section 4 [as am. by SOR/2001-357, s. 5] of the Regulations requires licensees to obtain the prior approval of the CRTC before a transfer of ownership occurs.

[48] Under paragraphs 9(1)(b), (c) and (d) of the Act, the CRTC has broad power to impose conditions of license. The only limitation on the conditions that the CRTC may impose is that it must deem the conditions “appropriate for the implementation of the broadcasting

sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’orientation sexuelle, l’âge ou une déficience physique ou mentale, qui contiennent un langage ou une image obscènes ou blasphématoires ou qui contiennent une nouvelle fausse ou trompeuse. L’article 16.1 [édicte par DORS/2001-334, art. 2] traite de la fourniture de services de programmation canadiens de langue française. L’article 17 [mod. par DORS/2002-322, art. 2] énonce les services de programmation de télévision devant être distribués dans le cadre du service de base, ainsi que l’ordre de priorité devant être respecté à l’égard de chacun d’eux. L’article 19 précise les services de programmation de télévision optionnels pouvant être fournis dans certaines circonstances. Les articles 27 et 28 portent sur la fourniture de services de programmation communautaire. L’article 29 précise les circonstances dans lesquelles certains titulaires de licence doivent contribuer à la programmation canadienne.

[46] En plus de réglementer les types de services de programmation qui sont fournis par les entreprises de distribution, le Règlement fixe également certaines exigences de déclaration. En vertu de l’article 11 du Règlement, les titulaires de licence doivent présenter des renseignements au Conseil. Non seulement cette disposition précise-t-elle les formulaires qui doivent être remplis par chaque titulaire de licence, mais le paragraphe 11(2) dispose aussi qu’un titulaire de licence doit, à la demande du Conseil, remplir «tout autre formulaire du Conseil». De plus, le paragraphe 11(3) prévoit que: «[l]e titulaire doit, à la demande du Conseil, lui fournir une réponse à toute demande de renseignements qu’il peut lui adresser au sujet de sa programmation, sa propriété ou toute autre question du ressort du Conseil qui a trait à l’entreprise du titulaire».

[47] L’article 4 [mod. par DORS/2001-357, art. 5] du Règlement exige des titulaires de licence qu’ils obtiennent l’approbation préalable du CRTC à l’égard de tout transfert de propriété.

[48] En vertu des alinéas 9(1)b), c) et d) de la Loi, le CRTC dispose d’un pouvoir étendu d’imposer des conditions de licence. La seule restriction faite aux conditions que le CRTC peut imposer réside dans le fait que celui-ci doit estimer les conditions «indiquées pour

policy set out in subsection 3(1).”

[49] Clearly, the CRTC has a wide mandate that extends far beyond the regulation of rates. There is a long list of diverse policy objectives in subsections 3(1) and 5(2) of the Act, and the affordability of rates is only one of these many objectives. While the CRTC may not approve the rate increases of Class 1 undertakings in certain instances when there is a demonstrable level of competition, the CRTC is continuing to regulate in order to fulfill its broad mandate under the *Broadcasting Act*.

[50] Furthermore, with respect to rates, the CRTC clearly continues to regulate the rates of Class 1 undertakings that are unable to demonstrate that the level of competition specified in section 47 of the Regulations exists in their licensed area. For those undertakings that succeed under section 47 in becoming exempted from rate regulation, the CRTC continues to supervise rates as discussed hereinafter.

[51] The CRTC continues to collect information regarding the rates charged by Class 1 licensees. All Class 1 licensees, including those exempted from Part V of the Regulations, are required to complete in full an annual “Return of ‘Broadcasting Distribution’ Licensee (Long Form)”. In this form, each licensee is required to report annually its fees for basic service, installation and reconnection. The CRTC uses the information provided in the annual returns to prepare its *Broadcasting Policy Monitoring Report*, a publicly available document that reports annually on all aspects of the Canadian broadcasting system, including the basic service rates of deregulated Class 1 cable systems and the affordability of basic services.

[52] It also appears that the CRTC appreciated the necessity of continuing to “supervise” the competitive environment when, in Public Notice CRTC 1997-150, it stated as follows:

la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion . . . ».

[49] De toute évidence, le CRTC est investi d’une large mission qui va bien au-delà de la simple réglementation de tarifs. Les paragraphes 3(1) et 5(2) de la Loi contiennent une longue liste d’objectifs de politique divers, et l’abordabilité des tarifs n’est qu’un de ces nombreux objectifs. Bien qu’il soit possible que le CRTC n’approuve pas les augmentations de tarifs des entreprises de classe 1 dans les cas où un certain niveau de concurrence peut être établi, il continue à réglementer afin de remplir la vaste mission qui lui a été confiée en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*.

[50] De plus, pour ce qui est des tarifs, le CRTC continue manifestement à réglementer les tarifs des entreprises de classe 1 qui ne sont pas en mesure de démontrer que le niveau de concurrence indiqué à l’article 47 du Règlement existe dans leur zone de desserte autorisée. En ce qui concerne les entreprises qui réussissent, en vertu de l’article 47, à être soustraites à la réglementation de tarifs, le CRTC continue à surveiller leurs tarifs de la façon ci-après mentionnée.

[51] Le CRTC continue à recueillir des renseignements sur les tarifs pratiqués par les titulaires de classe 1. Tous les titulaires de classe 1, y compris ceux qui sont soustraits à l’application de la partie V du Règlement, doivent remplir le formulaire de rapport annuel des titulaires de licence de «distribution de radiodiffusion» (formule détaillée). Dans ce formulaire, chaque titulaire doit déclarer annuellement ses tarifs pour le service de base, l’installation et le rebranchement. Le CRTC se sert des renseignements fournis dans les rapports annuels pour rédiger son *Rapport de surveillance de la politique sur la radiodiffusion*, un document public qui fait annuellement rapport de tous les aspects du système canadien de radiodiffusion, y compris les tarifs de base des entreprises de câblodistribution de classe 1 déréglementées et l’abordabilité des services de base.

[52] Il semble également que le CRTC ait reconnu la nécessité de continuer à «surveiller» le régime concurrentiel lorsque, dans l’avis public CRTC 1997-150, il a affirmé ce qui suit:

123. The publication of the *Broadcasting Distribution Regulations* constitutes an important step by the Commission in attaining the objectives set out in the *Broadcasting Act* and in promoting the development of effective competition in the delivery of broadcasting services to Canadians. Nevertheless, the competitive environment will continue to develop and market forces will have an increasingly important influence on consumers and on the Canadian broadcasting system.

124. The Commission therefore intends to undertake a general review of the effectiveness and appropriateness of the new regulations after two years, and to consider whether further refinements to the regulatory framework are appropriate in pursuit of the objectives of the *Broadcasting Act*.

125. The Commission will, of course, closely monitor the development of the competitive environment in the meantime, and it will address specific issues and concerns as they are brought to its attention.

An exemption granted under section 47 is not final and irrevocable

[53] The appellant argues *inter alia* that because an exemption under section 47 is final and irrevocable, this illustrates section 47 is *ultra vires*. The appellant stated at paragraph 53 of its factum:

The Regulations do not provide for the reversal of the deregulation or for any ongoing supervision of the licensee's rates by the Commission. After the relevant 60 days have passed, the licensee is permanently exempted from the regulation and supervision by the Commission of its rates and service delivery obligations. There is no mechanism for the ongoing supervision of the licensee's rates to determine whether they are affordable, in order to implement the policy set out in section 3(1)(t)(ii) of the Act, nor is there a mechanism for the "re-regulation" of a licensee should circumstances change in the future, should the licensee's rates exceed what the Commission would otherwise deem to be appropriate, or should the licensee fail to adequately deliver services. Section 47 provides what might be described as a "one-way door" and therefore constitutes an abdication of authority.

[54] Contrary to the appellant's argument, not only does the CRTC continue to supervise the affordability of basic services, as previously outlined, but also if it finds

123. La publication du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion* marque une étape importante pour le Conseil dans l'atteinte des objectifs énoncés dans la *Loi sur la radiodiffusion* et la promotion d'une véritable concurrence dans la distribution des services de radiodiffusion au Canada. Néanmoins, le régime concurrentiel continuera de croître et le libre jeu du marché exercera une influence toujours plus grande sur les consommateurs et sur le système canadien de radiodiffusion.

124. Le Conseil entend donc entreprendre un examen général de l'efficacité et de la pertinence du nouveau règlement après deux ans, ainsi que voir s'il y a lieu d'apporter d'autres raffinements au cadre de réglementation dans la poursuite des objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*.

125. Bien entendu, entre-temps, le Conseil surveillera de près l'évolution du milieu concurrentiel, et il examinera les questions et préoccupations particulières qui seront portées à son attention.

L'exemption accordée en vertu de l'article 47 n'est pas finale et irrévocable

[53] L'appelant prétend, entre autres, que le fait qu'une exemption accordée en vertu de l'article 47 soit finale et irrévocable démontre que l'article 47 est *ultra vires*. L'appelant a affirmé ce qui suit, au paragraphe 53 de son mémoire:

[TRADUCTION] Le Règlement ne prévoit pas d'interruption de la déréglementation ni aucune forme de surveillance continue des tarifs du titulaire de licence par le Conseil. Après l'expiration des 60 jours pertinents, le titulaire de licence est soustrait de façon permanente à la réglementation et à la surveillance par le Conseil de ses tarifs et de ses obligations en matière de fourniture de services. Il n'existe aucun mécanisme de surveillance continue des tarifs du titulaire de licence permettant de déterminer si ceux-ci sont abordables, en vue de la mise en œuvre de la politique énoncée au sous-alinéa 3(1)t(ii) de la Loi, pas plus qu'il n'existe de mécanisme prévoyant la «réglementation» d'un titulaire de licence si les circonstances venaient à changer, si les tarifs du titulaire de licence venaient à dépasser ce que le Conseil considérerait normalement comme approprié ou si le titulaire venait à ne plus fournir adéquatement les services. L'article 47 contient une disposition qui pourrait être qualifiée de «porte à sens unique» et qui équivaut, par conséquent, à une renonciation à l'exercice d'un pouvoir.

[54] Contrairement à la prétention de l'appelant, non seulement le CRTC continue-t-il, comme je l'ai déjà souligné, à surveiller l'abordabilité des services de base,

that section 47 of the Regulations is not fulfilling its purpose, it is in a position to repeal, amend or entirely replace this provision. Subsection 31(4) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, clearly states: "Where a power is conferred to make regulations, the power shall be construed as including a power, exercisable in the same manner and subject to the same consent and conditions, if any, to repeal, amend or vary the regulations and make others."

[55] It is also significant that under subsection 18(2) of the Act, the Commission shall hold a public hearing in connection with the renewal of a licence unless it is satisfied that such a hearing is not required in the public interest. This mechanism provides another way for the CRTC to ensure that the policy objective of affordable rates is met.

[56] Furthermore, when deciding whether or not to renew the licence of a particular licensee who has been exempted from Part V of the Regulations or any other licensee for that matter, the CRTC can take into account whether there has been efficient delivery of programming at affordable rates by the licensee, which subparagraph 3(1)(i)(ii) lists as one of the policy objectives of the Act. If it concludes that this has not been the case, it can impose a condition of licence under paragraph 9(1)(b) requiring approval of rates or a condition of license requiring it to once again comply with Part V of the Regulations.

[57] Also, paragraph 9(1)(c) permits the CRTC to amend any condition of a licence on its own motion where five years have expired since the issuance or renewal of the licence. Thus presumably if the Commission finds that competition is not working to ensure that the rate of an exempted undertaking is affordable, it can, as previously outlined, impose a condition for the approval of rates or the removal of the exemption from section 47 of the Regulations.

[58] It may well be in addition that under subsection 18(3), the Commission could issue a decision which would involve removing an exemption which had been given previously under section 47 of the Regulations. Subsection 18(3) is worded in very broad terms:

mais il est aussi en mesure, s'il est d'avis que l'article 47 du Règlement ne remplit pas son objectif, d'abroger, de modifier ou de remplacer complètement cette disposition. Le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, établit clairement que: «Le pouvoir de prendre des règlements comporte celui de les modifier, abroger ou remplacer, ou d'en prendre d'autres, les conditions d'exercice de ce second pouvoir restant les mêmes que celles de l'exercice du premier.»

[55] Il est également révélateur qu'en vertu du paragraphe 18(2) de la Loi, le Conseil doit tenir une audience publique relativement au renouvellement d'une licence sauf s'il estime que l'intérêt public ne l'exige pas. Ce mécanisme fournit au CRTC un autre moyen de veiller à ce que l'objectif de l'abordabilité des tarifs soit atteint.

[56] En outre, lorsqu'il doit décider s'il y a lieu ou non de renouveler la licence d'un titulaire de licence qui a été soustrait à l'application de la partie V du Règlement, ou de tout autre titulaire de licence d'ailleurs, le CRTC peut se demander si ce titulaire a assuré efficacement la fourniture de la programmation à des tarifs abordables, ce qui constitue l'un des objectifs de politique de la Loi selon le sous-alinéa 3(1)(i)(ii). S'il conclut que ce n'est pas le cas, le CRTC peut, en vertu de l'alinéa 9(1)(b), imposer au titulaire une condition de licence l'obligeant à faire approuver ses tarifs ou à se conformer de nouveau à la partie V du Règlement.

[57] De plus, l'alinéa 9(1)(c) permet au CRTC de modifier, de sa propre initiative, toutes les conditions d'une licence lorsque cinq ans se sont écoulés depuis son attribution ou son renouvellement. Donc, vraisemblablement, si le Conseil estime que la concurrence ne réussit pas à faire en sorte que le tarif d'une entreprise soustraite à l'application de la partie V du Règlement soit abordable, il peut, comme je l'ai déjà souligné, imposer une condition prévoyant une approbation des tarifs ou la suppression de l'exemption accordée en vertu de l'article 47 du Règlement.

[58] Par ailleurs, le Conseil pourrait bien, en vertu du paragraphe 18(3), rendre une décision qui comporterait la suppression d'une exemption accordée antérieurement en vertu de l'article 47 du Règlement. Le paragraphe 18(3) est rédigé en termes très larges:

18. . . .

(3) The Commission may hold a public hearing, make a report, issue any decision and give any approval in connection with any complaint or representation made to the Commission or in connection with any other matter within its jurisdiction under this Act if it is satisfied that it would be in the public interest to do so.

We are advised that the section has not been tested in this way but it seems to me that it is arguable that the section could be used in the manner I have suggested. However, in any case, I do not think that this conclusion is necessary to this decision.

[59] All of this demonstrates that there is no merit to the appellant's argument that an exemption received under section 47 of the Regulations is permanent or irrevocable. It should also be pointed out that section 47 itself gives the CRTC, before an exemption has been granted under section 47, the power to suspend its application or to disallow a licensee's proposal to be removed from the obligations of Part V of the Regulations. Given this, it would be surprising if, once the CRTC had granted the exemption, it had no power under the Act to take it away. Surely common sense and the policies of the Act dictate that the CRTC would continue to have the power to remove the exemption.

[60] In addition, during oral argument, when counsel for the appellant was asked what was required of the CRTC in terms of regulation, he said that the CRTC must at all times know what the rates are and have a mechanism for reviewing those rates to see whether they are affordable. The above analysis indicates that the CRTC continues to monitor and report on the affordability of rates and is in a position to reintroduce fixation of rates or conditions of licence if it determines this is necessary.

[61] Thus it is my conclusion that an exemption under section 47 is not final and irrevocable, the CRTC continues to regulate and supervise all aspects of the broadcasting system. The CRTC retains control over all licensees; it has the power to revoke or amend section 47 of the Regulations or to impose conditions of licence

18. [. . .]

(3) Les plaintes et les observations présentées au Conseil, de même que toute autre question relevant de sa compétence au titre de la présente loi, font l'objet de telles audiences, d'un rapport et d'une décision—notamment une approbation—si le Conseil l'estime dans l'intérêt public.

On nous a avisés que cette disposition n'avait pas encore été utilisée de cette façon, mais il me semble qu'il est possible de prétendre qu'elle pourrait l'être. Quoiqu'il en soit, je ne pense toutefois pas que cette conclusion soit essentielle à la présente décision.

[59] Tout cela démontre que la prétention de l'appellant, selon laquelle une exemption accordée en vertu de l'article 47 du Règlement est permanente ou irrévocable, est sans fondement. Il convient de noter également que l'article 47 lui-même donne au CRTC, avant même qu'une exemption soit accordée en vertu de cet article, le pouvoir d'en suspendre l'application ou de refuser la proposition d'un titulaire d'être soustrait à l'application des obligations de la partie V du Règlement. Par conséquent, il serait étonnant que le CRTC, une fois l'exemption accordée, n'ait plus le pouvoir de la retirer. Sans aucun doute, le bon sens et les énoncés de politique de la Loi exigent que le CRTC continue à pouvoir supprimer l'exemption.

[60] De plus, lors des plaidoiries, lorsqu'on a demandé à l'avocat de l'appellant ce qui était requis du CRTC sur le plan de la réglementation, il a répondu que le CRTC devait en tout temps être au courant des tarifs et qu'il devait se doter d'un mécanisme lui permettant d'examiner ces tarifs pour vérifier s'ils sont abordables. L'analyse ci-dessus indique que le CRTC continue à surveiller l'abordabilité des tarifs et à faire rapport sur celle-ci, et qu'il est en mesure de réintroduire la fixation de tarifs ou des conditions de licence s'il l'estime nécessaire.

[61] Je conclus donc qu'une exemption accordée en vertu de l'article 47 n'est pas finale et irrévocable, et que le CRTC continue à réglementer et à surveiller tous les aspects du système de radiodiffusion. Le CRTC conserve le contrôle sur tous les titulaires de licence; il a le pouvoir d'abroger ou de modifier l'article 47 du

removing the exemption from Part V of the Regulations. The CRTC may meet its legislative obligation to regulate and supervise without specifically setting or approving the rate of all undertakings.

The *Broadcasting Act* does not require the CRTC to specifically set and approve all rates

[62] The words used in the *Broadcasting Act* to the effect that “the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system” do not mean that it is required to specifically approve or set the rates of licensees. Indeed, the only specific reference to rates in the Act is in subparagraph 3(1)(t)(ii) which provides: “[i]t is hereby declared as the broadcasting policy for Canada that . . . distribution undertakings . . . should provide efficient delivery of programming at affordable rates, using the most effective technologies available at reasonable cost”. While the CRTC has an obligation to try to ensure that rates are affordable, the Act does not specify how the CRTC must do this. The choice of mechanism is for the CRTC to determine and reliance on market forces is certainly one alternative for that purpose.

[63] The appellant pointed to two cases in support of its position that the CRTC’s decision to “deregulate” rates is contrary to the *Broadcasting Act*. First, in *T.W.U. v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 F.C. 280 (C.A.) (*T.W.U.*), the CRTC decided to deregulate the tolls charged by telephone and telegraph companies under the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, and the Court decided that the CRTC did not have the authority to do this. However, this case is distinguishable in that, unlike the *Broadcasting Act*, subsection 320(2) [as am. by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 35, s. 2] of the *Railway Act* expressly provided that tolls were subject to the approval of the CRTC:

320. . . .

(2) Notwithstanding anything in any other Act, all telegraph and telephone tolls to be charged by a company, other than a

Règlement ou d’imposer des conditions de licence supprimant l’exemption de la partie V du Règlement. Le CRTC peut remplir son obligation législative de réglementer et surveiller sans fixer ou approuver spécifiquement les tarifs de toutes les entreprises.

La *Loi sur la radiodiffusion* n’exige pas que le CRTC fixe et approuve spécifiquement tous les tarifs

[62] Les mots employés dans la *Loi sur la radiodiffusion* portant que «le Conseil réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion» ne signifient pas que celui-ci doit approuver ou fixer spécifiquement les tarifs des titulaires de licence. D’ailleurs, la seule mention expresse des tarifs dans la Loi figure au sous-alinéa 3(1)t(ii), qui prévoit que: «[i] est déclaré que, dans le cadre de la politique canadienne de radiodiffusion [. . .] les entreprises de distribution [. . .] devraient assurer efficacement, à l’aide des techniques les plus efficaces, la fourniture de la programmation à des tarifs abordables». Bien que le CRTC ait l’obligation d’essayer de faire en sorte que les tarifs soient abordables, la Loi ne précise pas comment il doit s’y prendre. Le choix du mécanisme appartient au CRTC, et le recours aux forces du marché est certainement l’une des façons d’y arriver.

[63] L’appelant a invoqué deux affaires à l’appui de sa position selon laquelle la décision du CRTC de «déréglementer» les tarifs est contraire à la *Loi sur la radiodiffusion*. Il a d’abord attiré notre attention sur l’affaire *S.T.T. c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 C.F. 280 (C.A.) (*S.T.T.*), dans laquelle la Cour a statué que le CRTC, qui avait décidé de déréglementer les taxes exigées par les compagnies de téléphone et de télégraphe en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2, n’avait pas le pouvoir de le faire. Cependant, cette affaire se distingue de la présente affaire en ce que, contrairement à la *Loi sur la radiodiffusion*, le paragraphe 320(2) [mod. par S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), ch. 35, art. 2] de la *Loi sur les chemins de fer* prévoyait expressément que les taxes devaient être approuvées par le CRTC:

320. [. . .]

(2) Nonobstant les dispositions de toute autre loi, toutes les taxes de télégraphe et de téléphone que peut exiger une

toll for the transmission of a message intended for general reception by the public and charged by a company licensed under the *Broadcasting Act*, are subject to the approval of the Commission, and may be revised by the Commission from time to time.

[64] Broadcasting is a different sector, with a different policy and enabling Act. Also, Marceau J., himself, noted in *T.W.U., supra*, at pages 282-283, that the legal issue was narrow and thus the ratio would not apply beyond its narrow context:

The legal issue it raises is a narrow one insofar as it relates solely to the interpretation of a short and incidental phrase in one of the provisions of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2; but a basic aspect of the jurisdiction of the Commission is involved and the importance of the case is attested by the fact that no less than nine (9) different parties have sought and been given leave to intervene in the proceedings.

[65] Second, the appellant pointed to *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.) (*Saskatchewan Wheat Pool*), which also did not involve the *Broadcasting Act*. In this case, Rothstein J., as he then was, determined that a regulation passed by the Governor in Council deregulating the interprovincial marketing of barley and the export and import of barley to or from the United States under section 47 of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24 was *ultra vires*. The *Canadian Wheat Board Act* enabled the Governor in Council to make regulations providing for the “granting of licenses” for the interprovincial transport, sale, purchase or delivery of barley and the export and import of barley to and from the United States. In the absence of such licences, only the Canadian Wheat Board had the authority to market barley interprovincially and internationally. Rather than making regulations providing for the granting of licences, however, the Governor in Council made regulations granting the authority to “a person other than the Board” to market barley inter-provincially and internationally without a license. Rothstein J. stated at page 203: “in my view, in the present case, the Governor in Council cannot dispense with the requirement for a licence altogether when the

compagnie, à l’exception des taxes exigées, pour la transmission de messages destinés à être captés d’une façon générale par le public, par une compagnie titulaire d’une licence en vertu de la *Loi sur radiodiffusion*, sont subordonnées à l’agrément de la Commission qui peut les réviser à sa discrétion.

[64] La radiodiffusion est un secteur différent, qui fait l’objet d’une politique et d’une loi habilitante différentes. Ainsi, le juge Marceau a lui-même noté aux pages 282 et 283 de l’arrêt *S.T.T.*, précité, que la question juridique soulevée était restreinte et que, par conséquent, les motifs de la décision s’y rapportant ne pouvaient s’appliquer en dehors de son cadre restreint:

La question juridique qu’il soulève est une question restreinte dans la mesure où elle ne concerne que l’interprétation d’un membre de phrase court et accessoire figurant dans une des dispositions de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2; un aspect fondamental de la compétence du Conseil est cependant en jeu, et l’importance de l’affaire est attestée par le fait que non moins de neuf (9) parties différentes ont demandé et obtenu l’autorisation d’intervenir dans l’instance.

[65] L’appelant a ensuite cité l’arrêt *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (C.F. 1^{re} inst.) (*Saskatchewan Wheat Pool*), qui ne concernait pas non plus la *Loi sur la radiodiffusion*. Dans cette affaire, le juge Rothstein, tel était son titre, a conclu qu’un règlement pris par le gouverneur en conseil en vue de déréglementer le commerce interprovincial de l’orge, l’importation de l’orge en provenance des États-Unis et son exportation aux États-Unis en vertu de l’article 47 de la *Loi sur la commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24, était *ultra vires*. La *Loi sur la commission canadienne du blé* conférait au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre un règlement prévoyant l’«octroi de licences» pour les opérations de transport, de vente, d’achat et de livraison interprovinciales de l’orge et pour l’importation de l’orge en provenance des États-Unis et son exportation aux États-Unis. En l’absence de telles licences, seule la Commission canadienne du blé avait le pouvoir de commercialiser l’orge à l’échelle interprovinciale et internationale. Cependant, plutôt que de prendre un règlement prévoyant l’octroi de licences, le gouverneur en conseil a pris un règlement accordant à «quelqu’un d’autre» le pouvoir de commercialiser l’orge à l’échelle interprovinciale et internationale, et ce, sans

statute conferring regulation-making authority expressly contemplates regulations providing for the granting of licences.”

[66] *Saskatchewan Wheat Pool, supra*, is not helpful to the appellant because it deals with an entirely different statutory scheme; there is no requirement in the *Broadcasting Act* that the CRTC specifically approve or set all rates.

[67] The statutory provisions in these cases demonstrate that when Parliament intends to require a tribunal to set or approve all rates, it uses clear language. Yet another example of this is subsection 25(1) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38:

25. (1) No Canadian carrier shall provide a telecommunications service except in accordance with a tariff filed with and approved by the Commission that specifies the rate or the maximum or minimum rate, or both, to be charged for the service. [Emphasis added.]

[68] There is no similar provision in the *Broadcasting Act*, which demonstrates that Parliament did not intend to provide for the strict regulation of rates. While it is a policy objective under subparagraph 3(1)(t)(ii) of the Act that rates should be affordable, the Act does not dictate how the CRTC is to achieve this policy objective. The CRTC is given the discretion to determine when and how these powers should be exercised, taking into account the policies set forth in the Act. It is clear that Parliament intended the CRTC to be the only authority with the broad discretion to decide how best to implement broadcasting policy. This is emphasized by subsection 3(2), which provides:

3. . . .

(2) It is further declared that the Canadian broadcasting system constitutes a single system and that the objectives of the broadcasting policy set out in subsection (1) can best be

licence. Le juge Rothstein a affirmé ce qui suit, à la page 203: [TRADUCTION] «selon moi, dans la présente affaire, le gouverneur en conseil ne peut écarter totalement l'exigence d'une licence alors que la loi qui confère le pouvoir de réglementer prévoit expressément la prise d'un règlement autorisant l'octroi de licences».

[66] L'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool*, précité, n'est d'aucun secours à l'appelant parce qu'il porte sur un cadre législatif complètement différent; aucune disposition de la *Loi sur la radiodiffusion* n'oblige le CRTC à approuver ou à fixer spécifiquement tous les tarifs.

[67] Les dispositions législatives en litige dans ces affaires démontrent que lorsque le législateur entend exiger d'un tribunal qu'il fixe ou approuve tous les tarifs, il le dit clairement. On en trouve un autre exemple au paragraphe 25(1) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38:

25. (1) L'entreprise canadienne doit fournir les services de télécommunication en conformité avec la tarification déposée auprès du Conseil et approuvée par celui-ci fixant—notamment sous forme de maximum, de minimum ou des deux—les taux à imposer ou à percevoir. [C'est moi qui souligne.]

[68] Il n'existe aucune disposition semblable dans la *Loi sur la radiodiffusion*, ce qui démontre que le législateur n'avait pas l'intention de prévoir une réglementation stricte des tarifs. Bien que l'abordabilité des tarifs soit un objectif de politique en vertu du sous-alinéa 3(1)(t)(ii) de la Loi, celle-ci ne dicte pas au CRTC comment atteindre cet objectif. Le CRTC a le pouvoir discrétionnaire de décider quand et comment ces pouvoirs devraient être exercés, compte tenu des politiques énoncées dans la Loi. Il est clair que l'intention du législateur était que le CRTC soit la seule autorité habilitée à exercer le large pouvoir discrétionnaire de décider de la meilleure façon de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion. Cela est mis en évidence par le paragraphe 3(2), qui dispose ce qui suit:

3. [. . .]

(2) Il est déclaré en outre que le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique et que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique canadienne de

achieved by providing for the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by a single independent public authority.

Competition as a means of regulating and achieving the policy objectives of the Act

[69] In exercising its broad discretion to determine how to implement the policy objectives of the Act that undertakings should provide programming at “affordable rates” and that the CRTC should be sensitive to the administrative burden that regulation and supervision may create, the CRTC created section 47 of the Regulations which introduces competition as one of the means to ensure that rates are affordable. The CRTC did not pass a regulation that market competition will determine the rates for all distribution undertakings, but rather provided that when a particular undertaking can demonstrate a sufficient level of competition in its service area, it will no longer have its rate determined by the CRTC. In these cases, the competition, that has been demonstrated to exist in that particular area, will serve to regulate the rates and keep them affordable.

[70] Importantly, if the CRTC finds that this system of market competition does not achieve the policy objectives of the Act, as stated previously, it has the means to correct and change this system.

[71] Furthermore, when the CRTC enacted section 47 of the Regulations, which introduces competition as a means of keeping rates affordable, it was following a binding policy directive issued to it by the Governor in Council in Order in Council P.C.1994-1689. This Order provided that “[i]t is government policy to foster fair competition and increased reliance on market forces in the provision of facilities, products and services.” Subsection 7(1) of the *Broadcasting Act* specifically provides that “the Governor in Council may, by order, issue to the Commission directions of general application on broad policy matters with respect to (a) any of the objectives of the broadcasting policy set out in subsection 3(1); or (b) any of the objectives of the regulatory policy set out in subsection 5(2).” Subsection

radiodiffusion consiste à confier la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion à un seul organisme public autonome.

La concurrence comme moyen de réglementer et d’atteindre les objectifs de politique de la Loi

[69] En exerçant son large pouvoir discrétionnaire de décider de la façon de mettre en œuvre les objectifs de politique de la Loi portant que les entreprises devraient fournir la programmation à des «tarifs abordables» et que le CRTC devrait tenir compte du fardeau administratif que la réglementation et la surveillance sont susceptibles de créer, le CRTC a édicté l’article 47 du Règlement, qui instaure la concurrence comme moyen de s’assurer que les tarifs sont abordables. Le CRTC n’a pas pris un règlement prévoyant que la libre concurrence déterminera les tarifs de toutes les entreprises de distribution, mais a plutôt prévu que lorsqu’une entreprise en particulier sera en mesure d’établir qu’il existe un niveau suffisamment élevé de concurrence dans sa zone de service, ses tarifs n’auront plus à être déterminés par le CRTC. Dans ces cas, la concurrence, dont l’existence dans cette zone en particulier aura été établie, servira à réglementer les tarifs et à maintenir leur abordabilité.

[70] Fait important, s’il estime que ce système de libre concurrence ne favorise pas l’atteinte des objectifs de politique de la Loi, le CRTC, comme je l’ai déjà dit, a les moyens de corriger et de modifier ce système.

[71] De plus, en édictant l’article 47 du Règlement, qui instaure la concurrence comme moyen de maintenir l’abordabilité des tarifs, le CRTC se conformait à une directive ayant force exécutoire émise par le gouverneur en conseil dans le décret C.P. 1994-1689. Dans ce décret, on pouvait lire que [TRADUCTION] «[l]a politique du gouvernement est [d’]encourager une concurrence équitable et [de] miser davantage sur les forces du marché pour la prestation des installations, produits et services». Le paragraphe 7(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit expressément que «le gouverneur en conseil peut, par décret, donner au Conseil, au chapitre des grandes questions d’orientation en la matière, des instructions d’application générale relativement à l’un ou l’autre des objectifs de la politique

7(3) states that an order made under subsection 7(1) is binding on the CRTC.

The Broadcasting Act must be interpreted in a coherent manner

[72] The appellant's argument that the CRTC is precluded from enacting section 47 because it is only allowed to regulate and not deregulate rates also fails because it would result in an incoherent interpretation of the Act. In a recent Federal Court of Appeal case, *Shebib v. Canada (Attorney General)*, [2003] 3 F.C. 607 (C.A.), involving a judicial review application concerning a claim for employment insurance benefits, the issue of whether a regulation was *ultra vires* was raised. This Court held that the regulation was not *ultra vires* the Canada Employment Insurance Commission and not in conflict with the provisions of the *Employment Insurance Act* [S.C. 1996, c. 23]. At paragraph 20, Rothstein J.A. used the presumption of coherence to come to this conclusion.

[73] The presumption is that different provisions of the statute are intended to work together logically and rationally, and an enactment is presumed not to contain contradictions and inconsistencies. Rothstein J.A. went on to quote from *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* at pages 262-263 of the 4th edition:

It is presumed that the provisions of legislation are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole. The parts are presumed to fit together logically to form a rational, internally consistent framework; and because the framework has a purpose, the parts are also presumed to work together dynamically, each contributing something toward accomplishing the intended goal.

The presumption of coherence is also expressed as a presumption against internal conflict. It is presumed that the body of legislation enacted by a legislature does not contain contradictions or inconsistencies, that each provision is capable of operating without coming into conflict with any other.

canadienne de radiodiffusion ou de la réglementation et de la surveillance du système canadien de radiodiffusion». Le paragraphe 7(3) dispose qu'un décret pris en vertu du paragraphe 7(1) lie le CRTC.

La Loi sur la radiodiffusion doit être interprétée d'une manière cohérente

[72] L'argument de l'appelant selon lequel le CRTC ne peut édicter l'article 47 parce qu'il n'est autorisé qu'à réglementer les tarifs, et non à les déréglémenter, ne tient pas non plus parce qu'il donnerait lieu à une interprétation incohérente de la Loi. Dans un arrêt récent de la Cour d'appel fédérale, *Shebib c. Canada (Procureur général)*, [2003] 3 C.F. 607 (C.A.), ayant trait à une demande de contrôle judiciaire concernant une demande de prestations d'assurance-emploi, la question de savoir si un règlement était *ultra vires* a été soulevée. La Cour a statué que le règlement n'excédait pas la compétence de la Commission de l'assurance-emploi du Canada et qu'il n'allait pas à l'encontre des dispositions de la *Loi sur l'assurance-emploi* [L.C. 1996, ch. 23]. Au paragraphe 20, le juge d'appel Rothstein s'est servi de la présomption de cohérence pour tirer sa conclusion.

[73] Selon la présomption, les différentes dispositions de la loi sont destinées à s'appliquer ensemble d'une façon logique et rationnelle, et un texte législatif est présumé ne pas contenir de contradictions et d'incohérences. Le juge Rothstein a ensuite cité l'extrait suivant de *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., aux pages 262 et 263:

[TRADUCTION] Les dispositions d'une loi sont présumées fonctionner ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d'un tout. Les parties sont présumées s'assembler logiquement pour former un cadre rationnel, intrinsèquement cohérent; et parce que le cadre a une fin, les parties sont également présumées s'appliquer ensemble d'une façon dynamique, chacune contribuant quelque chose aux fins de la réalisation du but visé.

La présomption de cohérence est également une présomption à l'encontre de l'existence d'un conflit interne. L'ensemble des lois adoptées par l'assemblée législative est présumé ne pas comporter de contradictions ou d'incohérences, chaque disposition étant capable de s'appliquer sans entrer en conflit avec une autre.

[74] In my opinion, to read the powers of the CRTC as the appellant does would go against this presumption of coherence. Subsection 9(4) of the Act confirms that it was Parliament's intention that the CRTC would have the power to exempt persons from the regulations requiring CRTC approval of rate increases; it provides:

9. . . .

(4) The Commission shall, by order, on such terms and conditions as it deems appropriate, exempt persons who carry on broadcasting undertakings of any class specified in the order from any or all of the requirements of this Part or of a regulation made under this Part where the Commission is satisfied that compliance with those requirements will not contribute in a material manner to the implementation of the broadcasting policy set out in subsection 3(1).

Since subsection 9(4) of the Act clearly gives the CRTC the power to grant exemptions from the Regulations, it would be incoherent, if when interpreting the CRTC's very broad mandate under the Act, this Court found that it did not have the authority to enact section 47 of the Regulations.

Conclusion

[75] Therefore, after examining the statutory scheme of the Act as a whole, it is clear that section 47 of the Regulations is not inconsistent with the Act or the powers of the CRTC granted by the Act and it is not *ultra vires*. The CRTC did not err in deciding it had the authority to enact this regulation.

[76] This appeal will therefore be dismissed with costs.

LINDEN J.A.: I agree.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

[74] À mon avis, interpréter les pouvoirs du CRTC comme le fait l'appelant irait à l'encontre de cette présomption de cohérence. Le paragraphe 9(4) de la Loi confirme qu'il était de l'intention du législateur que le CRTC ait le pouvoir de soustraire certaines personnes à l'application des règlements prévoyant l'approbation par le CRTC des augmentations de tarifs; cette disposition est libellée comme suit:

9. [. . .]

(4) Le Conseil soustrait, par ordonnance et aux conditions qu'il juge indiquées, les exploitants d'entreprise de radiodiffusion de la catégorie qu'il précise de toute obligation découlant soit de la présente partie, soit de ses règlements d'application, dont il estime l'exécution sans conséquence majeure sur la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion.

Puisque le paragraphe 9(4) de la Loi confère clairement au CRTC le pouvoir d'accorder des exemptions à l'égard de ses règlements, la Cour ferait preuve d'incohérence si elle concluait, en interprétant la très large mission confiée au CRTC en vertu de la Loi, que celui-ci n'avait pas le pouvoir d'édicter l'article 47 du Règlement.

Conclusion

[75] Par conséquent, après examen du cadre législatif de la Loi dans son ensemble, il est clair que l'article 47 du Règlement n'est pas incompatible avec la Loi ou avec les pouvoirs que celle-ci a conférés au CRTC et qu'il n'est pas *ultra vires*. Le CRTC n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il avait le pouvoir d'édicter l'article 47 du Règlement.

[76] Le présent appel sera donc rejeté avec dépens.

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

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

A-89-03
2003 FCA 454

A-89-03
2003 CAF 454

Ferroequus Railway Company Limited (*Appellant*)

Ferroequus Railway Company Limited (*appelante*)

v.

c.

**Canadian National Railway Company Limited and
The Canadian Transportation Agency** (*Respondents*)

**Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada
et l'Office des transports du Canada** (*intimés*)

and

et

Canadian Pacific Railway Company (*Intervener*)

Canadien Pacifique Limitée (*intervenante*)

**INDEXED AS: FERROEQUUS RAILWAY CO. v. CANADIAN
NATIONAL RAILWAY CO. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: FERROEQUUS RAILWAY CO. c. COMPAGNIE DES
CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Strayer, Noël and Evans
J.J.A.—Vancouver, November 25 and 26, 2003.

Cour d'appel fédérale, juges Strayer, Noël et Evans,
J.C.A.—Vancouver, 25 et 26 novembre 2003.

Transportation — Canadian Transportation Agency rejecting application under Canada Transportation Act, s. 138(1) for order authorizing appellant to operate over portions of CN track as no evidence of market failure or abuse, or of problems with current rates, service — Agency's discretion to grant running-rights order limited only by requirement to have regard to public interest — Patent unreasonableness appropriate standard of review — Agency's analysis careful, balanced, cogent, detailed, responsive — Appellant not demonstrating lack of competition to support finding running-rights order would be in public interest — Agency not committing reviewable error.

Transports — L'Office des transports du Canada a rejeté la demande présentée en vertu de l'art. 138(1) de la Loi sur les transports au Canada pour qu'il rende une ordonnance autorisant l'appelante à circuler sur certaines parties du chemin de fer appartenant au Canadien National, en raison de l'absence de preuve d'abus ou d'inefficacité du marché ou de problèmes au chapitre des tarifs ou des services — Le pouvoir discrétionnaire que possède l'Office de rendre une ordonnance octroyant des droits de circulation n'est limité que par son obligation de tenir compte de l'intérêt public — La norme de contrôle appropriée est celle de la décision manifestement déraisonnable — L'analyse de l'Office était minutieuse, pondérée, convaincante, détaillée et adaptée à la situation — L'appelante n'a pas prouvé un manque de concurrence permettant de conclure que l'octroi de droits de circulation serait dans l'intérêt public — L'Office n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire.

Administrative Law — Canada Transportation Act, s. 138(2) authorizing Agency to grant railway company right to operate over another's tracks, having regard to public interest — Standard of review — Right of appeal from Agency's decision limited to questions of law, jurisdiction, requiring leave of Court — Not indicator correctness intended as standard of review — Nature of decision highly polycentric, involving balancing competing interests — Agency having high degree of expertise as specialist administrative agency — Consideration of all elements of pragmatic, functional analysis pointing to deferential standard of review — Patent unreasonableness appropriate standard of review — Refusal to accept late written submissions not breach of procedural fairness, which guarantees only reasonable right to participate in administrative decision-making, not open-ended opportunity

Droit administratif — L'art. 138(2) de la Loi sur les transports au Canada autorise l'Office à accorder aux compagnies de chemin de fer le droit de circuler sur les voies d'une autre compagnie, compte tenu de l'intérêt public — Norme de contrôle — Le droit d'appel d'une décision de l'Office ne peut porter que sur des questions de droit et de compétence et il faut l'autorisation de la Cour — La norme de la décision correcte n'est pas la norme prévue — La décision est de nature hautement polycentrique, mettant en jeu des intérêts contradictoires — L'Office est un organisme administratif spécialisé qui possède un haut niveau d'expertise — Un examen de tous les éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle indique qu'il convient d'appliquer la norme de contrôle fondée sur la retenue judiciaire — La norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable est

to raise additional evidence.

This was an appeal from a decision by the Canadian Transportation Agency dismissing an application made by the appellant under subsection 138(1) of the *Canada Transportation Act* for an order authorizing it to operate over portions of Canadian National (CN) track. Subsection 138(2) of the Act empowers the Agency to make such an order and to impose conditions on it. The appellant, Ferroequus Railway Company Ltd., wanted to compete with CN and Canadian Pacific (CP) in the carriage of wheat from the Prairies to, principally, the underutilized Port of Prince Rupert. The Agency refused to make a running-rights order in favour of the appellant because the latter had adduced no evidence of either market abuse or failure as a result of the conduct of the existing rail carriers of western Canadian wheat, CN and CP, or of a problem with the rates or the service as a result of a lack of competition. The appellant argued that the Agency's essential error was its insistence that it adduce evidence of market failure or abuse, or of a problem with the current rates or service, as a condition precedent to balancing all the relevant considerations in order to determine whether it was in the public interest to impose on CN the running rights requested by the appellant.

Held, the appeal should be dismissed.

There were two flaws in the appellant's characterization of the Agency's reasoning as creating an unwarranted "condition precedent" to the exercise of its public interest discretion. First, it was inconsistent with the terms of the Agency's reasons. The question of relative weight to be afforded to various considerations is a matter within the Agency's discretion. It is not normally the business of a reviewing court to substitute its view of the relative weight to be attributed to various factors considered in the exercise of discretion for that of the specialist administrative agency to which Parliament has entrusted the task. Second, it was out of step with the approach to judicial review of administrative action endorsed by the Supreme Court of Canada. The latter has warned of the very limited value of the old doctrinal language of administrative law, which tended to identify "a categorical or nominate error" in a tribunal's decision. The question to be decided was not a "pure" question of law. As a result of the Agency's decision, subsequent applicants for running rights should expect to demonstrate that the grant would effectively remedy market abuse or failure, or

appropriée — Le refus d'accepter les observations écrites soumises tardivement ne fait pas une entorse à l'équité procédurale, laquelle ne garantit qu'un droit raisonnable de participation à la prise de décisions administratives et non une occasion illimitée d'introduire de nouveaux éléments de preuve.

Il s'agissait de l'appel d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada rejetant la demande d'ordonnance présentée par l'appelante en vertu du paragraphe 138(1) de la *Loi sur les transports au Canada* qui l'autoriserait à circuler sur certaines parties du chemin de fer appartenant au Canadien National (CN). Le paragraphe 138(2) de la Loi accorde à l'Office le pouvoir de rendre une telle ordonnance et d'en imposer les conditions. L'appelante, Ferroequus Railway Company Limited, voulait faire concurrence au CN et au Canadien Pacifique (CP) dans l'acheminement de céréales, des Prairies principalement vers le port sous-utilisé de Prince Rupert. L'Office a refusé de rendre une ordonnance octroyant des droits de circulation à l'appelante parce qu'elle n'avait fourni aucune preuve d'abus ou d'inefficacité du marché attribuable à la conduite des transporteurs de blé canadien de l'Ouest existants, le CN et le CP, ou à un problème au chapitre des tarifs ou des services attribuable au manque de concurrence. L'appelante affirmait que la principale erreur commise par l'Office avait été d'insister pour qu'elle produise des éléments de preuve d'abus ou d'inefficacité du marché ou de problèmes au chapitre des tarifs ou des services actuels, comme condition préalable à la prise en compte de toutes les considérations pertinentes lui permettant de décider s'il était dans l'intérêt public d'exiger du CN qu'il accorde à l'appelante les droits de passage qu'elle demandait.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Il y avait deux erreurs dans la caractérisation que l'appelante a faite du raisonnement de l'Office et selon laquelle une «condition préalable» à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relatif à l'intérêt public serait créée de façon injustifiée. D'abord, cette caractérisation n'était pas compatible avec l'énoncé des motifs de l'Office. L'Office a le pouvoir discrétionnaire de décider de l'importance relative à accorder aux divers aspects d'une affaire. Il n'est pas habituellement du ressort de la cour siégeant en révision de substituer son opinion sur l'importance relative à accorder aux divers aspects pris en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à celle du tribunal administratif spécialisé que le législateur a investi de ce pouvoir. Deuxièmement, la caractérisation n'était pas conforme à la démarche en matière de contrôle judiciaire d'une action administrative que la Cour suprême du Canada a approuvée. Cette dernière a fait une mise en garde quant à la valeur très limitée de l'ancien langage doctrinal du droit administratif qui avait tendance à cerner «une erreur catégorisée ou désignée» dans la décision d'un tribunal. La

dissatisfaction with existing rates or service as a result of the lack of competition before their application is granted. But issues of discretion and statutory interpretation are often intertwined and are not susceptible of surgical separation. The only express legal limitation on the Agency's discretion to grant a running-rights order is that it must have "regard to the public interest". As well the National Transportation Policy guides and structures the Agency's decision.

The elements of the pragmatic and functional analysis were considered to determine the standard of review to be applied to the Agency's decision. Subsection 41(1) of the Act provides a right of appeal from decisions of the Agency to this Court on questions of law and jurisdiction. The existence of a right of appeal is normally an indication that Parliament intended to subject an agency's decisions to relatively close judicial supervision, and it is therefore a factor favouring correctness as the standard of review. However, the right of appeal in question is subject to two significant limitations. First, it is limited to questions of law and jurisdiction and excludes findings of fact. Second, the right of appeal is conditional on the grant of leave by the Court. A right of appeal that may be more restrictive of an individual's access to Court than if the Act had been silent cannot be regarded as much of an indicator that Parliament intended to subject Agency decisions to correctness review. As a specialist agency mandated to regulate an important, varied and complex industry, namely national transportation, the Agency has a high degree of expertise. The appellant's characterization of the question to be decided as one of "pure" law on which no judicial deference is due was difficult to square with the broad discretion given to the Agency by subsection 138(2). The decision of whether to grant to a railway running rights over another's tracks is highly polycentric in nature. It involved balancing the competing interests of shippers and producers on the one hand, and of the existing rail carriers on the other. A consideration of all the elements of the pragmatic and functional analysis pointed to a deferential standard of review. Patent unreasonableness is the appropriate standard of review of a polycentric question concerning the regulation of activities within the mandate of a highly specialized agency.

question à trancher n'était pas une question de droit «pur». La décision de l'Office pourrait faire en sorte que dorénavant, les demandeurs de droits de circulation s'attendent à devoir prouver que l'octroi de droits réglerait effectivement un abus ou une inefficacité du marché, ou un mécontentement au chapitre des tarifs ou des services existants, engendrés par un manque de concurrence avant que leur demande puisse être accordée. Cependant, les questions relatives au pouvoir discrétionnaire et à l'interprétation des règles de droit sont souvent reliées de façon inextricable et on ne peut parler d'une dichotomie stricte. La seule limite que la Loi impose expressément au pouvoir discrétionnaire de l'Office d'octroyer des droits de circulation est qu'il doit «[tenir compte] de l'intérêt public». De même, la Politique nationale des transports sert à guider et à structurer les décisions de l'Office.

La Cour a examiné les éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle afin de déterminer la norme de contrôle qu'il convenait d'appliquer à la décision de l'Office. Le paragraphe 41(1) de la Loi prévoit un droit d'appel des décisions de l'Office devant la Cour sur les questions de droit et de compétence. L'existence d'un droit d'appel indique habituellement que le législateur a assujéti les décisions de l'Office à une supervision judiciaire relativement étroite et il est donc considéré comme un facteur préconisant la norme de contrôle de la décision correcte. Or en l'espèce, le droit d'appel est assujéti à deux restrictions importantes. Premièrement, il porte essentiellement sur des questions de droit et de compétence et nullement sur des conclusions de fait. Deuxièmement, il n'y a droit d'appel que si la Cour l'autorise. Un droit d'appel qui limiterait davantage l'accès d'une personne à la Cour que si la Loi avait été silencieuse ne peut être considéré comme un indice fiable que le législateur avait l'intention de soumettre les décisions de l'Office à la norme de la décision correcte. En tant qu'organisme administratif spécialisé mandaté pour réguler une industrie importante, variée et complexe, notamment le transport au Canada, l'Office possède un haut niveau d'expertise. La caractérisation que fait l'appelante de la question à trancher comme d'une question de droit «pur» à l'égard de laquelle la Cour ne doit faire preuve d'aucune retenue judiciaire cadre difficilement avec l'ampleur du pouvoir discrétionnaire accordé à l'Office par le paragraphe 138(2). La question de savoir s'il convient d'octroyer à une compagnie de chemins de fer des droits de circulation sur les voies d'une autre compagnie est une question hautement polycentrique. Il fallait soupeser les intérêts contradictoires des expéditeurs et des producteurs d'une part, et des transporteurs ferroviaires d'autre part. Un examen de tous les éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle indiquait qu'il convenait d'appliquer une norme de contrôle exigeant la retenue judiciaire. La norme de la décision manifestement déraisonnable s'applique à une question polycentrique liée à la régulation d'activités faisant partie du mandat d'un organisme hautement spécialisé.

Applying that standard, the Agency's reasoning was not so obviously and grievously erroneous that its decision could not be permitted to stand. On the contrary, its analysis was careful, balanced, cogent and detailed, and was properly responsive to the position advanced on behalf of the appellant.

The appellant did not demonstrate a lack of competition, or the effects thereof, that would support a finding the grant of running rights was in the public interest. The Agency committed no reviewable error on the main question, the competition issue. Finally, there was no merit in the appellant's submission that the Agency breached the duty of procedural fairness because it considered the level of compensation that might be awarded as a condition of the grant of running rights or because it refused to accept late written submissions. Procedural fairness guarantees only a reasonable right to participate in administrative decision-making, not a virtually open-ended opportunity to raise additional points or to introduce evidence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5(b), 41(1), 127, 129, 138.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

APPEAL from a decision by the National Transportation Agency dismissing an application made by the appellant under subsection 138(1) of the *Canada Transportation Act* for an order authorizing it to operate over portions of Canadian National track.

Vu cette norme, il n'était pas évident que le raisonnement de l'Office était à ce point erroné que sa décision ne pouvait être maintenue. Au contraire, son analyse avait été faite avec minutie, elle était pondérée, convaincante et détaillée et elle répondait adéquatement à la position avancée pour le compte de l'appelante.

L'appelante n'a pas prouvé un manque de concurrence, ou ses contrecoups, à l'appui d'une conclusion selon laquelle l'octroi de droits de circulation était dans l'intérêt public. L'Office n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire pour ce qui est de la question principale, celle de la concurrence. Finalement, l'argument de l'appelante selon lequel l'Office aurait manqué à l'obligation d'équité procédurale parce qu'il avait tenu compte du niveau d'indemnisation qui pourrait être accordé comme condition à l'octroi de droits de circulation ou qu'il avait refusé d'accepter des mémoires soumis tardivement est sans fondement. L'équité procédurale ne garantit qu'un droit raisonnable de participation à la prise de décisions administratives, et non une occasion virtuellement illimitée de soulever des points additionnels ou d'introduire des éléments de preuve.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 5b), 41(1), 127, 129, 138.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

APPEL d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada rejetant une demande d'ordonnance présentée par l'appelante en vertu du paragraphe 138(1) de la *Loi sur les transports au Canada* l'autorisant à circuler sur certaines parties du

Appeal dismissed.

chemin de fer appartenant au Canadien National. Appel rejeté.

APPEARANCES:

Forrest C. Hume and Louis J. Zivot for appellant.
William J. Kenny, Q.C. and Darin J. Hannaford for respondent Canadian National Railway Company.

Alain Langlois for respondent Canadian Transportation Agency.
Marc W. Shannon for intervener Canadian Pacific Railway Company.

SOLICITORS OF RECORD:

Forrest C. Hume Law Corporation, Vancouver, and *Lang Michener LLP*, Vancouver, for appellant.
Miller Thomson LLP, Edmonton, for respondent Canadian National Railway Company.

Canadian Transportation Agency, Legal Services, Ottawa, for respondent Canadian Transportation Agency.
Canadian Pacific, Legal Services, Calgary, for intervener Canadian Pacific Railway Company.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

[1] EVANS J.A.: The dispute in this case involves a relatively small, but important aspect of the historic and ongoing struggle over freight rates for the transportation of grain from the Prairies to the West Coast ports from which it enters the world market. More particularly, it concerns the role of the enhancement of competition in the exercise of the National Transportation Agency's power to grant a railway company the right to operate over another company's tracks. Although a statutory power to grant running rights has existed for over 80 years, it has never been exercised. Indeed, we are told that this is the first case to test the scope of the Agency's legal authority.

[2] In October 2001, Ferroequus Railway Company Ltd. (FE) applied to the Canadian Transportation Agency

ONT COMPARU:

Forrest C. Hume et Louis J. Zivot pour l'appelante.
William J. Kenny, c.r. et Darin J. Hannaford pour la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, intimée.

Alain Langlois pour l'Office des transports du Canada, intimé.
Marc W. Shannon pour le Canadien Pacifique Limitée, intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Forrest C. Hume Law Corporation, Vancouver, et *Lang Michener LLP*, Vancouver, pour l'appelante.
Miller Thomson LLP, Edmonton, pour la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, intimée.

Office des transports du Canada, Direction générale des services juridiques, Ottawa, pour l'Office des transports du Canada, intimé.
Canadien Pacifique, Services juridiques, Calgary, pour le Canadien Pacifique Limitée, intervenante.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

[1] LE JUGE EVANS, J.C.A.: Le litige en l'espèce porte sur un aspect relativement petit mais important du conflit historique et persistant lié aux tarifs de fret applicables au transport de céréales des Prairies vers les ports de la côte Ouest, d'où elles sont acheminées vers le marché international. Plus particulièrement, il s'agit du rôle que joue l'accroissement de la concurrence dans l'exercice du pouvoir qu'exerce l'Office des transports du Canada d'accorder aux compagnies de chemin de fer le droit de se servir des voies d'une autre compagnie. Même si ce droit de circulation conféré par la loi existe depuis plus de 80 ans, il n'a jamais été exercé. En effet, il semblerait que la présente affaire soit la première fois que l'on mette en cause l'étendue du pouvoir que la loi attribue à l'Office.

[2] En octobre 2001, Ferroequus Railway Company Ltd. (FE) a demandé à l'Office des transports du Canada,

under subsection 138(1) of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, for an order authorizing it to operate over portions of Canadian National (CN) track. It wanted to compete with CN and Canadian Pacific in the carriage of wheat from the Prairies to, principally, the underutilized Port of Prince Rupert. FE's application was strongly supported by the Canadian Wheat Board, the largest shipper of grain in Canada.

[3] Subsection 138(2), which empowers the Agency to make such an order, and to impose conditions on it, provides as follows:

138. . . .

(2) The Agency may grant the right and may make any order and impose any conditions on either railway company respecting the exercise or restriction of the rights as appear just or desirable to the Agency, having regard to the public interest.

Compensation must be paid for any right granted under subsection 138(2) and, if the parties cannot agree to the amount, the Agency may fix it: subsection 138(3).

[4] In a decision rendered on September 10, 2002, the Agency refused to make a running-rights order in favour of FE, principally because FE had adduced no evidence of either market abuse or failure as a result of the conduct of the existing rail carriers of western Canadian wheat, CN and CP, or of a problem with the rates or the service as a result of a lack of competition. FE was granted leave to appeal to this Court from the Agency's rejection of its application.

[5] The following extracts from the lengthy reasons of the majority, found at pages 50 and 53 of the Appeal Book, explain the bases of the Agency's conclusions on the main issue and identify what FE says is the Agency's fundamental error.

A statutory running right is an exceptional remedy. Its exceptional character is supported on many fronts: it is expropriative in nature; there are significant operational

en vertu du paragraphe 138(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, de rendre une ordonnance l'autorisant à exploiter ses wagons sur certaines parties du chemin de fer appartenant au Canadien National. La compagnie voulait livrer concurrence au CN et au Canadien Pacifique dans l'acheminement de céréales des Prairies principalement vers le port sous-utilisé de Prince Rupert. La Commission canadienne du blé, le plus grand expéditeur de céréales au Canada, appuyait fortement la demande de FE.

[3] Le paragraphe 138(2), qui accorde à l'Office le pouvoir de rendre une telle ordonnance et d'en imposer les conditions, est libellé comme suit:

138. [. . .]

(2) L'Office peut prendre l'arrêté et imposer les conditions, à l'une ou à l'autre compagnie, concernant l'exercice ou la limitation de ces droits, qui lui paraissent justes ou opportunes, compte tenu de l'intérêt public.

Une indemnité doit être versée pour les droits que confère le paragraphe 138(2) et, si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur le montant de l'indemnité, l'Office peut le fixer par arrêté: paragraphe 138(3).

[4] Dans une décision rendue le 10 septembre 2002, l'Office a refusé d'acquiescer à la demande de FE, surtout parce que FE n'avait fourni aucune preuve d'abus ou d'inefficacité du marché attribuable à la conduite des transporteurs ferroviaires de blé canadien de l'Ouest existants, le CN et le CP, ou à un problème au chapitre des tarifs ou des services, attribuable au manque de concurrence. FE a obtenu l'autorisation d'en appeler devant la Cour de la décision de l'Office de rejeter sa demande.

[5] Les passages suivants sont tirés des volumineux motifs de la majorité, aux pages 50 et 53 du dossier d'appel. Ils expliquent le fondement des conclusions que l'Office a tirées sur la question principale et ils permettent de cerner l'erreur fondamentale que, de l'avis de FE, l'Office aurait commise.

Un droit de circulation statutaire est un recours exceptionnel. Sa nature exceptionnelle est étayée sur bien des fronts: elle est de nature expropriatrice; il faut s'attendre à de sérieux

problems to be expected in its application; there will likely be a continuing need for regulatory intervention; it may lead to the fragmentation of railway markets; it may create disincentives for the host to invest in infrastructure and may have capital funding implications for the host railway company. As well, there may be other less intrusive remedies available under the law.

It is, therefore, not enough for an applicant to state as grounds for an application that competition will be increased or that railway rates will go down. While this may be the result, there can be an offsetting downside to this on the host carrier and its shippers, both in the catchment area which is subject to the application as well as system wide. There has to be more than simply the enhancement of competition in a market for the section to apply. Section 138 of the CTA does not promote competition for competition's sake.

...

The Agency finds that the principle of competition without actual evidence of market abuse or failure is not sufficient to trigger the application of section 138 of the CTA. First, the public interest under the CTA does not advocate the unidimensional quest for competition and second, the mere potential for market abuse or failure is not sufficient to impose regulated running rights.

...

At a minimum, railway companies that apply to the Agency for running rights under section 138 of the CTA must be able to establish that there is a rate or service problem in the relevant markets, that the problem is related to a lack of adequate and effective competition and that the granting of regulated running rights will either eliminate or alleviate the problem.

...

The above finding alone is sufficient to deny the application. The Agency recognizes, however, that the issue of running rights is one of broad and continuing interest in the transportation community. The Agency also recognizes that the proponents provided a great deal of excellent evidence with respect to FE's proposal. [Emphasis added.]

[6] FE says that the Agency's essential error was its insistence, indicated in the underlined words quoted

problèmes opérationnels au niveau de son application; une intervention réglementaire continuera sans doute de s'imposer; elle risque d'entraîner le morcellement des marchés ferroviaires; elle risque de dissuader la compagnie hôte d'investir dans des infrastructures et peut avoir des répercussions sur le plan du financement des immobilisations pour la compagnie de chemin de fer hôte. Par ailleurs, il se peut qu'il y ait d'autres recours moins importuns en vertu de la loi.

Il ne suffit donc pas qu'un demandeur prétende à l'appui de sa demande que celle-ci contribuera à renforcer la concurrence ou à faire baisser les tarifs ferroviaires. Même si cela peut se produire, cela risque d'être désavantageux pour le transporteur hôte et ses expéditeurs, à la fois dans le secteur desservi faisant l'objet de la demande et sur tout le réseau. Pour que cet article puisse être invoqué, il faut plus qu'un simple renforcement de la concurrence. L'article 138 de la LTC ne se fait pas le promoteur de la concurrence pour l'amour de la concurrence.

[. . .]

L'Office estime que le principe de la concurrence sans preuve réelle d'abus ou d'inefficacité du marché ne suffit pas à faire intervenir l'application de l'article 138 de la LTC. En premier lieu, l'intérêt public en vertu de la LTC ne préconise pas la quête unidimensionnelle de concurrence et, en deuxième lieu, la simple possibilité d'un abus ou d'une inefficacité du marché ne suffit pas à imposer des droits de circulation réglementés.

[. . .]

À titre minimum, les compagnies de chemin de fer qui demandent à l'Office des droits de circulation en vertu de l'article 138 de la LTC doivent être en mesure de prouver qu'il y a un problème au chapitre des tarifs ou des services sur les marchés en question, que le problème a un rapport avec l'absence d'une concurrence suffisante et efficace et que l'octroi des droits de circulation réglementés permettra soit d'éliminer, soit d'atténuer le problème.

[. . .]

Cette constatation est en soi suffisante pour rejeter cette demande. L'Office reconnaît néanmoins que la question des droits de circulation présente un intérêt constant et élevé aux yeux du secteur des transports. L'Office reconnaît par ailleurs que les parties à la demande ont produit une foule de preuves convaincantes au sujet de la proposition de FE. [Non souligné dans l'original.]

[6] FE affirme que la principale erreur commise par l'Office a été d'insister, tel qu'indiqué dans les passages

above, that FE adduce evidence of market failure or abuse, or of a problem with the current rates or service, as a condition precedent to balancing all the relevant considerations in order to determine whether it was in the public interest to impose on CN the running rights requested by FE.

[7] Counsel argued that neither the language of subsection 138(2), nor the previous jurisprudence of the Board or the courts, provides any support for this restricted reading. Indeed, it is contrary to the National Transportation Policy, which is enacted as section 5 of the Act and, among other things, stipulates in paragraph (b) that:

5. . . .

(b) competition and market forces are, whenever possible, the prime agents in providing viable and effective transportation services.

The Agency, counsel submitted, should have regarded section 138 as a measure adopted by Parliament for enhancing competition, together with other provisions in the same part of the Act designed to enhance competition, namely the remedies of interswitching (section 127) and competitive line rates (section 129).

[8] Counsel for FE argued that, in so concluding, the Agency had made a jurisdictional error by importing into the statute a condition precedent to the exercise of its discretion on an application for running rights in which it “may grant the right and may make any order . . . having regard to the public interest.”

[9] Alternatively, if the Court were of the view that the Agency had considered other aspects of the public interest, even though FE had not proved that the grant would effectively remedy an existing market failure or its consequences, FE submitted that the Agency had taken into account irrelevant factors, such as the financial viability of FE. It had also attached a totally inappropriate weight to the absence of evidence of market failure and had consequently given so little

soulignés plus haut, pour que FE produise des éléments de preuve d’abus ou d’inefficacité du marché ou de problèmes au chapitre des tarifs ou des services actuels comme condition préalable à la prise en compte de toutes les considérations pertinentes lui permettant de décider s’il était dans l’intérêt public d’exiger du CN qu’il accorde à FE les droits de circulation qu’elle demandait.

[7] L’avocat de FE a soutenu que ni le libellé du paragraphe 138(2), ni la jurisprudence de la Commission ou des tribunaux, ne corrobore d’aucune façon cette interprétation restrictive. En fait, cette interprétation est contraire à la Politique nationale des transports, laquelle est édictée par l’article 5 de la Loi et qui, entre autres choses, prescrit à l’alinéa b) que:

5. [. . .]

b) la concurrence et les forces du marché soient, chaque fois que la chose est possible, les principaux facteurs en jeu dans la prestation de services de transport viables et efficaces.

L’avocat de FE a fait valoir que l’Office aurait dû considérer l’article 138 comme une mesure adoptée par le Parlement en vue de promouvoir la concurrence, tout comme d’autres dispositions dans la même partie de la Loi sont conçues pour accroître la concurrence, notamment celle sur le recours à l’interconnexion (article 127) et celle sur les prix de lignes concurrentiels (article 129).

[8] L’avocat représentant FE a soutenu qu’en tirant pareille conclusion, l’Office avait commis une erreur de compétence en ajoutant à la loi une condition préalable à l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de trancher une demande de droits de circulation pour laquelle il «peut prendre l’arrêté et imposer les conditions [. . .] compte tenu de l’intérêt public».

[9] Subsidiairement, si la Cour était d’avis que l’Office avait pris en considération d’autres aspects de l’intérêt public, même si FE n’avait pas prouvé que l’octroi de droits de circulation réglerait un problème d’inefficacité du marché existant ou ses répercussions, FE a fait valoir que l’Office avait tenu compte de facteurs non pertinents, comme la viabilité financière de FE. Il avait également accordé une importance démesurée à l’absence de preuve de l’inefficacité du

weight to other relevant factors that it had thereby effectively fettered its ability to exercise its discretion in the light of all relevant aspects of the application.

[10] Counsel summarized FE's position by saying that the question before the Court was a matter of statutory interpretation and therefore a pure question of law within the province of the Court, not the Agency. In FE's submission, the question is whether Parliament intended the Agency to undertake the balancing of factors on a section 138 application after the applicant had established, not only that the grant of running rights would enhance competition in the relevant market by introducing another carrier, but would also effectively remedy an existing market abuse or failure, or a problem with the rates or service that is attributable to the lack of competition.

[11] We do not agree. In our view, there are two flaws in FE's characterization of the Agency's reasoning as creating an unwarranted "condition precedent" to the exercise of its public interest discretion, and as thereby failing to exercise its "jurisdiction" or, at the very least, "fettering" its exercise of discretion.

[12] First, it is inconsistent with the terms of the Agency's reasons. The Agency explicitly rejected (at page 49 of the Appeal Book) the argument of CN and CP that section 138 contained unexpressed pre-conditions to the Agency's consideration of FE's application.

In examining the arguments raised in the present proceedings, the Agency finds that there is no language in section 138 or elsewhere in the CTA that states or establishes any of the pre-conditions to the Agency's consideration of FE's application that have been advanced by CN, CP and others. For example, FE need not prove as a preliminary matter that there has been any breach by anyone of the substantive provisions under the law. Thus, as a jurisdictional question, there is no condition precedent that has to be met on this account. [Emphasis added.]

[13] Having found that FE had not adduced the evidence necessary to establish that the public interest in competition could warrant the grant of running rights, the

marché et il avait accordé si peu d'importance à d'autres facteurs pertinents qu'il avait ainsi entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'examiner tous les aspects pertinents de la demande.

[10] L'avocat de FE a résumé la position de sa cliente en disant que la question dont la Cour est saisie est une question d'interprétation de la loi et donc une pure question de droit relevant de la Cour, et non de l'Office. D'après le mémoire de FE, la question est de savoir si l'intention du législateur était que l'Office évalue les facteurs applicables à une demande présentée en vertu de l'article 138 après que le demandeur eut établi que l'octroi de droits de circulation améliorerait non seulement la concurrence dans le marché concerné en introduisant un autre transporteur, mais qu'en plus, il remédierait efficacement à un abus ou à une inefficacité du marché, ou à un problème au chapitre des tarifs ou des services, attribuable au manque de concurrence.

[11] Nous ne sommes pas de cet avis. Selon nous, il y a deux erreurs dans la caractérisation que FE fait du raisonnement de l'Office et selon laquelle une «condition préalable» à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relatif à l'intérêt public serait créée de façon injustifiée et empêcherait l'Office d'exercer sa «compétence» ou, à tout le moins «entraverait» son pouvoir discrétionnaire.

[12] D'abord, cette caractérisation n'est pas compatible avec l'énoncé des motifs de l'Office. L'Office a explicitement rejeté (à la page 49 du dossier d'appel) l'argument du CN et du CP voulant que l'article 138 contenait implicitement des conditions préalables à l'examen par l'Office de la demande de FE.

En examinant les arguments soulevés dans la présente affaire, l'Office est d'avis que rien dans l'article 138 ou ailleurs dans la LTC ne fixe de conditions préalables à l'examen par l'Office de la demande de FE qui ont été avancées par CN, CP et d'autres. Par exemple, FE n'a pas besoin de prouver comme condition préliminaire que quiconque a enfreint l'une quelconque des dispositions de fond de la loi. Ainsi, à titre de question de compétence, il n'est pas nécessaire de respecter la moindre condition préalable à ce sujet. [Non souligné dans l'original.]

[13] Ayant conclu que FE n'avait pas présenté les éléments de preuve requis pour établir que l'intérêt public en matière de concurrence pouvait justifier

Agency nonetheless analysed other elements of the public interest that had been raised during the hearing. To the extent that some of these considerations may have been legally irrelevant to the Agency's exercise of its discretion, which we do not decide, they were not material to the Agency's decision and thus could not justify allowing the appeal.

[14] The answer to counsel's allegation that the Agency attached too little weight to other factors that were relevant is that the question of relative weight to be afforded to the various considerations is a matter within the Agency's discretion. It is not normally the business of a reviewing court to substitute its view of the relative weight to be attributed to various factors considered in the exercise of discretion for that of the specialist administrative agency to which Parliament has entrusted the task: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 37. In any event, it seems clear that FE itself regarded the public interest in competition as the most important factor favouring the grant of running rights.

[15] Second, FE's characterization of the Agency's errors is out of step with the approach to judicial review of administrative action endorsed by the Supreme Court of Canada, especially in some of its more recent pronouncements on the centrality of the pragmatic and functional analysis in defining the roles of specialist agency and reviewing court in administering and implementing a statutory regulatory scheme.

[16] In particular, the Court has warned of the very limited value of the old doctrinal language of administrative law, which tended to identify "a categorical or nominate error" in a tribunal's decision and "to slot a particular issue into a pigeon hole of judicial review and, on this basis, demand correctness from the decision-maker"; such an approach can "no longer dictate the journey": *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraphs 22,

l'octroi de droits de circulation, l'Office a néanmoins analysé d'autres aspects de l'intérêt public qui avaient été soulevés pendant l'audience. Sans statuer sur ce point, même si certaines de ces considérations pourraient ne pas être pertinentes quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Office, elles n'ont pas eu un effet déterminant sur la décision de l'Office et elles ne pourraient donc justifier qu'on accueille l'appel.

[14] En réponse à l'allégation de l'avocat de FE selon laquelle l'Office aurait accordé trop peu d'importance à d'autres facteurs pertinents, rappelons que l'Office a le pouvoir discrétionnaire de décider de l'importance relative à accorder aux divers aspects d'une affaire. Il n'est pas habituellement du ressort de la cour siégeant en révision de substituer son opinion sur l'importance relative à accorder aux divers aspects pris en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'opinion du tribunal administratif spécialisé que le législateur a investi de ce pouvoir: *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 37. Quoi qu'il en soit, il semble que FE elle-même ait jugé que l'intérêt public en matière de concurrence était le facteur le plus important en faveur de l'octroi de droits de circulation.

[15] Deuxièmement, la façon dont FE a caractérisé l'erreur de l'Office n'est pas conforme à la démarche en matière de contrôle judiciaire d'une action administrative que la Cour suprême du Canada a approuvée, surtout dans le cadre de jugements qu'elle a prononcés récemment sur le caractère essentiel de l'analyse pragmatique et fonctionnelle quand il s'agit de définir les rôles des organismes spécialisés et des cours de révision dans l'administration et la mise en œuvre d'un régime de régulation prévu par la loi.

[16] Plus particulièrement, la Cour suprême a fait une mise en garde quant à la valeur très limitée de l'ancien langage doctrinal du droit administratif qui avait tendance à cerner «une erreur catégorisée ou désignée» dans la décision d'un tribunal et à «classer une question donnée dans une catégorie précise de contrôle judiciaire et [à] exiger sur ce fondement que le décideur ait rendu une décision correcte»; ce genre d'approche «ne dicte [. . .] plus le cheminement»: *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1

24 and 25 (*per* McLachlin C.J.C.).

[17] I would include “exceeding jurisdiction”, and taking into account the “irrelevant” and ignoring the “relevant” in the list of terms that are long past their “best before date”, even if they were not already spoiled when they were first used to stock the shelves of the law of judicial review. None addresses the central question in judicial review, namely, the appropriate definition of the decision-making roles to be assigned respectively to the specialist agency and the reviewing court.

[18] We also disagree with FE’s contention that the question to be decided is a “pure” question of law. True, the Agency’s conclusion is likely to be of some precedential importance and is not confined to the facts of this case. As a result of the Agency’s decision in the present case, subsequent applicants for running rights may expect the Agency to dismiss their application if they do not demonstrate that the grant would effectively remedy market abuse or failure, or dissatisfaction with existing rates or service as a result of the lack of competition.

[19] However, as L’Heureux-Dubé J. recognized in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 54, issues of discretion and statutory interpretation are often inextricably intertwined and are not susceptible of surgical separation. The statutory context of the Agency’s decision in this case strikingly illustrates the truth of this observation.

[20] First, the open-ended language of subsection 138(2) defining the Agency’s legal powers is redolent of discretion. The only express legal limitation on the Agency’s discretion to grant a running-rights order is that it must have “regard to the public interest.”

R.C.S. 226, aux paragraphes 22, 24 et 25 (la juge en chef McLachlin).

[17] J’ajouterais à la liste des expressions dont la date de consommation recommandée est périmée depuis longtemps «outrepassé sa compétence» et tenir compte de facteurs «non pertinents» et ne pas tenir compte des éléments «pertinents», même si elles n’étaient pas avariées à l’origine quand on les a utilisées pour garnir les étalages du droit en matière de contrôle judiciaire. Aucune de ces expressions n’aborde la question centrale du contrôle judiciaire, notamment la définition adéquate des rôles que doivent jouer respectivement l’organisme spécialisé et la cour siégeant en révision dans la prise de décisions.

[18] Nous ne partageons pas non plus l’opinion de FE quand elle prétend que la question à trancher est une question de droit «pur». Il est vrai que la conclusion de l’Office aura vraisemblablement une certaine importance jurisprudentielle et qu’elle ne se limite pas aux faits de l’affaire. En effet, la décision de l’Office pourrait faire en sorte que dorénavant, les demandeurs de droits de circulation s’attendent à ce que l’Office rejette leur demande s’ils n’arrivent pas à prouver que l’octroi de droits réglerait effectivement un abus ou une inefficacité du marché, ou un mécontentement au chapitre des tarifs ou des services existants, engendrés par le manque de concurrence.

[19] Cependant, comme la juge L’Heureux-Dubé l’a affirmé dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 54, les questions relatives au pouvoir discrétionnaire et à l’interprétation des règles de droit sont souvent reliées de façon inextricable et on ne peut parler d’une dichotomie stricte. Le contexte légal entourant la décision de l’Office dans cette affaire illustre brillamment le bien-fondé de cette observation.

[20] Premièrement, le libellé non limitatif du paragraphe 138(2) où sont définis les pouvoirs que la Loi confère à l’Office est empreint de discrétion. La seule limite que la Loi impose expressément au pouvoir discrétionnaire de l’Office d’octroyer des droits de circulation est qu’il doit tenir compte «de l’intérêt public».

[21] Second, it is common ground that the factors to which the Agency must have regard when determining whether the grant of running rights is in the public interest are contained in the National Transportation Policy. This Policy both informs and, because of its statutory base, imposes a legal limitation on, the Agency's exercise of discretion.

[22] However, since the Policy expresses the often competing considerations that the Agency must balance when making a particular decision, it inevitably operates at a level of some generality and does no more than guide and structure the Agency's exercise of discretion in any given fact situation. Thus, it imposes a relatively soft legal limit on the Agency's exercise of power, in the sense that it will rarely dictate a particular result in any particular case.

[23] Having set out the parameters of our approach to the central issue in dispute in this case, we turn now to a consideration of the elements of the pragmatic and functional analysis to determine the standard of review to be applied to the Agency's decision.

[24] First, Parliament has provided a right of appeal from decisions of the Agency to this Court on questions of law and jurisdiction: subsection 41(1). The existence of a right of appeal is normally to be regarded as an indication that Parliament intended to subject an agency's decisions to relatively close judicial supervision, and therefore as a factor favouring correctness as the standard of review.

[25] We do not disagree with this as a general proposition. However, we would also note that the right of appeal in question here is subject to two significant limitations that may cast some doubt on the extent to which it should be regarded as a positive indication of review for correctness. First, it is limited to questions of law and jurisdiction and excludes findings of fact. Second, the right of appeal is conditional on the grant of leave by the Court.

[21] Deuxièmement, il est bien établi que les facteurs dont l'Office doit tenir compte quand il décide si l'octroi de droits de circulation est dans l'intérêt public sont énoncés dans la Politique nationale des transports. Cette Politique jalonne de balises l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Office et, parce qu'elle est inscrite dans la Loi, elle impose également une limite légale à ce pouvoir.

[22] Cependant, étant donné que la Politique porte sur des considérations souvent contradictoires que l'Office doit concilier quand il rend une décision, elle agit inévitablement à un niveau assez général et ne sert qu'à guider et à structurer l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Office, quelle que soit la situation de fait. Elle impose donc une limite légale relativement souple à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Office, en ce sens qu'elle lui dicte rarement comment trancher une affaire en particulier.

[23] Maintenant que nous avons établi les paramètres dont nous nous servirons pour aborder la question qui est au cœur du présent litige, nous tournons notre attention vers les éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle afin de déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à la décision de l'Office.

[24] Premièrement, le législateur a prévu un droit d'appel des décisions de l'Office devant la Cour sur les questions de droit et de compétence: paragraphe 41(1). L'existence d'un droit d'appel indique habituellement que le législateur a assujéti les décisions de l'Office à une supervision judiciaire relativement étroite et il est donc considéré comme un facteur préconisant la décision correcte comme la norme de contrôle.

[25] Dans l'ensemble, nous ne désapprouvons pas cette position. Nous ferons cependant remarquer que le droit d'appel dont il est question ici est assujéti à deux restrictions importantes qui peuvent semer le doute quant à la mesure où il faut y voir une indication positive que la norme de la décision correcte s'impose. Premièrement, le droit d'appel porte essentiellement sur des questions de droit et de compétence et nullement sur des conclusions de fait. Deuxièmement, il n'y a droit d'appel que si la Cour l'autorise.

[26] In both these respects, a person wishing to appeal a decision of the Agency is worse off than a person who can apply for judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8 s. 27] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. And, it has been held, statutory silence on access to the Court is a neutral factor in the pragmatic and functional analysis: *Dr. Q*, at paragraph 27. In such cases, a federal administrative agency is reviewable on the apparently somewhat broader grounds contained in section 18.1 of the *Federal Court Act*. Hence, it is difficult to accept that a right of appeal that may be more restrictive of an individual's access to the Court than if the Act had been silent can be regarded as much of an indicator of a legislative intention that the Court should subject to Agency decisions to correctness review.

[27] It is common ground that, as a specialist administrative agency mandated to regulate an important, varied and complex industry, namely national transportation, the Agency has a high degree of expertise. In this respect, it is like other economic regulatory federal and provincial agencies. More controversial, however, as we have already indicated, is the proper characterization of the issue in dispute in this case, and the extent to which it falls within the Agency's expertise.

[28] The principal question in dispute in this case, according to FE, is a purely legal question: whether an application under section 138 can be dismissed because the applicant has provided no evidence of either market failure or abuse, or of a problem with the rates or services arising from a lack of competition that would be effectively remedied by the grant of running rights.

[29] In our view, however, to assert that this question can be divorced from an understanding of transportation policy or discretion runs counter to the symbiotic relationship of law and policy in public administration, and to the role of specialist agencies charged with the task of administering a regulatory scheme under legislation that does not purport to identify and solve the

[26] Dans un cas comme dans l'autre, une personne qui souhaite en appeler d'une décision de l'Office est en plus mauvaise posture qu'une personne qui peut présenter une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. De plus, on a statué que le silence du législateur sur l'accès à la Cour est un facteur neutre dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle: *Dr Q*, au paragraphe 27. En pareil cas, la décision d'un organisme administratif fédéral peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire pour des motifs apparemment plus généraux énoncés à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Par conséquent, il est difficile d'accepter qu'un droit d'appel qui limiterait davantage l'accès d'une personne à la Cour que si la Loi avait été silencieuse puisse être considéré comme un indice fiable que l'intention du législateur était que la Cour soumette les décisions de l'Office à la norme de la décision correcte.

[27] Il est établi qu'en tant qu'organisme administratif spécialisé mandaté pour réguler une industrie importante, variée et complexe, notamment le transport au Canada, l'Office possède un haut niveau d'expertise. À cet égard, il n'est pas différent des autres organismes fédéraux et provinciaux de régulation économique. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, ce qui prête plus à controverse est la façon appropriée de caractériser le litige en cause et de décider dans quelle mesure il relève de la compétence de l'Office.

[28] Selon FE, la principale question en litige dans la présente affaire est une pure question de droit, à savoir si une demande présentée en vertu de l'article 138 peut être rejetée parce que le demandeur n'a fourni aucune preuve d'abus ou d'inefficacité du marché ou de problème lié aux tarifs ou aux services en raison du manque de concurrence, lesquels problèmes seraient réglés si les droits de circulation étaient octroyés.

[29] Affirmer toutefois que cette question peut être tranchée sans posséder une compréhension de la politique des transports ou de l'exercice du pouvoir discrétionnaire va à l'encontre de la relation symbiotique qui existe entre le droit et la politique en matière d'administration publique, ainsi que du rôle des organismes spécialisés dont la tâche est d'administrer un

myriad, complex and unforeseeable problems that will arise before the Agency on a case-by-case basis.

[30] FE's characterization of the question to be decided as one of "pure" law on which no judicial deference is due is very difficult to square with the broad discretion given to the Agency by subsection 138(2). For, as the Supreme Court has noted, the breadth of a statutory discretion is an indication that judicial deference is called for when a court is reviewing an agency's decision made pursuant to that discretion. If Agency expertise in the regulation of railways and carriage by rail is not engaged in deciding when competition concerns could warrant a grant of running rights in the public interest, it is difficult to know when it would be.

[31] It is also important to note that the decision of whether to grant to a railway running rights over another's tracks is highly polycentric in nature. On the facts of this case, it involved balancing the competing interests of shippers and producers on the one hand, and of the existing rail carriers on the other. The broader ramifications of the decision, and the range of interests potentially affected, are indicated by the nature and number of the interveners before the Agency. They included CP, whose interests were not directly at stake, railway employees and retirees, the Canadian Wheat Board, the Commissioner of Competition, the operators of grain elevators, a coal company, and the Port of Prince Rupert.

[32] In our view, a consideration of all the elements of the pragmatic and functional analysis discussed above points clearly to a deferential standard of review. Indeed, despite the absence of a preclusive clause and the presence of a limited right of appeal, we agree with the position taken at the hearing by counsel for CN, CP and the Agency itself. Patent unreasonableness is the

régime régulateur dans le cadre d'une loi qui ne prétend pas cerner et régler la myriade de problèmes complexes et imprévisibles dont l'Office est saisi et sur lesquels il doit se prononcer au cas par cas.

[30] De l'avis de FE, il s'agit d'une question de droit «pur» et la Cour ne doit faire preuve d'aucune retenue judiciaire. Cette caractérisation cadre très difficilement avec l'ampleur du pouvoir discrétionnaire accordé à l'Office par le paragraphe 138(2). En effet, comme la Cour suprême l'a fait remarquer, l'étendue du pouvoir discrétionnaire que confère la loi est une indication que la cour siégeant en révision doit faire preuve de retenue judiciaire quand elle procède au contrôle judiciaire de la décision d'un organisme qui l'a rendue en vertu de ce pouvoir discrétionnaire. Si l'on ne peut faire appel à l'expertise de l'Office en matière de régulation des chemins de fer et du transport par chemin de fer pour décider si des problèmes de concurrence peuvent justifier l'octroi de droits de circulation dans l'intérêt public, alors quand pourra-t-on le faire?

[31] Il est également important de noter que la question de savoir s'il convient d'octroyer à une compagnie de chemins de fer des droits de circulation sur les voies d'une autre compagnie est une question hautement polycentrique. En l'espèce, il a fallu soupeser les intérêts contradictoires des expéditeurs et des producteurs d'une part et des transporteurs ferroviaires d'autre part. D'ailleurs, l'étendue des répercussions de la décision ainsi que les nombreux intérêts sur lesquels elle pourrait avoir une incidence sont reflétés par la nature et le nombre des intervenants qui ont comparu devant l'Office, entre autres: le CP, dont les intérêts n'étaient pas directement touchés, des employés des chemins de fer en poste ou à la retraite, la Commission canadienne du blé, le Commissaire à la concurrence, les exploitants de silos à céréales, une compagnie charbonnière et des représentants du port de Prince Rupert.

[32] À notre avis, un examen de tous les éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle mentionnés plus haut indique clairement qu'il convient d'appliquer une norme de contrôle exigeant la retenue judiciaire. En effet, en dépit de l'absence d'une clause limitative et de la présence d'un droit d'appel limité, nous sommes d'accord avec la position prise pendant l'audience par les

appropriate standard of review of a polycentric question concerning the regulation of activities within the mandate of a highly specialized agency, and lies closer to the discretion than to the law end of the spectrum.

[33] It remains to apply that standard to the decision under review. Counsel for FE did not argue that if, contrary to their submissions, correctness was not the standard of review, the appeal should be allowed because the Agency's decision was unreasonable. Indeed, in our view, it could not plausibly be maintained that the Agency's reasoning was so obviously and grievously erroneous that its decision cannot be permitted to stand. On the contrary, the Agency's analysis is careful, balanced, cogent and detailed, and was properly responsive to the position advanced on behalf of FE.

[34] In particular, it is difficult to take issue with the rationality of the Agency's principal reason for concluding that FE had not demonstrated a lack of competition, or the effects thereof, that would support a finding that the grant of running rights was in the public interest. I can do no better than to reproduce again what the Agency said at page 50 of the Appeal Book.

A statutory running right is an exceptional remedy. Its exceptional character is supported on many fronts: it is expropriative in nature; there are significant operational problems to be expected in its application; there will likely be a continuing need for regulatory intervention; it may lead to the fragmentation of railway markets; it may create disincentives for the host to invest in infrastructure and may have capital funding implications for the host railway company. As well, there may be other less intrusive remedies available under the law.

[35] The fact that one member of the Agency entered a vigorous dissent does not throw into doubt the rationality of the majority's reasoning. That a rational case can be made for reaching the opposite conclusion from that reached by a majority does not demonstrate the

avocats représentant le CN, le CP et l'Office lui-même. C'est la norme de la décision manifestement déraisonnable qui s'applique à une question polycentrique liée à la régulation d'activités faisant partie du mandat d'un organisme hautement spécialisé, cette norme s'approchant davantage du pouvoir discrétionnaire que de l'autre extrémité de la gamme, soit celle du droit.

[33] Il reste à appliquer cette norme à la décision qui fait l'objet du contrôle. L'avocat représentant FE n'a pas affirmé que si, contrairement à ses arguments, la décision correcte ne s'appliquait pas comme norme, l'appel devait être accueilli parce que la décision de l'Office était déraisonnable. À notre avis, on ne peut soutenir de façon plausible qu'il était évident que le raisonnement de l'Office était à ce point erroné que sa décision ne peut être maintenue. Au contraire, l'analyse de l'Office a été faite avec minutie, elle est pondérée, convaincante et détaillée, et elle répond adéquatement à la position avancée pour le compte de FE.

[34] Plus particulièrement, il est difficile de contester le bien-fondé du motif principal invoqué par l'Office selon lequel FE n'avait pas prouvé un manque de concurrence, ou ses contrecoups, à l'appui d'une conclusion selon laquelle l'octroi de droits de circulation était dans l'intérêt public. Je ne puis faire mieux que reprendre ce que l'Office a affirmé, à la page 50 du dossier d'appel.

Un droit de circulation statutaire est un recours exceptionnel. Sa nature exceptionnelle est étayée sur bien des fronts: elle est de nature expropriatrice; il faut s'attendre à de sérieux problèmes opérationnels au niveau de son application; une intervention réglementaire continuera sans doute de s'imposer; elle risque d'entraîner le morcellement des marchés ferroviaires; elle risque de dissuader la compagnie hôte d'investir dans des infrastructures et peut avoir des répercussions sur le plan du financement des immobilisations pour la compagnie de chemin de fer hôte. Par ailleurs, il se peut qu'il y ait d'autres recours moins importuns en vertu de la loi.

[35] Le fait qu'un membre de l'Office ait désapprouvé fortement la décision de la majorité ne remet pas en question le bien-fondé du raisonnement de la majorité. Faire valoir des arguments rationnels à l'appui d'une conclusion contraire à celle de la majorité ne prouve pas

irrationality of the majority's view. Indeed, for what it is worth, we note that another member of the Agency gave concurring reasons, on the ground that the majority did not go far enough.

[36] Our conclusion that the Agency committed no reviewable error on the main question, the competition issue, effectively subsumes the argument made by FE that the Agency ignored relevant factors and took into account the irrelevant. We therefore need say nothing about them.

[37] Finally, FE submitted that the Agency breached the duty of procedural fairness in two respects. First, in the course of considering the financial viability of FE and the reliability of its business plan, the Agency took into consideration the level of compensation that might be awarded as a condition of the grant of running rights. Counsel argued that this was unfair. Because the Agency had stated previously that it would only consider the question of compensation if and when it decided to grant the section 138 application, counsel for FE was not prepared to properly address the Agency on this issue.

[38] In our view, there is no merit in this point, for three reasons. First, the Agency was entitled to dismiss the application because FE had not demonstrated that the grant of running rights was warranted on the principal ground advanced by FE, namely, enhanced competition. Consequently, the financial viability of FE could not in itself justify the grant of running rights, although doubts on this score might have conceivably counted against it if it had established grounds for granting its application.

[39] Second, what the Agency said (at page 57 of the Appeal Book) about compensation and FE's financial viability seems to us to be so obvious and completely unexceptionable that it hardly constitutes a finding adverse to FE on which it ought to have been heard at greater length, after an adjournment:

The Agency is of the view that it would be inappropriate to determine or prejudge at this time what exact elements should

que l'opinion de la majorité était irrationnelle. Par ailleurs, soit dit en passant, nous remarquons qu'un autre membre de l'Office a prononcé des motifs concourants portant que la majorité n'était pas allée assez loin dans son raisonnement.

[36] Notre conclusion selon laquelle l'Office n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire pour ce qui est de la question principale, celle de la concurrence, écarte effectivement l'argument de FE voulant que l'Office n'ait pas tenu compte d'éléments pertinents et qu'il ait tenu compte d'éléments dénués de pertinence. Nul besoin de dire quoi que ce soit à ce sujet.

[37] Finalement, FE a fait valoir que l'Office avait manqué à l'obligation d'équité procédurale à deux égards. Premièrement, quand il a examiné la viabilité financière de FE et la fiabilité de son plan d'affaires, l'Office a tenu compte du niveau d'indemnisation qui pourrait être accordé comme condition à l'octroi de droits de circulation. L'avocat de FE a soutenu que cela était injuste parce que l'Office avait déclaré antérieurement qu'il n'examinerait la question de la compensation que s'il décidait de faire droit à la demande présentée en vertu de l'article 138. L'avocat de FE n'était donc pas adéquatement préparé à répondre à l'Office sur cette question.

[38] À notre avis, ce point est sans fondement, et ce pour trois raisons. Premièrement, l'Office était autorisé à rejeter la demande parce que FE n'avait pas prouvé que l'octroi de droits de circulation était justifié pour le motif principal avancé par FE, notamment, l'accroissement de la concurrence. Par conséquent, la viabilité financière de FE ne pouvait en soi justifier l'octroi de droits de circulation, encore que des doutes à cet égard auraient pu jouer contre elle si elle avait établi des motifs d'acceptation de sa demande.

[39] Deuxièmement, ce que l'Office a dit (à la page 57 du dossier d'appel) au sujet de l'indemnisation et de la viabilité financière de FE nous semble tellement évident et anodin qu'il ne peut s'agir d'une conclusion défavorable à FE sur laquelle elle aurait dû être entendue de façon plus approfondie, après un ajournement:

L'Office est d'avis qu'il est inopportun pour l'instant de s'interroger sur ou de déterminer quels éléments précis doivent

form the compensation fee or at what level such fees should be set. In this context, the Agency finds that if FE's assumed expense for reimbursing CN for use of its trackage were lower than the access fee ultimately paid to CN, this would have a further negative impact on FE's earnings expectations.

[40] Third, counsel conceded that, while he objected at the time to the Board's considering compensation, he did not request an adjournment so that he could participate effectively on the issue. In our view, having missed this opportunity, FE cannot now argue that it was denied procedural fairness because the level of compensation was raised unexpectedly and tangentially in the course of the hearing on FE's financial viability.

[41] The second fairness argument is that the Agency breached the duty to be procedurally fair when it refused to accept written submissions made by FE after the date for submitting further material had passed. FE argued that the public interest nature of Agency proceedings means that the Agency should not confine itself to considering material submitted at the hearing, but should be prepared to entertain late submissions, up until the time that it was ready to render its decision.

[42] Again, in our view this point lacks any merit. FE wished to make late written submissions on the conditions that the Agency might impose on the grant of running rights in order to respond to the concerns expressed during the hearing by those opposing the section 138 application. Indeed, it might well have been unfair to the other parties if the Agency had considered FE's late submissions without reopening the oral hearing to allow for cross-examination and for oral submissions to be made in response. This would cause further delays. If, as FE suggested, the Agency was bound to accept written submissions at any time before it rendered its decision, the hearing might never end.

faire partie des droits d'indemnisation ou sur le niveau de ces droits. À cet égard, l'Office estime que, si les frais présumés par FE au titre du remboursement de CN pour l'utilisation de ses voies sont inférieurs aux droits d'accès devant être versés à CN, cela aura d'autres effets néfastes sur les recettes escomptées par FE.

[40] Troisièmement, l'avocat de FE a reconnu que, bien qu'il se soit opposé à ce moment-là au fait que la Commission envisage une indemnité, il n'a pas demandé d'ajournement afin de pouvoir participer efficacement à l'audience sur cette question. À notre avis, puisqu'elle a raté cette occasion, FE ne peut maintenant soutenir qu'elle n'a pas pu bénéficier de l'équité procédurale parce que la question du montant de l'indemnité a été soulevée soudainement et de façon incidente au cours de l'instance alors qu'il était question de la viabilité financière de FE.

[41] Le deuxième argument concernant l'équité est que l'Office a violé l'obligation d'équité procédurale quand il a refusé d'accepter les observations écrites que FE a soumises après l'expiration du délai fixé pour le dépôt des observations supplémentaires. FE a soutenu que, par définition, les instances de l'Office sont axées sur l'intérêt public et que, de ce fait, il ne devrait pas se limiter à examiner le matériel qui lui est soumis à l'audience, mais qu'il devrait être disposé à envisager des mémoires soumis tardivement, jusqu'au moment où il est prêt à rendre sa décision.

[42] Là encore, à notre avis, ce point est sans fondement. FE souhaitait présenter tardivement des observations écrites sur les conditions que l'Office aurait pu imposer à l'octroi de droits de circulation et calmer ainsi les craintes exprimées pendant l'audience par les parties qui s'opposaient à la demande présentée en vertu de l'article 138. En fait, l'Office aurait bien pu commettre une injustice envers les autres parties s'il avait accepté les mémoires soumis tardivement par FE sans procéder à la réouverture de l'audience afin de permettre un contre-interrogatoire et la présentation d'arguments de vive voix en réponse. Cela aurait entraîné d'autres retards. Si, comme le recommande FE, l'Office devait accepter les mémoires soumis n'importe quand avant de rendre sa décision, l'audition de la demande n'en finirait plus.

[43] Procedural fairness guarantees only a reasonable right to participate in administrative decision-making, not a virtually open-ended opportunity to raise additional points or to introduce evidence. It does not eliminate an agency's ability to control its own process. That would be a recipe for administrative grid-lock.

[44] For all these reasons, the appeal will be dismissed with costs payable by FE to CN.

[43] L'équité procédurale ne garantit qu'un droit raisonnable de participation à la prise de décisions administratives, et non une occasion virtuellement illimitée de soulever des points additionnels ou d'introduire des éléments de preuve. Par ailleurs, un organisme a toujours le pouvoir de contrôler sa façon de procéder et d'éviter ainsi une impasse administrative.

[44] Pour tous ces motifs, l'appel sera rejeté avec dépens payables par FE au CN.

T-1140-01
2003 FC 1397

T-1140-01
2003 CF 1397

The Blood Band (*Applicant*)

v.

Her Majesty the Queen in right of Canada as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development (*Respondent*)

INDEXED AS: BLOOD BAND v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (F.C.)

Federal Court, Lemieux J.—Calgary, April 8; Ottawa, November 28, 2003.

Access to Information — Indian Band seeking judicial review of DIAND decision to release to requestor documents relevant to land claims case — Given Access to Information Act, s. 27 third party notice of intention to release — Band objecting under Act, s. 28(2) — Band's position: documents prepared in contemplation of litigation, conduct of action, settlement negotiations impeded by disclosure — Band invoking s. 20(1)(b), (c), (d) exemptions — Judicial review converted to s. 44 review, application allowed — Settlement privilege — Litigation privilege — Review, exposition of relevant principles — As s. 44 review comparable to trial de novo, Court must reach own conclusions on evidence — For third party exemption, must show reasonable expectation of probable harm — Evidence required to establish — Settlement negotiations crux of matter — Recognized by law as worthy of protection — Within s. 20(1)(d), not covered by s. 20(3) solicitor-client exemption — Must show disclosure reasonably expected to interfere with settlement negotiations — Documents in entirety exempt under s. 20(1)(d) — If process opened to outside intervention by disclosure, DIAND, Band would lose control of situation — Access Coordinator mistaken in view disclosure of "historical facts" not prejudicial to Band as was very evidence relied on by Band.

Native Peoples — Lands — Indian Band seeking judicial review of DIAND decision to sever, release documentation

La bande des Blood (*demanderesse*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ: BANDE DES BLOOD c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (C.F.)

Cour fédérale, juge Lemieux—Calgary, 8 avril; Ottawa, 28 novembre 2003.

Accès à l'information — Une bande indienne sollicite le contrôle judiciaire de la décision du MAINC portant sur la divulgation de documents demandés qui portent sur sa revendication territoriale — La bande a reçu un avis aux tiers de l'intention de donner communication, en vertu de l'art. 27 de la Loi sur l'accès à l'information — La bande a présenté ses objections en vertu de l'art. 28(2) — La position de la bande: les documents ont été préparés dans le cadre d'un litige, et leur divulgation pourrait entraver le déroulement de cette action ainsi que toute négociation en vue d'un règlement — La bande a invoqué les exemptions prévues à l'art. 20(1)b, c) et d) — Contrôle judiciaire transformé en demande en vertu de l'art. 44; demande accueillie — Privilège lié aux négociations — Privilège lié aux procédures judiciaires — Examen et énoncé des principes applicables — Dans un examen en vertu de l'art. 44, semblable à un procès de novo, la Cour doit tirer ses propres conclusions au vu de la preuve — Pour se prévaloir des exemptions prévues pour les tiers, il faut démontrer un risque vraisemblable de préjudice probable — Preuve nécessaire à cette démonstration — Les négociations en vue d'un règlement sont au cœur de l'affaire — Ce privilège est reconnu en droit comme digne de protection — Couvert par l'art. 20(1)d, non par l'exemption pour le secret professionnel des avocats prévue à l'art. 20(3) — Il faut apporter la preuve que la communication pourrait vraisemblablement entraver des négociations en vue d'un règlement — Les documents dans leur entier relèvent de l'exemption prévue à l'art. 20(1)d — En ouvrant le processus à une intervention extérieure, la bande et le MAINC n'auraient plus le contrôle de la situation — Le coordonnateur de l'accès avait tort de croire que la divulgation de «faits historiques» ne causerait pas de préjudice à la bande, puisqu'il s'agit là de la preuve même que la bande déclare nécessaire pour obtenir gain de cause.

Peuples autochtones — Terres — Une bande indienne sollicite le contrôle judiciaire de la décision du MAINC

relevant to land claim — Band objecting on grounds prepared in contemplation of litigation, disclosure could impede prosecution of action, settlement negotiations — In main action, Band asserting Crown failed to allocate sufficient lands due to population miscalculation — Court considering relevant Access to Information Act principles — Disclosure would result in Band, DIAND losing control of process — Wrong to say disclosure of “historical facts” not prejudicing Band’s case as was very evidence relied upon.

An Indian Band sought judicial review of a Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND) decision to sever and release parts of documents requested in respect of the Band’s land claim. The Departmental Access Coordinator identified three documents as relevant and sent the Band an *Access to Information Act*, section 27 third party notice of intention to release. The Band objected under Act, subsection 28(2). As to the first two documents, the 1994 historical report and the 1996 land claim submission, the Band said that they were prepared in contemplation of litigation against the Crown and that their disclosure could impede both prosecution of the action and settlement negotiations. It was further submitted that they were furnished to DIAND as part of without prejudice settlement negotiations and that release could impair settlement efforts. The Band accordingly invoked the paragraphs 20(1)(b), (c) and (d) exemptions. The final document was a DIAND report and the Band argued that, as it was relevant to ongoing litigation, disclosure would interfere with the lawsuit and negotiations.

The Access Coordinator nevertheless determined that the consultant’s 91-page historical report should be disclosed in its entirety save for its conclusions, stated on two pages. On the other hand, the 183-page land claims submission would not be released except for the cover page and pages 1 to 20, which contained historical data. Finally, the Access Coordinator said that the DIAND report contained factual information and should, with several portions severed, be released.

In the main action, the Band asserted that the Crown failed to set aside sufficient reserve lands due to a miscalculation of the Band’s population.

portant sur le prélèvement et la divulgation de documents qui portent sur sa revendication territoriale — La bande a présenté ses objections: les documents ont été préparés dans le cadre d’un litige, et leur divulgation pourrait entraver le déroulement de cette action ainsi que toute négociation en vue d’un règlement — Dans l’action principale, la bande déclare que la Couronne n’avait pas réservé une superficie suffisante pour la réserve, suite à un mauvais dénombrement de sa population — La Cour a examiné les principes pertinents de la Loi sur l’accès à l’information — La divulgation ferait que la bande et le MAINC n’auraient plus le contrôle de la situation — Il est erroné de dire que la divulgation de «faits historiques» ne causerait pas de préjudice à la bande, puisqu’il s’agit là de la preuve même que la bande déclare nécessaire pour obtenir gain de cause.

Une bande indienne sollicite le contrôle judiciaire de la décision du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) portant sur le prélèvement et la divulgation d’extraits de documents demandés qui portent sur la revendication territoriale de la bande des Blood. Le coordonnateur de l’accès du MAINC a identifié trois documents pertinents à la demande et elle a envoyé à la bande un avis aux tiers de son intention de donner communication des documents, en vertu de l’article 27 de la *Loi sur l’accès à l’information*. La bande a présenté ses objections, en vertu du paragraphe 28(2) de la Loi. S’agissant des deux premiers documents, le rapport historique de 1994 et la revendication territoriale de 1996, la bande a indiqué qu’ils avaient été préparés dans le cadre d’un litige contre la Couronne, et que leur divulgation pourrait entraver le déroulement de cette action ainsi que toute négociation en vue d’un règlement. De plus, ils ont été transmis au MAINC dans le cadre de négociations sans préjudice en vue d’un règlement et leur divulgation pouvait entraver les efforts de règlement. La bande a donc invoqué les exemptions prévues aux alinéas 20(1)(b), (c) et (d) de la Loi. Le dernier document est un rapport préparé par le MAINC, et la bande soutient que ce document est pertinent au litige entre les parties et que sa divulgation pouvait entraver la poursuite de l’action et des négociations.

Le coordonnateur de l’accès a néanmoins exprimé l’avis que le rapport historique du consultant, comprenant 91 pages, devait être divulgué en entier, à l’exception de ses conclusions, qui tiennent sur deux pages. Par contre, la revendication territoriale, qui contient 183 pages, était protégée de la divulgation, à l’exception de la page couverture et des pages 1 à 20, qui contiennent des données historiques. Finalement, selon le coordonnateur de l’accès, le rapport préparé par le MAINC contenait des informations factuelles qu’on pouvait divulguer, en relevant plusieurs parties.

Dans l’action principale, la bande déclare que la Couronne n’avait pas réservé une superficie suffisante pour la réserve, suite à un mauvais dénombrement de sa population.

Held, this section 44 review application should be allowed and the documents protected from disclosure in their entirety.

At the hearing, Band counsel relied upon the settlement (without prejudice) privilege and the litigation privilege (documents generated in the litigation context). The argument was made that documents provided to the government in settlement negotiations are not under the control of a government institution and therefore the Band was entitled to proceed in accordance with *Federal Court Act*, section 18 rather than under section 44 of the *Access to Information Act*.

Turning to the relevant principles, it was pointed out by Gonthier J. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, that the statement in Act, section 2 that exceptions to access should be "limited and specific" does not create a presumption in favour of access. In a section 44 review, the Court has to undertake an independent review, comparable to a trial *de novo*, and, if necessary, examine the records at issue document by document. This means that the Court's task is not merely to satisfy itself that the tribunal committed an error but rather to reach its own conclusions upon the evidence adduced. Correctness would be the appropriate standard of review. For a third party exemption, applicant must demonstrate a reasonable expectation of probable harm and in *Canadian Broadcasting Corp. v. National Capital Commission*, Teitelbaum J. explained the type of evidence required to discharge that obligation.

Counsel for applicant did well to stress the settlement negotiations, for that was the crux of the matter. It is a privilege recognized by the law as being worthy of protection. In *Hutton v. Canada (Minister of Natural Resources)*, Gibson J. found that settlement negotiations are within the purview of Act, paragraph 20(1)(d) but are not covered by the subsection 20(3) solicitor-client exemption.

But, in the *Access to Information Act* context, unlike in civil litigation, to come within paragraph 20(1)(d) it is not enough to merely assert the settlement negotiation privilege. It has to be demonstrated that disclosure of the requested records could reasonably be expected to interfere with settlement negotiations. If applicant establishes that the documents were created or exchanged during settlement negotiations and establishes a reasonable expectation of probable harm due to release, there is no need to go outside the section 20 third party

Jugement: la demande en vertu de l'article 44 est accueillie et les documents sont protégés totalement de la divulgation.

Dans sa plaidoirie, l'avocat de la bande a évoqué le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement (privilège sans préjudice) et le privilège lié à la procédure judiciaire (documents préparés dans le cadre d'une procédure judiciaire). On a soutenu que les documents fournis au gouvernement dans le cadre de négociations en vue d'un règlement ne sont pas des documents de l'administration fédérale et que c'est à bon droit que la procédure a été introduite par la bande en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, plutôt qu'en vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Au sujet des principes applicables, le juge Gonthier fait remarquer, dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, que la déclaration voulant que l'article 2 de la Loi prévoit que les exceptions au droit d'accès doivent être «précises et limitées» n'établit pas pour autant de présomption en faveur de la communication. Dans le cadre d'un examen en vertu de l'article 44, la Cour doit procéder à une révision indépendante de la question, semblable à un procès *de novo*, et procéder au besoin à une révision détaillée de chacun des documents en litige. Ceci veut dire que le rôle de la Cour n'est pas simplement de déterminer si le tribunal a commis une erreur, mais plutôt de tirer ses propres conclusions au vu de la preuve soumise. La norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte. Pour se prévaloir des exemptions prévues pour les tiers, un demandeur doit démontrer un risque vraisemblable de préjudice probable et, dans *Société Radio-Canada c. Commission de la capitale nationale*, le juge Teitelbaum a examiné le genre de preuve nécessaire pour établir ce risque.

L'avocat de la demanderesse a bien fait d'insister sur les négociations en vue d'un règlement, étant donné que cette question est au cœur de l'affaire et qu'il s'agit là d'un privilège reconnu en droit comme digne de protection. Dans *Hutton c. Canada (Ministre des Ressources naturelles)*, le juge Gibson a conclu que les négociations en vue d'un règlement sont couvertes par l'alinéa 20(1)d) de la Loi, mais non par l'exemption pour le secret professionnel des avocats prévue au paragraphe 20(3).

Contrairement à la situation qui prévaut dans un litige civil, il est souvent insuffisant dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information* de simplement faire état du privilège portant sur les négociations en vue d'un règlement pour situer l'affaire dans le contexte de l'alinéa 20(1)d). Il faut apporter la preuve que la communication des documents en cause pourrait vraisemblablement entraver des négociations en vue d'un règlement. Si le demandeur démontre que les documents ont été créés ou échangés dans le cadre de négociations en vue

exemptions. From that it followed that in this case it would not have to be decided whether a third party at a section 44 review can claim an exemption beyond that provided by section 20, a matter which is the subject of conflicting opinion in this Court. It would also render moot the question whether section 18.1 judicial review is available given the provision for a section 44 review, taking into account *Federal Court Act*, section 18.5. Therefore the instant matter had to be dealt with under section 44.

Upon a review of all three documents, it was concluded that the documents in their entirety qualified for exemption under paragraph 20(1)(d) and that severance was inappropriate.

Were it to be argued that, since the settlement negotiations are now off, they can no longer be interfered with as contemplated by paragraph 20(1)(d), there would be two responses: (1) DIAND has decided only that it will not negotiate this Band's claim within the specific claims process, an issue under review by the Indian Land Claims Commission; and (2) the Band's action will be subject to the settlement attempts mandated by rule 257.

Disclosure would result in DIAND and the Band losing control of the situation by the process being opened up to outside intervention.

The Court could not agree with the Access Coordinator's view, that disclosure of the "historical facts" would not prejudice the Band's position. What this official categorized as "historical facts" are the very evidence which the Band says is needed to prove its case.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21), 19(1), 20, 23, 25, 27, 28(2), 44, 68 (as am. by S.C. 1990, c. 3, s. 32, Sch., item 1; 1992, c. 1, s. 143, Sch. VI, item 1), 69.

Access to Information Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. 1, s. 44.

Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 81.24 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52), 81.28 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52).

d'un règlement, et qu'il démontre un risque vraisemblable de préjudice probable en cas de divulgation, il n'est pas nécessaire de sortir des limites des exemptions prévues pour les tiers par l'article 20. Il s'ensuit qu'en l'espèce il n'était pas nécessaire de décider si un tiers peut, dans le cadre d'un examen en vertu de l'article 44, se réclamer d'une exemption autre que ce qui est prévu à l'article 20, question sur laquelle il y a un débat en cette Cour. Toute question qui pourrait persister quant à savoir si on peut procéder à un contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 nonobstant l'article 44, au vu de ce que prévoit l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, deviendrait théorique. En conséquence, l'espèce présente doit être tranchée en vertu de l'article 44.

Au vu de l'examen des trois documents, la conclusion tirée est que les documents dans leur entier relèvent de l'exemption prévue à l'alinéa 20(1)d) et qu'il ne serait pas approprié d'en prélever des parties.

À l'argument que comme les négociations en vue d'un règlement sont suspendues, on ne peut les entraver au sens de l'alinéa 20(1)d), on pourrait apporter deux réponses: 1) la décision du MAINC porte seulement qu'il ne considère pas la réclamation de la bande comme recevable pour une négociation dans le cadre du processus de revendications particulières, question qui est présentement examinée par la Commission sur les revendications particulières des Indiens; et 2) l'action de la bande fera l'objet des discussions en vue d'un règlement prévues à l'article 257 des Règles.

La divulgation ferait que la bande et le MAINC n'auraient plus le contrôle de la situation en ouvrant le processus à une intervention extérieure.

La Cour ne pouvait se ranger à l'avis du coordonnateur de l'accès que la divulgation de «faits historiques» ne causerait pas de préjudice à la bande. Ce que ce fonctionnaire a décrit comme étant des «faits historiques» constitue la preuve même que la bande déclare nécessaire pour obtenir gain de cause dans son action.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret C.P. 1887-1151.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 13 (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21), 19(1), 20, 23, 25, 27, 28(2), 44, 68 (mod. par L.C. 1990, ch. 3, art. 32, ann. n° 1, 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3).

Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. 1, art. 44 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 1].

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.5 (as enacted *idem*).

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 257.

Order in Council P.C. 1887-1151.

(mod. par L.C.1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.5 (édicte, *idem*).

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 81.24 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52), 81.28 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 257.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General), [2003] 4 F.C. 3 (T.D.); *Canada* (Information Commissioner) v. *Canada* (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police), [2003] 1 S.C.R. 66; (2003), 224 D.L.R. (4th) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 1; 24 C.P.R. (4th) 129; 301 N.R. 41; *SNC Lavalin Inc. v. Canada* (Minister for International Co-operation) (2003), 25 C.P.R. (4th) 460; 234 F.T.R. 294 (F.C.T.D.); *Air Atonabee v. Canada* (Minister of Transport) (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *Canadian Broadcasting Corp. v. National Capital Commission* (1998), 147 F.T.R. 264 (F.C.T.D.); *Hutton v. Canada* (Minister of Natural Resources) (1997), 137 F.T.R. 110 (F.C.T.D.); *Samson Indian Nation and Band v. Canada* (2000), 182 F.T.R. 71 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Canadian National Railway Co. and Canadian Pacific Ltd. v. Canada (1993), 62 F.T.R. 150 (F.C.T.D.); *Dussault v. Canada* (Customs and Revenue Agency), 2003 FC 973; [2003] F.C.J. No. 1253 (F.C.) (QL); *Aliments Prince Foods Inc. v. Canada* (Department of Agriculture and Agrifood) (2001), 272 N.R. 184 (F.C.A.); *Canada Packers Inc. v. Canada* (Minister of Agriculture), [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 81 (C.A.).

AUTHORS CITED

Manes, Ronald D. and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

APPLICATION for judicial review, converted by the Court into an *Access to Information Act*, section 44 review, of a decision by a Departmental Access to Information Act Coordinator to sever and release to an

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Cie H.J. Heinz Co. du Canada Ltée c. Canada (Procureur général), [2003] 4 C.F. 3 (1^{re} inst.); *Canada* (Commissaire à l'information) c. *Canada* (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada), [2003] 1 R.C.S. 66; (2003), 224 D.L.R. (4th) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 1; 24 C.P.R. (4th) 129; 301 N.R. 41; *SNC Lavalin Inc. c. Canada* (Ministre de la Coopération internationale) (2003), 25 C.P.R. (4th) 460; 234 F.T.R. 294 (C.F. 1^{re} inst.); *Air Atonabee c. Canada* (Ministre des Transports) (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1^{re} inst.); *Société Radio-Canada c. Commission de la capitale nationale* (1998), 147 F.T.R. 264 (C.F. 1^{re} inst.); *Hutton c. Canada* (Ministre des Ressources naturelles) (1997), 137 F.T.R. 110 (C.F. 1^{re} inst.); *Nation et Bande indienne de Samson c. Canada* (2000), 182 F.T.R. 71 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Cie des chemins de fer nationaux du Canada et Canadien Pacifique Ltée c. Canada (1993), 62 F.T.R. 150 (C.F. 1^{re} inst.); *Dussault c. Canada* (Agence des douanes et du revenu), 2003 CF 973; [2003] A.C.F. n° 1253 (C.F.) (QL); *Aliments Prince Foods Inc. c. Canada* (Ministère de l'Agriculture et Agroalimentaire) (2001), 272 N.R. 184 (C.A.F.); *Canada Packers Inc. c. Canada* (Ministre de l'Agriculture), [1989] 1 C.F. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 81 (C.A.).

DOCTRINE

Manes, Ronald D. and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

DEMANDE de contrôle judiciaire, convertie par la Cour en demande en vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information*, de la décision d'un coordonnateur de l'accès à l'information de prélever et

undisclosed requestor certain documents in an Indian land claims matter. Application allowed.

divulguer, à un demandeur non identifié, certains documents pertinents à une question de revendication territoriale autochtone. Demande accueillie.

APPEARANCES:

Kenneth R. McLeod for applicant.
D. Kim McCarthy for respondent.

ONT COMPARU:

Kenneth R. McLeod pour la demanderesse.
D. Kim McCarthy pour la défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD:

Walsh Wilkins Creighton LLP, Calgary, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Walsh Wilkins Creighton LLP, Calgary, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

LEMIEUX J.:

LE JUGE LEMIEUX:

BACKGROUND

LE CONTEXTE

[1] By way of an application pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], the Blood Band (the Band) consisting of the members of the Blood Tribe challenges a decision dated June 16, 2001, made by the Access to Information Act Coordinator (the Access Coordinator) at the Department of Indian and Northern Development (DIAND) to sever and release parts of documents which an undisclosed requestor sought access to from DIAND under the rubric "Land Claim of the Blood Indian Band". The Access Coordinator determined parts of these documents qualified for exemption under certain paragraphs of section 20 of the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] (the Act).

[1] Cette demande présentée en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] par la bande des Blood (la bande), qui regroupe les membres de la tribu des Blood, conteste la décision rendue le 16 juin 2001 par le coordonnateur de l'accès à l'information (le coordonnateur de l'accès) du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC). Cette décision portait sur le prélèvement et la divulgation d'extraits de documents suite à une demande présentée au MAINC sous l'intitulé [TRADUCTION] «Revendication territoriale de la bande des Indiens Blood». Ce requérant n'est pas identifié. Le coordonnateur de l'accès a conclu que des extraits de ces documents étaient exemptés en vertu de certains paragraphes de l'article 20 de la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1] (la Loi).

[2] The Access Coordinator identified three relevant documents to the request:

[2] Le coordonnateur de l'accès a identifié trois documents pertinents à la demande:

(1) a 1994 historical report by a consultant to the Band;

1) un rapport historique préparé en 1994 par un consultant de la bande;

(2) a 1996 land claim submission to DIAND prepared by solicitors retained by the Band;

2) une revendication territoriale présentée au MAINC en 1996, préparée par des avocats au service de la bande; et

(3) a 1998 confirmation report prepared by an official at DIAND assessing and summarizing the position of the parties.

[3] The Access Coordinator considered the applicant a third party in respect of these three documents and, therefore, sent the Band a section 27 third party notice stating its intention to release the documents in severed form. The Band, pursuant to subsection 28(2) of the Act, made representations objecting to any release of the documents.

[4] As to the first two documents, the 1994 historical report and the 1996 land claim submission, the Band's legal counsel submitted to the Access Coordinator the documents were prepared in contemplation of litigation in the context of the Band's Federal Court action against the Federal Crown commenced in 1980 and disclosure may interfere with the prosecution of its action as well as any future settlement negotiations.

[5] In addition, the Band's legal counsel submitted to the Access Coordinator the historical report and land claim submission were placed in the hands of DIAND in without prejudice settlement negotiations of its legal action which included negotiations related to the acceptance of the Blood Band's claim for negotiation as a specific claim. It was submitted their release could reasonably interfere with settlement efforts as well as the specific claims eligibility negotiations between the Blood Tribe and the Canadian Government.

[6] For this and other reasons, legal counsel to the Band submitted to the Access Coordinator the exemptions provided for in paragraphs 20(1)(b), (c) and (d) of the Act applied.

[7] Other provisions of the Act were invoked before the Access Coordinator but I need not refer to them as counsel for the applicant Band at the hearing before me did not rely on these other provisions to challenge the decision.

3) un rapport de confirmation préparé en 1998 par un fonctionnaire du MAINC, qui résume et évalue le point de vue des parties.

[3] Le coordonnateur de l'accès considère que la demanderesse est un tiers par rapport à ces trois documents. Par conséquent, elle a envoyé à la bande un avis aux tiers en vertu de l'article 27, l'informant de son intention de donner communication partielle des documents. La bande a présenté ses observations à l'encontre de toute divulgation des documents, en vertu du paragraphe 28(2) de la Loi.

[4] S'agissant des deux premiers documents, le rapport historique de 1994 et la revendication territoriale de 1996, l'avocat de la bande a informé le coordonnateur de l'accès que ces documents avaient été préparés dans le cadre d'un litige, savoir une action intentée par la bande en 1980 en Cour fédérale, contre la Couronne fédérale, et que leur divulgation pourrait entraver le déroulement de cette action ainsi que toute négociation future en vue d'un règlement.

[5] De plus, l'avocat de la bande a déclaré au coordonnateur de l'accès que le rapport historique et la revendication territoriale ont été transmis au MAINC dans le cadre de négociations sans préjudice en vue du règlement de son action, qui comprennent des négociations liées à la reconnaissance de la revendication de la bande des Blood en tant que revendication particulière. L'avocat a soutenu que leur divulgation pouvait vraisemblablement entraver les efforts de règlement, ainsi que les négociations en vue de la recevabilité de la revendication particulière, tenues entre la tribu des Blood et le gouvernement canadien.

[6] Pour ce motif, ainsi que d'autres, l'avocat de la bande a déclaré au coordonnateur de l'accès qu'il était d'avis que les exemptions prévues aux alinéas 20(1)b), c) et d) de la Loi étaient pertinentes.

[7] D'autres dispositions de la Loi ont été invoquées devant le coordonnateur de l'accès, mais il n'est pas nécessaire que j'en traite puisque lors de l'audience tenue devant moi, l'avocat de la bande demanderesse n'a pas fait état de ces autres dispositions pour contester la décision prise.

[8] As to the third document proposed for release, the report prepared by the DIAND official, the Band submitted this document was prepared in contemplation of or was relevant to the ongoing litigation between the parties and disclosure may well interfere with the Band's prosecution of its action against Canada as well as any future settlement negotiations. Paragraphs 20(1)(c) and (d) were invoked. This document is 65 pages and all of its pages are headed "without prejudice".

[9] By letter dated June 16, 2001, the Access Coordinator provided the Band its reasons for exemption and severance for release.

[10] First, the consultant's historical report of 91 pages was to be disclosed in its entirety with the exception of two pages said to constitute the conclusions of the report. The Access Coordinator expressed the belief the pages proposed for release contained historical data which would not prejudice the Band's position if disclosed. The excepted two pages are said by the Access Coordinator to be protected pursuant to paragraphs 20(1)(b), (c) and (d) of the Act.

[11] The second document, the land claims submission totalling 183 pages prepared by solicitors retained by the Band and an additional 20 appendices including elder statutory declarations was to be withheld in its entirety, again pursuant to paragraphs 20(1)(b), (c) and (d), with the exception of the covering page and pages 1 to 20 of that document. The Access Coordinator said these pages, namely, the introduction and the facts to the legal submission, were historical data, and disclosure would not prejudice the Blood Band's position. The facts identified by the Access Coordinator were characterized as general facts, Mormon settlement efforts in the area and population figures for the Blood Tribe.

[12] The Access Coordinator said the third document, one prepared for DIAND and provided to the Band, overall contained factual information which should be released with several severed portions and certain

[8] S'agissant du troisième document dont on propose la divulgation, savoir le rapport préparé par le fonctionnaire du MAINC, la bande soutient que ce document a été préparé en vue du litige entre les parties, ou dans le cadre de celui-ci, et que sa divulgation pouvait entraver la poursuite de l'action de la bande contre le Canada, ainsi que toute négociation de règlement à venir. Les alinéas 20(1)c) et d) ont été invoqués dans ce cadre. Ce document comporte 65 pages, chacune portant la mention «sans préjudice».

[9] Dans une lettre datée du 16 juin 2001, le coordonnateur de l'accès a informé la bande des motifs justifiant l'exemption ainsi que les prélèvements pour divulgation.

[10] Premièrement, le rapport historique du consultant, comprenant 91 pages, devait être divulgué en entier, à l'exception de deux pages décrites comme contenant les conclusions du rapport. Le coordonnateur de l'accès a exprimé l'avis que les pages de ce rapport qu'il voulait divulguer contenaient des données historiques dont la divulgation ne causerait aucun préjudice à la bande. Selon le coordonnateur de l'accès, les deux pages non divulguées étaient protégées par les alinéas 20(1)b), c) et d) de la Loi.

[11] Le deuxième document, la revendication territoriale, contient 183 pages préparées par des avocats au service de la bande, ainsi que 20 annexes, y compris des déclarations assermentées d'anciens. Ce document était entièrement protégé de la divulgation, en vertu des alinéas 20(1)b), c) et d), à l'exception de la page couverture et des pages 1 à 20 du document principal. Le coordonnateur de l'accès a déclaré que ces pages, qui constituent l'introduction et le contexte factuel de l'analyse juridique, contenaient des données historiques dont la divulgation ne causerait aucun préjudice à la bande des Blood. Selon le coordonnateur de l'accès, les faits en cause étaient de nature générale, portant sur les efforts d'installation des Mormons dans la région et sur les statistiques de population de la tribu des Blood.

[12] Selon le coordonnateur de l'accès, le troisième document, préparé par le MAINC et transmis à la bande, contenait essentiellement des informations factuelles qu'on pouvait divulguer, en prélevant plusieurs parties et

specific pages protected, again under the same paragraphs of subsection 20(1) of the Act.

[13] The receipt by the Band of the June 16, 2001 letter caused it to initiate proceedings in this Court, not under section 44 of the Act, but rather pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*, a procedure which the Federal Crown took objection to.

[14] For ease of reference, I reproduce paragraphs 20(1)(b), (c), and (d) of the Act which provide third party mandatory exemptions as well as section 25 which authorizes severances:

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

...

(b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

(d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

...

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material. [Emphasis mine.]

[15] The litigation previously referred to is an action launched on January 10, 1980, (Court file T-238-80) by the Chief of the Blood Band of Reserve 148, Jim Shot Both Sides, and the Councillors of the Band as plaintiffs, on behalf of all of the Blood Tribe. The defendant in the

certaines pages spécifiques en vertu des mêmes alinéas du paragraphe 20(1) de la Loi.

[13] Sur réception de la lettre du 16 juin 2001, la bande a initié des procédures devant notre Cour. Au lieu de placer ces procédures sous l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{re} suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 1] de la Loi, la bande a adopté la voie de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, démarche à laquelle la Couronne fédérale s'est objectée.

[14] Pour faciliter la lecture de ces motifs, je reproduis ici les alinéas 20(1)(b), (c) et (d) de la Loi, qui portent sur les exemptions prévues pour les tiers, ainsi que l'article 25, qui autorise les prélèvements:

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant:

[. . .]

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

[. . .]

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. [Non souligné dans l'original.]

[15] Le litige auquel j'ai fait référence plus tôt consiste en une action commencée le 10 janvier 1980 (dossier T-238-80). Les demandeurs sont le chef de la bande des Blood de la réserve 148, Jim Shot Both Sides, ainsi que les conseillers de la bande, agissant au nom de toute la

action is Her Majesty the Queen in right of Canada.

[16] The statement of claim refers to Treaty 7 entered into on or about September 27, 1877, by which Canada agreed to establish a reserve for several First Nations whose traditional territory was in southern Alberta. The Blood Tribe was a signatory to that Treaty. The size of the reserve was to be sufficient to allow one square mile for each family of five persons or, in that proportion, for larger or smaller families.

[17] The statement of claim recites a separate reserve for the Blood Tribe was established by an amendment to Treaty 7 on July 2, 1883, after the Band advised Canada it did not want to be in a common reserve with the Blackfoot or Sarcee Bands in an area known as the Blackfoot Crossing Reserve.

[18] The plaintiffs in their action say the federal Crown made a wrong population calculation, i.e., the incorrect 2,737 members versus the 3,600 Tribe members which is alleged to be the correct figure for their new and separate Reserve (the new reserve). As a result of this miscalculation, the land mass for the new reserve is too small—the Band is short 172.6 square miles. The plaintiffs say an Order in Council, P.C. 1151 dated May 17, 1887, confirming the size of the new reserve as containing 547.5 square miles, was based on misleading information.

[19] The federal Crown defended on April 3, 1980. It denied it failed to set aside insufficient reserve lands for the Band.

[20] Defendants' documents were listed in August 1980 with plaintiffs' documents listed November 22, 1983.

[21] On August 7, 1996, the plaintiffs moved the Court for directions as to the procedure to govern the course of the proceedings and allowing it to continue since the claim was at the eligibility stage of the specific claim process in DIAND. Justice Dubé, on September 17, 1996, ordered the action to be continued.

tribu des Blood. La défenderesse est Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

[16] La déclaration fait état du Traité n° 7, conclu le 27 septembre 1877, ou vers cette date, par lequel le Canada convenait d'établir une réserve pour plusieurs premières nations dont les territoires traditionnels étaient situés dans le sud de l'Alberta. La tribu des Blood a signé ce traité. La taille de la réserve devait prévoir un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, cette superficie étant ajustée selon que les familles étaient plus ou moins grandes.

[17] La déclaration porte qu'une réserve distincte a été constituée pour la tribu des Blood par la voie d'une modification au Traité n° 7, datée du 2 juillet 1883. Cette modification est survenue après que la bande ait fait savoir au Canada qu'elle ne voulait pas vivre sur une réserve commune à Blackfoot Crossing avec les bandes Pieds-Noirs et Sarcis.

[18] Dans leur action, les demandeurs déclarent que la Couronne fédérale a mal calculé sa population en utilisant un chiffre incorrect de 2 737 membres, alors que la tribu considère qu'il y avait 3 600 membres ayant droit à la nouvelle réserve distincte (la nouvelle réserve). Suite à cette erreur de calcul, la superficie de la nouvelle réserve était inadéquate, savoir qu'il manquait 172,6 milles carrés. Les demandeurs déclarent que l'arrêté en conseil C.P. 1151 du 17 mai 1887, qui confirme que la nouvelle réserve a une superficie de 547,5 milles carrés, était fondé sur des renseignements erronés.

[19] La Couronne fédérale a présenté sa défense le 3 avril 1980, niant qu'elle n'avait pas réservé une superficie suffisante pour la réserve de la bande.

[20] La défenderesse a présenté ses documents en août 1980, la demanderesse présentant les siens le 22 novembre 1983.

[21] Le 7 août 1996, la demanderesse a sollicité des instructions de la Cour quant à la procédure réglant le déroulement de l'action. Elle demandait aussi que l'action se continue, étant donné que sa revendication était à l'étape de la détermination de la recevabilité dans le cadre du processus sur les revendications particulières

[22] On February 24, 1999, Justice Gibson granted the plaintiffs' liberty to amend their statement of claim. An important new allegation is that, on or about September 25, 1880, an agreement was reached between the Blood Tribe and the federal Crown as to the location and extent of its new reserve. The plaintiffs allege the new reserve would be on the land between the Kootenay (now the Waterton River) and the St-Mary's River to Chief Mountain and the International Border at the 49th parallel. The plaintiffs allege the new reserve was lawfully established as agreed for the Blood Tribe that year in accordance with the natural boundaries of those landmarks.

[23] In the alternative, the plaintiffs state the new reserve was lawfully established in the fall of 1882 when the federal Crown's representative completed a survey for the new reserve of 650 square miles.

[24] Plaintiffs say the amendment to Treaty 7 entered between the Blood Tribe and the federal Crown on or about the second day of July 1883, by which the Blood Tribe purportedly agreed to accept a new location for a reserve on condition of surrender of their interest in the Blackfoot Crossing Reserve initially established pursuant to Treaty No. 7, is illegal for a number of reasons.

[25] Action T-238-80 became a specially managed proceeding at the request of the plaintiffs after the new *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], took effect. The solicitors to the Blood Band advanced the proceeding should be specially managed because the claim was currently within the specific claims process at DIAND which "is an alternative dispute resolution process, and it was agreed by the parties that this claim would be held in abeyance pending the resolution of the specific claim".

[26] In an affidavit in support of the specially managed request Deborah Scott, legal assistant to the

du MAINC. Le 17 septembre 1996, le juge Dubé a délivré une ordonnance pour la continuation de l'action.

[22] Le 24 février 1999, le juge Gibson a autorisé la demanderesse à modifier sa déclaration. Une nouvelle allégation importante portait que le 25 septembre 1880, ou vers cette date, la tribu des Blood et la Couronne fédérale étaient arrivées à une entente portant sur l'emplacement et la superficie de la nouvelle réserve. La demanderesse soutient que la nouvelle réserve devait être située sur un territoire allant de la Kootenay (maintenant la rivière Waterton) et de la rivière St. Mary jusqu'à la montagne Chief et la frontière internationale au 49^e parallèle. La demanderesse soutient que la nouvelle réserve accordée à la tribu des Blood a été constituée de façon légale, tel que convenu à ce moment-là. Elle respectait les frontières naturelles prévues.

[23] Subsidiairement, la demanderesse soutient que la nouvelle réserve a été légalement constituée à l'automne de 1882, lorsque le représentant de la Couronne fédérale a fixé l'arpentage de la nouvelle réserve à 650 milles carrés.

[24] La demanderesse déclare que la modification au Traité n° 7, conclue entre la tribu des Blood et la Couronne fédérale le 2 juillet 1883, ou vers cette date, par laquelle la tribu des Blood aurait accepté un nouvel emplacement pour sa réserve à condition de renoncer à son intérêt dans la réserve de Blackfoot Crossing, établie par le Traité n° 7, est illégale pour un certain nombre de raisons.

[25] L'action T-238-80 est devenue une instance à gestion spéciale à la demande de la demanderesse, après l'entrée en vigueur des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106]. L'avocat de la bande des Blood a réclamé le statut d'instance à gestion spéciale étant donné que leur revendication était à l'étude dans le cadre de la procédure de règlement des revendications particulières au MAINC, procédure qui est [TRADUCTION] «un mode de règlement extrajudiciaire, et il a été convenu par les parties que la présente action serait suspendue jusqu'au règlement de la revendication particulière».

[26] Dans un affidavit à l'appui de la demande d'instance à gestion spéciale, la secrétaire juridique de

solicitors to the plaintiffs, said:

(a) The claim represents a unique mixture of “specific” claim issues under Department of Indian and Northern Affairs Aboriginal Land Claim Policy for specific claims and treaty land entitlement issues;

(b) In 1980, a task force was formed with representatives from both the Blood Tribe and the Crown and in August 1981, the joint task force made recommendations to the Government of Canada which were not followed;

(c) In 1990, the Blood Tribe renewed work on the specific claim culminating in the submission of the claim to specific claims. Elders were also interviewed in Blackfoot to gain further historical evidence and insight into the events relating to the establishment of the Blood Tribe Reserve pursuant to Treaty 7. Those interviews were translated and transcribed and the information sworn in statutory declaration by the elders.

(d) Since the submission of the specific claim in 1996, the research has been conducted and meetings with Specific Claims Canada and the Department of Justice have been ongoing;

(e) The specific claims process is an alternative dispute resolution process governed by the Department’s policy “outstanding business in native claims policy”. The claim was submitted and considered by Specific Claims on the understanding that the original legal action by the Tribe would be held in abeyance pending the decision of Specific Claims on the submitted claims.

[27] Justice Gibson was named case management judge and continued to receive periodic reports from the parties.

[28] On February 16, 2000, Justice Gibson received a report from one of the solicitors to the plaintiffs who

l’avocat de la demanderesse, Deborah Scott, déclare ceci:

a) La revendication représente un mélange unique de questions «particulières», dans le cadre de la politique sur les revendications particulières du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, et de questions portant sur le droit à des terres concédées par traité;

b) En 1980, un groupe de travail a été constitué avec des représentants de la tribu des Blood et de la Couronne et, en août 1981, ce groupe de travail conjoint a présenté au gouvernement du Canada des recommandations qui n’ont pas eu de suite;

c) En 1990, la tribu des Blood a repris ses travaux sur la revendication particulière, qui a mené à sa présentation dans le cadre de la procédure des revendications particulières. Des entrevues ont été conduites en langue Pieds-Noirs avec des anciens, pour obtenir une preuve historique plus détaillée ainsi qu’une meilleure compréhension des événements ayant mené à la constitution de la réserve de la tribu des Blood suite au Traité n° 7. Le texte de ces entrevues a été traduit et transcrit, pour ensuite être présenté sous forme d’affidavits assermentés par les anciens.

d) Depuis la présentation de la revendication particulière en 1996, les recherches continuent et il y a eu des rencontres avec le groupe chargé des revendications particulières et le ministère de la Justice;

e) La procédure de règlement des revendications particulières est un mode de règlement extrajudiciaire prévu par la politique du Ministère sur les dossiers en souffrance en matière de revendications autochtones. La revendication a été présentée pour examen par le groupe chargé des revendications particulières, étant entendu que l’action initiée par la tribu devant la Cour serait suspendue jusqu’à ce que ce groupe prenne une décision au sujet des revendications présentées.

[27] Le juge Gibson a été chargé de la gestion d’instance et il a continué à recevoir des rapports périodiques de parties.

[28] Le 16 février 2000, le juge Gibson a reçu un rapport de l’avocat de la demanderesse qui l’informait

advised that on November 10, 1999, a preliminary position letter was received by the Band from the Specific Claims Branch of DIAND. That letter rejected all of the positions presented by the Tribe in their various claim submissions but, according to the solicitors, very little explanation was given for the rejection.

[29] The reports to Justice Gibson indicate the federal Crown provided a written rationale on March 3, 2000, why it rejected eligibility for negotiations in its specific claims process. The Band made supplementary submissions on March 10, 2000. It was agreed further research would be required which would take four to six months.

[30] Justice Gibson formally stayed the action until January 2004 taking into account reports of continuing work on the specific claim as an alternate dispute resolution mechanism in relation to the action.

[31] The Court was advised that on January 9, 2003, the specific claim was not accepted by DIAND and therefore not eligible for negotiation for settlement. The solicitors to the Band advised they would be seeking instructions to request the Indian Claims Commission (the Commission) to conduct an inquiry into the claim.

[32] As I understand it, the Band's claim is currently being reviewed by the Commission.

[33] In an affidavit in support of these proceedings, Annabel Crop Eared Wolf, Tribal Government Coordinator of the Blood Band, deposed, *inter alia*:

- (c) many of the documents were prepared in contemplation of or are relevant to ongoing litigation and pertain directly to the issues set out in these claims;
- (d) many of the documents were prepared to assist The Blood Band to obtain legal advice regarding contemplated or on-going litigation and The Blood Band maintains a solicitor-client privilege to these documents;

que la bande avait reçu, le 10 novembre 1999, une lettre exposant la position préliminaire de la Direction générale des revendications particulières du MAINC. Cette lettre rejetait tous les points de vue présentés par la tribu dans ses diverses revendications, l'avocat considérant que ce rejet était accompagné de très peu de justifications.

[29] Les rapports présentés au juge Gibson indiquent que, le 3 mars 2000, la Couronne fédérale a fourni des motifs écrits justifiant son rejet de l'admissibilité du dossier dans le cadre de la procédure des revendications particulières. La bande a déposé des prétentions additionnelles le 10 mars 2000. Il a été convenu à ce moment-là qu'il faudrait faire des recherches plus poussées, ce qui prendrait de quatre à six mois.

[30] Le juge Gibson a formellement suspendu l'instance jusqu'en janvier 2004, compte tenu des rapports portant sur la poursuite des travaux au sujet de la revendication particulière en tant que mode de règlement extrajudiciaire de cette action.

[31] Le 9 janvier 2003, la Cour a été informée que le MAINC considérait que la revendication particulière n'était pas recevable et donc qu'il ne pouvait y avoir de négociation en vue d'un règlement. L'avocat de la bande a déclaré qu'il demanderait des directives pour solliciter la tenue d'une enquête par la Commission des revendications des Indiens (la Commission).

[32] Je crois comprendre que la revendication de la bande est présentement examinée par la Commission.

[33] Dans un affidavit souscrit à l'appui de la présente procédure, Annabel Crop Eared Wolf, coordonnatrice des affaires gouvernementales de la tribu au sein de la bande des Blood, indique notamment ceci:

[TRADUCTION]

- (c) plusieurs des documents ont été préparés en vue du litige en cours ou dans son contexte, et ils sont directement liés aux questions soulevées dans les revendications;
- (d) plusieurs documents ont été préparés pour aider la bande des Blood à obtenir des conseils juridiques au sujet d'un litige actuel ou éventuel et la bande des Blood soutient que ces documents sont visés par le secret professionnel des avocats;

(e) disclosure of some or all of the documents may interfere with lawsuits and/or negotiations between the parties and are exempted under Section 20(1)(c) and (d) of the *Access to Information Act*. These documents also contain financial and commercial information that is confidential and exempted pursuant to Section 20(1)(b) of the same Act. The disclosure of these documents would severely prejudice The Blood Band's position both for purposes of the on-going litigation and for settlement negotiations.

e) la divulgation de ces documents, en tout ou en partie, peut entraver le cours de poursuites et/ou de négociations entre les parties et ils sont donc exemptés en vertu des alinéas 20(1)c) et d) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ces documents contiennent aussi des renseignements financiers et commerciaux qui sont confidentiels et exemptés en vertu de l'alinéa 20(1)b) de la même Loi. La divulgation de ces documents pourrait causer un préjudice grave à la bande des Blood, tant dans le cadre du litige en cause que dans les négociations en vue d'un règlement.

[34] The respondent filed the affidavit of Lynne Desjardins, Acting Access Coordinator at DIAND. She stated "I agree with the reasons for the . . . Act exemptions invoked on the documents which are the subject of this action".

[34] La défenderesse a déposé l'affidavit de Lynne Desjardins, coordonnatrice de l'accès par intérim au MAINC. Elle déclare ceci: [TRADUCTION] «je suis d'accord avec les motifs invoqués pour que les documents qui sont l'objet de cette action reçoivent le statut des exemptions prévues par la Loi».

[35] She further stated she believed the exemptions invoked on these records constituted a reasonable balance between the rights of the requestor pursuant to sections 2 and 25 of the Act and the rights of the individuals and the applicants pursuant to subsection 20(1).

[35] Elle a aussi déclaré que les exemptions invoquées pour ces documents constituaient un équilibre raisonnable entre les droits du requérant en vertu des articles 2 et 25 de la Loi et les droits individuels de la demanderesse en vertu du paragraphe 20(1).

[36] She confirmed, without saying more, her view that the release of historical data would not prejudice the Band's position.

[36] Elle a confirmé, sans détailler son point de vue, que la divulgation des données historiques ne causerait aucun préjudice à la bande.

ANALYSIS

(1) Preliminary observations

[37] In its written memorandum, counsel for the Band invoked the following sections of the Act as a shield to the release of the subject documents:

(1) subsection 19(1) because the documents contained personal information;

(2) the documents were provided by an Aboriginal government covered by section 13 [as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21];

(3) the documents fell within the National Archives' exemption and the Privy Council exemption under sections 68 [as am. by S.C. 1990, c. 3, s. 32, Sch., item 1; 1992, c. 1, s. 143, Sch. VI, item 1] and 69 of the Act.

ANALYSE

(1) Observations préliminaires

[37] Dans son mémoire écrit, l'avocat de la bande invoque les articles suivants de la Loi pour empêcher la divulgation des documents en cause:

(1) le paragraphe 19(1), du fait que les documents contiennent des renseignements personnels;

(2) les documents ont été transmis par une administration autochtone, au sens de l'article 13 [mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21];

(3) les documents ont droit à l'exemption prévue pour les Archives nationales et pour le Conseil privé, en vertu des articles 68 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 32, ann. n° 1] et 69 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3] de la Loi.

[38] Counsel for the Band, at the hearing, withdrew reliance on these provisions or did not argue them.

[39] The heart of his oral submissions focussed on a number of privileges. He concentrated on the settlement privilege (without prejudice privilege) and argued the three documents were understood to be provided to, and exchanged, between the Band and DIAND for the purpose of negotiation of the outstanding claims. He also focussed on the litigation privilege arguing the documents proposed for release were all generated in the context of litigation.

[40] According to counsel for the Band, documents provided to the government in the context of settlement negotiations are privileged and are not covered by the Act—they are not within the control of a government institution and this is why he argues his section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] *Federal Court Act* proceeding is well-founded.

[41] In the alternative, counsel for the Band argued if the Act applied, paragraphs 20(1)(b), (c) and (d) provided appropriate exemptions. He argued there was a cross-over between these sections and section 23 of the Act which specifically deals with solicitor-client privilege.

(2) Some principles

[42] In *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2003] 4 F.C. 3 (T.D.), Justice Layden-Stevenson of this Court encapsulated some basic principles from the case law which I adopt [at paragraph 9]:

I begin with a review of basic principles. Subsection 2(1) of the Act contains its purpose, which is to provide the public with a right of access to information in records under the control of the government. Exceptions to that right of access should be limited and specific: *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.) (*Canada Packers*); *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403 (*Dagg*). Public access ought not be frustrated by the courts except in the clearest of circumstances. It is a heavy

[38] À l'audience, l'avocat de la bande a renoncé à s'appuyer sur ces dispositions ou il n'en a pas fait état.

[39] Au cœur de sa plaidoirie, on trouve l'évocation d'un certain nombre de privilèges. Il a insisté sur le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement (privilège sans préjudice) et soutenu que les trois documents en cause avaient circulé entre la bande et le MAINC aux fins de la négociation des revendications en suspens. Il a aussi insisté sur le privilège lié à la procédure judiciaire, soutenant que les documents qu'on voulait divulguer ont tous été préparés dans le cadre d'une procédure judiciaire.

[40] Selon l'avocat de la bande, les documents qui sont fournis au gouvernement dans le cadre de négociations en vue d'un règlement font l'objet d'un privilège et ils ne sont pas soumis à la Loi—ce ne sont pas des documents de l'administration fédérale. C'est pourquoi il soutient que c'est à bon droit que la procédure a été introduite en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[41] Subsidiairement, l'avocat de la bande soutient que si on peut appliquer la Loi, les exemptions appropriées sont prévues par les alinéas 20(1)(b), (c) et (d). Il soutient qu'il y a un lien entre ces articles et l'article 23 de la Loi, qui traite spécifiquement du secret professionnel des avocats.

(2) Quelques principes

[42] Dans *Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général)*, [2003] 4 C.F. 3 (1^{re} inst.), la juge Layden-Stevenson de notre Cour a résumé quelques principes de base tirés de la jurisprudence, principes auxquels je me rallie [au paragraphe 9]:

Je commencerai par examiner les principes de base. Le paragraphe 2(1) énonce l'objet de la Loi, qui est d'élargir l'accès par le public aux documents de l'administration fédérale. Les exceptions à ce droit d'accès doivent être précises et limitées (*Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.) (*Canada Packers*); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403 (*Dagg*)). Les tribunaux ne doivent pas restreindre l'accès par le public, sauf dans les cas où c'est le plus manifestement

burden of persuasion that rests upon the party resisting disclosure: *Maislin Industries Limited v. Minister of Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.) (*Maislin*); *Rubin v. Canada (Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.) (*Rubin*); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.). The standard of proof to be applied in reviewing exemptions under subsection 20(1) of the Act is that of a balance of probabilities: *Northern Cruiser Co. v. Canada* (1995), 99 F.T.R. 320n (F.C.A.).

[43] I note Justice Gonthier's remarks in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, concerning the exceptions to access. He said this on behalf of the Court [at paragraph 21]:

The statement in s. 2 of the *Access Act* that exceptions to access should be "limited and specific" does not create a presumption in favour of access. Section 2 provides simply that the exceptions to access are limited and that it is incumbent on the federal institution to establish that the information falls within one of the exceptions (see also s. 48 of the *Access Act*).

[44] To the principles listed in *Heinz, supra*, Justice Gibson in *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Co-operation)* (2003), 25 C.P.R. (4th) 460 (F.C.T.D.) added another [at paragraph 13]:

. . . a review by this Court on an application such as this of a decision to release records to a requester is a review *de novo* [citing Justice MacKay's decision in *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194 at 206].

[45] In *Air Atonabee v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.), Justice MacKay ruled that a review under section 44 of the Act [then S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I] obligated the Court to undertake a new and independent review of the whole matter, comparable to a trial *de novo*. He said this at pages 196-197 of his reasons:

In light of the jurisprudence evolving in relation to the Act there can no longer be doubt that upon application for review, the court's function is to consider the matter *de novo*

requis. Le fardeau de persuasion est lourd à cet égard, et incombe à la partie qui demande la communication (*Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1^{re} inst.) (*Maislin*); *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.) (*Rubin*); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1^{re} inst.)). La norme de preuve qui s'applique à l'examen des exemptions en vertu du paragraphe 20(1) de la Loi est celle de la prépondérance des probabilités (*Northern Cruiser Co. c. Canada* (1995), 99 F.T.R. 320n (C.A.F.)).

[43] Je prends note des remarques du juge Gonthier dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, qui porte sur les exceptions à l'accès. Il déclare ceci au nom de la Cour [au paragraphe 21]:

L'article 2 de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit que les exceptions au droit d'accès doivent être «précises et limitées», mais il n'établit pas pour autant de présomption en faveur de la communication. L'article 2 précise simplement que les exceptions au droit d'accès sont limitées et qu'il incombe à l'institution fédérale d'établir que les renseignements demandés sont protégés par l'une des exceptions prévues (voir aussi l'art. 48 de la *Loi sur l'accès à l'information*).

[44] Aux principes que l'on trouve dans *Heinz*, précité, le juge Gibson en a ajouté un autre dans *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)* (2003), 25 C.P.R. (4th) 460 (C.F. 1^{re} inst.) [au paragraphe 13]:

[. . .] le contrôle par la Cour d'une demande relative à une décision de communiquer des documents à un requérant constitue un contrôle *de novo* [il cite à ce sujet la décision du juge MacKay: *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 F.T.R. 194, à la p. 206].

[45] Dans *Air Atonabee c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1^{re} inst.), le juge MacKay a conclu que la Cour, dans le cadre d'un examen en vertu de l'article 44 de la Loi [auparavant S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I], devait procéder à une révision nouvelle et indépendante de toute la question, semblable à un procès *de novo*. Il déclare ceci, aux pages 196 et 197 de ses motifs:

Compte tenu de la jurisprudence qui a été élaborée relativement à la Loi, il ne peut plus faire de doute que lorsque la Cour est saisie d'un recours en révision, son rôle consiste à

including, if necessary, a detailed review of the records in issue document by document.

[46] When conducting a review *de novo*, the task of the Court is not to satisfy itself that the tribunal, here the respondent, through its Access Coordinator, committed an error but rather to arrive at its own conclusions based on the evidence adduced (see, *Canadian National Railways Co. and Canadian Pacific Ltd. v. Canada* (1993), 62 F.T.R. 150 (F.C.T.D.), in connection with an appeal *de novo* pursuant to sections 81.24 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52] and 81.28 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52] of the *Excise Tax Act* [R.S.C., 1985, c. E-15]). If it is appropriate to talk about the standard of review in these circumstances, that standard would be the standard of correctness. (See *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the RCMP)*, *supra*, at paragraph 19 and *Dussault v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2003 FC 973; [2003] F.C.J. No. 1253 (F.C.) (QL), at paragraph 14.)

[47] I observe both the Supreme Court of Canada and the Federal Court of Appeal have endorsed Justice MacKay's interpretation that a section 44 review is *de novo*. (See *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the RCMP)*, *supra*, with Justice Gonthier's discussion in his analysis of the standard of review applicable to a decision of the Commissioner not to release information requested under the *Access to Information Act*. He stressed the Court's broad power of review (paragraph 15). See also the Federal Court of Appeal's decision in *Aliments Prince Foods Inc. v. Canada (Department of Agriculture and AgriFood)* (2001), 272 N.R. 184 (F.C.A.), at paragraph 7.)

[48] Parliament framed the third party exemptions in paragraphs 20(1)(c) and (d) in terms of "could reasonably be expected to" result in material financial loss or to prejudice the competitive position or to interfere with contractual or other negotiations of a third party. The case law relied upon by the respondent,

examiner l'affaire de nouveau et à procéder au besoin à une révision détaillée de chacun des documents en litige.

[46] En précédant à une révision *de novo*, le rôle de la Cour n'est pas de déterminer si le tribunal, la défenderesse en l'espèce par l'entremise du coordonnateur de l'accès, a commis une erreur, mais plutôt de tirer ses propres conclusions au vu de la preuve soumise (voir *Cie des chemins de fer nationaux du Canada et Canadien Pacifique Ltée c. Canada* (1993), 62 F.T.R. 150 (C.F. 1^{re} inst.), relativement à un procès *de novo* en vertu des articles 81.24 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52] et 81.28 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52] de la *Loi sur la taxe d'accise* [L.R.C. (1985), ch. E-15]). S'il y a lieu d'aborder la question de la norme de contrôle dans de telles circonstances, il faut la fixer à celle de la décision correcte. (Voir *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la GRC)*, précité, au paragraphe 19 et *Dussault c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2003 C.F. 973; [2003] A.C.F. n^o 1253 (C.F.) (QL), au paragraphe 14.)

[47] Je veux faire remarquer que la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel fédérale ont confirmé l'interprétation du juge MacKay voulant qu'un examen en vertu de l'article 44 est *de novo*. (Voir *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la GRC)*, précité, notamment la discussion que fait le juge Gonthier dans son analyse de la norme de contrôle applicable à la décision du commissaire de ne pas divulguer les renseignements demandés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Il a insisté sur le vaste pouvoir de contrôle de la Cour (paragraphe 15). Voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Aliments Prince Foods Inc. c. Canada (Ministère de l'Agriculture et Agroalimentaire)* (2001), 272 N.R. 184 (C.A.F.), au paragraphe 7.)

[48] Le législateur a prévu les exemptions des tiers aux alinéas 20(1)c) et d) dans les termes suivants: «risquerait vraisemblablement de» causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité ou d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins. La

indicates an applicant must establish a reasonable expectation of probable harm (see *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.)).

[49] In *Canadian Broadcasting Corp. v. National Capital Commission* (1998), 147 F.T.R. 264 (F.C.T.D.), Justice Teitelbaum reviewed the type of evidence necessary to establish reasonable expectation of probable harm at paragraphs 25-29:

In *SNC-Lavalin Inc. v. Canada (Minister of Public Works)* (1994), 79 F.T.R. 113 at page 127 (F.C.T.D.), the court held the applicant cannot merely affirm by affidavit that disclosure would cause the harm discussed in paragraph 20(1)(c) of the Act. The court stated that these affirmations are the very findings that the court must make and so further evidence establishing probable harm is needed.

The evidence as to the harm that would be caused to the CBC is, at best, very meagre. In her affidavit of October 9, 1997, Ms. Marshall states, in paragraphs 6, 7, 8 and 9:

6. The Agreement reflects the manner in which CBC contracts for events such as Canada Day.

7. The Agreement contains many elements of a sensitive competitive nature. The Agreement includes not only the amount requested by CBC for participating in and broadcasting events such as the shows, but also the manner in which its services are delivered, and the type of incentives provided such as a sponsorship package.

8. I believe that the disclosure of the Agreement would be harmful to the CBC's competitive position as it would disclose all those elements referred to in Paragraph 7 of this my affidavit and permit competitors of CBC to incorporate those items in any competing proposal to N.C.C. The release of the following Articles of the contract, in particular, could reasonably be expected to prejudice the CBC: Article 2.03(d), Article 3.01(a), Article 4 and particularly 4.05, Schedule B.

9. I believe that the disclosure of the Agreement could also interfere with CBC's contractual or other negotiations. The release of sponsorship information

jurisprudence sur laquelle la défenderesse s'appuie indique qu'un demandeur doit démontrer un risque vraisemblable de préjudice probable (voir *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.)).

[49] Dans *Société Radio-Canada c. Commission de la capitale nationale* (1998), 147 F.T.R. 264 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Teitelbaum a examiné les genres de preuves nécessaires pour établir un risque vraisemblable de préjudice probable, aux paragraphes 25 à 29:

Dans l'affaire *SNC-Lavalin Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)* (1994), 79 F.T.R. 113, à la page 127 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a statué que la requérante ne peut pas simplement affirmer par affidavit que la divulgation causerait le préjudice mentionné à l'alinéa 20(1)c) de la Loi. La Cour a déclaré que ces affirmations sont les conclusions mêmes que la Cour doit tirer, de sorte que d'autres éléments de preuve sont nécessaires pour prouver un préjudice probable.

La preuve du préjudice qui serait causé à la SRC est, au mieux, très mince. Dans son affidavit en date du 9 octobre 1997, M^{me} Marshall déclare, aux paragraphes 6, 7, 8 et 9:

[TRADUCTION]

6. L'Entente reflète la façon dont la SRC passe des contrats en vue de manifestations comme la Fête du Canada.

7. L'Entente contient de nombreux éléments de nature concurrentielle et confidentielle. Non seulement l'Entente précise le montant demandé par la SRC pour participer à des manifestations comme les spectacles et en assurer la diffusion, mais elle décrit aussi le mode de prestation de ses services et le type de mesures incitatives fournies comme un programme de commandite.

8. Selon moi, la communication de l'Entente nuirait à la compétitivité de la SRC puisqu'elle entraînerait la divulgation de tous les éléments mentionnés au paragraphe 7 de mon affidavit et permettrait à des concurrents de la SRC d'incorporer ces éléments dans une proposition concurrente soumise à la CCN. La communication des clauses suivantes du contrat, en particulier, pourrait vraisemblablement être préjudiciable à la SRC: les clauses 2.03d), 3.01a), 4 et particulièrement 4.05, et l'annexe B.

9. Selon moi, la communication de l'Entente pourrait aussi entraver les négociations menées par la SRC en vue de contrats ou à d'autres fins. La communication des

could reasonably be expected to interfere with other sponsorship negotiations. The release of the contract price per year, and the method by which CBC delivers its services could also be expected to interfere with contractual negotiations involving similar projects. The release of the following Articles of the contract, in particular, could reasonably be expected to interfere with CBC's contractual or other negotiations: Article 2.03(d), Article 3.01(a), Article 4 and particularly 4.05, Schedule B.

After a careful reading of these paragraphs, I cannot come to any other conclusion than that what Ms. Marshall is doing is making certain confirmations without giving any evidence that there is a reasonable expectation of probable harm to the applicant if the information requested is divulged.

It is also not enough to merely speculate that the applicant may suffer some probable harm if the requested information is made public.

In **Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)**, [1990] 3 F.C. 665 at pages 682-3 (F.C.T.D.), the court held that paragraph 20(1)(d) of the Act requires proof of a reasonable expectation that actual contractual negotiations other than the daily business operations of the applicant will be obstructed by disclosure. Evidence of the possible effect of disclosure on other contracts generally and hypothetical problems were held to be insufficient to qualify under the exemption. Similar reasons were provided in **Société Gamma Inc. v. Canada (Secretary of State)** (1994), 79 F.T.R. 42 (F.C.T.D.) where the court stated that paragraph 20(1)(d) must refer to an obstruction to negotiations rather than merely the heightening of competition which might flow from disclosure. Finally, in **Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)** (1990), 107 N.R. 89 (F.C.A.), the court stated at page 91 that mere speculation or possibility is insufficient to ground an exemption under paragraph 20(1)(d). Given the lack of evidence about the effect on actual contractual negotiations, I have no difficulty finding that the applicant has failed to satisfy paragraph 20(1)(d) of the Act. [Emphasis mine.]

(3) Application to this case

[50] During oral argument, counsel for the applicant tailored his case to fit within the subsection 20(1)

renseignements sur les commandites pourrait vraisemblablement entraver d'autres négociations relatives à des commandites. La divulgation du prix prévu au contrat chaque année et du mode de prestation des services offerts par la SRC risquerait aussi d'entraver les négociations en vue de contrats concernant des projets similaires. La communication des clauses suivantes du contrat, en particulier, risquerait vraisemblablement d'entraver les négociations menées par la SRC en vue de contrats ou à d'autres fins: la clause 2.03d), la clause 3.01a), la clause 4 et particulièrement la clause 4.05, et l'annexe B.

J'ai lu attentivement ces paragraphes et je suis incapable de parvenir à une autre conclusion que celle-ci: M^{me} Marshall confirme certains faits sans fournir aucune preuve du fait que la communication des renseignements demandés risquerait vraisemblablement d'être préjudiciable à la requérante.

De plus, il n'est pas suffisant de simplement supposer que la requérante peut subir un préjudice probable si les renseignements demandés sont rendus publics.

Dans l'affaire **Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)**, [1990] 3 C.F. 665, aux pages 682 et 683 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a statué que l'alinéa 20(1)d) de la Loi exige la preuve que la communication des renseignements demandés risquerait vraisemblablement d'entraver les négociations menées par la requérante en vue de contrats, mises à part ses activités commerciales journalières. Les éléments de preuve soumis sur les conséquences possibles de la divulgation sur d'autres contrats en général et sur des problèmes hypothétiques ont été jugés insuffisants pour entraîner l'application de l'exception. Des motifs similaires ont été fournis dans l'affaire **Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétaire d'État)** (1994), 79 F.T.R. 42 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle la Cour a déclaré que l'alinéa 20(1)d) doit faire référence à une entrave à des négociations plutôt qu'au simple accroissement de la concurrence qui pourrait découler de la divulgation. Enfin, dans l'arrêt **Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)** (1990), 107 N.R. 89 (C.A.F.), la Cour a déclaré à la page 91 qu'une simple supposition ou possibilité est insuffisante pour faire intervenir l'exception visée à l'alinéa 20(1)d). Vu l'absence d'éléments de preuve sur les conséquences de la divulgation sur des négociations effectives menées en vue de contrats, je conclus sans difficulté que la requérante ne s'est pas conformée à l'alinéa 20(1)d) de la Loi. [Non souligné dans l'original.]

(3) Application en l'espèce

[50] Lors de sa plaidoirie, l'avocat de la demanderesse a placé toute l'affaire dans le cadre des exemptions

exemptions which the Access Coordinator found largely applicable. He abandoned recourse to exemptions found outside section 20 except to the spill-over into section 23 of the Act when claiming settlement is a form of solicitor-client privilege. For reasons expressed later in these reasons, I do not think there is any crossover and that settlement negotiations sit readily within paragraph 20(1)(d) of the Act.

[51] I mention at this point the Access Coordinator did not give specific reasons why she found the three documents partially qualified for a particular specific exemption (either paragraphs 20(1)(b), (c), or (d)), nor why the release of historical data would not prejudice the Band.

[52] Counsel for the applicant, during oral argument, stressed the settlement negotiations relating to the documents.

[53] It was appropriate for him to do so because, in my view, the issue of settlement negotiations is the crux of the matter before me and it is a privilege recognized at law worthy of protection.

[54] Settlement privilege attaches to documents created or exchanged during negotiations carried on for the purpose of settling an action or avoiding litigation. Justice Gibson in *Hutton v. Canada (Minister of National Resources)* (1997), 137 F.T.R. 110 (F.C.T.D.), found the language of paragraph 20(1)(d) of the Act could embrace settlement negotiations. He said this at paragraph 24 of his reasons:

I am satisfied, however, that the requested record does fall within the terms of paragraphs 20(1)(c) and (d). In both of those paragraphs, the test is whether the requested record "could reasonably be expected" *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47, at 57-60 (C.A.) to result in material financial loss or gain, prejudice to the competitive position of, or to interfere with contractual or other negotiations of a third party, in this case Terra. The evidence is sufficient to demonstrate the magnitude of the amounts at stake in the litigation that is before the courts in the

prévues au paragraphe 20(1), que le coordonnateur de l'accès avait considéré s'appliquer en grande partie. Il a abandonné ses arguments liés aux exemptions que l'on trouve en dehors de l'article 20, sauf le lien avec l'article 23 de la Loi lorsqu'il prétend qu'un règlement est visé par le secret professionnel des avocats. Pour les motifs que j'exprimerai plus tard, je ne crois pas à l'existence de ce lien et je considère que les négociations en vue d'un règlement se situent directement dans le cadre de l'alinéa 20(1)d) de la Loi.

[51] Je veux mentionner ici que le coordonnateur de l'accès n'a pas donné de motifs spécifiques pour justifier le fait qu'elle considérait que des extraits des trois documents étaient couverts par une exemption spécifique (soit les alinéas 20(1)b), c) ou d)), non plus que pourquoi la divulgation des données historiques ne causerait pas de préjudice à la bande.

[52] Durant sa plaidoirie, l'avocat de la demanderesse a insisté sur le fait que les documents faisaient partie de négociations en vue d'un règlement.

[53] Sa façon de procéder était fort appropriée, étant donné que selon moi la question de négociations en vue d'un règlement est au cœur de l'affaire dont je suis saisi et qu'il s'agit là d'un privilège reconnu en droit qui est digne de protection.

[54] Le privilège attaché aux règlements porte sur les documents qui sont créés ou transmis au cours de négociations visant le règlement d'une action pour éviter des procédures judiciaires. Dans *Hutton c. Canada (Ministre des Ressources naturelles)* (1997), 137 F.T.R. 110 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Gibson a conclu que le libellé de l'alinéa 20(1)d) de la Loi comprenait les négociations en vue d'un règlement. Il déclare ceci au paragraphe 24 de ses motifs:

Je suis toutefois convaincu que les alinéas 20(1)c) et d) s'appliquent aux documents demandés. Le critère à appliquer en vertu de ces deux alinéas consiste à se demander si la divulgation des documents «risquerait vraisemblablement» *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47, aux p. 57-60 (C.A.) de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers, en l'occurrence Terra, de nuire à sa compétitivité ou d'entraver des négociations menées par elle en vue de contrats ou d'autres fins. La preuve suffit à démontrer l'ampleur des montants en jeu dans les

United States that could reasonably be expected to be the subject of settlement negotiations. [Emphasis mine.]

[55] I agree with Justice Gibson. Settlement negotiations are within the purview of paragraph 20(1)(d) of the Act and are not covered by the solicitor-client exemption stated in subsection 20(3) of the Act. For this proposition, I refer to the authors of *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*, Markham, Ont.: Butterworths, 1993. Manes and Silver say this at pages 115-116 about settlement negotiation privilege:

The settlement negotiation privilege is not a true solicitor-client privilege, in that it does not relate to communications between a solicitor and client, but rather to communications with the other side or adverse party to a dispute. Accordingly, we have called this category of non disclosure “settlement negotiation privilege”. The case law favouring the protection of such communications from disclosure is replete with references to the policy underlying such protection and was aptly summarized by Sopinka and Lederman in the text on evidence. [Footnotes omitted.]

[56] In the context of the *Access to Information Act*, unlike the situation which prevails in civil litigation, it is insufficient simply to assert the privilege of settlement negotiations to fit within paragraph 20(1)(d) of the Act. An applicant must bring evidence that disclosure of the requested records could reasonably be expected to interfere with settlement negotiations.

[57] The result of the analysis at this point is if the applicant establishes the documents were created or exchanged during settlement negotiations and establishes a reasonable expectation of probable harm on release, there is no need to go outside the confines of the section 20 third party exemptions. This conclusion has two results.

[58] First, I do not have to decide whether a third party, in a section 44 review, can claim an exemption

procédures judiciaires qui sont en cours devant les tribunaux des États-Unis et qui risqueraient vraisemblablement de faire l’objet de négociations en vue d’un règlement. [Non souligné dans l’original.]

[55] Je partage l’avis du juge Gibson. Les négociations en vue d’un règlement tombent sous l’alinéa 20(1)d) de la Loi et non sous l’exemption pour le secret professionnel des avocats prévue au paragraphe 20(3) de la Loi. À l’appui de cette position, je renvoie aux auteurs de l’ouvrage *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*, Markham (Ont.): Butterworths, 1993. Voici ce que Manes et Silver déclarent, aux pages 115 et 116, au sujet du privilège portant sur les négociations en vue d’un règlement:

[TRADUCTION] Le privilège portant sur les négociations en vue d’un règlement n’est pas vraiment le privilège du secret professionnel des avocats, en ce qu’il n’est pas lié aux communications entre un avocat et son client, mais plutôt aux communications avec la partie adverse dans un litige. En conséquence, nous appelons cette catégorie de non-divulgence «le privilège portant sur les négociations en vue d’un règlement». La jurisprudence qui appuie l’exemption de tels renseignements de la divulgation renvoie constamment à la politique qui sous-tend cette protection et elle a été bien résumée par Sopinka et Lederman dans leur ouvrage sur la preuve. [Notes de bas de page omises.]

[56] Contrairement à la situation qui prévaut dans un litige civil, il est souvent insuffisant dans le contexte de la *Loi sur l’accès à l’information* de simplement faire état du privilège portant sur les négociations en vue d’un règlement pour situer l’affaire dans le contexte de l’alinéa 20(1)d) de la Loi. Un demandeur doit apporter la preuve que la divulgation des documents en cause pourrait vraisemblablement entraver des négociations en vue d’un règlement.

[57] Le résultat de l’analyse jusqu’ici indique donc que si le demandeur démontre que les documents ont été créés ou échangés dans le cadre de négociations en vue d’un règlement, et qu’il démontre un risque vraisemblable de préjudice probable en cas de divulgation, il n’est pas nécessaire de sortir des limites des exemptions prévues pour les tiers dans le cadre de l’article 20. Cette conclusion m’amène à deux résultats.

[58] Premièrement, je n’ai pas à décider si un tiers peut, dans le cadre d’un examen en vertu de l’article 44,

outside what is provided for in section 20. There is a debate about this in this Court (contrast *Heinz, supra*, and *SNC Lavalin, supra*). Second, it renders moot any question which may linger whether a section 18.1 judicial review proceeding can be taken notwithstanding the availability of a section 44 review in the light of section 18.5 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*.

[59] I conclude the proceeding before me must be pursuant to section 44 which means section 18.1 of the *Federal Court Act* is unavailable.

[60] The respondent, while taking objection to the manner in which this Court was seized under section 18 of the *Federal Court Act* requested the within application for judicial review be as if it was a review under section 44 of the *Access to Information Act* and I so order.

(4) Conclusions

[61] Based on my review of the three documents, portions of which were severed for release, I have concluded the entire documents qualify for exemption under paragraph 20(1)(d) and that severance is inappropriate.

[62] It is clear the consultants' historical report and the solicitors' submissions were placed in the hands of DIAND for the purpose of achieving a settlement of the 1980 legal action in the Federal Court through the mechanism of having that claim recognized as eligible for negotiation as a specific claim pursuant to the federal government's native claim policy and then, if accepted, negotiated to a conclusion and if that should not come to pass, its action in the Federal Court would still be alive.

[63] The expert consultants' report represents appreciations of fact on numerous points necessary to garner DIAND's recognition as disclosing an

se réclamer d'une exemption autre que ce qui est prévu à l'article 20. Il y a un débat à ce sujet au sein de notre Cour (contraster *Heinz*, précité, et *SNC Lavalin*, précité). Deuxièmement, elle rend théorique toute question qui pourrait persister quant à savoir si on peut procéder à un contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 nonobstant l'article 44, au vu de ce que prévoit l'article 18.5 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[59] J'arrive à la conclusion que l'instance qui m'est soumise doit être initiée en vertu de l'article 44, ce qui veut dire qu'on ne peut se prévaloir de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[60] Tout en s'objectant à la façon par laquelle la Cour a été saisie de la question en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la défenderesse demande que l'on traite la présente demande de contrôle judiciaire comme s'il s'agissait d'une demande de révision en vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information*. J'ordonne qu'il soit procédé de cette façon.

(4) Conclusions

[61] Au vu de mon examen des trois documents, dont certaines parties avaient été prélevées pour divulgation, j'arrive à la conclusion que les documents dans leur entier relèvent de l'exemption prévue à l'alinéa 20(1)d) et qu'il serait inapproprié d'en prélever des parties.

[62] Il est clair que le rapport historique des consultants et que les prétentions des avocats sont des documents transmis au MAINC dans le but d'obtenir un règlement de l'action introduite en Cour fédérale en 1980, en cherchant à obtenir la recevabilité de la revendication en tant que revendication particulière dans le cadre de la politique de revendications autochtones du gouvernement fédéral. Si cette demande était acceptée, la revendication pouvait être négociée jusqu'à règlement et, à défaut, l'action en Cour fédérale serait toujours pertinente.

[63] Le rapport de consultants experts contient une évaluation des faits au sujet de plusieurs questions nécessaires pour obtenir l'accord du MAINC qu'il y a

outstanding lawful obligation on the part of the federal government. The solicitors' submission musters all of the facts and applies those facts to legal arguments for the purpose of persuading DIAND that the claim should be settled through the specific claim process.

[64] The third document was also prepared in the context of the Band's efforts to gain recognition their claim should be settled as a specific claim. It represents the views of an expert retained by DIAND to analyse the facts and positions put forward by the Band to gain that recognition, outlines further research performed in addition to the research submitted by the Band and makes an assessment of the strength and weakness of the historical facts advanced by either side.

[65] Documents of this nature are privileged from a production in the discovery process in an action. I need only refer to Justice MacKay's decision in *Samson Indian Nation and Band v. Canada* (2000), 182 F.T.R. 71 (F.C.T.D.), at paragraph 9:

An initial question is whether the documents in question qualify as subject to without prejudice privilege. It is the Crown's view that many of those in question do not qualify for they are not concessions of weakness by Samson in its own case. It is urged that the policy underlying the privilege is a narrow one, simply to avoid disclosure at trial of such concessions made in efforts to settle matters. I am not persuaded that the privilege or its underlying policy is so narrow. Rather, where the documents are created with a view to reconciliation or settlement respecting a matter in dispute in litigation between the parties, the documents are without prejudice and privileged (see Sopinka, Lederman and Bryant, **The Law of Evidence in Canada**, 2nd ed. (1999) at pp. 807-809). If a document is made for the purpose of settlement or reconciliation of issues in litigation it matters not whether it is marked or described as "without prejudice"; it will be so classed either by its description or by implication.

une obligation juridique non satisfaite qui incombe au gouvernement fédéral. Les prétentions des avocats regroupent tous les faits et les accompagnent d'arguments juridiques dont l'objectif est de persuader le MAINC que la revendication devrait être réglée par l'entremise de la procédure de revendications particulières.

[64] Le troisième document a aussi été préparé dans le contexte des efforts consentis par la bande pour obtenir la reconnaissance du fait que leur revendication devait être réglée en tant que revendication particulière. On y trouve le point de vue d'un expert dont les services ont été retenus par le MAINC afin d'analyser les faits et les arguments présentés par la bande pour obtenir la reconnaissance en cause, un résumé des recherches additionnelles conduites en sus de la recherche présentée par la bande, ainsi qu'une évaluation des forces et des faiblesses des faits historiques présentés par les deux parties.

[65] Les documents de cette nature jouissent d'un privilège empêchant qu'on puisse les obtenir dans le cadre d'un interrogatoire préalable. Il suffit que je mentionne la décision du juge MacKay dans *Nation et Bande indienne de Samson c. Canada* (2000), 182 F.T.R. 71 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 9:

Il s'agit d'abord de savoir si les documents en cause jouissent du privilège visant les documents divulgués sans préjudice. La Couronne est d'avis que plusieurs de ces documents n'ont pas droit au privilège, puisqu'ils ne font aucune concession quant à la position de Samson. On soutient que la politique qui sous-tend l'existence du privilège est très restrictive, et qu'elle a simplement pour objectif d'éviter qu'on dévoile au procès les concessions qui ont été faites dans la recherche d'un règlement. Je ne suis pas convaincu que le privilège, ainsi que la politique qui le sous-tend, soient de nature aussi étroite. En fait, lorsque les documents sont préparés dans le but d'obtenir un règlement ou de concilier les points de vue dans une question en litige entre les parties, ces documents sont considérés avoir droit au privilège visant les documents divulgués sans préjudice (voir Sopinka, Lederman et Bryant, **The Law of Evidence in Canada**, 2nd ed. (1999), aux pp. 807 à 809). Si un document est préparé dans le but d'obtenir un règlement ou de concilier les questions en litige, il est de peu d'importance qu'il soit effectivement identifié par la mention «sans préjudice» et il sera considéré comme tel, soit parce qu'il est ainsi décrit ou par déduction nécessaire.

[66] Now, it may be argued the settlement negotiations are off and therefore there cannot be any interference with them within the meaning of paragraph 20(1)(d).

[67] There are two answers to this proposition. What DIAND has decided is that it would not recognize the Band's claim as being eligible for negotiation within the specific claims process. That issue is being reviewed by the Indian Land Claims Commission.

[68] Second, the Band's action in the Federal Court is still alive, and if it goes forward, after discovery takes place, settlement discussions will take place as mandated by rule 257 of the *Federal Court Rules, 1998*.

[69] I am of the view there is sufficient evidence before me to conclude the release of the three documents could reasonably be expected to interfere with settlement negotiations surrounding the Band's action.

[70] Disclosure of these documents, in this context, results in both the Band and DIAND losing control of the prevailing circumstances (the action and settlement efforts) by opening up the process to outside intervention, a process which heretofore has been carefully managed by the Band and DIAND. Such a consequence, in my view, cannot but interfere with the realities of settlement negotiations of an action.

[71] I touch on one last point. The Access Coordinator was of the view the disclosure of historical facts would not prejudice the Band's position. I do not share this view.

[72] While some of the events referred to in the documentation necessarily are in the public domain, such as the existence of Treaty 7, what the Access Coordinator coined as historical facts are in reality the very evidence which the Band asserts is needed to prove its Federal Court action and, for the reasons expressed, cannot but prejudice the Band *vis-à-vis* a third party.

[66] On pourrait maintenant prétendre que comme les négociations en vue d'un règlement sont suspendues, on ne peut les entraver au sens de l'alinéa 20(1)d).

[67] Cette proposition reçoit une réponse en deux parties. La décision du MAINC porte qu'il ne considère pas la réclamation de la bande comme recevable pour une négociation dans le cadre du processus de revendications particulières. Cette question est présentement examinée par la Commission sur les revendications particulières des Indiens.

[68] Deuxièmement, l'action de la bande en Cour fédérale est toujours pendante et, si elle procède après les interrogatoires préalables, des discussions en vue d'un règlement seront tenues comme le prévoit la règle 257 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

[69] Selon moi, la preuve dont je suis saisi me permet d'arriver à la conclusion que la divulgation des trois documents pourrait vraisemblablement entraver des négociations en vue d'un règlement dans le cadre de l'action de la bande.

[70] La divulgation de ces documents dans un tel contexte ferait que la bande et le MAINC n'auraient plus le contrôle de la situation (l'action et les efforts de règlement) en ouvrant le processus à une intervention extérieure. Or, ce processus a jusqu'ici été géré avec précaution par la bande et le MAINC. Selon moi, une telle conséquence ne pourrait qu'entraver les négociations en vue du règlement de l'action.

[71] Je veux ajouter un dernier commentaire. Le coordonnateur de l'accès était d'avis que la divulgation de faits historiques ne causerait pas de préjudice à la bande. Je ne partage pas cet avis.

[72] Bien que certains des événements mentionnés dans la documentation soient clairement dans le domaine public, comme l'existence même du Traité n° 7, ce que le coordonnateur de l'accès a décrit comme étant des faits historiques constitue en réalité la preuve même que la bande déclare nécessaire pour obtenir gain de cause dans son action en Cour fédérale et donc, pour les raisons présentées, leur divulgation ne pourrait que causer un préjudice à la bande par rapport aux tiers.

[73] For all of these reasons, this section 44 review application is allowed, with costs. The subject documents are protected from disclosure in their entirety pursuant to paragraph 20(1)(d).

[73] Pour ces motifs, la demande d'examen en vertu de l'article 44 est accueillie, avec dépens. Les documents en cause sont protégés totalement de la divulgation en vertu de l'alinéa 20(1)d).

A-228-03
2003 FCA 467

A-228-03
2003 CAF 467

Genpharm Inc. (Appellant)

Genpharm Inc. (appelante)

v.

c.

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. and The Procter & Gamble Company and The Minister of Health (Respondents)

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. et The Procter & Gamble Company et le ministre de la Santé (intimés)

INDEXED AS: PROCTER & GAMBLE PHARMACEUTICALS CANADA, INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: PROCTER & GAMBLE PHARMACEUTICALS CANADA, INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Rothstein, Evans and Pelletier JJ.A.—Toronto, November 3; Ottawa, December 3, 2003.

Cour d'appel fédérale, juges Rothstein, Evans et Pelletier, J.C.A.—Toronto, 3 novembre; Ottawa, 3 décembre 2003.

Patents — Practice — Issue estoppel — Even though patent submitted for inclusion on Patent Register after expiration of time limit set out in Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4(5), appellant barred, by application of doctrine of issue estoppel (Evans J.A. dissenting on this point), from raising eligibility of patent for inclusion on Register as issue of eligibility was or could have been raised in prior litigation between same parties — Date shown on face of patent conclusive as to date of issue.

Brevets — Pratique — Préclusion (issue estoppel) — Même si le brevet a été présenté pour inscription au registre des brevets après l'expiration du délai prévu au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), art. 4(5), le principe de la préclusion (le juge de la Cour d'appel Evans étant dissident sur ce point) empêchait l'appelante de soulever l'admissibilité du brevet à l'inscription au registre puisque cette question a été ou aurait pu être soulevée dans un litige précédent opposant les mêmes parties — Date mentionnée sur le brevet faisant preuve de la date de délivrance.

Estoppel — Doctrine of issue estoppel barring appellant from raising eligibility of patent for inclusion on Patent Register although patent not eligible for inclusion on Register as submitted after expiration of time limit — Given that prohibition order issued in previous litigation, that decision must be taken to have implicitly determined that patent at issue eligible for inclusion on Patent Register — Parties same, that decision final — Material facts available at time of first litigation — Issue estoppel may be invoked by either party — No “special circumstances” herein to justify exercise of discretion not to apply doctrine of issue estoppel.

Préclusion — Principe de la préclusion empêchant l'appelante de soulever l'admissibilité de l'inscription du brevet au registre des brevets bien que le brevet soit inadmissible à l'inscription parce que présenté pour inscription après l'expiration du délai applicable — Comme une ordonnance d'interdiction a été prononcée dans une instance antérieure, il faut considérer que, par cette décision, le tribunal a implicitement conclu que le brevet en litige était admissible à l'inscription au registre des brevets — Mêmes parties, donc décision définitive — Faits substantiels connus au moment du premier litige — Préclusion pouvant être invoquée par l'une ou l'autre des parties — Absence de «circonstances exceptionnelles» en l'espèce justifiant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer le principe de la préclusion.

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada Inc. and The Procter & Gamble Company (P&G) launched a prohibition application with respect to patent number 1338376 (the patent). A motions judge of the Trial Division dismissed the motion brought by the appellant to dismiss that application. This was an appeal from that decision.

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada Inc. et The Procter & Gamble Company (P&G) ont introduit une demande d'interdiction relativement au brevet numéro 1338376 (le brevet). La juge des requêtes de la Section de première instance a rejeté la requête présentée par l'appelante afin d'obtenir le rejet de cette demande. La présente décision intéressait l'appel de cette décision.

The patent bore on its face an issue date of June 11, 1996. However, it was not submitted for inclusion on the Patent Register until July 17, 1996, after the expiration of the 30-day time limit set out in subsection 4(5) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. The appellant submitted that the patent was thus not eligible for inclusion on the Patent Register and P&G's prohibition application must therefore be dismissed. P&G submitted that the doctrine of issue estoppel barred the appellant from raising the eligibility of the patent for inclusion on the Patent Register.

Held (Evans J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Rothstein J.A.: The issue date is the date shown on the face of the patent. In this case, that date was June 11, 1996. It was not open to the Motions Judge to go behind what was stated on the face of the patent. The patent should therefore not be eligible for inclusion on the Patent Register.

However, the question of the eligibility of the patent for inclusion on the Patent Register was *res judicata* in that it was subject to the doctrine of issue estoppel. In prior litigation between the same parties, that issue was or could have been raised. There was no doubt that the parties were the same and that the decision was final. The only issue herein was whether the same question was decided in the prior litigation. The test is "whether the determination on which it is sought to found the estoppel is 'so fundamental' to the substantive decision that the latter *cannot stand* without the former". Since the patent had to be included on the Patent Register in order to ground the prohibition application that issued in the previous litigation, for the purposes of issue estoppel in these proceedings, that decision must be taken to have implicitly determined that the patent was eligible for inclusion on the Patent Register. All the material facts were known by the appellant at the time of the first litigation. The argument that the doctrine of issue estoppel can only be used by a defendant or respondent to bar a plaintiff's or an applicant's action or application was without merit. The doctrine of issue estoppel can be invoked by either party. The fact that the appellant was not allowed to raise the issue of eligibility in the prior proceedings on procedural grounds did not prevent the application of issue estoppel. The Court has a very limited discretion to refuse to apply issue estoppel. Earlier case law limited such discretion to "special circumstances". There were no "special circumstances" justifying the exercise of discretion not to apply the doctrine of issue estoppel. Nor did Genpharm suggest any public policy considerations that should override the application of the doctrine of issue estoppel.

Le brevet mentionnait le 11 juin 1996 comme date de délivrance. Or, le brevet n'a été présenté pour inscription au registre des brevets que le 17 juillet 1996, soit après l'expiration du délai de 30 jours fixé au paragraphe 4(5) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. L'appelante a soutenu que le brevet n'était donc pas admissible à l'inscription au registre des brevets et qu'il y avait lieu de rejeter la demande d'interdiction de P&G. Cette dernière a fait valoir que le principe de la préclusion empêchait l'appelante de soulever la question de l'admissibilité du brevet à l'inscription au registre des brevets.

Arrêt (le juge Evans, J.C.A., dissident): l'appel doit être rejeté.

Le juge Rothstein, J.C.A.: La date de délivrance est celle mentionnée sur le brevet. En l'espèce, cette date est le 11 juin 1996. Il n'appartenait pas à la juge des requêtes d'aller au-delà de ce qui était mentionné sur le brevet. Le brevet ne devrait donc pas être admissible à l'inscription sur le registre des brevets.

Cependant, la question de l'admissibilité du brevet à l'inscription au registre des brevets était une chose jugée assujettie au principe de la préclusion. Dans une instance antérieure opposant les mêmes parties, cette question a été ou aurait pu être soulevée. Il ne faisait aucun doute que les parties étaient les mêmes et que la décision était définitive. En l'espèce, il s'agissait uniquement de savoir si cette même question avait été tranchée dans le cadre du litige antérieur. Le critère applicable consiste à déterminer «si la décision sur laquelle on cherche à fonder la fin de non-recevoir a été "si fondamentale" à la décision rendue sur le fond même du litige que celle-ci *ne peut valoir* sans celle-là.». Comme le brevet devait être inscrit au registre des brevets pour servir de fondement à la demande d'interdiction présentée dans l'instance antérieure, cette décision doit, au regard de la préclusion, être considérée comme ayant implicitement établi que le brevet était admissible à l'inscription au registre des brevets. L'appelante connaissait tous les faits substantiels au moment du premier litige. L'argument selon lequel le principe de la préclusion peut seulement être utilisé par un défendeur ou un intimé afin d'empêcher la demande ou l'action d'un demandeur n'était pas fondé. Le principe de la préclusion peut être invoqué par l'une ou l'autre des parties. Le fait que l'appelante n'a pas été autorisée à soulever la question de l'admissibilité dans l'instance antérieure pour des raisons de procédure ne faisait pas obstacle à l'application de la préclusion. La Cour jouit d'un pouvoir discrétionnaire très limité en ce qui touche le refus d'appliquer la préclusion. Dans la jurisprudence antérieure, ce pouvoir était limité à des «circonstances exceptionnelles». En l'espèce, il n'existait pas de «circonstances exceptionnelles» justifiant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer le principe de la

Per Evans J.A. (dissenting): the date of issue stated on the patent was conclusive. Since more than 30 days had elapsed between the date of issue and its entry on the Patent Register, P&G's prohibition application could not succeed.

While the facts of this case brought it within the parameters of issue estoppel, the Court should have exercised its discretion to decline to apply it. On the facts of this case, it would be unfair to the appellant and contrary to the public interest to prevent Genpharm from raising the eligibility of P&G's patent to be listed on the Register as a result of the delay in listing it. First the eligibility of the patent to be included on the register has never in fact been adjudicated. Second, the consequences of holding Genpharm estopped may be to prevent it from getting on the market with its medicine, which may or may not infringe P&G's patent. Third, this litigation has both public law and public interest aspects, which require that consideration of the application of the issue estoppel doctrine not be limited to its impact on the private rights of the parties. The Regulations represent the Government's view of how the balance should be struck between the protection of patentees' rights and the public interest in the encouragement of research on the one hand, and the public interest in competition and cheaper medicines on the other.

There was also a public interest in the integrity of the Patent Register, upon which second persons rely. To apply issue estoppel herein would derogate from this interest because the result would be that, while the patent has been validly listed on the Register as far as Genpharm's medicine is concerned, it is not validly listed as far as other medicines and other second persons are concerned.

The argument that not to apply issue estoppel herein would impugn the integrity of the administration of justice by bringing into question the prohibition granted in the first proceeding between these parties in respect of the patent was without merit. First the issue has never been the subject of adjudication, as it was only deemed to have been decided because it could have been raised in the first proceeding. This form of estoppel was thus of the weaker variety. Second, to allow Genpharm to raise an issue that would defeat P&G's application for a prohibition would not call into question the correctness of the decision of McKeown J. to grant an order of prohibition on the basis of the material that he thought it appropriate to consider. Nor was the Court persuaded that,

préclusion et Genpharm n'a avancé aucune considération de politique publique qui puisse écarter l'application de ce principe.

Le juge Evans, J.C.A. (dissident): La date mentionnée sur le brevet faisait preuve de la date de sa délivrance. Comme plus de 30 jours s'étaient écoulés entre la date de délivrance du brevet et la date de son inscription au registre des brevets, la demande de P&G ne pouvait être accueillie.

Bien que les faits en cause aient relevé du principe de la préclusion, la Cour aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer ce principe. À la lumière des faits en l'espèce, il serait injuste envers l'appelante et contraire à l'intérêt public d'empêcher celle-ci de soulever la question de l'admissibilité du brevet de P&G à l'inscription au registre en raison du retard à l'y inscrire. Premièrement, l'admissibilité du brevet à l'inscription au registre n'a jamais, en réalité, été décidée. Deuxièmement, interdire à Genpharm de soulever la question de l'admissibilité pourrait avoir pour conséquence de l'empêcher de mettre en marché son médicament, lequel pourrait ou non contrefaire le brevet de P&G. Troisièmement, la présente affaire touche à la fois le droit public et certains aspects d'intérêt public qui commandent que l'appréciation de l'application de la préclusion ne soit pas limitée aux incidences sur les droits privés des parties. Le Règlement témoigne de l'opinion du gouvernement sur la façon dont doivent s'équilibrer, d'une part, la protection des droits du breveté et l'intérêt public quant à l'encouragement de la recherche et, d'autre part, l'intérêt public quant à la concurrence et quant aux médicaments à meilleur coût.

Il existait également un intérêt public à préserver l'intégrité du registre des brevets qu'invoquent les secondes personnes. En l'espèce, la préclusion dérogerait à cet intérêt puisque, même si l'inscription du brevet au registre est valide quant au médicament de Genpharm, elle ne l'est pas quant aux autres médicaments et aux autres secondes personnes concernées.

L'argument selon lequel la non-application de la préclusion en l'espèce aurait miné l'intégrité de l'administration de la justice en remettant en question l'interdiction accordée par le juge McKeown lors du premier litige opposant les parties relativement au brevet n'était pas fondé. Premièrement, ce point en litige n'a jamais été tranché; il a seulement été réputé réglé entre les parties parce qu'il s'agissait d'une question qui aurait pu être soulevée lors du premier litige. Cette forme de préclusion était conséquemment de moindre force. Deuxièmement, accorder à Genpharm la possibilité de soulever une question qui aurait pour conséquence de mener au rejet de la demande d'interdiction de P&G n'aurait pas remis en question la justesse de la décision du juge McKeown

since the issue that Genpharm wished to raise was itself of a very technical nature, it was not unfair to apply the doctrine of issue estoppel to prevent it from being raised. The Regulations are rife with technicality. Nonetheless, the Regulations carefully define the circumstances in which first persons are entitled to the special protection that they afford to patent holders, and in which second persons are precluded from marketing a cheaper, safe and effective competing medicine. They define the balance between the public interests in encouraging innovation on the one hand, and ensuring competition to keep down the cost of pharmaceuticals on the other. It is not for a court to treat any of the provisions of the Regulations as of little or no consequence in this endeavour.

On the facts of this case, the public interest in the finality of litigation and in the integrity of adjudication was outweighed by the public law nature of litigation under the Regulations and the statutory regime that they create, the differential impact of the proceedings on the parties, the public interest in the integrity of the Patent Register, and the particular circumstances in which Genpharm fell within the general issue estoppel rule.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 43 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4(4) (as am. by SOR/98-166, s. 3), (5), 6(5)(a) (as enacted *idem*, s. 5).
Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, s. 44.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hoystead v. Commissioners of Taxation, [1926] A.C. 155 (P.C.); *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1965] 2 All E.R. 4 (C.A.).

CONSIDERED:

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health) (2001), 15 C.P.R. (4th) 496; 213 F.T.R. 101 (F.C.T.D.); aff'd [2003] 1 F.C. 402; 216 D.L.R. (4th) 376; 20 C.P.R. (4th) 1; 291 N.R. 339 (C.A.); *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77;

d'accorder une ordonnance d'interdiction en se fondant sur la documentation qu'il croyait approprié de considérer. Puisque la question que Genpharm souhaitait soulever était en fait de nature très technique, la Cour n'était pas davantage convaincue qu'il n'était pas injuste d'appliquer le principe de préclusion afin d'éviter qu'elle soit soulevée. Le Règlement est truffé de formalités. Malgré tout, le Règlement définit soigneusement les circonstances dans lesquelles les premières personnes ont droit à la protection spéciale accordée aux détenteurs de brevets, et celles interdisant aux secondes personnes de mettre en marché un médicament concurrentiel moins cher, sans danger et efficace. Il définit la façon d'équilibrer l'intérêt public pour ce qui est d'encourager l'innovation et pour ce qui est d'assurer la concurrence afin de réduire les coûts liés aux médicaments. Il n'appartient pas à la Cour d'accorder une importance moindre ou nulle à quelque disposition que ce soit de ce régime.

À la lumière des faits de la présente affaire, l'intérêt public quant au caractère définitif des décisions et quant à l'intégrité de la décision cédait le pas à la nature publique du litige sous le régime législatif et réglementaire existant, à la diversité des conséquences de l'instance sur les parties, à l'intérêt public lié à l'intégrité du registre des brevets et aux circonstances particulières dans lesquelles se trouvait Genpharm au regard de la règle générale de la préclusion.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 43 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16).
Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, ch. T-10, art. 44.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4(4) (mod. par DORS/98-166, art. 3), (5), 6(5)a) (édicte, *idem*, art. 5).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hoystead v. Commissioners of Taxation, [1926] A.C. 155 (P.C.); *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1965] 2 All E.R. 4 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (2001), 15 C.P.R. (4th) 496; 213 F.T.R. 101 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [2003] 1 C.F. 402; 216 D.L.R. (4th) 376; 20 C.P.R. (4th) 1; 291 N.R. 339 (C.A.); *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale*

(2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 311 N.R. 201; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 50; 107 B.C.A.C. 191; 50 B.C.L.R. (3d) 1; 7 Admin. L.R. (3d) 209; 19 C.P.C. (4th) 1 (C.A.); *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, [2003] 1 F.C. 242; (2002), 214 D.L.R. (4th) 429; 19 C.P.R. (4th) 163; 291 N.R. 96 (C.A.); *Del Zotto v. Canada*, [1994] 2 F.C. 640; [1994] 1 C.T.C. 254; (1994), 94 DTC 6170; 71 F.T.R. 1 (T.D.); *Molson Companies Ltd. v. Halter* (1976), 28 C.P.R. (2d) 158 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al., [1983] 1 S.C.R. 72; (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; 22 C.P.C. 138; 46 N.R. 139; *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.); *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; *Spens v. Inland Revenue Comrs.*, [1970] 3 All ER 295 (Ch. D.); *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299; *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363; 293 N.R. 316 (F.C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 518; (1996), 71 C.P.R. (3d) 166; 123 F.T.R. 161 (T.D.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyár RT v. Apotex Inc.* (2002), 23 C.P.R. (4th) 478; 226 F.T.R. 282 (F.C.T.D.); *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; 67 E.R. 313; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; 168 D.L.R. (4th) 270; 40 C.C.E.L. (2d) 1; 117 O.A.C. 1 (C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193; (1998), 161 D.L.R. (4th) 47; 80 C.P.R. (3d) 368; 222 N.R. 299.

AUTHORS CITED

Lange, Donald. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Toronto: Butterworths, 2000.

APPEAL from a Trial Division decision ([2003] 4 F.C. 445; (2003), 26 C.P.R. (4th) 180; 233 F.T.R. 189) dismissing a motion brought by Genpharm Inc. seeking the dismissal of a prohibition application launched by the respondents. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Roger T. Hughes, Q.C. and Kamleh J. Nicola for appellant.

79, [2003] 3 R.C.S. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 311 N.R. 201; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 50; 107 B.C.A.C. 191; 50 B.C.L.R. (3d) 1; 7 Admin. L.R. (3d) 209; 19 C.P.C. (4th) 1 (C.A.); *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, [2003] 1 C.F. 242; (2002), 214 D.L.R. (4th) 429; 19 C.P.R. (4th) 163; 291 N.R. 96 (C.A.); *Del Zotto c. Canada*, [1994] 2 C.F. 640; [1994] 1 C.T.C. 254; (1994), 94 DTC 6170; 71 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Cies Molson Ltée c. Halter* (1976), 28 C.P.R. (2d) 158 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres, [1983] 1 R.C.S. 72; (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; 22 C.P.C. 138; 46 N.R. 139; *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.); *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; *Spens v. Inland Revenue Comrs.*, [1970] 3 All ER 295 (Ch.D.); *Grandview (ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299; *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363; 293 N.R. 316 (C.A.F.); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 518; (1996), 71 C.P.R. (3d) 166; 123 F.T.R. 161 (1^{re} inst.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyár RT c. Apotex Inc.* (2002), 23 C.P.R. (4th) 478; 226 F.T.R. 282 (C.F. 1^{re} inst.); *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; 67 E.R. 313; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; 168 D.L.R. (4th) 270; 40 C.C.E.L. (2d) 1; 117 O.A.C. 1 (C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193; (1998), 161 D.L.R. (4th) 47; 80 C.P.R. (3d) 368; 222 N.R. 299.

DOCTRINE

Lange, Donald. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Toronto: Butterworths, 2000.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([2003] 4 C.F. 445; (2003), 26 C.P.R. (4th) 180; 233 F.T.R. 189) rejetant la requête par laquelle Genpharm Inc. tentait d'obtenir le rejet de la demande d'interdiction introduite par les intimés. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Roger T. Hughes, c.r., et Kamleh J. Nicola pour l'appelante.

Ronald E. Dimock and Sheila R. Block for respondents.

Ronald E. Dimock et Sheila R. Block pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD:

Sim, Hughes, Ashton & McKay LLP, Toronto, for appellant.
Dimock Stratton Clarizio LLP, Toronto, for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Sim, Hughes, Ashton & McKay LLP, Toronto, pour l'appelante.
Dimock Stratton Clarizio LLP, Toronto, pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] ROTHSTEIN J.A.: This is an appeal from a May 12, 2003, order of a motions judge of the Trial Division (as it then was) [[2003] 4 F.C. 445] which dismissed a motion brought by Genpharm Inc. under paragraph 6(5)(a) [as enacted by SOR/98-166, s. 5] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 as amended. Genpharm's motion sought the dismissal of a prohibition application launched by Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. and The Procter & Gamble Company (P&G).

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel d'une ordonnance d'une juge des requêtes de la Section de première instance (comme on l'appelait alors), en date du 12 mai 2003 [[2003] 4 C.F. 445], laquelle a rejeté une requête présentée par Genpharm Inc. en vertu de l'alinéa 6(5)a [édicte par DORS/98-166, art. 5] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 tel que modifié. La requête de Genpharm visait le rejet d'une demande d'interdiction présentée par Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. et The Procter & Gamble Company (P&G).

[2] Subsection 6(5) of the Regulations provides:

[2] Le paragraphe 6(5) du Règlement dispose:

6. . . .

6. [. . .]

(5) In a proceeding in respect of an application under subsection (1), the court may, on the motion of a second person, dismiss the application

(5) Lors de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), le tribunal peut, sur requête de la seconde personne, rejeter la demande si, selon le cas:

(a) if the court is satisfied that the patents at issue are not eligible for inclusion on the register or are irrelevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug for which the second person has filed a submission for a notice of compliance; or

a) il estime que les brevets en cause ne sont pas admissibles à l'inscription au registre ou ne sont pas pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue pour laquelle la seconde personne a déposé une demande d'avis de conformité;

(b) on the ground that the application is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process.

b) il conclut qu'elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure.

[3] Genpharm submits that the patent at issue, patent number 1338376 (the '376 patent), was issued on June 11, 1996 as a reissue of patent number 1282702, but was not submitted for inclusion on the Patent Register maintained by the Minister of Health until July 17, 1996. Genpharm says that subsection 4(5) of the Regulations (as it read in 1996) required P&G to submit the '376

[3] Genpharm soutient que le brevet en litige, à savoir le brevet numéro 1338376 (le brevet '376), a été délivré le 11 juin 1996 et constitue une redélivrance du brevet numéro 1282702 mais que ce brevet '376 n'a été présenté que le 17 juillet 1996 pour inscription au registre des brevets tenu par le ministre de la Santé. Genpharm affirme que le paragraphe 4(5) du Règlement

patent to the Minister within 30 days of its issue by the Patent Commissioner. As the '376 patent was submitted more than 30 days after its issue, Genpharm argues it is not eligible for inclusion on the Patent Register. Because a prohibition application can only be grounded on a patent list submitted to the Minister and because the '376 patent was ineligible for inclusion on such a patent list, Genpharm says P&G's prohibition application must be dismissed.

DECISION OF THE MOTIONS JUDGE

[4] The Motions Judge determined that:

1. under subsection 4(4) of the Regulations (as it read effective March 11, 1998), a patent is not eligible for inclusion on the Patent Register maintained by the Minister of Health if it was issued more than 30 days before its registration;
2. it was not necessary to determine exactly when the '376 patent was issued;
3. the patent was registered within 30 days of the date it was mailed to P&G; and
4. in order to strike an application under paragraph 6(5)(a), it should be plain and obvious that the patent is not eligible for inclusion on the Register. It was not plain and obvious that the '376 patent was ineligible for inclusion on the Register, but even on a lower standard, the Judge was not satisfied that Genpharm had established that the '376 patent was not submitted for inclusion on the Register within 30 days of its date of issue.

[5] As a result, Genpharm's motion to dismiss P&G's prohibition application under paragraph 6(5)(a) was dismissed.

ANALYSIS

[6] P&G has submitted that the doctrine of issue estoppel bars Genpharm from raising the eligibility of the '376 patent for inclusion on the Minister's Patent Register in these proceedings. I agree and, for that

(tel que rédigé en 1996) exigeait de P&G qu'elle soumette au ministre le brevet '376 dans les 30 jours de sa délivrance par le commissaire aux brevets. Puisque le brevet '376 a été présenté plus de 30 jours après sa délivrance, Genpharm prétend qu'il n'est pas admissible à l'inscription au registre des brevets. Étant donné qu'une demande d'interdiction ne peut être fondée que sur une liste de brevets présentée au ministre et étant donné que le brevet '376 est inadmissible à l'inscription sur une telle liste de brevets, Genpharm avance que la demande d'interdiction de P&G doit être rejetée.

LA DÉCISION DE LA JUGE DES REQUÊTES

[4] La juge des requêtes a tranché que:

1. en vertu du paragraphe 4(4) du Règlement (dans sa version en vigueur le 11 mars 1998), un brevet n'est pas admissible à l'inscription au registre des brevets tenu par le ministre de la Santé s'il a été délivré plus de 30 jours avant enregistrement;
2. il n'est pas nécessaire de déterminer exactement à quel moment le brevet '376 a été délivré;
3. le brevet a été enregistré dans les 30 jours de la date à laquelle il a été posté à P&G;
4. pour radier une demande en vertu de l'alinéa 6(5)a), il doit être clair et manifeste que le brevet n'est pas admissible à l'inscription au registre. Il n'était pas clair et manifeste que le brevet '376 était inadmissible à l'inscription au registre et, même selon une norme moins rigoureuse, elle n'était pas convaincue que Genpharm avait démontré que le brevet '376 n'avait pas été présenté pour inscription au registre dans les 30 jours de la date de délivrance.

[5] Conséquemment, la requête de Genpharm visant à faire rejeter la demande d'interdiction de P&G en vertu de l'alinéa 6(5)a) a été rejetée.

ANALYSE

[6] P&G soutient que le principe de la préclusion empêche Genpharm de soulever, dans le présent litige, l'admissibilité du brevet '376 à l'inscription au registre des brevets. Je partage cet avis et, pour cette seule

reason only, find that Genpharm's motion must be dismissed. However, in order to clarify one aspect of the decision of the Motions Judge, I think it is desirable to first comment on that issue.

The Issue Date

[7] In order for a new patent to be included on the Patent Register after a submission for a notice of compliance has been made, the patent must be submitted to the Minister within 30 days of its issuance. Although the Motions Judge only referred to the current subsection 4(4) [as am. by SOR/98-166, s. 3], not the former subsection 4(5) that was applicable at the relevant time, nothing turns on the differences between the two versions of the provision for purposes of this case. Subsection 4(4) of the Regulations currently provides:

4. . . .

(4) A first person may, after the date of filing of a submission for a notice of compliance and within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of the submission, submit a patent list, or an amendment to an existing patent list, that includes the information referred to in subsection (2).

while former subsection 4(5) provided:

4. . . .

(5) At any time after the date of filing of the submission for a notice of compliance, the first person may submit a patent list that includes, or amend an existing patent list to include, the information referred to in subsection (2) in respect of a patent that issued within the previous 30 days on the basis of an application filed before the date of filing of the submission.

[8] There is no dispute that the '376 patent was submitted to the Minister on July 17, 1996. The only question is when it was issued.

[9] Section 43 of the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16)], as it read at the relevant time, provided that every patent granted under the Act shall be issued under the signature of the Commissioner and the seal of the Patent Office

raison, je décide que la requête de Genpharm doit être rejetée. Toutefois, afin de clarifier un des aspects de la décision de la juge des requêtes, j'estime souhaitable de d'abord commenter cette question.

Date de délivrance

[7] Pour inscrire un nouveau brevet au registre des brevets après le dépôt d'une demande d'avis de conformité, le brevet doit être présenté au ministre dans les 30 jours de sa délivrance. Même si la juge des requêtes se reporte seulement au paragraphe 4(4) actuel [mod. par DORS/98-166, art. 3] et non à l'ancien paragraphe 4(5) qui s'appliquait au moment pertinent, les différences entre les deux versions sont sans conséquences aux fins de la présente affaire. Le paragraphe 4(4) du Règlement actuel dispose:

4. [. . .]

(4) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'avis de conformité et dans les 30 jours suivant la délivrance d'un brevet qui est fondée sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d'avis de conformité, soumettre une liste de brevets, ou toute modification apportée à une liste de brevets, qui contient les renseignements visés au paragraphe (2).

L'ancien paragraphe 4(5) énonce:

4. [. . .]

(5) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'avis de conformité, soumettre une liste de brevets qui comprend les éléments visés au paragraphe (2) à l'égard d'un brevet qui a été délivré au cours des 30 jours précédents et qui était fondé sur une demande au tribunal déposée avant la date de ce dépôt ou elle peut modifier la liste de brevets existante pour inclure ces éléments.

[8] Le fait que le brevet '376 a été présenté au ministre le 17 juillet 1996 n'est pas contesté. La seule question qui demeure est celle du moment de la délivrance.

[9] L'article 43 de la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16)], tel qu'il était rédigé au moment pertinent, porte que chaque brevet accordé sous le régime de la Loi est délivré sous la signature du commissaire et le sceau

and shall bear on its face the date on which it is granted and issued. Section 43 stated:

43. Subject to section 46, every patent granted under this Act shall be issued under the signature of the Commissioner and the seal of the Patent Office, shall bear on its face the date of the filing of the application for the patent, the date on which the application became open to the inspection of the public under section 10 and the date on which the patent is granted and issued and it shall thereafter, in the absence of any evidence to the contrary, be valid and avail the grantee and the legal representatives of the grantee for the term mentioned in section 44 or 45, whichever is applicable.

[10] The '376 patent bears on its face an issue date of June 11, 1996. Section 43 prescribed that the issue date be shown on the face of the patent. In my opinion, the date of issue shown on the face of the patent is conclusive.

[11] The learned Motions Judge was troubled by a concern that it was not clear when the patent certificates bearing the name of the new Patent Commissioner were delivered to the Patent Office or when the signature of the Commissioner and the seal of the Patent Office were affixed to the '376 patent. This concern arose out of a letter written by the Patent Office on June 27, 1996. The letter states:

Re: June 11 1996 Patent Issue

Mr. Anthony McDonough has recently been appointed Commissioner of Patents. Therefore new patent grant certificates had to be printed. Due to printing delays, June 11 1996 patents were mailed on June 18 1996. We are sorry for any inconvenience this delay may have caused.

It appears that the Motions Judge was of the view that because of printing delays, the signature of the Patent Commissioner and the seal of the Patent Office may not have been affixed to the '376 patent until June 18, 1996. On that basis, Genpharm failed to satisfy her that the '376 patent was not submitted to the Minister for inclusion on the Patent Register within 30 days of its issue.

du Bureau des brevets. Il mentionne la date à laquelle il a été accordé et délivré. L'article 43 est ainsi libellé:

43. Sous réserve de l'article 46, le brevet accordé sous le régime de la présente loi est délivré sous la signature du commissaire et le sceau du Bureau des brevets. Il mentionne la date de la demande, celle à laquelle elle est devenue accessible sous le régime de l'article 10, ainsi que celle à laquelle il a été accordé et délivré. Il est par la suite, sauf preuve contraire, valide et acquis au breveté ou à ses représentants légaux pour la période mentionnée aux articles 44 ou 45.

[10] Le brevet '376 mentionne le 11 juin 1996 comme date de délivrance. L'article 43 exige en effet que la date de délivrance soit mentionnée. À mon avis, la date de délivrance mentionnée est concluante.

[11] La juge des requêtes s'inquiétait du fait qu'on ne savait pas trop à quel moment avaient été délivrés au Bureau des brevets les certificats portant le nom du nouveau commissaire aux brevets, et à quelle date remontait en la signature du commissaire de même que le sceau du Bureau des brevets apposés tous deux sur le brevet '376. Son inquiétude a été suscitée par une lettre écrite par le Bureau des brevets le 27 juin 1996, laquelle est rédigée comme suit:

[TRADUCTION] Objet: La question du brevet portant la date du 11 juin 1996

M. Anthony McDonough a récemment été désigné commissaire aux brevets. En conséquence, de nouveaux certificats de délivrance ont dû être imprimés. En raison des délais d'impression, les brevets portant la date du 11 juin 1996 ont été postés le 18 juin 1996. Nous regrettons tout inconvénient entraîné par ce retard.

À cause des délais d'impression, il semble que la juge des requêtes était d'opinion que la signature du commissaire aux brevets ainsi que le sceau du Bureau des brevets n'avaient peut-être pas été apposés sur le brevet '376 avant le 18 juin 1996. Pour cette raison, Genpharm n'a pas réussi à la convaincre que le brevet '376 n'a pas été présenté au ministre pour inscription au registre des brevets dans les 30 jours de sa délivrance.

[12] As I have stated, as a matter of law, the date on which the '376 patent was issued was the date shown on the face of the patent. It was not open to the Motions Judge to go behind what is stated on the face of the patent.

[13] If, in fact, the patent was issued on a date other than June 11, 1996, then the date shown on the face of the patent was in error. However, if so, the proper remedy was for P&G to request the Patent Office to correct the error.

[14] Any other interpretation would create uncertainty with respect to the issue date, something section 43 was intended to avoid. Under the regime applicable to patents applied for before October 1, 1989, the issue date was of great significance because the duration of such patents was 17 years from the date of issue. That is no longer the case for patents applied for on or after October 1, 1989, in which case the duration of the patent is 20 years from the date of filing of the application. However, patents applied for before October 1, 1989 are still extant and, therefore, the issue date remains significant for those patents. As well, there are undoubtedly other reasons, including the provisions of subsection 4(5) (now 4(4)) of the Regulations, that the issue date of a patent remains significant.

[15] The point is that Parliament intended section 43 to create certainty regarding the issue date by providing that, as a matter of law, the issue date is the date shown on the face of the patent. In this case, that date was June 11, 1996.

Issue Estoppel

[16] P&G submits that the question of whether the '376 patent is eligible for inclusion on the Patent Register is *res judicata* in that it is subject to the doctrine of issue estoppel. P&G says that in prior litigation between the same parties (*Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 496 (F.C.T.D.); aff'd by [2003] 1 F.C. 402 (C.A.)), the issue of the eligibility of the '376 patent for inclusion on the Patent Register was

[12] En droit, comme je l'ai énoncé précédemment, la date à laquelle le brevet '376 a été délivré est la date mentionnée au brevet. Il n'appartenait pas à la juge des requêtes d'aller au-delà de ce qui était mentionné sur le brevet.

[13] Si, en fait, le brevet a été délivré à une autre date que le 11 juin 1996, alors la date mentionnée sur le brevet était une erreur. Toutefois, si tel était le cas, la réparation appropriée pour P&G aurait été de demander au Bureau des brevets de corriger l'erreur.

[14] Toute autre interprétation créerait de l'incertitude en ce qui a trait à la date de délivrance, alors que l'article 43 était justement destiné à éviter cet état de choses. Sous le régime applicable aux brevets présentés avant le 1^{er} octobre 1989, la date de délivrance est lourde de conséquences puisque la durée de tels brevets est de 17 ans à partir de cette date. Ce n'est plus le cas pour les brevets présentés le ou après le 1^{er} octobre 1989; en effet, pour ces brevets, la durée est de 20 ans à partir de date de présentation de la demande. Toutefois, il existe encore des brevets qui ont été présentés avant le 1^{er} octobre 1989 et donc la date de délivrance demeure importante pour ceux-ci. De la même façon, il y a sans doute d'autres raisons pour lesquelles la date de délivrance demeure importante, notamment les dispositions du paragraphe 4(5) (maintenant 4(4)) du Règlement.

[15] En fait, avec l'article 43, le législateur entendait fixer avec certitude la date de délivrance en prévoyant que, en droit, la date de délivrance est la date mentionnée sur le brevet. En l'espèce, la date était le 11 juin 1996.

La préclusion

[16] P&G soutient que la question de savoir si le brevet '376 est admissible à l'inscription au registre des brevets est en fait une chose jugée assujettie au principe de préclusion (*issue estoppel*). P&G expose que dans un litige antérieur entre les mêmes parties (*Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 496 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [2003] 1 C.F. 402 (C.A.)), la question de l'admissibilité du brevet '376 à

or could have been raised. The prior proceeding involved a different proposed use for Genpharm's product. P&G says that it is not now open to Genpharm to raise this issue in these proceedings.

[17] There are three requirements for issue estoppel:

1. that the same question has been decided;
2. that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and,
3. that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.

See *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, at page 254, quoting Lord Guest in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), at page 935.

[18] There is no doubt that the parties to this appeal and the parties in the previous litigation are the same and that the previous judicial decision was final, as a prohibition order did in fact issue and an appeal of that order was dismissed by this Court. The issue then is whether the same question was decided in the prior litigation.

[19] Genpharm makes a number of submissions, none of which persuade me issue estoppel should not apply in this case.

[20] First, Genpharm says that the reasons for judgment in the previous litigation did not explicitly address the eligibility issue raised in these proceedings and that the issue was, therefore, not previously decided. However, issue estoppel "extends to the material facts and the conclusions of law or of mixed fact and law ('the questions') that were necessarily (even if not explicitly) determined in the earlier proceedings" (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraph 24 (emphasis added)). The test is "whether the determination on which it is sought to found the estoppel

l'inscription au registre des brevets a été ou aurait pu être soulevée. Le litige antérieur touchait une utilisation projetée différente du produit de Genpharm. P&G affirme qu'il ne peut plus être question pour Genpharm de soulever cette question dans la présente instance.

[17] Il faut remplir trois conditions pour constater la préclusion:

1. la même question a été tranchée;
2. la décision judiciaire censée créer la préclusion était finale;
3. les parties visées par la décision judiciaire ou leurs ayants droit sont les mêmes que celles ou ceux concernés par le litige où a été soulevée la question de la préclusion.

Voir *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248, page 254, citant lord Guest dans la décision *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), à la page 935.

[18] Il ne fait pas de doute que les parties à l'appel et les parties au litige antérieur sont les mêmes, et que la décision judiciaire antérieure était finale puisqu'une ordonnance d'interdiction a en fait été prononcée et qu'un appel de cet ordonnance a été rejeté par la Cour. La question est donc de savoir si la même question a été tranchée dans un litige antérieur.

[19] Genpharm avance plusieurs arguments, mais aucun ne me convainc que la préclusion ne s'applique pas en l'espèce.

[20] Premièrement, Genpharm fait valoir que les motifs du jugement concernant le litige antérieur ne traitaient pas explicitement de la question de l'admissibilité soulevée pendant l'instance, et que, en conséquence, la question n'avait pas été décidée antérieurement. Toutefois, «la préclusion vise les faits substantiels, les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit ("les questions") à l'égard desquels on a nécessairement statué (même si on ne l'a pas fait de façon explicite) dans le cadre de l'instance antérieure». (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*,

is ‘so fundamental’ to the substantive decision that the latter *cannot stand* without the former” (*Angle*, at page 255, quoting *Spens v. Inland Revenue Comrs.*, [1970] 3 All ER 295 (Ch. D.), at page 301).

[21] A patent must be included on the Patent Register maintained by the Minister of Health in order to ground a prohibition application. That is fundamental to the issue of a prohibition order under the Regulations. Given that a prohibition order issued in the previous litigation, for purposes of issue estoppel in these proceedings, that decision must be taken to have implicitly determined that the ‘376 patent was eligible for inclusion on the Patent Register.

[22] Second, Genpharm submits that it did not know of the June 18, 1996, letter of the Patent Office explaining the late mailing of June 11, 1996, patents. I believe an exception to issue estoppel might be available where facts material to the issue could not have been discovered with reasonable diligence at the time of the first litigation. See *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100, at pages 114-115; 67 E.R. 313, at pages 319-320.

[23] That is not the case here. Genpharm was aware of the ‘376 patent and the issue date shown on its face. As well, the Form IV patent list, the document on which P&G submitted the ‘376 patent to the Minister of Health for inclusion on the Patent Register, is a public document that shows on its face the date on which it was submitted. These were the only facts Genpharm needed to challenge the ‘376 patent’s eligibility to be included on the Patent Register.

[24] This case is about Genpharm not raising an issue in the first litigation, even though it had the necessary facts at the relevant time. I think Lord Shaw in *Hoystead v. Commissioners of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.), at page 166, set out the law applicable to the

[2001] 2 R.C.S. 460, au paragraphe 24 (non souligné dans l’original)). Le critère applicable consiste à déterminer «si la décision sur laquelle on cherche à fonder la fin de non-recevoir a été “si fondamentale” à la décision rendue sur le fond même du litige que celle-ci *ne peut valoir* sans celle-là» (*Angle*, page 255, citant *Spens v. Inland Revenue Comrs.*, [1970] 3 All ER 295 (Ch. D), à la page 301).

[21] Un brevet doit être inscrit au registre des brevets tenu par le ministre de la Santé pour servir de fondement à une demande d’interdiction. Il s’agit d’un aspect essentiel de la question que tranche l’ordonnance d’interdiction prononcée suivant le Règlement. Considérant qu’une ordonnance d’interdiction a été rendue dans le litige antérieur, cette décision doit, au regard de la préclusion, être considérée comme ayant implicitement tranché que le brevet ‘376 était admissible à l’inscription au registre des brevets.

[22] Deuxièmement, Genpharm plaide qu’elle ignorait l’envoi d’une lettre, en date du 18 juin 1996, rédigée par le Bureau des brevets et expliquant la mise à la poste tardive des brevets portant la date du 11 juin 1996. Je crois qu’une exception à la préclusion peut être possible lorsque les faits essentiels à celle-ci n’auraient pu être découverts en exerçant une diligence raisonnable au moment du premier litige. Voir *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100, aux pages 114 et 115; 67 E.R. 313, aux pages 319 et 320.

[23] Ce n’est pas le cas en l’espèce. Genpharm était au courant de l’existence du brevet ‘376 et de la date de délivrance mentionnée. De même, le formulaire IV de la liste des brevets, formulaire sur lequel P&G a présenté le brevet ‘376 au ministre de la Santé pour inscription au registre des brevets, est un document public sur lequel figure la date à laquelle le brevet a été présenté. Ces faits suffisaient à Genpharm pour contester l’admissibilité du brevet ‘376 à l’inscription au registre des brevets.

[24] La présente affaire porte sur le fait que Genpharm n’a pas soulevé une question lors d’un premier litige même si elle connaissait les faits nécessaires au moment pertinent. Je suis d’avis que lord Shaw a énoncé le droit applicable aux circonstances de l’espèce dans la décision

circumstances here:

Thirdly, the same principle—namely, that of setting to rest rights of litigants, applies to the case where a point, fundamental to the decision, taken or assumed by the plaintiff and traversable by the defendant, has not been traversed. In that case also a defendant is bound by the judgment, although it may be true enough that subsequent light or ingenuity might suggest some traverse which had not been taken. The same principle of setting parties' rights to rest applies and estoppel occurs.

[25] Third, Genpharm argues that the doctrine of issue estoppel can only be used by a defendant or respondent to bar a plaintiff's or applicant's action or application. It cannot be used to bar a defendant or respondent from raising a defence that it failed to raise in an earlier proceeding. I do not agree. The doctrine of issue estoppel may be invoked by either party. In *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1965] 2 All E.R. 4 (C.A.), at page 9, Lord Denning stated:

But within one cause of action, there may be several issues raised which are necessary for the determination of the whole case. The rule then is that, once an issue has been raised and distinctly determined between the parties, then, as a general rule, neither party can be allowed to fight that issue all over again. The same issue cannot be raised by either of them again in the same or subsequent proceedings except in special circumstances. . . . And within one issue, there may be several points available which go to aid one party or the other in his efforts to secure a determination of the issue in his favour. The rule then is that each party must use reasonable diligence to bring forward every point which he thinks would help him. If he omits to raise any particular point, from negligence, inadvertence, or even accident (which would or might have decided the issue in his favour), he may find himself shut out from raising that point again, at any rate in any case where the self-same issue arises in the same or subsequent proceedings [Emphasis added].

Lord Denning's statement has been approved not only by Ritchie J., writing for the majority of the Supreme Court, in *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621, at page 637 but by this Court in *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363 (F.C.A.), at paragraph 13 and by the Trial Division (as it then was)

Hoystead v. Commissioners of Taxation, [1926] A.C. 155 (P.C.), à la page 166:

[TRADUCTION]Troisièmement, le même principe, à savoir celui qui empêche de faire juger à nouveau les droits des plaideurs, s'applique lorsqu'un point essentiel de la décision qui pouvait être nié par le défendeur ne l'a pas été et que ce point a été soulevé ou présumé par le demandeur. Dans ce cas aussi, le défendeur est lié par le jugement, même s'il se rend compte par la suite qu'il aurait pu se servir d'une dénégation et qu'il ne l'a pas fait. Le même principe qui empêche de faire juger à nouveau les droits des parties s'applique et il y a estoppel.

[25] Troisièmement, Genpharm argue que le principe de préclusion peut seulement être utilisé par un défendeur ou un intimé afin d'empêcher la demande ou l'action d'un demandeur. Toujours selon l'appelante, ce principe ne peut être utilisé pour empêcher un défendeur ou un intimé de présenter une défense qu'il a omis de faire valoir lors d'un litige antérieur. Je ne suis pas de cet avis. Le principe de préclusion peut être invoqué par l'une ou l'autre des parties. Dans *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1965] 2 All E.R. 4 (C.A.), à la page 9, lord Denning s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] Mais dans le cadre d'un seul litige, il est possible de soulever plusieurs questions déterminantes du sort de toute la cause. Il convient alors d'appliquer la règle selon laquelle, d'ordinaire, les parties ne sont pas autorisées à débattre à nouveau une question litigieuse qu'elles ont déjà soulevée et débattue. Aucune d'entre elles ne peut soulever la même question litigieuse au cours de la même action ou d'une action subséquente, sauf en des circonstances spéciales [. . .] Et dans le cadre d'un seul litige, il peut exister plusieurs points sur lesquels l'une ou l'autre des parties peut s'appuyer pour prouver ses allégations et obtenir gain de cause. La règle veut alors que chaque partie doit faire preuve de diligence pour invoquer tous les points susceptibles de la favoriser. Si une partie, soit par négligence, inadvertance ou même accident, omet de soulever un point particulier (qui lui aurait permis, ou peut-être permis d'obtenir gain de cause), elle peut se voir refuser l'occasion de soulever à nouveau ce point-là, du moins dans la même action et dans toute action subséquente portant sur le même litige. [Non souligné dans l'original.]

L'énoncé de lord Denning a reçu l'approbation non seulement du juge Ritchie, lequel écrivait au nom de la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Grandview (ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621, à la page 637, mais aussi de la Cour dans l'arrêt *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363 (C.A.F.), au paragraphe

in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 518, at page 542 and *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT v. Apotex Inc.* (2002), 23 C.P.R. (4th) 478 (F.C.T.D.), at paragraph 21. It is, therefore, open to P&G to plead that Genpharm is estopped from arguing that the '376 patent was not eligible for inclusion on the Patent Register.

[26] Finally, Genpharm argues that it, in fact, did attempt to argue, albeit on different grounds, that the '376 patent should not be included on the Patent Register in the prior litigation, but that it was precluded from doing so on a procedural ground. Therefore, it says, it should not now be estopped from raising the issue in these proceedings. In ruling that the issue of inclusion of the '376 patent on the Patent Register could not be raised in the prior litigation, McKeown J. stated:

The ruling is that the argument by the Respondents that the patent should not be on the patent list, cannot be brought at this late stage, one week before the hearing.

The Respondents could have notified the Applicants at a much earlier time that this argument was going to be made. The argument could have been made after the amended Regulations took effect and was available 22 months ago (*Procter & Gamble Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Minister of Health)* (28 August 2001), Toronto T-1825-99/T-1970-99 (T.D.)).

[27] The fact that Genpharm was not allowed to raise the issue in the prior proceedings because it waited until one week before the hearing to attempt to do so does not prevent the application of issue estoppel. On the contrary, it is further evidence that Genpharm could have, but failed to, raise the eligibility issue in a timely manner in the first litigation.

[28] Are there other grounds on which the Court should refuse to apply issue estoppel as a matter of discretion? There is no doubt such a discretion exists. However, in the context of court proceedings, as contrasted with proceedings of administrative tribunals, "such a discretion must be very limited in application" (see *Binnie J. in Danyluk*, at paragraph 62, quoting *Estey*

13 et de la Section de 1^{re} instance (comme on l'appelait alors) dans les décisions *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 518, à la page 542 et *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT c. Apotex Inc.* (2002), 23 C.P.R. (4th) 478 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 21. P&G peut donc plaider que Genpharm ne peut soutenir que le brevet '376 n'était pas admissible à l'inscription au registre des brevets.

[26] Enfin, Genpharm allègue qu'en fait elle a tenté de faire valoir, en s'appuyant toutefois sur des moyens différents, que le brevet '376 ne devrait pas être inscrit au registre des brevets dans le cadre du litige antérieur, mais qu'on l'a empêchée de le faire pour un motif d'ordre procédural. En conséquence, elle affirme que maintenant la Cour ne devrait pas lui interdire de soulever la question dans la présente instance. En décidant que la question de l'inscription du brevet '376 au registre des brevets ne pouvait pas être soulevée lors du litige antérieur, le juge McKeown a déclaré:

[TRADUCTION] Il a été décidé que l'argument des défendeurs selon lequel le brevet ne devrait pas être inscrit à la liste des brevets ne peut être soulevé à un stade si tardif, à savoir une semaine avant l'audience.

Les défendeurs auraient pu informer beaucoup plus tôt les demandeurs que cet argument serait invoqué. L'argument aurait pu être soulevé après l'entrée en vigueur du Règlement modifié, lequel était disponible il y a 22 mois (*Procter & Gamble Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (28 août 2001), Toronto T-1825-99/T-1970-99 (1^{re} inst.)).

[27] Ne constitue pas une entrave à l'application de la préclusion le fait que Genpharm s'est vu refuser la possibilité de soulever la question lors du litige antérieur, pour avoir attendu la semaine précédant l'audience avant d'agir. Au contraire, cela prouve encore que Genpharm aurait pu soulever la question de l'admissibilité sans tarder lors du premier litige, mais qu'elle ne l'a pas fait.

[28] Y a-t-il d'autres motifs pour lesquels la Cour devrait refuser d'appliquer la préclusion dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? Il ne fait pas de doute que ce pouvoir discrétionnaire existe. Toutefois, dans le cadre d'un litige devant la Cour, contrairement à un litige devant un tribunal administratif, «ce pouvoir discrétionnaire est très limité dans son application» (voir

J. in *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72, at page 101). The limited application of such discretion is of very long standing. In earlier jurisprudence, the discretion not to apply the doctrines of *res judicata* was limited to “special circumstances” (see *Henderson v. Henderson*, *supra*, at page 115 (Hare), page 319 (E.R.)).

[29] While dealing with abuse of process, Arbour J. in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79* (2003), 232 D.L.R. (4th) 385 (S.C.C.), cites examples of circumstances which I think might also justify the limited exercise of discretion not to apply the doctrine of issue estoppel in a court context: for example, when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty or where fresh new evidence previously unavailable conclusively impeaches the original result (paragraph 52). It may also be that fairness considerations could counsel the exercise of discretion. Arbour J. suggests that when the stakes in the original proceeding were too minor to generate a full and robust response, while the stakes in the subsequent proceeding are considerable, fairness might dictate the exercise of discretion (paragraph 53). There may be other examples that would justify the exercise of discretion not to apply the doctrine of issue estoppel. However, these other circumstances would still have to come within the narrow “special circumstances” exception.

[30] For example, I am prepared to accept that certain types of public policy considerations may be relevant to the question of whether a court should exercise its discretion not to apply the doctrine of issue estoppel. However, the public policy in question must be of substantial importance in order to override the public interest in the finality of litigation.

[31] In the circumstances of this case, we are not dealing with tainted proceedings or the unavailability of

les propos du juge Binnie dans l’arrêt *Danyluk*, au paragraphe 62, citant le juge Estey dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72, à la page 101). L’application limitée du pouvoir discrétionnaire est d’origine très ancienne. Dans la jurisprudence antérieure, le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer les principes de la chose jugée était limité à des «circonstances exceptionnelles» (voir *Henderson v. Henderson*, précité, page 115 (Hare), page 319 (E.R.)).

[29] En traitant la question d’un abus de procédure, la juge Arbour dans l’arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79* (2003), 232 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.), cite en exemple des circonstances qui, à mon sens, peuvent justifier également l’exercice limité du pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer le principe de préclusion dans un contexte judiciaire: par exemple, lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté ou lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n’avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial (paragraphe 52). Il se peut également que des considérations d’équité puissent également inciter un juge à exercer son pouvoir discrétionnaire. La juge Arbour affirme que lorsque les enjeux de l’instance initiale ne sont pas assez importants pour susciter une réaction vigoureuse et complète alors que ceux de l’instance subséquente sont considérables, l’équité peut commander l’exercice du pouvoir discrétionnaire (paragraphe 53). Il est possible que d’autres circonstances puissent justifier l’exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer le principe de préclusion. Cependant, ces autres circonstances devraient tout de même se trouver englobées dans l’exception stricte des «circonstances exceptionnelles».

[30] Par exemple, je suis prêt à accepter que certaines considérations de politique publique peuvent être pertinentes pour la question de savoir si une cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et ne pas appliquer le principe de préclusion. Toutefois, la politique publique en question doit être d’une importance substantielle afin de l’emporter sur l’intérêt public dans le caractère définitif des décisions judiciaires.

[31] Dans les circonstances de l’espèce, nous ne sommes pas en présence de procédures viciées ou de la

relevant evidence in the first proceeding. Nor has it been argued that the first proceeding was minor as compared to the second. Further, paragraph 6(5)(a) lists the specific grounds on which a motion to dismiss a prohibition application may be brought. It cannot reasonably be suggested that the question of the '376 patent's eligibility for inclusion on the Minister's Patent Register should not have been apparent to Genpharm at the time of the first proceeding.

[32] As to public policy, the litigation here, although brought under a public regulatory regime, i.e. the NOC Regulations promulgated under the *Patent Act*, is between two private parties. The Minister is named as a respondent, but she did not participate in the proceedings. Genpharm has not suggested any public policy considerations that should override the application of the doctrine of issue estoppel. In the absence of public policy arguments being raised by Genpharm, it would be inappropriate for the Court to engage in its own public policy analysis.

CONCLUSION

[33] I conclude that the question of the eligibility of the '376 patent to be included on the Patent Register of the Minister of Health for purposes of the Regulations is subject to the doctrine of issue estoppel and may not be raised in these proceedings.

[34] The appeal should be dismissed with costs.

PELLETIER J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[35] EVANS J.A. (dissenting): I have had the benefit of reading the reasons of Rothstein J.A. With respect, I do not agree that Genpharm is estopped from raising the eligibility of the '376 patent to be listed on the Patent Register.

non-disponibilité d'une preuve pertinente dans le premier litige. Il n'a pas non plus été soutenu que le premier litige était moins important que le second. De plus, l'alinéa 6(5)a énumère les motifs précis pour lesquels une requête visant le rejet d'une demande d'interdiction peut être présentée. On ne peut raisonnablement soutenir que la question de l'admissibilité du brevet '376 à l'inscription au registre des brevets du ministre n'aurait pas dû être manifeste pour Genpharm lors du premier litige.

[32] Pour ce qui est de la politique publique, le litige oppose deux personnes privées même s'il a été présenté en vertu d'un régime réglementaire public, à savoir le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* pris en application de la *Loi sur les brevets*. Le ministre est désigné à titre d'intimé, mais n'a pas participé à l'instance. Genpharm n'a pas avancé de considérations de politique publique qui puissent écarter l'application du principe de préclusion. En l'absence d'arguments de politique publique de la part de Genpharm, il serait inapproprié pour la Cour de se livrer à sa propre analyse de cette question.

CONCLUSION

[33] Je conclus que la question de l'admissibilité du brevet '376 à l'inscription au registre des brevets du ministre de la Santé pour l'application du *Règlement* est soumise au principe de préclusion et ne peut être soulevée dans le présent litige.

[34] L'appel devrait être rejeté avec dépens.

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

* * *

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

[35] LE JUGE EVANS, J.C.A. (dissent): J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge Rothstein, J.C.A. En toute déférence, je ne suis pas d'avis que Genpharm ne peut soulever la question de l'admissibilité du brevet '376 à l'inscription au registre des brevets.

[36] However, I agree with my colleague that, on the facts of this case, the date of issue stated on the patent is conclusive. Hence, since more than 30 days elapsed between the date of issue of the '376 patent and its entry on the Patent Register, P&G's application for an order of prohibition restraining the Minister from granting an NOC to Genpharm for its medicine, Gen-etidronate, cannot succeed. Accordingly, I would have allowed Genpharm's appeal.

[37] I accept that the facts of this case bring it within the general rule that a party in one proceeding is estopped from raising an issue that it could and should have raised in a previous proceeding between the parties. However, I part company from Rothstein J.A. over the exercise of the Court's discretion to decline to apply the doctrine to this proceeding.

[38] As he notes, in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79* (2003), 232 D.L.R. (4th) 385, at paragraph 52, the Supreme Court of Canada gave three examples of situations in which "relitigation will enhance, rather than impeach, the integrity of the judicial system". It did not decide that the list is exhaustive.

[39] I agree with the following statement about the role of judicial discretion by Finch J.A. (as he then was) in *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 50 (B.C.C.A.), at paragraph 32:

It must always be remembered that although the three requirements for issue estoppel must be satisfied before it can apply, the fact that they may be satisfied does not automatically give rise to its application. Issue estoppel is an equitable doctrine, and as can be seen from the cases, is closely related to abuse of process. The doctrine of issue estoppel is designed as an implement of justice, and a protection against injustice. It inevitably calls upon the exercise of a judicial discretion to achieve fairness according to the circumstances of each case.

[40] Similar sentiments are to be found in *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321

[36] Toutefois, à la lumière des faits de la présente affaire, je conviens avec mon collègue que la date de délivrance inscrite sur le brevet est concluante. Donc, puisque plus de 30 jours se sont écoulés entre la date de délivrance du brevet '376 et l'inscription au registre des brevets, la demande de P&G visant l'obtention d'une ordonnance d'interdiction empêchant le ministre de délivrer un ADC à Genpharm pour son médicament, Gen-etidronate, ne saurait être accueillie. Par conséquent, j'aurais accueilli l'appel de Genpharm.

[37] Je conçois que les faits en cause relèvent de la règle générale voulant qu'une partie à un litige ne puisse soulever une question qu'elle pouvait ou aurait pu soulever dans un précédent litige entre les parties. Toutefois, je diverge d'opinion avec le juge Rothstein quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de ne pas appliquer le principe à la présente instance.

[38] Comme le juge Rothstein le fait remarquer, dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79* (2003), 232 D.L.R. (4th) 385, au paragraphe 52, la Cour suprême du Canada a donné trois exemples de situations pour lesquelles «la remise en cause pourra servir l'intégrité du système judiciaire plutôt que lui porter préjudice». Elle n'a pas statué que la liste était exhaustive.

[39] Je suis d'accord avec le juge Finch quant au rôle du pouvoir discrétionnaire judiciaire tel qu'il a été énoncé dans l'arrêt *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 50 (C.A.C.-B.), au paragraphe 32:

[TRADUCTION] Il faut toujours se rappeler que, bien que les trois conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée doivent être réunies pour que celle-ci puisse être invoquée, le fait que ces conditions soient présentes n'emporte pas nécessairement l'application de la préclusion. Il s'agit d'une doctrine issue de l'*equity* et, comme l'indique la jurisprudence, elle présente des liens étroits avec l'abus de procédure. Elle se veut un moyen de rendre justice et de protéger contre l'injustice. Elle implique inévitablement l'exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire pour assurer le respect de l'équité selon les circonstances propres à chaque espèce.

[40] La même opinion est exprimée dans l'arrêt *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321

(C.A.), at page 340. And, more recently, when writing for this Court in *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, [2003] 1 F.C. 242 (C.A.), at paragraph 30, Stone J.A. said:

In determining whether justice will be done between the parties, the Court must as a final and most important factor, stand back and, taking into account the entirety of the circumstances, consider whether application of issue estoppel in the particular case would work an injustice.

[41] In my view, on the facts of this case it would be unfair to Genpharm and contrary to the public interest to prevent Genpharm from raising the eligibility of P&G's '376 patent to be listed on the Register as a result of the delay in listing it. Issue estoppel is a tool for ensuring the due administration of justice, not for frustrating it. The exercise of discretion enables the Court to fashion an appropriate response to a novel situation by electing not to apply the doctrine.

[42] The following factors persuade me that the decision of McKeown J. to grant an order of prohibition in the first proceeding does not estop Genpharm from arguing in this proceeding that prohibition should not be granted because the '376 patent was not included in the Register within the time required by paragraph 4(4) of the Regulations.

[43] First, the eligibility of the '376 patent to be included on the register has never in fact been adjudicated. Genpharm attempted to raise the issue in the first proceeding in the course of a motion brought under paragraph 6(5)(a) alleging that P&G's medicine had a different route of administration from Genpharm's. However, McKeown J. held that it was too late to raise this second ground. Given the discretionary nature of this decision, Genpharm had virtually no prospect of persuading this Court on appeal to reverse McKeown J.'s ruling.

[44] This is obviously not a case in which Genpharm has hidden in the weeds, holding back a defence for use in subsequent litigation. It seems to me unduly harsh to conclude that Genpharm's error in not promptly raising

(C.A.), à la page 340. Et, plus récemment, le juge Stone s'est exprimé ainsi au nom de la Cour d'appel dans *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, [2003] 1 C.F. 242 (C.A.), au paragraphe 30:

Dans l'appréciation de la justice à établir entre les parties, la Cour doit, à l'égard de ce dernier facteur, qui est aussi le plus important, prendre du recul et, eu égard à l'ensemble des circonstances, se demander si, dans l'affaire dont elle est saisie, l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige entraînerait une injustice.

[41] À mon avis, considérant les faits de cette affaire, il serait injuste envers Genpharm et contraire à l'intérêt public d'empêcher celle-ci de soulever la question de l'admissibilité à l'inscription au registre du brevet '376 de P&G en raison du retard à l'y inscrire. La préclusion est un moyen d'assurer la bonne administration de la justice et non pas de la contrecarrer. L'exercice du pouvoir discrétionnaire permet à la Cour d'adapter adéquatement la réponse à une nouvelle situation en choisissant de ne pas appliquer le principe.

[42] Les facteurs suivants me convainquent que la décision du juge McKeown accueillant une ordonnance d'interdiction lors du premier litige n'empêche pas Genpharm de soutenir dans la présente instance qu'une demande d'interdiction ne devrait pas être accueillie du fait que le brevet '376 n'a pas été inscrit au registre dans le délai imparti par le paragraphe 4(4) du Règlement.

[43] Premièrement, l'admissibilité du brevet '376 à l'inscription au registre n'a, en fait, jamais été décidée. Genpharm a tenté de soulever la question lors du premier litige relatif à une requête présentée en vertu de l'alinéa 6(5)(a), laquelle alléguait que le médicament de P&G comportait une voie d'administration différente de celle de Genpharm. Toutefois, le juge McKeown a décidé qu'il était trop tard pour soulever ce second moyen. Considérant la nature discrétionnaire de la décision, Genpharm n'avait pratiquement aucune possibilité de persuader la Cour d'appel d'infirmer la décision du juge McKeown.

[44] Il ne s'agit évidemment pas d'une affaire dans laquelle Genpharm a caché ses intentions en conservant une défense pour un litige subséquent. Il m'apparaît trop sévère de conclure que l'erreur de Genpharm, soit de pas

the eligibility defence in the first application for a prohibition not only caused it to lose in that proceeding, but potentially to lose in this one as well.

[45] Second, the consequences of holding Genpharm estopped may be to prevent it from getting on the market with its medicine, which may or may not infringe P&G's patent. This will be the case if Genpharm has no other defence to P&G's application for prohibition which, if granted, will prevent Genpharm from obtaining an NOC until P&G's '376 patent expires in 2008. On the other hand, if the paragraph 6(5)(a) motion is adjudicated on its merits and P&G loses, with the result that its application for prohibition will fail, P&G will still be able to obtain private law redress if it can prove that Genpharm's medicine infringes the '376 patent.

[46] Third, this litigation has both public law and public interest aspects which require that consideration of the application of the issue estoppel doctrine not be limited to its impact on the private rights of the parties. There is some authority for the proposition that issue estoppel does not apply to public law litigation, notably by McKeown J. in *Del Zotto v. Canada*, [1994] 2 F.C. 640 (T.D.), at page 644. However, in my view, the public law nature of the litigation is simply one of the factors to be weighed in the exercise of the Court's discretion. For further discussion, see Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (Toronto: Butterworths, 2000), at pages 248-254.

[47] The form of the proceeding in this case, an application to prohibit the Minister of Health from issuing an NOC, is public law in nature; as in all applications for judicial review, the grant of relief is discretionary and is awarded in order to protect the public interest.

[48] Even though most NOC litigation is substantively between private parties and involves issues on which the

avoir promptement soulevé en défense la question de l'admissibilité lors de sa première demande d'interdiction, a non seulement fait en sorte qu'elle a perdu ce litige, mais également qu'elle peut perdre le présent appel.

[45] Deuxièmement, empêcher Genpharm de soulever la question de l'admissibilité a peut-être pour conséquence de l'empêcher de mettre en marché son médicament, lequel pourrait ou non contrefaire le brevet de P&G. Tel sera le cas si Genpharm ne présente pas d'autres moyens de défense à l'encontre de la demande d'interdiction de P&G qui, si elle est accueillie, empêchera l'obtention par Genpharm d'un ADC jusqu'à l'expiration du brevet '376 en 2008. D'un autre côté, si la requête présentée en vertu de l'alinéa 6(5)a est jugée au fond et que P&G perd de sorte que sa demande d'interdiction s'avère infructueuse, P&G aura toujours la possibilité d'obtenir une mesure de redressement de droit privé si elle peut prouver que le médicament de Genpharm contrefait le brevet '376.

[46] Troisièmement, le présent litige touche à la fois le droit public et certains aspects d'intérêt public qui commandent que l'appréciation de l'application de la préclusion ne soit pas limitée aux incidences sur les droits privés des parties. Il existe certains précédents à l'appui de la proposition voulant que la préclusion ne s'applique pas à un litige public; voir plus particulièrement les propos du juge McKeown dans *Del Zotto c. Canada*, [1994] 2 C.F. 640 (1^{re} inst.), à la page 644. Toutefois, selon moi, la nature publique du litige est seulement un des facteurs à considérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Pour une analyse plus approfondie de la question, voir Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (Toronto: Butterworths, 2000), aux pages 248 à 254.

[47] La procédure engagée en l'espèce, à savoir une demande visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un ADC, est de nature publique; comme pour toute demande de révision judiciaire, l'octroi d'un redressement est discrétionnaire et est accordé afin de protéger l'intérêt public.

[48] Même si la plupart des litiges concernant un ADC opposent essentiellement, quant au fond, des parties

Minister often takes no position, the Regulations constitute a public regime for regulating the marketing of new medicines. They represent the Government's view of how the balance should be struck between the protection of patentees' rights and the public interest in the encouragement of research on the one hand, and the public interest in competition and cheaper medicines on the other.

[49] Perhaps the most important feature of the regulatory scheme is that it provides applicants for prohibition with an automatic stay without having to prove a *prima facie* case of patent infringement by the second person. Indeed, courts do not normally grant interlocutory injunctions to patent holders who bring infringement proceedings to protect their private law rights because it is difficult for them to show that irreparable harm is likely to be caused by patent infringement, a wrong for which an award of damages or an accounting of profits are generally adequate compensation.

[50] In addition, if the Minister is prohibited from issuing an NOC, the Regulations keep the second person's medicine off the market for the life of the patent, without the procedural protection provided to a defendant in an action for patent infringement. The second person is thus deprived of the opportunity to market the drug, subject to potential liability to the patent holder for infringement.

[51] The Regulations have been described as creating "a draconian regime": *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, at paragraph 33. Therefore, before granting the extraordinary statutory relief provided by the Regulations, courts properly insist that first persons clearly establish that they have met each and every statutory requirement.

[52] There is also a public interest in the integrity of the Patent Register, upon which second persons rely. To apply issue estoppel in this case would derogate from

privées et touchent des questions sur lesquelles le ministre ne prend généralement pas position, le Règlement constitue un régime public réglementant la mise en marché de nouveaux médicaments. Le Règlement témoigne de l'opinion du gouvernement sur la façon dont doivent s'équilibrer, d'une part, la protection des droits du breveté et l'intérêt public quant à l'encouragement de la recherche et, d'autre part, l'intérêt public quant à la compétition et quant aux médicaments à meilleur coût.

[49] Peut-être que la plus importante caractéristique du régime réglementaire est qu'il accorde à la personne qui demande une interdiction une suspension automatique sans avoir à établir l'existence d'un commencement de preuve de contrefaçon par une seconde personne. De fait, les cours n'accordent généralement pas d'injonctions interlocutoires à des détenteurs de brevets qui entament une action en contrefaçon afin de protéger leurs droits privés, étant donné qu'il est difficile pour eux de faire la preuve qu'un dommage irréparable est susceptible d'être causé par la contrefaçon d'un brevet, tort pour lequel l'octroi de dommages-intérêts ou la comptabilisation des profits constituent généralement une réparation adéquate.

[50] De plus, si la Cour interdit au ministre de délivrer un ADC, le Règlement exclut du marché le médicament de la seconde personne pour toute la durée du brevet sans la protection procédurale offerte au défendeur dans une action en contrefaçon de brevet. La seconde personne est ainsi privée de la possibilité de mettre en marché le médicament, et exposée à la responsabilité potentielle pour contrefaçon du détenteur de brevet.

[51] Le Règlement a été décrit comme constituant un «régime draconien»: *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193, au paragraphe 33. En conséquence, avant d'accorder le recours extraordinaire prévu par la loi, les cours ont dûment insisté pour que les premières personnes établissent clairement qu'elles ont rempli chacune des exigences législatives.

[52] Il existe également un intérêt public à préserver l'intégrité du registre des brevets qu'invoquent les secondes personnes. En l'espèce, la préclusion dérogerait

this interest because the result would be that, while the '376 patent has been validly listed on the Register as far as Genpharm's medicine is concerned, it is not validly listed as far as other medicines and other second persons are concerned.

[53] I note by way of analogy that in *Molson Companies Ltd. v. Halter* (1976), 28 C.P.R. (2d) 158 (F.C.T.D.), Gibson J. held that issue estoppel did not apply to proceedings under section 44 of the *Trade Marks Act* [R.S.C. 1970, c. T-10], because of the public interest in the integrity of the trade-marks register. I do not go this far, but would treat the integrity of the Register as one aspect of the public interest that must be weighed against the public interest in the finality of litigation and the integrity of the justice system.

[54] It may also be suggested that not to apply issue estoppel in this case would be inconsistent with *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79, supra*, where it was said that the abuse of process doctrine should be invoked to protect the integrity of the administration of justice by preventing the re-litigation of issues that had already been adjudicated. The argument is that not to apply issue estoppel in the present case would impugn the integrity of the administration of justice by bringing into question the prohibition granted by McKeown J. in the first proceeding between these parties in respect of the '376 patent.

[55] I do not agree. First and most important, the issue which Genpharm is said to be estopped from raising, namely whether the '376 patent was validly entered on the Patent Register, has never been the subject of adjudication. It is only deemed to have been decided between these parties because it is an issue that could have been raised in the first proceeding, and the order made in that proceeding is incompatible with the ineligibility of the '376 patent to be listed on the Register.

[56] The form of estoppel invoked here is thus of the weaker variety. The general rule that a person is estopped from raising an issue that it could and should

à cet intérêt du fait que, même si l'inscription du brevet '376 au registre est valide quant au médicament de Genpharm, elle ne l'est pas quant aux autres médicaments et aux autres secondes personnes concernées.

[53] Par analogie, je note que, dans la décision *Cies Molson Ltée c. Halter* (1976), 28 C.P.R. (2d) 158 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Gibson a décidé que la préclusion ne peut pas s'appliquer à des recours en vertu de l'article 44 de la *Loi sur les marques de commerce* [S.R.C. 1970, ch. T-10] compte tenu qu'il relève de l'intérêt public de protéger l'intégrité du registre des marques de commerce. Je n'irais pas aussi loin, mais je considère l'intégrité du registre comme un aspect de l'intérêt public qui doit être soupesé par rapport à l'intérêt public dans le caractère définitif des décisions et dans l'intégrité du système judiciaire.

[54] On peut aussi avancer l'idée que la non-application de la préclusion en l'espèce serait incompatible avec l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, précité, dans lequel on affirme que la notion d'abus de procédure devrait être invoquée afin de protéger l'intégrité de l'administration de la justice en évitant la réouverture du débat sur des questions qui ont déjà été jugées. L'argument veut que la non-application de la préclusion en l'espèce minerait l'intégrité de l'administration de la justice en remettant en question l'interdiction accordée par le juge McKeown lors du premier litige opposant les parties relativement au brevet '376.

[55] Je ne suis pas de cet avis. Premièrement, ce qui est le plus important, le point en litige que Genpharm est considérée ne pas pouvoir soulever—à savoir si le brevet '376 a été validement inscrit au registre des brevets—n'a jamais été tranché. Il a seulement été réputé réglé entre les parties du fait qu'il s'agit d'une question qui aurait pu être soulevée lors du premier litige, et l'ordonnance prononcée lors de ce litige est incompatible avec l'inadmissibilité à l'inscription au registre du brevet '376.

[56] La forme de préclusion invoquée en l'espèce est conséquemment de moindre force. La règle générale voulant qu'une personne ne puisse soulever une question

have raised in the earlier proceeding is, in part at least, normative. To permit Genpharm to raise in this proceeding an issue that it failed to raise in time in the first proceeding would in my view involve only a minor infringement of the integrity of that proceeding. In contrast, in the *Toronto (City)* case, the union wanted to re-litigate, on the same evidence and on the same law, the very result reached in the criminal proceeding, namely whether the employee had committed the offences of which he had been found guilty.

[57] Second, to allow Genpharm to raise an issue that would defeat P&G's application for a prohibition would not call into question the correctness of the decision of McKeown J. to grant an order of prohibition on the basis of the material that he thought it appropriate to consider. It would thus be a less serious attack on the integrity of adjudication than that considered in the *Toronto (City)* case. On the other hand, the result of denying P&G an order of prohibition in this case on the basis of an argument that McKeown J. refused to hear would be that his order was, in effect, superseded.

[58] Nor am I persuaded that, since the issue that Genpharm wishes to raise is itself of a very technical nature, it is not unfair to apply the doctrine of issue estoppel to prevent it from being raised. These Regulations are rife with technicality. They make the rule against perpetuities seem positively intuitive.

[59] Nonetheless, the Regulations' various provisions carefully define the circumstances in which first persons are entitled to the special protection that they afford to patent holders, and in which second persons are precluded from marketing a cheaper, safe and effective competing medicine. The Regulations represent the legislator's view of how the balance should be struck between the public interests in encouraging innovation on the one hand, and ensuring competition to keep down the cost of pharmaceuticals on the other. It is not for a court to treat any of the provisions of the Regulations as

qu'elle pouvait ou aurait pu soulever dans un litige antérieur est, en partie à tout le moins, normative. Permettre à Genpharm de soulever dans la présente instance une question qu'elle n'a pas évoquée à temps lors du premier litige n'emporterait à mes yeux qu'une violation mineure de l'intégrité de l'instance. Au contraire, dans l'arrêt *Toronto (Ville)*, le syndicat désirait ouvrir de nouveau le débat portant sur la même preuve, le même droit, le résultat même d'une instance criminelle, à savoir si l'employé avait commis les infractions à l'égard desquelles il avait été reconnu coupable.

[57] Deuxièmement, accorder à Genpharm la possibilité de soulever une question qui aurait pour conséquence de mener au rejet de la demande d'interdiction de P&G ne remettrait pas en question la justesse de la décision du juge McKeown d'accorder une ordonnance d'interdiction en se fondant sur la documentation qu'il croyait approprié de considérer. L'atteinte à l'intégrité de la décision serait ainsi moins sérieuse que celle considérée dans l'arrêt *Toronto (Ville)*. D'un autre côté, en l'espèce, refuser à P&G une ordonnance d'interdiction en se fondant sur un argument que le juge McKeown a refusé d'entendre aurait pour conséquence effective le remplacement de son ordonnance.

[58] Puisque la question que Genpharm souhaite soulever est en fait de nature très technique, je ne suis pas davantage convaincu qu'il n'est pas injuste d'appliquer le principe de préclusion afin d'éviter qu'elle soit soulevée. Le Règlement est truffé de formalités. Au regard de celui-ci, la règle interdisant les dispositions à titre perpétuel semble absolument intuitive.

[59] Malgré tout, les diverses dispositions du Règlement définissent soigneusement les circonstances dans lesquelles les premières personnes ont droit à la protection spéciale accordée aux détenteurs de brevets, et celles interdisant aux secondes personnes de mettre en marché un médicament compétitif moins cher, sans danger et efficace. Le Règlement témoigne de l'opinion du législateur sur la façon d'équilibrer l'intérêt public pour ce qui est d'encourager l'innovation et pour ce qui est d'assurer la compétition afin de réduire les coûts liés aux médicaments. Il n'appartient pas à la Cour

of little or no consequence in this endeavour.

[60] For these reasons, I have concluded that, on the facts of this case, the public interest in the finality of litigation and in the integrity of adjudication is outweighed by the public law nature of litigation under the Regulations and the statutory regime that they create, the differential impact of the proceedings on the parties, the public interest in the integrity of the Patent Register, and the particular circumstances in which Genpharm falls within the general issue estoppel rule.

[61] Accordingly, I would have allowed Genpharm's appeal with costs, which would effectively have meant that P&G's application for a prohibition must fail.

d'accorder une importance moindre ou nulle à quelque disposition que ce soit de ce régime.

[60] Pour ces raisons, j'ai conclu, à la lumière des faits de la présente affaire, que l'intérêt public quant au caractère définitif des décisions et quant à l'intégrité de la décision cède le pas à la nature publique du litige sous le régime législatif et réglementaire existant, à la diversité des conséquences de l'instance sur les parties, à l'intérêt public lié à l'intégrité du registre des brevets et aux circonstances particulières dans lesquelles se trouve Genpharm au regard de la règle générale de la préclusion.

[61] Conséquemment, j'aurais accueilli l'appel de Genpharm avec dépens, ce qui aurait effectivement signifié que la demande d'interdiction de P&G serait rejetée.

A-630-02
2003 FCA 473

A-630-02
2003 CAF 473

The Attorney General of Canada (*Appellant*)
(*Respondent*)

Le Procureur général du Canada (*appelant*)
(*défendeur*)

v.

c.

Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker and Chief Bob Crawford on his own behalf and on behalf of the Ardoch Algonquin First Nation and Darwin Lewis and the Aboriginal Council of Winnipeg Inc. (*Respondents*) (*Applicants*)

Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker et le chef Bob Crawford, en son propre nom et au nom de la Première nation algonquine d'Ardoch, et Darwin Lewis et le Conseil autochtone de Winnipeg Inc. (*intimés*) (*demandeurs*)

and

et

Congress of Aboriginal Peoples (*Intervener*)

Le Congrès des peuples autochtones (*intervenant*)

INDEXED AS: ARDOCH ALGONQUIN FIRST NATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: PREMIÈRE NATION ALGONQUINE D'ARDOCH c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Stone, Rothstein and Sharlow JJ.A.—Toronto, November 24 and 25; Ottawa, December 10, 2003.

Cour d'appel fédérale, juges Stone, Rothstein et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 24 et 25 novembre; Ottawa, 10 décembre 2003.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal from F.C.T.D. decision HRDC in breach of s. 15 in refusing to enter into Aboriginal Human Resources Development Agreements (AHRDA) with organizations proposed by certain communities — In Winnipeg and Ontario HRDC chose service providers by Request for Proposal — Judge ordered HRDC to provide for community control over labour training programs — Judge concluded local control Strategy's primary purpose — Characterization of respondents — Comparator group — Non-band communities denied exercising control by representative bodies — Non-band communities may be compared with band communities in s. 15 analysis: Lovelace v. Ontario — As s.15 equality guarantee extends only to individuals, respondent organizations not covered — Individual respondents have standing — Non-band communities treated differently — HRDC arguing decision based not on personal characteristic but on fact organizations proposed by respondents not meeting criteria for AHRDA-holders — Argument rejected — S.C.C. having recognized "Aboriginality - residence" as analogous ground of discrimination — Once identified, analogous ground stands as constant marker of potential legislative discrimination for future cases — Whether purpose, effect of legislation amounting to Charter discrimination requires consideration of contextual factors, is question of mixed fact, law — Refusal to make AHRDAs perpetuated historical disadvantage, stereotyping of off-reserve communities.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel contre un jugement de la Section de première instance selon lequel DRHC avait contrevenu à l'art. 15 en refusant de conclure des accords de développement des ressources humaines autochtones (ADRHA) avec des organismes proposés par certaines collectivités — À Winnipeg et en Ontario, DRHC avait choisi les fournisseurs de services au moyen d'une demande de propositions — Le juge du procès a ordonné à DRHC de donner aux collectivités un droit de regard sur les programmes de formation de la main-d'œuvre — Il a conclu que le contrôle au niveau local était l'objet premier de la Stratégie — Qualification des intimés — Groupe témoin — Les collectivités non constituées en bande s'étaient vu refuser le droit d'exercer un contrôle par l'entremise d'organes représentatifs — Les collectivités non constituées en bandes pouvaient être comparées aux collectivités constituées en bandes, dans l'analyse selon l'art. 15: Lovelace c. Ontario — Puisque les droits à l'égalité prévus par l'art. 15 ne s'étendent qu'aux personnes physiques, les organisations intimées ne pouvaient alléguer un manquement à l'art. 15 — Les intimés personnes physiques avaient qualité pour agir — Les collectivités non constituées en bandes étaient traitées différemment — DRHC avait fait valoir que la décision n'était pas fondée sur des caractéristiques personnelles, mais sur le fait que les organisations proposées par les intimés ne répondaient pas aux critères prévus pour la signature d'ADRHA — Argument rejeté — La C.S.C. a reconnu que

l'«autochtonalité – lieu de résidence» constitue un motif analogue de discrimination — Après qu'est circonscrit un motif analogue, il constitue alors un indicateur permanent de discrimination législative potentielle pour tous les cas futurs — Le point de savoir si la loi a un objet ou un effet qui est discriminatoire selon la Charte requiert d'examiner plusieurs facteurs contextuels, et il s'agit là d'une question mixte de droit et de fait — Le refus de DRHC de conclure des ADRHA perpétuait les préjugés historiques et les stéréotypes qui s'attachent aux collectivités autochtones hors réserve.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — HRDC excluding certain organizations from representing off-reserve Indian communities for purpose of local control of human resources development initiative — Charter, s. 15 equality rights breached — Whether justified under s. 1 — Purpose of HRDC's Strategy pressing, substantial — Whether rational connection, minimal impairment branches of test in *The Queen v. Oakes* met — HRDC arguing decision based on need for critical mass, to avoid fragmentation — Reasons given not plausible — Nor had HRDC chosen minimally impairing means of achieving policy goals.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — DRHC avait refusé à certaines organisations la possibilité de représenter des collectivités indiennes hors réserve aux fins du contrôle local d'une initiative de développement des ressources humaines — Il y avait violation des droits à l'égalité prévus par l'art. 15 de la Charte — Cette violation pouvait-elle se justifier selon l'art. premier? — L'objet de la Stratégie de DRHC était urgent et réel — Les volets du critère exposé dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, c'est-à-dire existence d'un lien rationnel et atteinte minimale, ont-ils été remplis? — DRHC avait plaidé que sa décision était fondée sur la nécessité de disposer d'une masse critique et d'éviter la fragmentation — Les motifs donnés n'étaient pas vraisemblables — DRHC n'avait pas non plus choisi, pour atteindre ses objectifs, le moyen offrant une atteinte minimale.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — HRDC found to have breached s. 15 equality rights in refusing to enter into human resources development agreements with organizations representing certain Aboriginal communities — F.C.T.D. Judge ordering HRDC to eliminate discrimination by providing for community control over labour training programs — How to be done left up to HRDC — Department arguing Court should not order government to negotiate as unable to supervise compliance, lack of clarity, specificity rendering compliance impossible — Reviewing court to show considerable deference to trial judge's remedy choice — In *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, S.C.C. set out five principles in fashioning s. 24(1) remedy — Also said, of s. 24(1), difficult to imagine language giving Court wider, less fettered discretion — Order herein respected separation between executive, judiciary — Remedy not requiring HRDC to increase strategy funding — Within scope of remedial action permitted by s. 24(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Le juge du procès a estimé que DRHC avait contrevenu aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 en refusant de conclure des accords de développement des ressources humaines avec des organisations représentant certaines collectivités autochtones — Il a ordonné à DRHC d'éliminer la discrimination en donnant aux collectivités concernées un droit de regard sur les programmes de formation professionnelle — Il a laissé à DRHC le soin d'assurer au mieux l'inclusion des collectivités — DRHC a fait valoir que les tribunaux ne devraient pas ordonner au gouvernement de négocier, vu leur incapacité à surveiller adéquatement l'observation d'une telle ordonnance, et aussi parce que l'observation d'une telle ordonnance est impossible en raison du manque de clarté et de spécificité de la réparation — Les tribunaux qui procèdent à un contrôle doivent faire montre d'une grande déférence à l'égard de la réparation choisie par un juge de première instance — Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, la C.S.C. exposait cinq principes dont les juges doivent tenir compte lorsqu'ils décident d'une réparation selon l'art. 24(1) — Interprétant l'art. 24(1), la C.S.C. avait aussi estimé qu'il était difficile d'imaginer comment un tribunal pourrait être investi d'un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu — L'ordonnance rendue par le juge du procès respectait la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire — La réparation n'obligeait pas DRHC à accroître les crédits affectés à la stratégie — Elle s'inscrivait dans les redressements autorisés par l'art. 24(1).*

Native Peoples — Attorney General appealing F.C.T.D. decision HRDC in breach of Charter, s. 15 equality rights in refusing to enter into human resources development agreements with organizations proposed by certain off-reserve Aboriginal communities — HRDC ordered to provide for community control over these labour training programs — HRDC having adopted strategy to give Aboriginal peoples more say in design, implementation of skills training programs — In Winnipeg and Ontario, certain organizations denied inclusion as AHRDA-holders without reasons given — Service providers there chosen by Request for Proposal — Appeal dismissed — Judge did not err in findings of fact — S. 15 violated as refusal perpetuating historical disadvantage, stereotyping of off-reserve Aboriginal communities — Charter breach not justifiable under s. 1 — Remedy within wide, unfettered discretion given by Charter, s. 24(1).

Judges and Courts — Appeal from F.C.T.D. decision, upon judicial review, holding government department in breach of Charter, s. 15 regarding Aboriginal human resources development initiative — Review standard of lower court decision depends on nature of question: correctness for questions of law; palpable, overriding error for questions of fact; same for mixed fact, law unless pure question of law can be extricated — As much deference owed to judicial review decision as to that of Judge hearing viva voce evidence at trial — Judge reviewed, weighed extensive evidence, was in better position than appellate court to make findings of fact.

This was an appeal from the decision of Lemieux J. ([2003] 2 F.C. 350 (T.D.)), granting respondents' judicial review application. That Judge found that Human Resources Development Canada (HRDC) had violated Charter, section 15 by refusing to enter into Aboriginal Human Resources Development Agreements with organizations mandated by the respondents' communities. The violation was held not to be justifiable under section 1 and HRDC was ordered to provide for community control over labour training programs for these communities.

Peuples autochtones — Le procureur général a fait appel du jugement de la Section de première instance selon lequel DRHC avait contrevenu aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte en refusant de conclure des accords de développement des ressources humaines avec des organisations proposées par certaines collectivités autochtones hors réserve — Le juge du procès a ordonné à DRHC de conférer aux collectivités un droit de regard sur ces programmes de formation professionnelle — DRHC avait adopté cette stratégie pour donner aux Autochtones un rôle accru dans la conception et la mise en œuvre de leurs programmes de formation professionnelle — À Winnipeg et en Ontario, certaines organisations s'étaient vu refuser, sans motifs, la possibilité de signer des ADRHA — Dans ces régions, les fournisseurs de services avaient été choisis au moyen d'une demande de propositions — Appel rejeté — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans ses conclusions de fait — Il y avait contravention à l'art. 15 parce que le refus perpétuait les préjudices historiques et les stéréotypes qui s'attachent aux collectivités autochtones hors réserve — La violation de la Charte ne pouvait se justifier selon l'art. premier — La réparation accordée était conforme au pouvoir discrétionnaire large et absolu conféré par l'art. 24(1) de la Charte.

Juges et tribunaux — Appel, par contrôle judiciaire, d'un jugement de la Section de première instance selon lequel un ministère fédéral avait contrevenu à l'art. 15 de la Charte dans la mise en œuvre d'une initiative de développement des ressources humaines autochtones — La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer au jugement d'une juridiction inférieure dépend de la nature du point en litige; norme de la décision correcte pour les points de droit; norme de l'erreur manifeste et dominante pour les points de fait; même chose pour les questions mixtes de droit et de fait, à moins qu'une pure question de droit ne puisse en être dégagée — Il convient de montrer autant de retenue envers les conclusions du juge d'une demande de contrôle qu'envers les conclusions du juge d'un procès qui a auditionné des témoins — Le juge du procès avait passé en revue la preuve considérable présentée par les parties et il était en meilleure position qu'une juridiction d'appel pour tirer des conclusions de fait.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre du jugement du juge Lemieux ([2003] 2 C.F. 350 (1^{re} inst.)), qui avait fait droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par les intimés. Le juge Lemieux a estimé que Développement des ressources humaines Canada (DRHC) avait contrevenu à l'article 15 de la Charte en refusant de conclure des accords de développement des ressources humaines autochtones avec des organismes mandatés par les collectivités des intimés. Il a estimé que cette contravention ne pouvait se justifier selon l'article premier, et il a ordonné à DRHC de donner aux collectivités des intimés un droit de regard sur les programmes de formation de la main-d'œuvre.

Five issues had to be determined upon this appeal: (1) standard of review; (2) did the Judge err in findings of fact; (3) had Charter, section 15 been violated; (4) was there section 1 justification; and (5) did the Judge err in choice of remedy?

HRDC adopted its Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS) with a view to giving Aboriginal peoples more say in the design and implementation of skills training programs. While agreements in accordance with this Strategy were entered into with various Aboriginal organizations, HRDC, without giving reasons, refused to enter into one covering Winnipeg. In Ontario as well, certain groups were denied inclusion as AHRDA holders. AHRDS did have an urban, off-reserve component. At Winnipeg and in Ontario, HRDC selected the service provider by a Request for Proposal. No AHRDA was entered into for rural non-band communities such as the Ardoch.

Held, the appeal should be dismissed.

The standard of review of a lower court's decision depends entirely upon the nature of the question at issue: correctness for questions of law, while questions of fact are reviewed on a palpable and overriding error basis. Questions of mixed fact and law are reviewed on the last-mentioned basis unless a pure question of law can be extricated for review according to the correctness standard. The Supreme Court has held that as much deference is owed to a judge hearing a judicial review application as to a judge who hears *viva voce* evidence at trial. The proper application of Charter, section 15 is a question of mixed fact and law.

HRDC pointed to a number of findings of fact which, it argued, were perverse, capricious and made without regard to the evidence. The Court was unable to accept that this was so. The Judge below had reviewed and weighed the extensive evidence and was in a better position than an appellate court to make findings of fact. The conclusion arrived at by Lemieux J., that the primary purpose of the Strategy was local control, found support in the evidence and this Court could not interfere with that finding.

The Judge below characterized respondents as First Nation members of urban and rural off-reserve Aboriginal

Cinq points devaient être décidés dans cet appel: 1) la norme de contrôle; 2) le juge avait-il commis une erreur dans ses conclusions de fait? 3) y avait-il contravention à l'article 15 de la Charte? 4) la contravention pouvait-elle se justifier selon l'article premier? et 5) le juge a-t-il commis une erreur dans la réparation qu'il a choisie d'accorder?

DRHC avait adopté sa Stratégie de développement des ressources humaines autochtones (la SDRHA) afin de donner aux Autochtones un rôle accru dans la conception et la mise en œuvre de leurs programmes de formation professionnelle. Les accords découlant de cette Stratégie étaient conclus avec diverses organisations autochtones, mais DRHC, sans donner de motifs, avait refusé de conclure un tel accord pour Winnipeg. En Ontario, certains groupes s'étaient vu refuser la possibilité de signer des ADRHA. La SDRHA comptait aussi un volet distinct, réservé aux Autochtones vivant en milieu urbain ou hors réserve. À Winnipeg et en Ontario, DRHC avait choisi le fournisseur de services au moyen d'une demande de propositions. Aucun ADRHA n'avait été signé avec les populations rurales non constituées en bandes, par exemple la Première nation d'Ardoch.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer au jugement d'une juridiction inférieure est déterminée uniquement par la nature du point en litige: norme de la décision correcte pour les points de droit, tandis que les points de fait sont revus selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Les questions mixtes de droit et de fait sont revues elles aussi d'après la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins qu'une pure question de droit ne puisse en être dégagée, auquel cas la norme est celle de la décision correcte. La Cour suprême a jugé qu'il convient de montrer autant de retenue envers les conclusions du juge d'une demande de contrôle judiciaire qu'envers les conclusions du juge d'un procès qui a auditionné des témoins. La bonne application de l'article 15 de la Charte est une question mixte de droit et de fait.

DRHC a fait valoir que le juge du procès avait tiré plusieurs conclusions de fait qui, selon DRHC, étaient abusives et arbitraires et avaient été tirées au mépris des éléments de preuve. La Cour n'a pu accepter ce point de vue. Le juge du procès avait passé en revue la preuve considérable présentée par les parties et il était en meilleure position de tirer des conclusions de fait qu'une juridiction d'appel. La preuve autorisait la conclusion du juge du procès selon laquelle l'objet premier de la Stratégie était l'attribution d'un contrôle au niveau local, et la Cour s'est abstenue de modifier cette conclusion.

Le juge du procès avait considéré que les intimés faisaient partie de collectivités autochtones de la Première nation,

communities and accepted as the comparator group First Nation members living on-reserve. The fact was that all reserve-based communities did have an opportunity to exercise control through representative regional or provincial bodies. Non-band communities were denied that opportunity. In *Loveplace v. Ontario*, the Supreme Court of Canada accepted that non-band communities could be compared with band communities in a Charter, section 15 analysis.

HRDC was correct in arguing that the section 15 equality guarantee extends only to individuals and so could not assist respondent organizations, Ardoch Algonquin First Nation and Aboriginal Council of Winnipeg Inc. But, of course, the individual respondents do have standing and an appropriate remedy could be granted.

Having regard to the finding that the purpose of the Strategy was local control over human resources programming delivery, it was clear that members of band and non-band communities were treated differently. HRDC argued that its impugned decisions were based, not on a personal characteristic, but on the fact that the organizations proposed by respondents did not meet the criteria for AHRDA-holders. But that argument was off target: respondents were denied the benefit of AHRDS on the basis of the personal characteristic of being Indians who do not live on reserves. The first step of the *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* test was met.

The next question was whether this differential treatment was based on one or more of the enumerated or analogous grounds of discrimination. In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, the Supreme Court recognized “Aboriginality-residence” as an analogous ground, the decision whether to reside on or off-reserve being a “personal characteristic essential to a band member’s personal identity” which can be changed “only at great cost, if at all”. The majority opinion in *Corbiere* also indicated that once an analogous ground has been identified, it stands as a “constant marker of potential legislative discrimination” for future cases.

While it was not entirely clear that those respondents who are non-status Indians have been discriminated against based on “Aboriginality-residence” since they lack the option of

vivant hors réserve, dans les villes et les campagnes, et il avait accepté comme groupe témoin les membres de la Première nation vivant dans les réserves. Il se trouve que toutes les collectivités établies dans les réserves avaient eu la possibilité d’exercer un droit de regard par l’entremise d’organes représentatifs régionaux ou provinciaux. Les collectivités non constituées en bandes n’avaient pas eu cette possibilité. Dans l’arrêt *Lovelace c. Ontario*, la Cour suprême du Canada a reconnu que les collectivités non constituées en bandes peuvent valablement, aux fins de l’analyse selon l’article 15, être comparées aux collectivités constituées en bandes.

DRHC avait raison de soutenir que les droits à l’égalité garantis par l’article 15 ne concernent que les personnes physiques et ne pouvaient donc venir en aide aux organisations intimées, à savoir la Première nation algonquine d’Ardoch et le Conseil autochtone de Winnipeg Inc. Cependant, les intimés personnes physiques ont manifestement qualité pour agir et une réparation pouvait encore leur être accordée.

Eu égard à la conclusion selon laquelle l’objet de la Stratégie était l’attribution d’un contrôle au niveau local sur l’application de programmes de ressources humaines, il était évident que les membres des collectivités constituées en bandes et ceux des collectivités non constituées en bandes étaient traités différemment. DRHC avait fait valoir que ses décisions contestées étaient fondées non sur une caractéristique personnelle, mais sur le fait que les organisations proposées par les intimés ne satisfaisaient pas aux critères requis pour devenir signataires d’un ADRHA, mais cet argument était fallacieux: les intimés s’étaient vu refuser l’avantage de la SDRHA en raison d’une caractéristique personnelle, c’est-à-dire le fait qu’ils sont des Indiens qui ne vivent pas dans des réserves. Le premier volet du critère de l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* était donc rempli.

Le point suivant était celui de savoir si cette différence de traitement reposait sur l’un ou plusieurs des motifs énumérés ou analogues de discrimination. Dans l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, la Cour suprême avait reconnu l’«autochtonalité–lieu de résidence» comme un motif analogue, parce que la décision de vivre dans une réserve ou hors réserve est une «caractéristique personnelle essentielle de l’identité personnelle des membres des bandes indiennes», une caractéristique qu’ils ne peuvent modifier «qu’à un prix considérable, si tant est qu’ils le puissent». Dans l’arrêt *Corbiere*, les juges majoritaires ont également précisé que, après qu’est circonscrit un motif analogue, il constitue alors un «indicateur permanent de discrimination législative potentielle» pour tous les cas futurs.

Il n’était pas absolument évident que les intimés, qui sont des Indiens non inscrits, avaient été victimes d’une discrimination fondée sur l’«autochtonalité–lieu de résidence»,

living on-reserve, HRDC did not argue that any distinction had to be drawn between respondents based on status.

The final stage of the *Law* analysis, to determine whether the purpose or effect of the impugned legislation constitutes discrimination within the contemplation of the Charter equality guarantee, requires the consideration of contextual factors and is a question of mixed fact and law. HRDC attacked the factual findings which underpinned the Judge's assessment of the contextual factors. In that regard, Lemieux J. could not be said to have committed any palpable, overriding error. He relied upon the *Corbiere* and *Lovelace* cases as well as the Royal Commission on Aboriginal Peoples in concluding that the refusal to enter into the first type of AHRDA with the respondents' communities perpetuated the historical disadvantage and stereotyping of off-reserve Aboriginal communities. AHRDS was an ameliorative program to benefit Aboriginals wherever they live and the Department had failed to recognize that respondents lived in communities which were functioning Aboriginal communities as worthy of recognition as reserve-based communities. The Judge was entitled to conclude that Charter, section 15 rights had been infringed.

As to whether the infringement was justifiable under section 1, it was not disputed that the Strategy's purpose was pressing and substantial. The question was whether the rational connection and minimal impairment branches of the test in *The Queen v. Oakes* had been met. As to rational connection, the Department urged upon the Court that its decision not to enter into AHRDAs with respondents' communities was motivated by the necessity for critical mass and to avoid fragmentation. But the Judge was not satisfied that these were in fact the reasons why the organizations proposed by respondents were not accepted. On the evidence, it was open to the Judge to so find. Nor did the Department demonstrated that the Strategy had been implemented so as to be minimally impairing. HRDC failed to adduce evidence of having considered any alternative to shutting out respondents' communities from participation in decision-making regarding labour market programming. The Charter violation was not justified under section 1.

The remedy ordered by the Judge was that HRDC eliminate the discrimination by providing community control over the labour training programs. The Department was to consult with respondents' representative organizations as to the

puisqu'ils n'avaient pas la faculté de vivre dans une réserve, mais DRHC n'a pas prétendu qu'une distinction devait être faite entre les intimes selon qu'ils sont des Indiens inscrits ou des Indiens non inscrits.

La dernière étape du critère de l'arrêt *Law*, celle qui consiste à se demander si la loi en question a un objet ou un effet qui est discriminatoire au sens de la garantie d'égalité, requiert de considérer plusieurs facteurs contextuels. Il s'agit là d'une question mixte de droit et de fait. DRHC a contesté les conclusions factuelles du juge du procès qui sous-tendaient la manière dont il avait évalué les facteurs contextuels. Sur ce point, il était impossible de dire qu'il avait commis une erreur manifeste et dominante. Il s'était fondé sur les arrêts *Corbiere* et *Lovelace*, ainsi que sur le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, pour dire que le refus de DRHC de conclure des ADRHA avec les collectivités des intimes perpétuait les préjudices historiques et les stéréotypes qui s'attachent aux collectivités autochtones hors réserve. La SDRHA était un programme général d'amélioration conçu pour profiter à tous les Autochtones, quel que soit l'endroit où ils vivent, et DRHC avait négligé de reconnaître que les intimes vivaient dans des collectivités qui étaient des collectivités autochtones actives aussi dignes de reconnaissance que les collectivités constituées dans les réserves. Le juge du procès pouvait donc dire que les droits reconnus par l'article 15 de la Charte avaient été déniés.

Sur la question de savoir si cette contravention à l'article 15 pouvait se justifier selon l'article premier, nul n'a contesté que l'objet de la Stratégie était urgent et réel. Il s'agissait de se demander si le volet «lien rationnel» et le volet «atteinte minimale» du critère exposé dans l'arrêt *La Reine c. Oakes* avaient été respectés. S'agissant du lien rationnel, le ministère a plaidé devant la Cour que sa décision de ne pas conclure des ADRHA avec les collectivités des intimes était motivée par la nécessité de disposer d'une masse critique et d'éviter la fragmentation. Mais le juge du procès n'avait pas été persuadé que c'était bien là les raisons pour lesquelles les organisations proposées par les intimes n'avaient pas été acceptées. Au vu de la preuve, il lui était loisible de tirer cette conclusion. DRHC n'avait pas non plus prouvé que la Stratégie avait été appliquée de telle sorte que l'atteinte fût minimale. DRHC n'avait pas produit d'éléments de preuve montrant qu'il avait envisagé des solutions autres que le fait de refuser aux collectivités des intimes le droit d'intervenir dans les décisions touchant leurs programmes de formation professionnelle. La violation des droits reconnus par la Charte ne pouvait donc se justifier selon l'article premier.

La réparation ordonnée par le juge du procès était que DRHC élimine la discrimination en donnant aux collectivités des intimes le contrôle des programmes de formation professionnelle. DRHC devait consulter les organisations

arrangements. HRDC had two problems with the remedy ordered: (1) courts should not order the government to negotiate given its inability to supervise compliance with such order; and (2) compliance was impossible due to the order's lack of clarity and specificity. The impugned order was not one of *mandamus* as no public officer was ordered to discharge a legal duty. It was more like a declaration of unconstitutionality accompanied by an order that government remedy the Charter infringement.

As for the supervision argument, HRDC relied upon the decision of the Nova Scotia Court of Appeal in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*, but that judgment was overturned by a 5-4 majority vote, [2003] 3 S.C.R. 3. Furthermore, the Nova Scotia case could be distinguished as the trial judge in that case purported to maintain supervisory jurisdiction while Lemieux J. trusted government to abide by the Constitution in accordance with his order. In the majority opinion, it was written that reviewing courts must show considerable deference to trial judges' choice of remedy and not interfere in the absence of error of law or principle. Speaking of Charter, subsection 24(1), the majority found it "difficult to imagine language which could give the Court a wider and less fettered discretion".

The Court in *Doucet-Boudreau* set out five general principles for the guidance of trial courts in fashioning a subsection 24(1) remedy. The order herein complied with all five principles. It respected the separation between executive and judiciary and allowed the Department flexibility to negotiate a solution respectful of respondents' rights while not unduly undermining an otherwise beneficial program.

It was wrong for HRDC to suggest that the order required it to increase funding under the Strategy. It merely ordered government to repair the breach of its constitutional obligations, leaving it up to the executive to determine how best to do so. Even if the remedy was somewhat novel, it fell within the broad scope of remedial action contemplated by subsection 24(1).

The intervener, Congress of Aboriginal Peoples (CAP), argued that *Appropriation Act No. 3, 1999-2000*, S.C. 1999, c.

représentatives des intimés pour prendre avec elles les dispositions requises. DRHC a contesté la réparation, et cela pour deux raisons: 1) les tribunaux ne devraient pas ordonner au gouvernement de négocier, vu leur incapacité à surveiller adéquatement l'observation d'une telle ordonnance; et 2) l'observation d'une telle ordonnance était impossible en raison du manque de clarté et de spécificité de la réparation. L'ordonnance contestée n'était pas un *mandamus*, puisqu'il n'était pas ordonné à un fonctionnaire d'accomplir une obligation légale. L'ordonnance participait plutôt d'une déclaration d'inconstitutionnalité, à laquelle s'ajoutait une ordonnance enjoignant au gouvernement de corriger la violation des droits des intimés.

S'agissant de l'argument de la surveillance, DRHC avait invoqué l'arrêt rendu par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, mais cet arrêt a été infirmé par la Cour suprême du Canada (une majorité de cinq juges contre quatre), [2003] 3 R.C.S. 3. Quoiqu'il en soit, ce précédent pouvait être écarté car le juge du procès dans cette affaire prétendait exercer un pouvoir de surveillance, tandis que, dans le cas présent, le juge Lemieux comptait plutôt que le gouvernement se conformerait à la Constitution en accord avec son ordonnance. Dans l'avis majoritaire, il était écrit que les tribunaux qui procèdent à un contrôle doivent faire montre d'une grande déférence à l'égard de la réparation choisie par un juge de première instance et qu'ils ne peuvent intervenir qu'en cas d'erreur commise sur le plan du droit ou des principes. S'agissant du paragraphe 24(1) de la Charte, les juges majoritaires avaient estimé qu'«il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu».

Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, la Cour suprême a énoncé cinq principes généraux dont les juges de première instance doivent tenir compte lorsqu'ils décident d'une réparation selon le paragraphe 24(1). L'ordonnance rendue ici par le juge Lemieux s'accordait avec les cinq principes. Elle respectait la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, en laissant à DRHC le soin de négocier une solution respectueuse des droits des intimés, sans pour autant mettre en péril un programme par ailleurs salubre.

Il était fautif pour DRHC de donner à entendre que l'ordonnance l'obligeait à accroître les crédits affectés à la Stratégie. L'ordonnance enjoignait simplement au gouvernement de réparer le manquement à ses obligations constitutionnelles, tout en lui laissant le choix du moyen le plus indiqué. La réparation prononcée par le juge Lemieux pouvait paraître quelque peu inédite, mais elle entraînait dans la vaste gamme des mesures réparatrices autorisées par le paragraphe 24(1).

L'intervenant, le Congrès des peuples autochtones (le CPA), a fait valoir que la *Loi de crédits n° 3 pour 1999-2000*,

36, was the legislation which authorized Strategy funding and that the Court ought to read in words to make it section 15 compliant. This constitutional challenge was raised, for the first time, in oral argument and the intervener had not given the requisite notice to the federal and provincial attorneys general. The Court lacks jurisdiction to grant a *Constitution Act, 1982*, subsection 52(1) remedy where *Federal Court Act*, section 57 has not been complied with. It would be prejudicial if CAP's argument were to be considered in this proceeding, since appellant had no opportunity to prepare a response and even respondents—who were pleased by the impugned remedy—were taken by surprise.

L.C. 1999, ch. 36, était le texte qui autorisait le financement de la Stratégie et que la Cour devait l'interpréter d'une manière libérale afin de la rendre conforme à l'article 15. Cette contestation constitutionnelle avait été soulevée pour la première fois dans les plaidoiries, et l'intervenant n'avait pas signifié l'avis requis au procureur général du Canada ni aux procureurs généraux des provinces. La Cour n'a pas compétence pour accorder des redressements selon le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* si l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'a pas été observé. Il y aurait eu préjudice si l'argument du CPA avait été jugé recevable dans la présente instance, puisque l'appelant n'avait pas eu le loisir de l'examiner et d'y répondre. Les intimés eux-mêmes ne savaient pas que cet argument serait soulevé et ils se satisfaisaient pleinement de la réparation accordée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Appropriation Act No. 3, 1999-2000, S.C. 1999, c. 36.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15, 24(1).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "band", "Indian", "Indian Register" (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1), "registered", 5(1) (as am. *idem*, s. 4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24(1).
Loi 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. 52(1).
Loi de crédits n° 3 pour 1999-2000, L.C. 1999, ch. 36.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «bande», «Indien», «inscrit», «registre des Indiens» (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 1), 5(1) (mod., *idem*, art. 4).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1;

308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Department of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3; revg. (2001), 194 N.S.R. (2d) 323; 203 D.L.R. (4th) 128; 85 C.R.R. (2d) 189 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans), [2003] 3 F.C. 233; [2003] 2 C.N.L.R. 78; (2002), 298 N.R. 305 (C.A.).

REFERRED TO:

R. v. Chang, 2003 ABCA 293; [2003] A.J. No. 1281 (C.A.) (QL); *R. v. Coates* (2003), 176 C.C.C. (3d) 215; 172 O.A.C. 330 (Ont. C.A.); *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; (1997), 31 O.R. (3d) 574; 142 D.L.R. (4th) 385; 207 N.R. 171.

AUTHORS CITED

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1996.

Treasury Board of Canada Secretariat. *1999-2000 Estimates: Part III — Report on Plans and Priorities*. Human Resources Development Canada.

Treasury Board of Canada Secretariat. *Departmental Performance Report 1999-2000*. Human Resources Development Canada, for the period ending March 31, 2000.

Treasury Board of Canada Secretariat. *Supplementary Estimates (A), 1999-2000 for the Fiscal Year ending March 31, 2000*.

APPEAL from a decision of Lemieux J. ([2003] 2 F.C. 350; (2002), 98 C.R.R. (2d) 245; 223 F.T.R. 161), granting an application for judicial review and finding that a government department had violated Charter, section 15 with respect to certain Aboriginal Human Resources Development Agreements. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Urszula Kaczmarczyk, E. Gail Sinclair and Michael H. Morris for appellant (respondent).

19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministère de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; inf. (2001), 194 N.S.R. (2d) 323; 203 D.L.R. (4th) 128; 85 C.R.R. (2d) 189 (C.A.).

DÉCISION ÉCARTÉE:

Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans), [2003] 3 C.F. 233; [2003] 2 C.N.L.R. 78; (2002), 298 N.R. 305 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. v. Chang, 2003 ABCA 293; [2003] A.J. n° 1281 (C.A.) (QL); *R. v. Coates* (2003), 176 C.C.C. (3d) 215; 172 O.A.C. 330 (C.A. Ont.); *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; (1997), 31 O.R. (3d) 574; 142 D.L.R. (4th) 385; 207 N.R. 171.

DOCTRINE

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1996.

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Budget des dépenses 1999-2000: Partie III — Rapport sur les plans et les priorités*. Développement des ressources humaines Canada.

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Budget supplémentaire des dépenses (A), 1999-2000 pour l'exercice financier se terminant le 31 mars 2000*.

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Rapport ministériel sur le rendement 1999-2000*. Développement des ressources humaines Canada, pour la période se terminant le 31 mars 2000.

APPEL du jugement du juge Lemieux ([2003] 2 C.F. 350; (2002), 98 C.R.R. (2d) 245; 223 F.T.R. 161), qui avait fait droit à une demande de contrôle judiciaire et avait estimé qu'un ministère fédéral avait contrevenu à l'article 15 de la Charte au regard de certains accords de développement des ressources humaines autochtones. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Urszula Kaczmarczyk, E. Gail Sinclair et Michael H. Morris, pour l'appelant (défendeur).

Greg Tramley for respondents (applicants) Darwin Lewis and the Aboriginal Council of Winnipeg Inc.

Christopher M. Reid for respondents (applicants) Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker and Chief Bob Crawford, on his own behalf and on behalf of the Ardoch Algonquin First Nation.

Joseph E. Magnet, Mahmud Jamal and Vaso Maric for interveners.

Greg Tramley, pour les intimés (demandeurs) Darwin Lewis et le Conseil autochtone de Winnipeg Inc.

Christopher M. Reid, pour les intimés (demandeurs) Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker et le chef Bob Crawford, en son propre nom et au nom de la Première nation algonquine d'Ardoch.

Joseph E. Magnet, Mahmud Jamal et Vaso Maric, pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (respondent).

McCandless & Associates, Winnipeg, for respondents (applicants) Darwin Lewis and the Aboriginal Council of Winnipeg Inc.

Christopher Reid, Toronto, for respondents (applicants) Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker and Chief Bob Crawford, on his own behalf and on behalf of the Ardoch Algonquin First Nation.

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto and *Joseph E. Magnet*, Ottawa, for interveners.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.A.:

INTRODUCTION

[1] This is an appeal from a judgment of Mr. Justice Lemieux in the Federal Court, Trial Division (as it then was) dated October 11, 2002 [[2003] 2 F.C. 350].

[2] In his decision, Lemieux J. granted the respondents' application for judicial review. He found that Human Resources Development Canada (HRDC) had violated section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) by refusing to enter into Aboriginal Human Resources Development Agreements (AHRDAs) with organizations mandated by the respondents'

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada, pour l'appelant (défendeur).

McCandless et Associés, Winnipeg, pour les intimés (demandeurs) Darwin Lewis et le Conseil autochtone de Winnipeg Inc.

Christopher Reid, Toronto, pour les intimés (demandeurs) Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker et le chef Bob Crawford, en son propre nom et au nom de la Première nation algonquine d'Ardoch.

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto et *Joseph E. Magnet*, Ottawa, pour l'intervenant.

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Le procureur général du Canada fait appel d'un jugement rendu le 11 octobre 2002 par M. le juge Lemieux, de la Section de première instance de la Cour fédérale (à l'époque) [[2003] 2 C.F. 350].

[2] Dans son jugement, le juge Lemieux faisait droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par les intimés. Selon lui, Développement des ressources humaines Canada (DRHC) avait contrevenu à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) en refusant de conclure des Accords de développement des ressources humaines autochtones (ADRHA) avec

communities. Lemieux J. concluded that this violation could not be justified under section 1 of the Charter and ordered HRDC to eliminate the discrimination by providing community control over labour training programs to the respondents' communities.

ISSUES

[3] There are five issues in this appeal:

1. What is the standard of review of Lemieux J.'s decision?
2. Did Lemieux J. err in making the factual findings he did?
3. Did Lemieux J. err in finding that failing to award AHRDAs to the respondents' communities constituted a violation of the section 15 equality guarantee?
4. If not, did Lemieux J. err in finding that the violation could not be justified under section 1?
5. If not, did Lemieux J. err in his choice of remedy?

FACTS

[4] The following is a summary of the facts as found by Lemieux J. There are a large number of abbreviations and acronyms used in these reasons. For convenience, they are summarized in an Appendix.

The Parties

[5] The appellant is the Attorney General of Canada representing HRDC. The respondents are a number of Aboriginal individuals and organizations from Ontario and Manitoba.

[6] Roger Misquadis and Dorothy Phipps-Walker are both status Indians (Indians who are eligible for registration on the Indian Register maintained under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5) who have lived most of their lives off-reserve in the Greater Toronto Area

des organismes mandatés par les collectivités des intimés. Le juge Lemieux a estimé que cette contravention à l'article 15 ne pouvait se justifier selon l'article premier de la Charte, et il a ordonné à DRHC d'éliminer la discrimination en donnant aux collectivités des intimés un droit de regard sur les programmes de formation de la main-d'œuvre.

POINTS LITIGIEUX

[3] Le présent appel soulève cinq points:

1. Quelle est la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer au jugement du juge Lemieux?
2. Le juge Lemieux a-t-il commis une erreur dans ses conclusions de fait?
3. Le juge Lemieux a-t-il commis une erreur lorsqu'il a dit que le fait de ne pas conclure des ADRHA avec les collectivités des intimés contrevenait aux droits à l'égalité garantis par l'article 15?
4. Dans la négative, le juge Lemieux a-t-il commis une erreur lorsqu'il a dit que la contravention ne pouvait se justifier selon l'article premier?
5. Dans la négative, le juge Lemieux a-t-il commis une erreur dans la réparation qu'il a choisie d'accorder?

LES FAITS

[4] Les paragraphes qui suivent résument les faits recensés par le juge Lemieux. Les présents motifs emploient un grand nombre d'abréviations et d'acronymes. Pour plus de commodité, ces abréviations et acronymes sont explicités dans un appendice.

Les parties

[5] L'appelant est le procureur général du Canada, qui représente DRHC. Les intimés sont plusieurs personnes et organisations autochtones de l'Ontario et du Manitoba.

[6] Roger Misquadis et Dorothy Phipps-Walker sont tous deux des Indiens inscrits (des Indiens qui sont admissibles à l'inscription sur le registre des Indiens tenu en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5) qui ont passé la plus grande partie de leur vie hors de

(GTA) and who claim to have little or no connection with their bands. Peter Ogden is a Micmac from Nova Scotia who now lives in Hamilton and who is not a registered Indian. Chief Bob Crawford and Mona Perry are Indians who are not eligible to be registered under the *Indian Act*. They are both members of the Ardoch, an Aboriginal community located in the Ottawa Valley which is not recognized as a band under the *Indian Act*. Bob Crawford is the elected Chief of the Ardoch.

[7] Darwin Lewis considers himself a member of the Winnipeg Aboriginal community although he is registered as a member of a band in Ontario. The Aboriginal Council of Winnipeg (ACW) is an organization that claims to represent the interests of the members of the Winnipeg Aboriginal community.

[8] A national Aboriginal organization, the Council of Aboriginal Peoples, which represents non-status Indians, Indians who have regained their status and status Indians not living on-reserve, was granted leave to intervene in this appeal.

The Aboriginal Human Resources Development Strategy

[9] Before the implementation of the Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS), HRDC engaged in two predecessor programs: the Pathways to Success Strategy (Pathways) which ran from 1991 to 1996 and the New Relationship Strategy which ran from 1996 to 1999. Both programs, like AHRDS, were designed to give Aboriginal peoples a greater role in the design and implementation of their skills training programs.

[10] Following an extensive consultation process, HRDC implemented AHRDS on April 1, 1999. HRDC entered into national accords with the Assembly of First Nations (AFN), the Métis National Council (MNC), and the Inuit Tapirisat of Canada (ITC). AHRDAs were then entered into with provincial and regional organizations affiliated with these three national Aboriginal organizations.

leurs réserves, dans l'agglomération de Toronto, et qui affirment avoir peu de liens, voire aucun, avec leurs bandes. Peter Ogden est un Micmac de la Nouvelle-Écosse qui vit aujourd'hui à Hamilton et qui n'est pas inscrit sur le registre. Le chef Bob Crawford et Mona Perry sont des Indiens qui ne sont pas admissibles à l'inscription selon la *Loi sur les Indiens*. Ils sont tous deux membres de la Première nation d'Ardoch, une collectivité autochtone située dans la vallée de l'Outaouais qui n'est pas reconnue comme bande selon la *Loi sur les Indiens*. Bob Crawford est le chef élu de la bande d'Ardoch.

[7] Darwin Lewis se considère comme membre de la population autochtone de Winnipeg bien qu'il soit inscrit comme membre d'une bande de l'Ontario. Le Conseil autochtone de Winnipeg (CAW) est une organisation qui prétend représenter les intérêts des membres de la population autochtone de Winnipeg.

[8] Une organisation autochtone nationale, le Conseil des peuples autochtones, qui représente les Indiens non inscrits, les Indiens qui ont recouvré leur statut et les Indiens inscrits qui vivent hors réserve, a obtenu l'autorisation d'intervenir dans cet appel.

La Stratégie de développement des ressources humaines autochtones

[9] Avant la mise en œuvre de la Stratégie de développement des ressources humaines autochtones (la SDRHA), DRHC avait entrepris deux autres programmes: la stratégie «Les Chemins de la réussite», appliquée de 1991 à 1996, et la stratégie «Vers une nouvelle relation», appliquée de 1996 à 1999. Ces deux stratégies, comme la SDRHA, visaient à donner aux Autochtones un rôle accru dans la conception et la mise en œuvre de leurs programmes de formation professionnelle.

[10] À la suite de consultations approfondies, DRHC donnait effet le 1^{er} avril 1999 à la SDRHA. DRHC a conclu des ententes nationales avec l'Assemblée des premières nations (l'APN), le Rassemblement national des Métis (le RNM) et l'Inuit Tapirisat du Canada (l'ITC). Des ADRHA furent alors conclus avec les organisations provinciales et régionales rattachées à ces trois organisations autochtones nationales.

[11] In Manitoba, HRDC entered into AHRDAs with the Assembly of Manitoba Chiefs (AMC) and the Manitoba Métis Federation (MMF). The ACW asked HRDC to enter into an AHRDA with it covering Winnipeg but HRDC refused, giving no reasons. The MMF operated in Winnipeg through a local management board while AMC chose to have services provided directly by First Nations through 20 sub-agreement holders who were expected to have offices in Winnipeg. In Ontario, various affiliates of the AFN became AHRDA holders. Organizations mandated by the GTA Aboriginal community (Miziwe Biik) and the Niagara Aboriginal Community (Niagara Peninsula Area Aboriginal Management Board — NPAAMB), as well as the Ardoch, requested inclusion as AHRDA holders but were refused.

[12] In addition to the AHRDAs signed with affiliates of the AFN, the MNC, and the ITC, AHRDS also has a separate urban/off-reserve component. In Winnipeg and Ontario, HRDC selected the service provider for this component by means of a Request for Proposal (RFP) evaluated by government officials. In Winnipeg, the service provider selected was the Centre for Aboriginal Human Resources Development (CAHRD). The AWC supported CAHRD's RFP proposal although it had informed HRDC that it felt entitled to enter into a separate AHRDA and had a mandate from the Winnipeg Aboriginal community to do so. CAHRD delivers labour programming services without regard to status under the *Indian Act*.

[13] In Ontario, the Circle, a group made up of representatives of six Ontario Aboriginal organizations, including NPAAMB and Miziwe Biik, submitted an RFP proposal. The bid was won, however, by the Ontario Federation of Indian Friendship Centres coupled with Grand River Employment and Training (OFIFC/GREAT). OFIFC was appointed to service all non-affiliated Aboriginals in the province but it backed away from serving the GTA and Miziwe Biik was selected for a sub-agreement without an RFP. No AHRDA was signed with rural non-band

[11] Au Manitoba, DRHC a conclu des ADRHA avec l'Assemblée of Manitoba Chiefs (AMC) et avec la Manitoba Métis Federation (MMF). Le CAW a demandé à DRHC de conclure avec lui un ADRHA pour Winnipeg, mais DRHC a refusé, sans donner de motifs. La MMF exerçait des activités à Winnipeg par l'entremise d'un conseil local de gestion, tandis que l'AMC avait décidé de recourir aux services fournis directement par les Premières nations par l'entremise de 20 signataires d'accords auxiliaires qui allaient avoir des bureaux à Winnipeg. En Ontario, divers organismes affiliés à l'APN ont signé des ADRHA. Les organisations mandatées par la population autochtone de l'agglomération torontoise (Miziwe Biik) et par la population autochtone de Niagara (le Conseil de gestion autochtone de la péninsule du Niagara — le CGRAPN), ainsi que par la Première nation d'Ardoch, ont demandé à signer des ADRHA, mais elles ont essuyé un refus.

[12] Outre les ADRHA signés avec les organismes affiliés à l'APN, au RNM et à l'ITC, la SDRHA compte aussi un volet distinct, réservé aux Autochtones vivant en milieu urbain ou hors réserve. À Winnipeg et en Ontario, DRHC a choisi le fournisseur de services, pour ce volet, au moyen d'une demande de propositions, et les propositions ont été évaluées par des fonctionnaires. À Winnipeg, le fournisseur de services qui a été retenu était le Centre pour le développement des ressources humaines autochtones (le CDRHA). Le CAW appuyait la proposition du CDRHA, bien qu'il eût informé DRHC qu'il se croyait fondé à conclure un ADRHA distinct et que la collectivité autochtone de Winnipeg lui en avait donné le mandat. Le CDRHA fournit des services de formation de la main-d'œuvre sans égard au statut selon la *Loi sur les Indiens*.

[13] En Ontario, le Cercle, un groupe composé de représentants de six organisations autochtones de l'Ontario, notamment le CGRAPN et Miziwe Biik, a présenté une proposition. La proposition retenue fut cependant celle de la Ontario Federation of Indian Friendship Centres, jumelée à celle du Grand River Employment and Training (OFIFC/GREAT). L'OFIFC fut désignée pour desservir tous les Autochtones non affiliés de la province, mais elle a renoncé à desservir l'agglomération torontoise, et Miziwe Biik fut choisi pour un accord auxiliaire, sans demande de propositions.

communities such as the Ardoch.

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

...

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Constitution Act, 1982 [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Federal Court Act [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)]

57. (1) Where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of any province, or of regulations thereunder, is in question before the Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

Aucun ADRHA n'a été signé avec les populations rurales non constituées en bandes, par exemple la Première nation d'Ardoch.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[...]

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[...]

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

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]]

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Loi sur la Cour fédérale [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)]

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ou un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2).

(2) Except where otherwise ordered by the Court or the federal board, commission or other tribunal, the notice referred to in subsection (1) shall be served at least ten days before the day on which the constitutional question described in that subsection is to be argued.

Indian Act [s. 2(1) “Indian Register” (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1), 5(1) (as am. *idem*, s. 4)]

2. (1) In this Act,

“band” means a body of Indians

(a) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after September 4, 1951,

(b) for whose use and benefit in common, moneys are held by Her Majesty, or

(c) declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act;

...

“Indian” means a person who pursuant to this Act is registered as an Indian or is entitled to be registered as an Indian;

...

“Indian Register” means the register of persons that is maintained under section 5;

...

“registered” means registered as an Indian in the Indian Register;

...

5. (1) There shall be maintained in the Department an Indian Register in which shall be recorded the name of every person who is entitled to be registered as an Indian under this Act.

ANALYSIS

Standard of Review

[14] The leading Supreme Court case on the proper standard of review of a lower court’s decision is *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235. Unlike review of decisions by administrative tribunals, the standard of

(2) L’avis est, sauf ordonnance contraire de la Cour ou de l’office fédéral en cause, signifié au moins dix jours avant la date à laquelle la question constitutionnelle qui en fait l’objet doit être débattue.

Loi sur les Indiens [art. 2(1) «registre des Indiens» (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 1), 5(1) (mod., *idem*, art. 4)]

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

«bande» Groupe d’Indiens, selon le cas:

a) à l’usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;

b) à l’usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d’argent;

c) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l’application de la présente loi.

[. . .]

«Indien» Personne qui, conformément à la présente loi, est inscrite à titre d’Indien ou a droit de l’être.

[. . .]

«inscrit» Inscrit comme Indien dans le registre des Indiens.

[. . .]

«registre des Indiens» Le registre de personnes tenu en vertu de l’article 5.

[. . .]

5. (1) Est tenu au ministère un registre des Indiens où est consigné le nom de chaque personne ayant le droit d’être inscrite comme Indien en vertu de la présente loi.

ANALYSE

Norme de contrôle

[14] L’arrêt de principe de la Cour suprême du Canada sur la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer au jugement d’une juridiction inférieure est l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235. Contrairement au

review for reviewing a lower court's decision is determined solely by the nature of the question in issue. Questions of law are reviewed on a standard of correctness (paragraphs 8-9) while questions of fact and inferences of fact are reviewed on a palpable and overriding error basis (paragraphs 10-25). Questions of mixed law and fact are also subject to a palpable and overriding error standard unless a pure question of law can be extricated and reviewed on a correctness standard (paragraphs 26-28).

[15] Although *Housen* dealt with appeals from a decision in an action, in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43, the Supreme Court applied the *Housen* test in reviewing the decision of a judge hearing an application for judicial review. The Supreme Court held that just as much deference should be shown to an application judge's findings as to those of a trial judge who has heard *viva voce* evidence.

[16] *Housen* applies to Charter cases in the same way as to other cases (*R. v. Chang*, 2003 ABCA 293; [2003] A.J. No. 1281 (C.A.) (QL), at paragraphs 7-8; *R. v. Coates* (2003), 176 C.C.C. (3d) 215 (C.A.), at paragraph 20). The proper application of section 15 is a question of mixed fact and law. HRDC has not argued that Lemieux J. incorrectly set out the relevant principles; rather, its concern was with his application of those principles to the facts. As a result, his decision should be reviewed on a palpable and overriding error standard.

Lemieux J.'s Factual Findings

[17] In the course of his judgment, Lemieux J. made a number of findings with which HRDC takes issue. HRDC paraphrases these findings as follows:

- “Local community control” over employment and training funds is a primary intended benefit of the Strategy;

contrôle des décisions des tribunaux administratifs, la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer au jugement d'un tribunal judiciaire inférieur est déterminée uniquement par la nature du point en litige. Les points de droit sont revus selon la norme de la décision correcte (paragraphes 8 et 9) tandis que les points de fait et les conclusions de fait sont revus selon la norme de l'erreur manifeste et dominante (paragraphes 10 à 25). Les questions mixtes de droit et de fait sont elles aussi revues d'après la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins qu'une pure question de droit ne puisse en être dégagée, et revue selon la norme de la décision correcte (paragraphes 26 à 28).

[15] L'arrêt *Housen* concernait des appels interjetés contre le jugement rendu dans une action, mais, dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43, la Cour suprême a appliqué le critère *Housen* pour revoir la décision d'un juge rendue sur une demande de contrôle judiciaire. Selon la Cour suprême, il convient de montrer autant de retenue envers les conclusions du juge d'une demande de contrôle qu'envers les conclusions du juge d'un procès qui a auditionné des témoins.

[16] L'arrêt *Housen* s'applique aux affaires relevant de la Charte, de la même manière qu'aux autres affaires (*R. c. Chang*, 2003 ABCA 293; [2003] A.J. n° 1281 (C.A.) (QL), aux paragraphes 7 et 8; *R. v. Coates* (2003), 176 C.C.C. (3d) 215 (C.A.), au paragraphe 20). La bonne application de l'article 15 est une question mixte de droit et de fait. DRHC n'a pas prétendu que le juge Lemieux a incorrectement exposé les principes applicables; le problème de DRHC concerne plutôt la manière dont le juge Lemieux a appliqué ces principes aux faits. En conséquence, la décision du juge Lemieux devrait être revue selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

Les conclusions de fait du juge Lemieux

[17] Dans son jugement, le juge Lemieux a tiré plusieurs conclusions, auxquelles s'oppose DRHC. DRHC résume les conclusions en question de la manière suivante:

- le «contrôle communautaire local» sur les sommes affectées à l'emploi et à la formation est un avantage fondamental intentionnel de la Stratégie;

- First Nation band communities enjoy the benefits of local community control while the respondents' communities do not;
 - AHRDA-holders serving First Nation bands are mandated and accountable to their community, whereas those funded under the urban/off-reserve component are not;
 - There is a consensus within urban and off-reserve settings that certain organizations represent these populations for employment and training purposes, yet HRDC failed or refused to recognize them. HRDC's failure to recognize these particular organizations constitutes a failure to recognize the communities themselves; and
 - Only Miziwe Biik, NPAAMB, and the ACW are "mandated for spearheading labour market programs" on behalf of, and accountable to, the respondent communities—whereas the organizations chosen by HRDC are not.
- les collectivités des Premières nations constituées en bandes jouissent des avantages du contrôle communautaire local, contrairement aux collectivités des intimés;
 - les signataires d'ADRHA qui desservent des bandes des Premières nations ont un mandat de leur collectivité et sont comptables envers elle, contrairement aux organismes financés par le volet réservé aux Indiens vivant en milieu urbain ou hors réserve;
 - on s'entend généralement, dans les contextes urbains et hors réserve, pour dire que certaines organisations représentent ces populations aux fins de l'emploi et de la formation, mais DRHC ne les a pas reconnues ou a refusé de les reconnaître. En ne reconnaissant pas ces organisations particulières, DRHC refuse de reconnaître les populations elles-mêmes; et
 - seuls Miziwe Biik, le CGRAPN et le CAW sont «mandatés pour mener des programmes de formation professionnelle» au nom des collectivités des intimés, et sont comptables envers elles—contrairement aux organisations choisies par DRHC, qui ne le sont pas.

[18] HRDC argues that these findings are perverse and capricious and made without regard to the evidence before the Court. On the contrary, Lemieux J. reviewed the extensive evidence submitted by the parties, weighed that evidence, and made factual findings based on that evidence. For example, his finding that local community control is a primary benefit of the Strategy is supported not only by the evidence of the respondents but also by HRDC's own background papers for the Strategy's predecessor programs. Similarly, Lemieux J. based his finding that HRDC had failed to recognize the respondents' communities on affidavit evidence about the functioning of those communities, evidence of historical disadvantage summarized in the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, and his own comparison of the organizations which were granted AHRDAs with those which were not. He also rejected HRDC's argument that it was unclear which organizations were mandated by the respondents' communities on the grounds that HRDC had not realistically tried to find out and had ignored the very organizations which had operated successfully under the previous Pathways program.

[18] DRHC affirme que ces conclusions sont abusives et arbitraires et que le juge Lemieux les a tirées sans tenir compte des éléments de preuve qu'il avait devant lui. Au contraire, le juge Lemieux a passé en revue la preuve considérable présentée par les parties, il a évalué cette preuve et il a tiré les conclusions de fait qui s'imposaient. Par exemple, sa conclusion selon laquelle le contrôle communautaire local est un avantage primordial de la Stratégie est autorisée non seulement par la preuve des intimés, mais également par les propres documents de base de DRHC relatifs aux programmes qui ont précédé la Stratégie. Le juge Lemieux a, de même, fondé sa conclusion selon laquelle DRHC n'avait pas reconnu les collectivités des intimés sur la preuve par affidavit relative au fonctionnement de telles collectivités, sur la preuve d'un préjudice historique résumé dans le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, et sur sa propre comparaison des organisations qui ont obtenu des ADRHA avec celles qui n'en ont pas signé. Il a aussi rejeté l'argument de DRHC selon lequel il était difficile de savoir quelles organisations étaient mandatées par les collectivités des intimés, affirmant que DRHC n'avait pas véritablement

[19] As the Supreme Court has recognized, an applications judge is in a better position to make such findings than an appellate court. HRDC may not like the findings which the Trial Judge has made, but it has not demonstrated that he made findings which cannot be supported by the evidentiary record.

[20] Another judge may have made different findings of fact. For example, another judge may have found on the evidence that, as the appellant urges, the objective of AHRDS was to provide employment training for Aboriginals. Placing control over the program in the hands of local Aboriginal community organizations may have only been one way of meeting this objective. There was evidence to this effect and such a determination would not have been illogical or unreasonable, having regard to the \$1.6 billion over 5 years the government allocated to this Strategy. However, there was also evidence to support Lemieux J.'s factual conclusions that the primary purpose of the Strategy was local control. In the absence of a palpable and overriding error, this Court should not interfere with Lemieux J.'s factual findings.

Section 15

Comparative Analysis

[21] The guarantee of equality provided by section 15 is a comparative concept. A court must identify the group in comparison to which the impugned law allegedly causes discriminatory treatment. The natural starting point is to consider the respondent's view, although if necessary a court can refine the comparison within the scope of the grounds pleaded (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paragraphs 56-58).

[22] Lemieux J. characterized the respondents as First Nation members of urban and rural off-reserve

tenté de s'en informer et avait ignoré les organisations mêmes qui s'en étaient fort bien tirées dans le programme antérieur «Les Chemins du succès».

[19] Ainsi que l'a reconnu la Cour suprême, le juge d'une demande de contrôle judiciaire est en meilleure position pour tirer de telles conclusions qu'une juridiction d'appel. DRHC n'aime sans doute pas les conclusions qu'a tirées le juge du procès, mais il n'a pas prouvé que le juge du procès a tiré des conclusions qui vont à l'encontre de la preuve.

[20] Un autre juge aurait pu tirer des conclusions de fait différentes. Par exemple, un autre juge aurait pu s'appuyer sur la preuve pour dire que, comme le voudrait l'appelant, l'objectif de la SDRHA était d'offrir aux Autochtones une formation professionnelle. Confier le contrôle du programme à des organismes communautaires autochtones locaux n'était peut-être que l'un des moyens d'atteindre cet objectif. Il y avait des éléments de preuve en ce sens, et une telle décision n'aurait pas été illogique ou déraisonnable, eu égard à la somme de 1,6 milliard de dollars sur cinq ans que le gouvernement a affectée à cette Stratégie. Cependant, des éléments de preuve permettaient aussi la conclusion factuelle du juge Lemieux selon laquelle l'objet premier de la Stratégie était l'attribution d'un contrôle au niveau local. En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, la Cour s'abstiendra de modifier les conclusions de fait du juge Lemieux.

Article 15

Analyse comparative

[21] La garantie d'égalité conférée par l'article 15 est une notion comparative. Un tribunal doit définir le groupe contre lequel la loi contestée exerce prétendument une discrimination. On commencera naturellement par examiner le point de vue des intimés, encore que, si nécessaire, le tribunal puisse raffiner la comparaison à l'intérieur du champ des moyens plaidés (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, aux paragraphes 56 à 58).

[22] Le juge Lemieux a considéré que les intimés faisaient partie de collectivités autochtones de la

Aboriginal communities and accepted the comparator group proposed by the Manitoba respondents—First Nation members living on-reserve. Given his characterization of the primary benefit of the program as local community control, this choice of comparator group is not unreasonable. Although few bands have individual AHRDAs, all reserve-based communities do have the opportunity to exercise community control through representative regional or provincial bodies. Non-band communities have not been given such an opportunity. As the Supreme Court accepted in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, First Nation non-band communities can validly be compared with First Nation band communities for the purposes of section 15 analysis.

[23] HRDC is correct, however, that the section 15 guarantee of equality only extends to individuals. As a result, the two respondent organizations, Ardoch and ACW, would appear to lack standing to bring a section 15 claim. However, the individual respondents clearly do have standing to bring such a claim and an appropriate remedy may still be granted if they successfully establish that their rights have been infringed.

Differential Treatment

[24] The first stage of the *Law* test is to determine whether a law imposes differential treatment between those claiming under section 15 and the members of the comparator group, in purpose or effect. HRDC's argument that the Strategy does not impose differential treatment is based upon its interpretation that the Strategy's benefit is providing individual Aboriginals access to Aboriginal-specific employment programming. However, this is not the benefit the respondents claimed they had been denied.

[25] Having regard to Lemieux J.'s factual finding that the primary benefit of the Strategy was local community control over the delivery of human resources

Première nation vivant hors réserve, dans les villes et les campagnes, et il a accepté le groupe témoin proposé par les intimés du Manitoba—les membres de la Première nation vivant dans les réserves. Puisque selon lui l'avantage principal du programme était le contrôle communautaire local, le choix qu'il a fait du groupe témoin n'est pas déraisonnable. Peu de bandes ont conclu des ADRHA, mais toutes les collectivités établies dans les réserves ont effectivement la possibilité d'exercer un contrôle communautaire par l'entremise d'organes représentatifs régionaux ou provinciaux. Les collectivités non constituées en bandes n'ont pas eu cette possibilité. Ainsi que l'a reconnu la Cour suprême dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, les collectivités des Premières nations qui ne sont pas constituées en bandes peuvent valablement, aux fins de l'analyse selon l'article 15, être comparées aux collectivités constituées en bandes.

[23] DRHC a cependant raison de dire que les droits à l'égalité garantis par l'article 15 ne concernent que les personnes physiques. En conséquence, les deux organisations intimées, Ardoch et le CAW, n'ont probablement pas qualité pour alléguer un manquement à l'article 15. Cependant, les intimés personnes physiques ont manifestement qualité pour alléguer un tel manquement, et une réparation peut encore leur être accordée s'ils réussissent à établir que leurs droits ont été lésés.

Différence de traitement

[24] Le premier stade du critère établi dans l'arrêt *Law* consiste à dire si une loi a pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre ceux qui allèguent un manquement à l'article 15 et les membres du groupe témoin. L'argument de DRHC selon lequel la Stratégie n'impose pas une différence de traitement s'appuie sur son interprétation d'après laquelle l'avantage de la Stratégie est de conférer aux Autochtones l'accès à des programmes de formation professionnelle propres aux Autochtones. Cependant, ce n'est pas là l'avantage dont les intimés prétendaient avoir été privés.

[25] Eu égard à la conclusion de fait du juge Lemieux selon laquelle l'avantage premier de la Stratégie était le contrôle communautaire local de l'application de

programming, it is clear that the Strategy did have the effect of treating members of band and non-band communities differently. There are two types of AHRDA: the first type which was only signed with regional and provincial affiliates of the three organizations (AFN, MNC, and ITC) with which national framework agreements had been signed and the second type which was signed with organizations chosen by HRDC to service Aboriginals who were not living in reserve-based communities.

[26] The respondents' communities, not being represented by one of the three national organizations, simply could not enter into the first type of AHRDA, either individually or in regional groupings. The respondents claim, and Lemieux J. accepted, that the second type of AHRDA is fundamentally different from the first type as it does not provide the same opportunity for local community control. Lemieux J. found that the benefit of AHRDS is that it provides Aboriginal communities with local community control over human resources programming. The respondents' communities were deprived of this benefit.

[27] HRDC also argues that even if its refusal to enter into the first type of AHRDA with the respondents' communities did result in denying them a benefit, that decision was not based on any personal characteristic of the respondents. Rather, it was based solely on the inability of the Aboriginal organizations proposed by the respondents to meet the criteria for becoming AHRDA-holders.

[28] With respect, this argument misses the point. Only regional and provincial affiliates of AFN, MNC, and ITC met the criteria to enter into the first type of AHRDA. The respondents, on the basis that they were not Métis, Inuit, or members of reserve-based Indian communities, could not have organizations representing their communities take part in these agreements and could not gain the benefits of local community control. Therefore, they were denied the benefit of AHRDS on the basis of the personal characteristic of being Indians

programmes de ressources humaines, il est manifeste que la Stratégie a bien eu pour effet de traiter différemment les membres des collectivités constituées en bandes et ceux des collectivités non constituées en bandes. Il y a deux genres d'ADRHA: les premiers, qui n'ont été signés qu'avec des organismes régionaux et provinciaux affiliés aux trois organisations (APN, RNM et ITC) avec lesquelles des accords cadres nationaux avaient été signés, et les deuxièmes, qui ont été signés avec des organisations choisies par DRHC pour desservir les Autochtones qui ne vivaient pas dans des collectivités constituées en réserves.

[26] Les collectivités des intimés, qui ne sont pas représentées par l'une des trois organisations nationales, n'ont tout simplement pas pu conclure des ADRHA du premier type, soit à titre individuel soit à titre de groupements régionaux. Les intimés affirment, et le juge Lemieux a admis, que les ADRHA du second type sont fondamentalement différents de ceux du premier type car ils n'offrent pas la même possibilité d'un contrôle communautaire local. Le juge Lemieux a estimé que l'avantage de la SDRHA est qu'elle confère aux collectivités autochtones un contrôle communautaire local sur les programmes de ressources humaines. Les collectivités des intimés ont été privées de cet avantage.

[27] DRHC soutient aussi que, même si son refus de conclure des ADRHA du premier type avec les collectivités des intimés équivalait effectivement à leur refuser un avantage, cette décision n'était pas fondée sur une caractéristique propre aux intimés. Elle était plutôt fondée uniquement sur l'impossibilité, pour les organisations autochtones proposées par les intimés, de satisfaire aux critères requis pour devenir signataire d'un ADRHA.

[28] Malheureusement, cet argument est fallacieux. Seuls les organismes régionaux et provinciaux affiliés à l'APN, au RNM et à l'ITC satisfaisaient aux conditions établies pour la conclusion d'ADRHA du premier type. Les intimés, parce qu'ils n'étaient pas des Métis, des Inuits, ou des membres de collectivités indiennes constituées en réserves, n'ont pu obtenir que les organisations représentant leurs collectivités prennent part à ces accords et n'ont pu recueillir les avantages d'un contrôle communautaire local. Par conséquent,

who do not live on reserves and the first step of the *Law* test was met.

Analogous Ground

[29] The second step of the *Law* test is to determine whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment.

[30] Lemieux J. found that the respondents had been denied the opportunity to have local control of their human resources programming because they do not live on reserves. The Supreme Court in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 recognized “Aboriginality-residence” as an analogous ground because the decision to live on- or off-reserve is a “personal characteristic essential to a band member’s personal identity” which can be changed “only at great cost, if at all” (paragraph 14).

[31] McLachlin J. (as she then was) and Bastarache J., writing for the majority in *Corbiere*, made it clear that once an analogous ground has been identified, it is a “constant marker of potential legislative discrimination” for all future cases (paragraph 10).

[32] It is not entirely clear that the respondents who are non-status Indians have been discriminated against on the basis of “Aboriginality-residence” because, since they are non-status Indians, they do not have the option of living on-reserve. However, HRDC did not argue that any distinction should be drawn between the respondents on the basis of whether they are status or non-status Indians. It is therefore not necessary to decide whether such a distinction should be drawn in this case.

[33] HRDC did argue that, based on the *Chippewas* case (*Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2003] 3 F.C. 233

l’avantage de la SDRHA leur a été refusé en raison d’une caractéristique personnelle, c’est-à-dire le fait qu’ils sont des Indiens qui ne vivent pas dans des réserves, et le premier volet du critère de l’arrêt *Law* était donc rempli.

Motif analogue

[29] Le deuxième volet du critère de l’arrêt *Law* consiste à se demander si l’un ou plusieurs des motifs de discrimination, énumérés ou analogues, expliquent la différence de traitement.

[30] Le juge Lemieux a estimé que les intimés s’étaient vu refuser la possibilité d’obtenir le contrôle local de leurs programmes de ressources humaines parce qu’ils ne vivent pas dans des réserves. Dans l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour suprême a reconnu l’«autochtonalité-lieu de résidence» comme un motif analogue, parce que la décision de vivre dans une réserve ou hors réserve est une «caractéristique personnelle essentielle de l’identité personnelle des membres des bandes indiennes», une caractéristique qu’ils ne peuvent modifier «qu’à un prix considérable, si tant est qu’ils le peuvent» (paragraphe 14).

[31] La juge McLachlin (à l’époque) et le juge Bastarache, rédigeant l’avis des juges majoritaires dans l’arrêt *Corbiere*, ont indiqué clairement que, après qu’est circonscrit un motif analogue, il constitue alors un «indicateur permanent de discrimination législative potentielle» pour tous les cas futurs (paragraphe 10).

[32] Il n’est pas absolument évident que les intimés, qui sont des Indiens non inscrits, ont été victimes d’une discrimination fondée sur l’«autochtonalité-lieu de résidence», puisque, vu qu’ils sont des Indiens non inscrits, ils n’ont pas la faculté de vivre dans une réserve. Cependant, DRHC n’a pas prétendu qu’une distinction devrait être faite entre les intimés selon qu’ils sont des Indiens inscrits ou des Indiens non inscrits. Il n’est donc pas nécessaire de décider si une telle distinction devrait être faite ici.

[33] DRHC a bien plaidé que, compte tenu de l’arrêt *Chippewas (Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [2003]

(C.A.), at paragraph 25), the analogous ground of “Aboriginality-residence” is not so broad as to capture any circumstance where an Aboriginal person claims discrimination on the grounds of residence. However, *Chippewas* does not assist HRDC because that case dealt with distinctions drawn between Indians living in coastal reserves and Indians living in inland reserves. It thus dealt solely with ordinary residence, not “Aboriginality-residence.”

Discrimination

[34] The final stage in the *Law* analysis is to determine whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee. In order to do so, a court must consider a number of contextual factors. This is a question of mixed fact and law. HRDC does not claim that Lemieux J. failed to apply any of the relevant contextual factors or considered irrelevant ones. There is, therefore, no pure error of law that must be reviewed on a correctness standard.

[35] Rather, HRDC attacks Lemieux J.’s assessment of the evidence and the factual findings which underpin his assessment of the contextual factors. As earlier indicated, appellate review of this kind of analysis is conducted on a palpable and overriding error standard and Lemieux J. did not make such an error.

[36] Lemieux J. drew on *Corbiere*, *Lovelace*, and the Royal Commission on Aboriginal Peoples to find that HRDC’s refusal to enter into the first type of AHRDA with the respondents’ communities perpetuated the historical disadvantage and stereotyping of off-reserve Aboriginal communities. He distinguished the Strategy in this case from the one in *Lovelace* by holding that there was no reliable evidence that the respondents’ needs, capacities and circumstances were any different from those of Aboriginals living on-reserve. He noted that AHRDS is a general ameliorative program designed to benefit all Aboriginals regardless of where they live and held that HRDC had failed to recognize the fact that the respondents lived in communities which were functioning Aboriginal communities as worthy of

3 C.F. 233 (C.A.), au paragraphe 25), le motif analogue de l’«autochtonalité-lieu de résidence» n’est pas étendu au point d’englober toute circonstance où un Autochtone allègue une discrimination fondée sur le lieu de résidence. Cependant, l’arrêt *Chippewas* ne vient pas en aide à DRHC parce que cette affaire concernait des distinctions faites entre Indiens vivant dans des réserves côtières et Indiens vivant dans des réserves intérieures. Elle ne concernait donc que le lieu de résidence ordinaire, et non l’«autochtonalité-lieu de résidence».

Discrimination

[34] La dernière étape du critère de l’arrêt *Law* consiste à se demander si la loi en question a un objet ou un effet qui est discriminatoire au sens de la garantie d’égalité. Pour ce faire, le tribunal doit considérer plusieurs facteurs contextuels. Il s’agit là d’une question mixte de droit et de fait. DRHC ne prétend pas que le juge Lemieux a négligé d’appliquer l’un quelconque des facteurs contextuels pertinents ou qu’il a pris en compte des facteurs hors de propos. Il n’y aurait donc pas de pure erreur de droit justifiant une révision selon la norme de la décision correcte.

[35] DRHC conteste plutôt la manière dont le juge Lemieux a apprécié les éléments de preuve et les conclusions factuelles qui sous-tendent son évaluation des facteurs contextuels. Comme je l’ai dit plus haut, la réformation de ce genre d’analyse se fait selon la norme de l’erreur manifeste et dominante, et le juge Lemieux n’a pas commis cette erreur.

[36] Le juge Lemieux, s’appuyant sur l’arrêt *Corbiere*, l’arrêt *Lovelace* et le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, a estimé que le refus de DRHC de conclure des ADRHA du premier type avec les collectivités des intimés perpétuait les préjudices historiques et les stéréotypes qui s’attachent aux collectivités autochtones hors réserve. Il a distingué la Stratégie dont il s’agit ici de celle qui était en cause dans l’affaire *Lovelace*, en disant que rien ne permettait d’affirmer que les besoins, les capacités et les circonstances des intimés fussent de quelque manière différents de ceux des Autochtones vivant dans les réserves. Il a retenu que la SDRHA est un programme général d’amélioration conçu pour profiter à tous les Autochtones, quel que soit l’endroit où ils vivent, et il a

recognition as reserve-based communities. None of these findings are clearly wrong as required by the palpable and overriding error standard. Lemieux J. was thus entitled to find that HRDC's implementation of the Strategy violated the respondents' section 15 rights.

Section 1

[37] Turning to whether this infringement of section 15 can be justified under section 1, no one disputes that the purpose of the Strategy is pressing and substantial. Rather, the debate is over whether the rational connection and minimal impairment branches of the test set out in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 have been met.

[38] HRDC argues that its decision not to enter into AHRDAs with the respondents' communities was rationally connected to the Strategy's objectives given the need to have critical mass and avoid fragmentation. Lemieux J. agreed that these were relevant considerations but found that HRDC had not met its burden of proving that these concerns were in fact the reason why the organizations proposed by the respondents had not been awarded AHRDAs. Given the large size of the Aboriginal communities in Winnipeg, the GTA and the Niagara region, the willingness of the Ardoch to enter into partnership with other Aboriginal communities, and the evidence of how the urban communities were able to achieve consensus on representation during the previous Pathways program, these findings are ones that were open to Lemieux J. and which should not be disturbed.

[39] Nor did HRDC show that the manner in which it implemented the Strategy was minimally impairing. HRDC did not lead evidence of any study or arrangements that it considered short of shutting out the respondents' communities from participation in decision making about labour market programming. As a result, Lemieux J. was entitled to hold that HRDC had not shown that it had chosen the minimally impairing means

jugé que DRHC avait négligé de reconnaître que les intimés vivaient dans des collectivités qui étaient des collectivités autochtones actives aussi dignes de reconnaissance que les collectivités constituées en réserves. Aucune de ces conclusions n'est manifestement erronée comme le requiert la norme de l'erreur manifeste et dominante. Le juge Lemieux pouvait donc dire que la mise en œuvre de la Stratégie par DRHC lésait les droits reconnus aux intimés par l'article 15.

Article premier

[37] Sur la question de savoir si cette contravention à l'article 15 peut se justifier selon l'article premier, nul ne conteste que l'objet de la Stratégie est urgent et réel. Il s'agit plutôt de se demander si le volet «lien rationnel» et le volet «atteinte minimale» du critère exposé dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 sont respectés.

[38] DRHC plaide que sa décision de ne pas conclure des ADRHA avec les collectivités des intimés présentait un lien rationnel avec les objectifs de la Stratégie, étant donné la nécessité de disposer d'une masse critique et d'éviter la fragmentation. Le juge Lemieux a reconnu qu'il s'agissait là de considérations valides, mais il a estimé que DRHC n'avait pas réussi à prouver que ces préoccupations étaient véritablement la raison pour laquelle les organisations proposées par les intimés n'avaient pas pu conclure des ADRHA. Vu l'importance numérique des collectivités autochtones de Winnipeg, de l'agglomération torontoise et de la région de Niagara, la volonté de la Première nation d'Ardoch de conclure un partenariat avec d'autres collectivités autochtones, enfin la manière dont les collectivités urbaines avaient pu, durant le programme antérieur «Les Chemins de la réussite», arriver à un consensus sur la représentation, le juge Lemieux était fondé à tirer de telles conclusions, et elles ne devraient pas être modifiées.

[39] DRHC n'a pas non plus prouvé que sa manière d'appliquer la Stratégie entraînait une atteinte minimale. DRHC n'a pas allégué l'existence d'une étude ou d'aménagements qui d'après lui montraient que les collectivités des intimés n'étaient nullement privées du droit d'intervenir dans les décisions touchant les programmes de formation professionnelle. Le juge Lemieux pouvait donc décider que DRHC n'avait pas

of achieving its policy goals. Therefore, on the facts as found by Lemieux J., the violation of the respondents' section 15 rights cannot be justified under section 1.

Remedy

[40] Lemieux J. ordered HRDC to eliminate the discrimination by providing community control over labour training programs to the respondents' communities. He left it to HRDC in consultation with the representative organizations of the respondents' communities identified in the proceedings to determine how best to fashion inclusion.

[41] HRDC challenges this remedy for two reasons: (1) that the courts should not order the government to negotiate given their inability to properly supervise compliance with such an order; and (2) that compliance is impossible due to the remedy's lack of clarity and specificity. Although Lemieux J.'s order could have been more specific, for the following reasons, it was open to him to find that ordering HRDC to provide the respondents' communities with community control over labour training programs was, in the words of subsection 24(1), "appropriate and just in the circumstances."

[42] Contrary to HRDC's submissions, Lemieux J.'s order is not a *mandamus* in the traditional sense—no public officer is ordered to carry out a legal duty. Rather, it is more closely akin to a declaration of unconstitutionality coupled with an order directing the government to remedy the infringement of the respondents' rights. The Supreme Court itself made this type of order in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624 when it declared that failing to provide deaf hospital patients with sign language interpreters was unconstitutional and ordered the Government of British Columbia to administer the relevant Acts in a manner consistent with the requirements of the Charter.

prouvé qu'il avait choisi, pour atteindre ses objectifs, le moyen offrant une atteinte minimale. Par conséquent, au vu des constatations du juge Lemieux, la violation des droits reconnus aux intimés par l'article 15 ne peut se justifier selon l'article premier.

Réparation

[40] Le juge Lemieux a ordonné à DRHC d'éliminer la discrimination en donnant aux collectivités des intimés le contrôle de programmes de formation professionnelle. Il a laissé à DRHC, en consultation avec les organisations représentatives des collectivités des intimés désignées dans les procédures, le soin d'assurer au mieux leur inclusion.

[41] DRHC conteste cette réparation, pour deux raisons: 1) les tribunaux ne devraient pas ordonner au gouvernement de négocier, vu leur incapacité à surveiller adéquatement l'observation d'une telle ordonnance; et 2) l'observation d'une telle ordonnance est impossible en raison du manque de clarté et de spécificité de la réparation. L'ordonnance du juge Lemieux aurait pu être plus spécifique, mais, pour les motifs qui suivent, il pouvait parfaitement dire que le fait d'ordonner à DRHC d'offrir aux collectivités des intimés le contrôle de programmes de formation professionnelle était, selon les mots du paragraphe 24(1) de la Charte, «convenable et juste eu égard aux circonstances».

[42] Contrairement aux arguments de DRHC, l'ordonnance du juge Lemieux n'est pas un *mandamus* au sens traditionnel—il n'est ordonné à aucun fonctionnaire d'accomplir une obligation légale. L'ordonnance participe plutôt d'une déclaration d'inconstitutionnalité, à laquelle s'ajoute une ordonnance enjoignant au gouvernement de corriger la violation des droits des intimés. La Cour suprême elle-même a rendu ce genre d'ordonnance dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, où elle affirmait qu'il était inconstitutionnel de ne pas offrir aux patients sourds d'un hôpital des services d'interprétation gestuelle. Elle avait ordonné au gouvernement de la Colombie-Britannique d'appliquer les textes législatifs pertinents d'une manière compatible avec les exigences de la Charte.

[43] In its factum, HRDC relied on the Nova Scotia Court of Appeal decision in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Department of Education)* (2001), 194 N.S.R. (2d) 323, for the proposition that Lemieux J. should not have granted the remedy he did because he has no means of supervising whether the government complies with it. The decision of the Court of Appeal was recently overturned by a 5-4 majority of the Supreme Court in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3. In any case, unlike the trial judge in that case, Lemieux J. did not purport to maintain any supervisory jurisdiction over HRDC. Rather, he trusted that the Government would abide by the law and follow his order.

[44] Far from undermining the correctness of Lemieux J.'s choice of remedy, the majority decision in *Doucet-Boudreau* supports his decision. Iacobucci and Arbour JJ. held that “[r]eviewing courts . . . must show considerable deference to trial judges’ choice of remedy” and “should only interfere where the trial judge has committed an error of law or principle” (paragraph 87). In interpreting subsection 24(1), they found that “[i]t is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion” (paragraph 52).

[45] The Court set out five general principles (at paragraphs 55-59) which trial courts should consider when determining a just and appropriate remedy under subsection 24(1):

First, an appropriate and just remedy . . . is one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants. . . .

Second, . . . the courts must not, in making orders under s. 24(1), depart unduly or unnecessarily from their role of adjudicating disputes and granting remedies that address the matter of those disputes.

Third, an appropriate and just remedy is a judicial one which vindicates the right while invoking the function and powers of a court. . . .

[43] Dans son mémoire, DRHC invoquait l’arrêt rendu par la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse dans l’affaire *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Department of Education)* (2001), 194 N.S.R. (2d) 323, pour affirmer que le juge Lemieux n’aurait pas dû accorder la réparation qu’il a accordée, parce qu’il n’a aucun moyen de vérifier si le gouvernement s’y conformera. L’arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a été récemment infirmé par la Cour suprême du Canada (une majorité de cinq juges contre quatre) dans l’arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3. Quoi qu’il en soit, contrairement au juge du procès dans cette affaire, le juge Lemieux ne prétendait pas exercer sur DRHC un quelconque pouvoir de surveillance. Il comptait plutôt que le gouvernement se conformerait à la loi et se plierait à son ordonnance.

[44] Loin d’affaiblir la justesse de la réparation décidée par le juge Lemieux, l’avis majoritaire rendu dans l’affaire *Doucet-Boudreau* conforte sa décision. Selon les juges Iacobucci et Arbour, «[l]es tribunaux qui procèdent à un contrôle doivent [. . .] faire montre d’une grande déférence à l’égard de la réparation choisie par un juge de première instance» et «ils ne doivent intervenir qu’en cas d’erreur commise sur le plan du droit ou des principes par le juge de première instance» (paragraphe 87). Interprétant le paragraphe 24(1), ils ont estimé qu’«[i]l est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu» (paragraphe 52).

[45] La Cour suprême a énoncé (aux paragraphes 55 à 59) cinq principes généraux dont les juges de première instance doivent tenir compte lorsqu’ils décident d’une réparation juste et convenable selon le paragraphe 24(1):

Premièrement, la réparation convenable et juste [. . .] est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur [. . .]

Deuxièmement, [. . .] l’essentiel est que [. . .] les tribunaux ne s’écartent pas indûment ou inutilement de leur rôle consistant à trancher des différends et à accorder des réparations qui règlent la question sur laquelle portent ces différends.

Troisièmement, la réparation convenable et juste est une réparation judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d’un tribunal [. . .]

Fourth, . . . remedy is . . . also fair to the party against whom the order is made. The remedy should not impose substantial hardships that are unrelated to securing the right.

Finally, . . . the judicial approach to remedies must remain flexible and responsive to the needs of a given case.

[46] Lemieux J.'s order is consistent with all of these principles. Ordering HRDC to negotiate AHRDAs with representative organizations mandated by the respondents' communities meaningfully vindicates the respondents' right to have the communities they have built accorded equal worth with more traditional Aboriginal communities. Lemieux J. respected the separation between executive and judiciary by leaving it up to HRDC, in consultation with the organizations in the respondents' communities, to determine how best to remedy the Charter violation. As discussed above, his order is one that falls within the function and power of the courts to make binding declarations regarding unconstitutional governmental action. At the same time, his order is fair to HRDC. It gives HRDC the flexibility to negotiate a solution that respects the respondents' rights but does not unduly undermine an otherwise beneficial program.

[47] Nor is Lemieux J.'s order as difficult to comply with as the appellant claims. It is the very fact that HRDC needed flexibility to deal with the respondents' differing circumstances that led Lemieux J. to refrain from imposing a more concrete result (paragraph 154). Instead, he left "it to HRDC in consultation with the representative organizations of the [respondents'] communities . . . how best to fashion inclusion in a way which is respectful of the needs of all Aboriginal peoples in their communities" (paragraph 160). Contrary to HRDC's submissions, there is no suggestion in Lemieux J.'s reasons that the remedy he fashioned requires HRDC to provide any increase in funding to the Strategy. As in *Eldridge*, the Court has ordered the government to repair the breach of its constitutional obligations but has deferred to the executive's assessment of the best means of doing so. Lemieux J.'s remedy may be somewhat novel but it falls within the wide scope of remedial action permitted by subsection 24(1).

Quatrièmement, la réparation convenable et juste [. . .] est équitable pour la partie visée par l'ordonnance. La réparation ne doit pas causer de grandes difficultés sans rapport avec la défense du droit.

Enfin, [. . .] l'approche judiciaire en matière de réparation doit être souple et tenir compte des besoins en cause.

[46] L'ordonnance du juge Lemieux s'accorde avec tous ces principes. Ordonner à DRHC de négocier des ADRHA avec les organisations représentatives mandatées par les collectivités des intimés fait valoir concrètement le droit des intimés de voir les collectivités qu'ils ont édifiées obtenir égale reconnaissance, aux côtés de collectivités autochtones plus traditionnelles. Le juge Lemieux a respecté la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, en laissant à DRHC le soin de déterminer, en consultation avec les organisations des collectivités des intimés, le moyen le plus apte à rectifier le manquement à la Charte. Comme je l'ai dit précédemment, son ordonnance est une ordonnance qui s'accorde avec le pouvoir des tribunaux d'émettre des prononcés contraignants touchant l'action inconstitutionnelle d'un gouvernement. Simultanément, son ordonnance est équitable pour DRHC. Elle donne à DRHC la possibilité de négocier une solution qui respecte les droits des intimés, sans pour autant mettre en péril un programme par ailleurs salubre.

[47] L'ordonnance du juge Lemieux n'est pas non plus aussi difficile à observer que le prétend l'appelant. C'est précisément le fait que DRHC requerrait le pouvoir de composer avec les circonstances particulières des intimés qui a conduit le juge Lemieux à ne pas imposer un résultat plus concret (paragraphe 154). Au lieu de cela, il a laissé «à DRHC, en consultation avec les organismes représentatifs des communautés des demandeurs [. . .] le soin de trouver la meilleure façon de les inclure d'une façon qui respecte les besoins de tous les peuples autochtones dans leurs communautés» (paragraphe 160). Contrairement aux arguments de DRHC, rien ne donne à entendre, dans les motifs du juge Lemieux, que la réparation qu'il a imaginée oblige DRHC à accroître les crédits affectés à la Stratégie. En accord avec l'arrêt *Eldridge*, le juge Lemieux a ordonné au gouvernement de réparer le manquement à ses obligations constitutionnelles, tout en laissant au pouvoir exécutif le choix du moyen le plus indiqué. La réparation prononcée

[48] The intervener CAP challenges the remedy awarded by Lemieux J. on different grounds. In oral argument, but not in its factum, CAP argued that he erred in fashioning a remedy under [Charter] subsection 24(1); rather, it says, a remedy should have been awarded under [*Constitution Act, 1982*] subsection 52(1). The thrust of its argument is that the *Appropriation Act No. 3, 1999-2000*, S.C. 1999, c. 36, gave effect to AHRDS by incorporating by reference:

1. Treasury Board of Canada Secretariat, *Supplementary Estimates (A), 1999-2000 for the Fiscal Year ending March 31, 2000*.

2. *1999-2000 Estimates: Part III—Report on Plans and Priorities*. Human Resources Development Canada.

3. *Departmental Performance Report 1999-2000*. Human resources Development Canada, for the Period ending March 31, 2000.

and thus was unconstitutional for violating section 15. Although I am not satisfied that this Act is the sole legislative foundation for funding the Strategy, it is not necessary to decide the point.

[49] While CAP did not suggest that the entire Appropriation Act should be struck down, it did ask the Court to read in words that would make the Act comply with section 15. CAP conceded that it had not given 10 days notice to the Attorney General of Canada or any notice at all to the provincial attorneys general as required by section 57 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. However, it argued that, regardless of procedural requirements, the Appropriation Act could not be allowed to stand if it was unconstitutional.

[50] This Court cannot deal with constitutional arguments raised in a random and unstructured manner.

par le juge Lemieux pourra paraître quelque peu inédite, mais elle entre dans la vaste gamme des mesures réparatrices autorisées par le paragraphe 24(1).

[48] L'intervenant, le CPA, conteste la réparation prononcée par le juge Lemieux, en alléguant divers moyens. Dans sa plaidoirie, mais non dans son mémoire, le CPA a fait valoir que le juge Lemieux a commis une erreur en prononçant une réparation selon [la Charte] paragraphe 24(1); le CPA dit que la réparation aurait dû plutôt être accordée en application [*Loi constitutionnelle de 1982*] du paragraphe 52(1). Le fond de son argument est que la *Loi de crédits n° 3 pour 1999-2000*, L.C. 1999, ch. 36, donnait effet à la SDRHA en y incorporant par référence ce qui suit:

1. Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, *Budget supplémentaire des dépenses (A), 1999-2000 pour l'exercice financier se terminant le 31 mars 2000*.

2. *Budget des dépenses 1999-2000: Partie III—Rapport sur les plans et les priorités*, Développement des ressources humaines Canada.

3. *Rapport ministériel sur le rendement 1999-2000*. Développement des ressources humaines Canada, pour la période se terminant le 31 mars 2000.

et qu'elle était donc inconstitutionnelle parce qu'elle contrevenait à l'article 15. Je ne suis pas persuadé que cette Loi soit le seul fondement législatif du financement de la Stratégie, mais il n'est pas nécessaire de décider ce point.

[49] Le CPA n'a pas donné à entendre que la totalité de la Loi de crédits devrait être invalidée, mais il a demandé à la Cour de l'interpréter d'une manière libérale afin qu'elle soit conforme à l'article 15. Le CPA a admis qu'il n'avait pas signifié un avis de 10 jours au procureur général du Canada, ni aucun avis à tous les procureurs généraux des provinces ainsi que le requiert l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Cependant, il a plaidé que, abstraction faite des exigences de procédure, la Loi de crédits ne pouvait demeurer opérante si elle était inconstitutionnelle.

[50] La Cour ne peut statuer sur des arguments constitutionnels soulevés d'une manière improvisée et

The legislation creates procedures which must be followed by a party attacking the constitutionality of a statute. If there is not compliance with section 57, the weight of jurisprudence is that this Court lacks the jurisdiction to grant remedies under subsection 52(1) (*Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at page 267). Even if the alternate view that the Court can grant a remedy so long as there is no prejudice is correct, there clearly would be prejudice in allowing CAP's argument to be raised in these proceedings. CAP's argument was raised for the first time in oral argument. The appellant did not have any opportunity to consider the argument and prepare a response. Further, it should be noted that even counsel for the respondents stated that they did not know this argument would be made and that they were quite satisfied with the remedy granted by Lemieux J. The Court therefore will not deal with the issue raised by CAP.

DISPOSITION

[51] I recognize that the current Strategy expires on March 31, 2004, and that it may not be possible to apply the remedy fashioned by Lemieux J. to have any practical effect on the current Strategy. However, to the extent it may apply, the remedy established by Lemieux J. should, in respect of the respondents and their communities, guide any relevant negotiations under any new program that may succeed the current Strategy.

[52] For these reasons, this appeal should be dismissed with costs.

STONE J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

non structurée. Les textes législatifs énoncent des procédures qui doivent être observées par la partie qui conteste la constitutionnalité d'une loi. Si l'article 57 n'est pas observé, alors, d'après la jurisprudence, la Cour n'a pas compétence pour accorder des redressements selon le paragraphe 52(1) (*Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, à la page 267). Quand bien même serait-il juste d'affirmer que la Cour peut accorder un redressement dans la mesure où il n'y a pas de préjudice, il y aurait manifestement un préjudice si l'argument du CPA devait être jugé recevable dans la présente instance. L'argument du CPA a été soulevé pour la première fois dans les plaidoiries. L'appelant n'a pas eu le loisir de l'examiner et d'y répondre. Il convient aussi de retenir que les avocats eux-mêmes des intimés ont dit qu'ils ne savaient pas que cet argument serait soulevé et qu'ils se satisfaisaient pleinement de la réparation accordée par le juge Lemieux. La Cour n'examinera donc pas le point soulevé par le CPA.

DISPOSITIF

[51] Je reconnais que la Stratégie actuelle expire le 31 mars 2004 et qu'il ne sera peut-être pas possible d'appliquer la réparation imaginée par le juge Lemieux de telle sorte qu'elle ait un quelconque effet pratique sur la Stratégie actuelle. Cependant, dans la mesure où elle peut s'appliquer, la réparation fixée par le juge Lemieux devrait, à l'égard des intimés et de leurs collectivités, orienter les négociations portant sur l'éventuel nouveau programme qui succédera à la Stratégie actuelle.

[52] Pour ces motifs, je serais d'avis de rejeter cet appel, avec dépens.

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

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

Appendix		Appendice	
Abbreviations Used in this Decision		Abréviations utilisées dans cet arrêt	
ACW	Aboriginal Council of Winnipeg	CAW	Conseil autochtone de Winnipeg
AHRDA	Aboriginal Human Resources Development Agreement	ADRHA	Accord de développement des ressources humaines autochtones
AHRDS	Aboriginal Human Resources Development Strategy	SDRHA	Stratégie de développement des ressources humaines autochtones
AFN	Assembly of First Nations	APN	Assemblée des Premières nations
AMC	Assembly of Manitoba Chiefs	AMC	Assembly of Manitoba Chiefs
CAHRD	Centre for Aboriginal Human Resources Development	CDRHA	Centre pour le développement des ressources humaines autochtones
CAP	Congress of Aboriginal Peoples	CPA	Congrès des peuples autochtones
HRDC	Human Resources Development Canada	DRHC	Développement des ressources humaines Canada
GREAT	Grand River Employment and Training	GREAT	Grand River Employment and Training
GTA	Greater Toronto Area	ITC	Inuit Tapirisat du Canada
ITC	Inuit Tapirisat of Canada	Miziwe Biik	Miziwe Biik Aboriginal Employment and Training
Miziwe Biik	Miziwe Biik Aboriginal Employment and Training	MMF	Manitoba Métis Foundation
MMF	Manitoba Métis Foundation	RNM	Rassemblement national des Métis
MNC	Métis National Council	CGRAPN	Conseil de gestion régional autochtone de la péninsule du Niagara
NPAAMB	Niagara Peninsula Area Aboriginal Management Board	OFIFC	Ontario Federation of Indian Friendship Centres
OFIFC	Ontario Federation of Indian Friendship Centres	WAMB	Conseil de gestion de la région de Winnipeg
Pathways	Pathways to Success Program		
RFP	Request for Proposal		
WAMB	Winnipeg Area Management Board		

T-1118-00
2003 FC 1480T-1118-00
2003 CF 1480**Apotex Inc. (Plaintiff)****Apotex Inc. (demanderesse)**

v.

c.

**The Minister of Health and The Attorney General of
Canada (Defendants)****Le Ministre de la Santé et le Procureur général du
Canada (défendeurs)****INDEXED AS: APOTEX INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH)
(F.C.)****RÉPERTORIÉ: APOTEX INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA
SANTÉ) (C.F.)**Federal Court, Lemieux J.—Ottawa, September 16 and
December 17, 2003.Cour fédérale, juge Lemieux—Ottawa, 16 septembre et
17 décembre 2003.

Practice — Privilege — Appeal from Prothonotary's order Health Minister must disclose to plaintiff contents of communications between departmental officials, lawyers if relying at trial on fact of seeking legal advice to explain conduct — Solicitor-client, litigation privileges invoked — Whether implicitly waived — Whether mere fact of seeking legal advice amounts to waiver of privilege — While solicitor-client privilege is fundamental to justice system, not absolute, may be waived if party makes communication with counsel an issue in claim or defence, especially defence, if reasonableness, good faith is defence — Order made in case management context — Privilege considered waived if dictated by interests of fairness — How fairness, solicitor-client privilege values balanced depends on circumstances, especially pleadings — In instant case, unfair to shield communications from disclosure.

Pratique—Communications privilégiées—Appel de l'ordonnance du protonotaire enjoignant au ministre de la Santé de divulguer à la demanderesse le contenu de communications entre les agents du ministre et ses avocats si les défendeurs entendent alléguer à l'instruction que l'obtention d'un avis juridique explique leur conduite—Invocation du privilège des communications entre client et avocat et du privilège relatif au litige—Existence ou non d'une renonciation implicite—Le simple fait de demander un avis juridique équivaut-il à une renonciation de privilège?—Bien que fondamental au système de justice, le privilège des communications entre client et avocat n'est pas un droit absolu et peut faire l'objet d'une renonciation si une partie invoque des communications avec un avocat en demande ou en défense, particulièrement en défense si ces communications sont alléguées à l'appui d'une défense de diligence raisonnable ou de bonne foi—Ordonnance rendue dans le cadre de la gestion de l'instance—Renonciation présumée au privilège lorsque l'équité l'exige—La façon de soupeser l'équité par rapport aux valeurs liées au privilège des communications entre client et avocat dépend des circonstances, en particulier des plaidoiries—En l'espèce, il était injuste d'empêcher la divulgation des communications.

Patents — Practice — Generic drug corporation suing Health Minister in negligence, for breach of statutory duty, discrimination for 8-month delay in issuing NOC after plaintiff, patent holder reaching settlement — Minister asserting plaintiff changed solvent — Plaintiff saying this unrelated to process disclosed — Minister's position delay due, in part, to deliberations with lawyers — Court affirming Prothonotary's order contents of solicitor-client communications be disclosed — Privilege impliedly waived as Minister's reliance on fact of taking legal advice as excuse for delay put in issue communications between departmental officials, lawyers.

Brevets—Pratique—Société de médicaments génériques poursuivant le ministre de la Santé pour négligence, violation d'une obligation légale et discrimination parce que l'avis de conformité n'a été délivré que huit mois après la conclusion d'une entente entre la demanderesse et le détenteur de brevet—Le ministre allégué que la demanderesse a changé un solvant—La demanderesse affirme que ce changement n'avait aucun lien avec le procédé divulgué—Selon le ministre, le retard découlait notamment des délibérations avec les avocats—La cour confirme l'ordonnance du protonotaire portant obligation de divulguer le contenu de communications entre client et avocat—Il y a eu renonciation tacite au privilège puisque le ministre, en invoquant le fait d'avoir

This was an appeal from an order of a prothonotary requiring disclosure of the contents of certain communications between Health Canada officials and their legal advisors, in respect of which solicitor-client privilege is asserted, if they intend to rely at trial on the fact of having sought legal advice to explain the delay in issuing an NOC for Apotex' medicine Apo-Oflox.

Apotex has sued the Minister of Health for negligence, discrimination and breach of statutory duty in respect of an eight-month delay in issuing the NOC after Apotex had reached a settlement with the patent holder. Apotex asserted that it had satisfied all of the Minister's concerns as to the drug's safety and efficacy. The Minister was alleged to have abused his discretion, discriminated against Apotex by comparison with the approval of other generic submissions based on non-infringing process, acted in bad faith and to have dealt with the submission in an irrational, arbitrary manner.

In the statement of defence, the Minister asserted that Apotex had changed a solvent used to isolate and purify ofloxacin but, according to Apotex, that change had nothing to do with the specific process which it had previously disclosed.

Upon discovery, the Minister's representative confirmed that, as part of the defence of reasonableness, the Minister would rely on deliberations with legal advisors as an explanation for the delay in issuing the NOC. Solicitor-client and the litigation privileges were invoked. But, subsequent to discovery, defence counsel wrote Apotex counsel denying that privilege had been implicitly waived and that the Minister had relied in his statement of defence upon any privileged communication in defence of plaintiff's claim. The Minister would not be relying on the substance of any deliberations and consultations between Health Canada and its legal advisors. The Minister's position was that the mere fact of seeking legal advice does not amount to a waiver of privilege. Nevertheless, upon further discovery, the Minister's lawyer acknowledged that he would be relying on the time required to secure legal opinions as an explanation for the delay. This admission was referred to in the Prothonotary's order. That judicial officer pointed out that, while the solicitor-client privilege is fundamental to our justice system, it is not absolute and may be waived expressly or implicitly as where a party makes communications with counsel an issue in the claim or

demandé un avis juridique pour expliquer le retard, a mis en cause les communications entre les agents du ministre et les avocats.

Il s'agissait d'un appel de l'ordonnance d'un protonotaire exigeant la communication du contenu de certaines communications échangées entre des agents de Santé Canada et ses conseillers juridiques, et à l'égard desquelles on a invoqué le privilège des communications entre client et avocat, dans la mesure où les défendeurs avaient l'intention d'alléguer lors de l'instruction que l'obtention de ces documents expliquait, en partie, le retard à délivrer l'avis de conformité à Apotex pour le médicament Apo-Oflox.

Apotex a poursuivi le ministre de la Santé pour négligence, discrimination et violation d'obligation légale parce qu'il a attendu huit mois après la conclusion d'une entente entre Apotex et le détenteur de brevet pour délivrer l'avis de conformité. Apotex a allégué avoir satisfait à toutes les exigences du ministre concernant l'innocuité et l'efficacité du médicament. Elle a reproché au ministre d'avoir abusé de son pouvoir discrétionnaire, d'avoir fait preuve de discrimination envers elle quant à l'approbation de la présentation de médicaments génériques fondés sur un procédé non contrefait, d'avoir agi de mauvaise foi et d'avoir réagi à la présentation de façon irrationnelle et arbitraire.

Dans sa défense, le ministre a avancé qu'Apotex avait changé un solvant utilisé pour isoler et purifier l'ofloxacin mais, selon Apotex, cette modification n'avait rien à voir avec le procédé particulier qu'elle avait divulgué antérieurement.

Pendant l'interrogatoire préalable, la représentante du ministre a confirmé que, dans le cadre de la défense portant sur le caractère raisonnable de sa décision, le ministre s'appuierait sur les délibérations tenues avec les conseillers juridiques pour expliquer le retard à délivrer l'avis de conformité. Le privilège des communications entre client et avocat et le privilège relatif au litige ont été invoqués. Toutefois, après l'interrogatoire préalable, l'avocate des défendeurs a écrit à l'avocat d'Apotex pour l'informer qu'il n'y avait pas eu renonciation implicite à ce privilège et que le ministre, dans sa défense, n'avait invoqué aucune communication privilégiée pour repousser la demande. Le ministre ne s'appuierait pas sur la teneur des délibérations et consultations ayant eu lieu entre Santé Canada et ses conseillers juridiques. Suivant la thèse du ministre, le simple fait de demander un avis juridique ne pouvait être assimilé à une renonciation au privilège. Néanmoins, pendant la poursuite de l'interrogatoire préalable, l'avocat du ministre a reconnu qu'il invoquerait le temps nécessaire pour obtenir des opinions juridiques afin d'expliquer le retard. Le protonotaire renvoie à cette admission dans son ordonnance. Il signale que, même s'il est fondamental à notre système de justice, le privilège des

defence—particularly the latter—where set up as a defence of reasonableness or good faith. The prothonotary’s opinion was that the defendants “cannot have it both ways. Either they are relying on their deliberations and consultations with counsel . . . or they are not. If they are, the Plaintiff is entitled to documentary and oral discovery to determine whether the Defendants were acting reasonably”.

Held, the appeal should be dismissed.

As to the appropriate standard of review, both sides agreed that the Prothonotary’s decision could not be overturned unless clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion was based upon a wrong principle. Apotex went further, arguing that since the order was made in the case management context, it should not be disturbed except “in the clearest case of a misuse of a judicial discretion”, citing the Federal Court of Appeal decision in *Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.*

In the Ontario case, *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.*, Ground J. writing on implied waiver of privilege, indicated that privilege “will be deemed to have been waived where the interests of fairness and consistency so dictate or when a communication between a solicitor and client is legitimately brought into issue in an action”.

The case law does not support the proposition advanced by the Minister, that no implied waiver of solicitor-client privilege occurs if a party is not relying on the contents or the substance of the legal advice received. The cases indicate that, in determining whether solicitor-client privilege is deemed to have been waived, fairness to a party facing a trial is a guiding principle. How the fairness requirement will be balanced against the values underlying solicitor-client privilege will depend on the circumstances and, in particular, the pleadings.

The Minister’s reliance on the fact of taking legal advice necessarily put in issue the communications between the Minister’s officials and lawyers in such a way that it would be unfair to shield them from disclosure.

communications entre client et avocat n’est pas un droit absolu et qu’il peut faire l’objet d’une renonciation expresse ou tacite lorsqu’une partie invoque des communications avec un avocat en demande ou en défense— et, dans ce dernier cas particulièrement—si de telles communications sont alléguées à l’appui d’une défense de diligence raisonnable ou de bonne foi. Selon le protonotaire, les défendeurs «ne peuvent gagner sur les deux tableaux. Soit ils appuient leur position sur leurs délibérations et consultations avec leurs conseillers juridiques [. . .], soit ils ne le font pas. S’ils choisissent de le faire, la demanderesse a le droit d’obtenir la communication préalable de documents et de procéder à des interrogatoires pour déterminer si les défendeurs ont agi de façon raisonnable».

Jugement., l’appel doit être rejeté.

Quant à la norme de contrôle applicable, les parties ont reconnu que la décision du protonotaire ne pouvait être infirmée que si elle était manifestement erronée, en ce sens que l’exercice du pouvoir discrétionnaire se fondait sur un mauvais principe. Apotex a poussé son raisonnement plus loin; elle a fait valoir que, comme l’ordonnance avait été prononcée dans le cadre de la gestion de l’instance, elle ne devrait être modifiée que dans «les cas où un pouvoir discrétionnaire judiciaire a manifestement été mal exercé», comme l’a précisé la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars Ltd.*

Dans la décision ontarienne *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.*, le juge Ground, expliquant le principe de la renonciation tacite à un privilège, a mentionné qu’il «y aura renonciation présumée au privilège lorsque l’équité et la cohérence l’exigent ou lorsqu’une communication entre client et avocat est légitimement invoquée lors d’un litige».

La jurisprudence n’étaye pas l’argument avancé par le ministre selon lequel il n’y a pas renonciation implicite au privilège des communications entre client et avocat lorsqu’une partie n’appuie pas sa position sur le contenu ou la teneur de l’avis juridique reçu. Les décisions indiquent que, pour déterminer s’il y a renonciation présumée au privilège des communications entre client et avocat, l’équité envers une partie qui subit un procès constitue le principe directeur applicable. La façon de soupeser l’équité par rapport aux valeurs sous-tendant le privilège des communications entre client et avocat dépendra des circonstances et, en particulier, des plaidoiries présentées.

Le fait, pour le ministre, d’appuyer sa défense sur l’obtention d’un avis juridique met forcément en cause les communications entre les agents du ministre et ses avocats de façon telle qu’il serait injuste d’empêcher la divulgation de ces communications.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter v. Rogers, [1982] 2 W.W.R. 189; (1981), 34 B.C.L.R. 206 (B.C.S.C.); *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.* (1999), 43 C.P.C. (4th) 73; 100 O.T.C. 106 (Ont. S.C.J.); affd (2000), 132 O.A.C. 127 (Div. Ct.); *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; 133 C.C.C. (3d) 257; 24 C.R. (5th) 365; 237 N.R. 86; 119 O.A.C. 201; *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508; (1985), 62 B.C.L.R. 387; 57 C.B.R. (N.S.) 256 (B.C.C.A.); *Alberta Wheat Pool v. Estrin* (1986), 75 A.R. 348; [1987] 2 W.W.R. 532; 49 Alta. L.R. (2d) 176; 14 C.P.R. (2d) 242 (Q.B.).

REFERRED TO:

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.* (2003), 24 C.P.R. (4th) 348 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from the order of a prothonotary requiring disclosure of the contents of certain solicitor-client communications if defendants intend to rely at trial on the fact of having sought legal advice as an explanation for the delay in issuing a notice of compliance for a generic drug. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Nando De Luca for plaintiff.
Alex Gay for defendants.

SOLICITORS OF RECORD:

Goodmans LLP, Toronto, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hunter v. Rogers, [1982] 2 W.W.R. 189; (1981), 34 B.C.L.R. 206 (C.S.C.-B.); *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.* (1999), 43 C.P.C. (4th) 73; 100 O.T.C. 106 (C.S.J. Ont.); conf. par (2000), 132 O.A.C. 127 (C. div.); *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; 133 C.C.C. (3d) 257; 24 C.R. (5th) 365; 237 N.R. 86; 119 O.A.C. 201; *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508; (1985), 62 B.C.L.R. 387; 57 C.B.R. (N.S.) 256 (C.A.C.-B.); *Alberta Wheat Pool v. Estrin* (1986), 75 A.R. 348; [1987] 2 W.W.R. 532; 49 Alta. L.R. (2d) 176; 14 C.P.R. (2d) 242 (B.R.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 C.F. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars Ltd.* (2003), 24 C.P.R. (4th) 348 (C.A.F.).

DOCTRINE

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEL de l'ordonnance d'un protonotaire exigeant la divulgation du contenu de certaines communications entre client et avocat dans la mesure où les défendeurs avaient l'intention d'alléguer lors de l'instruction que l'obtention d'avis juridiques expliquait le retard à délivrer un avis de conformité relativement à un médicament générique. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Nando De Luca pour la demanderesse.
Alex Gay pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Goodmans LLP, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

[1] LEMIEUX J.: The issue in this case is whether Apotex Inc. (Apotex) is entitled to the disclosure of the contents of communications between officials at Health Canada and their legal advisors, through the principle of implied waiver of solicitor-client privilege, when the Minister of Health (the Minister), in the defence to an action brought by Apotex, is only relying on the fact of having taken legal advice to explain the delay in issuing a notice of compliance (NOC) and is not relying on what her legal advisors told her officials.

[2] The defendants in this action, the Minister and the Attorney General of Canada, appeal Prothonotary Lafrenière's June 17, 2003 order requiring disclosure of the contents of communications between officials of Health Canada and their legal advisors over which solicitor-client privilege is asserted if they intend to rely at trial on the fact of having sought legal advice to explain, in part, the delay in the NOC's issuance in respect of Apotex' tableted medicine Apo-Oflox (the medicine). The Prothonotary put the defendants to an election. The following is the background to the Prothonotary's order.

[3] On June 28, 2000, Apotex sued the defendants in negligence, breach of statutory duty and discrimination because the Minister issued an NOC to Apotex for its medicine eight months after a settlement had been achieved between the patent holder and Apotex, confirmed by Justice Nadon's order of April 29, 1997, and after Apotex says it satisfied, by June 11, 1997, all of the Minister's inquiries on the safety and efficacy of Apotex's new drug submission (NDS) for its medicine.

[4] In paragraph 34 of that statement of claim, Apotex describes the Minister's unlawful conduct in the following terms:

34. By reason of the Minister's actions as aforesaid, Apotex states that, by refusing to issue an NOC for Apo-Oflox tablets

[1] LE JUGE LEMIEUX: Il s'agit de déterminer en l'espèce si Apotex Inc. (Apotex) a, en vertu du principe de la renonciation tacite au privilège des communications entre client et avocat, le droit d'obtenir la divulgation du contenu des communications échangées entre les agents et les conseillers juridiques de Santé Canada lorsque le ministre de la Santé (le ministre), en défense à une action intentée par Apotex, explique son retard à délivrer un avis de conformité uniquement par l'obtention d'un avis juridique et non par le contenu de l'avis que ses conseillers juridiques ont fait parvenir à ses agents.

[2] Les défendeurs dans le présent litige, le ministre et le procureur général du Canada, interjettent appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire Lafrenière a, en date du 17 juin 2003, exigé la divulgation du contenu des communications ayant été échangés entre Santé Canada et ses conseillers juridiques, et à l'égard desquelles le privilège des communications entre client et avocat est invoqué, dans la mesure où les défendeurs ont l'intention d'alléguer lors de l'instruction que l'obtention de ces documents explique, en partie, le retard à délivrer l'avis de conformité à Apotex pour le médicament en comprimés Apo-Oflox (le médicament). Le protonotaire a demandé aux défendeurs de faire un choix. Voici les faits sur lesquels le protonotaire a fondé son ordonnance.

[3] Le 18 juin 2000, Apotex a intenté une action contre les défendeurs pour négligence, violation d'une obligation légale et discrimination parce que le ministre a délivré un avis de conformité à Apotex pour son médicament huit mois après que le détenteur du brevet et Apotex soient parvenus à une entente, entérinée par l'ordonnance du juge Nadon en date du 29 avril 1997, et après qu'Apotex ait affirmé qu'elle avait, en date du 11 juin 1997, satisfait à toutes les exigences du ministre concernant l'innocuité et l'efficacité du médicament faisant l'objet de la présentation de drogue nouvelle (PDN).

[4] Au paragraphe 34 de sa déclaration, Apotex décrit la conduite illégale du ministre en ces termes:

[TRADUCTION]

34. En raison des gestes susmentionnés posés par le ministre, Apotex soutient que, en refusant de délivrer un avis de

for a period of some eight months without any legitimate basis for doing so in the circumstances described above, the Minister:

- (a) failed to carry out his statutory duty under the *FDA Regulations*;
- (b) abused his discretion under the *FDA Regulations* by refusing to exercise his discretion at all from June 11, 1997 to February 3, 1998;
- (c) unlawfully discriminated against Apotex in relation to the approval of other generic submissions based on a non-infringing process;
- (d) dealt with Apotex' submission in an irrational and arbitrary fashion; and
- (e) acted in bad faith by repeatedly refusing to acknowledge and correct his erroneous position in respect of the Apo-Oflox submission and by failing to deal with Apotex in a full and forthright manner.

[5] The defendants defended on July 28, 2000, asserting no duty of care and, in the alternative, if a duty of care was owed, the Minister acted reasonably.

[6] The defence focusses on what the defendants say was a change by Apotex after Justice Nadon's order in a solvent used to isolate and purify ofloxacin. Apotex disputes that its change in solvents had anything to do with its specific process for the synthesis of Ofloxacin which it had previously disclosed.

[7] Paragraph 8(c) of the statement of defence reads:

8. . . .

- (c) The Minister reasonably decided, on the basis of the evidence before him and given the significant legal and scientific ambiguity of the matter, that the change made by Apotex was a change to the process disclosed by Apotex in the prohibition proceeding within the meaning of the order of Justice Nadon. The Minister exercised reasonable care and acted without negligence in so interpreting the terms of the order. [Emphasis mine.]

conformité pour les comprimés d'Apo-Oflox pendant environ huit mois sans motif légitime compte tenu des faits énumérés ci-dessus, le ministre:

- a) a manqué à l'obligation que lui impose le *Règlement sur les aliments et les drogues* (RAD);
- b) a abusé du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le RAD en refusant d'exercer ce pouvoir entre le 11 juin 1997 et le 3 février 1998;
- c) a agi de façon discriminatoire envers Apotex en ce qui concerne l'approbation de la présentation de médicaments génériques fondés sur un procédé non contrefait;
- d) a réagi à la présentation d'Apotex de façon irrationnelle et arbitraire;
- e) a fait preuve de mauvaise foi en refusant à plusieurs reprises de reconnaître et de corriger son erreur en ce qui concerne la présentation relative à l'Apo-Oflox et en négligeant d'agir avec une franchise complète dans ses rapports avec Apotex.

[5] Dans leur défense en date du 28 juillet 2000, les défendeurs ont affirmé qu'ils n'étaient tenus à aucune obligation de diligence et, subsidiairement, que s'ils avaient une telle obligation, le ministre a agi de façon raisonnable.

[6] Les défendeurs ont axé leur défense sur ce qu'ils affirment être la modification par Apotex, après la délivrance de l'ordonnance du juge Nadon, de l'utilisation d'un solvant servant à isoler et purifier l'ofloxacin. Apotex allègue que la modification qu'elle a apportée au niveau des solvants n'a rien à voir avec le procédé de synthèse propre à l'ofloxacin qu'elle avait divulgué antérieurement.

[7] L'alinéa 8c) de la défense est rédigé comme suit:

[TRADUCTION]

8. [. . .]

- (c) Le ministre a raisonnablement estimé, en se fondant sur la preuve dont il disposait et compte tenu de l'ambiguïté juridique et scientifique importante dans ce dossier, que la modification apportée par Apotex était une modification du procédé divulgué dans la procédure d'interdiction au sens de l'ordonnance du juge Nadon. Le ministre a agi avec diligence et n'a pas été négligent en interprétant ainsi les termes de l'ordonnance. [Non souligné dans l'original.]

[8] Paragraph 10 of their defence reads:

. . . he admits that the Minister issued a NOC to Apotex on February 3, 1998, after careful consideration of the submissions made by the plaintiff and a review of the scientific and documentary evidence.

[9] In further answer to paragraph 35 and the statement of claim as a whole, the Minister stated:

12. (a) . . .

(b) In the alternative, he says if the defendant did owe the plaintiff a duty of care, which is not admitted, he denies that the defendant breached that duty. Even if the defendant did owe the plaintiff such a duty, which is denied, he says that the Minister acted, at all times, with reasonable care and without negligence. [Emphasis mine.]

[10] Sheila Hills, the Minister's representative, was discovered on May 29, 2002, with counsel for Apotex exploring the parameters of the defence. It was confirmed that as part of the defence of reasonableness, the Minister would be relying on the deliberations between HPB staff and its legal advisors to explain the delay in issuing the NOC, i.e., the substance of the legal consultation. The defendants invoked both solicitor-client and litigation privilege to bar production of certain documents.

[11] However, in her letter of November 19, 2002, counsel for the defendants advised counsel for Apotex as follows:

Finally, however, the remaining documents listed in Schedule II are covered by solicitor-client privilege and for that reason we will not be producing them. We do not share your view that we implicitly waived the privilege with respect to these documents. We did not rely in our Statement of Defence upon any privileged communication to defend against your client's claim, and we wish to correct the answer given at question 394 of the discovery . . . We will not be relying, as part of our defence, on the substance of any deliberations and

[8] Voici un extrait du paragraphe 10 de la défense:

[TRADUCTION] [. . .] il admet que le ministre a délivré un avis de conformité à Apotex le 3 février 1998 après un examen minutieux des allégations de la demanderesse et après avoir passé en revue la preuve scientifique et documentaire.

[9] Dans le but de répondre plus amplement au paragraphe 35 et à la déclaration dans son ensemble, le ministre a ajouté:

[TRADUCTION]

12. a) [. . .]

b) À titre subsidiaire, il affirme que si le défendeur avait une obligation de diligence envers la demanderesse, ce qui n'est pas admis, il n'a pas violé cette obligation. Même si le défendeur avait bel et bien une telle obligation envers la demanderesse, ce qui est nié, il affirme que le ministre a, en tout temps, agi de façon raisonnable et n'a pas été négligent. [Non souligné dans l'original.]

[10] Le 29 mai 2002, l'avocat d'Apotex a procédé à l'interrogatoire préalable de M^{me} Sheila Hills, la représentante du ministre, dans le but d'explorer les paramètres de la défense. Il y a été confirmé que, dans le cadre de la défense portant sur le caractère raisonnable de sa décision, le ministre s'appuyait sur les délibérations entre le personnel de la Direction générale de la protection de la santé (DGPS) et ses conseillers juridiques pour expliquer le retard dans la délivrance de l'avis de conformité, à savoir sur le contenu des avis juridiques. Les défendeurs allèguent à la fois le privilège des communications entre client et avocat et le privilège relatif au litige pour s'opposer à la production de certains documents.

[11] Toutefois, dans sa lettre datée du 19 novembre 2002, l'avocate des défendeurs a dit ceci à l'avocat d'Apotex:

[TRADUCTION] Cependant, en dernier lieu, les autres documents énumérés à l'annexe II sont protégés par le privilège des communications entre client et avocat et, pour cette raison, nous ne les produirons pas. Nous ne sommes pas d'accord avec votre argument selon lequel nous avons implicitement renoncé au privilège concernant ces documents. Dans notre défense, nous n'avons invoqué aucune communication privilégiée pour repousser la demande de votre client et nous désirons modifier la réponse donnée à la

consultations between Health Canada and its legal advisors. [Emphasis mine.]

[12] Sheila Hills's examination for discovery continued on February 27, 2003. The following exchange occurred at pages 156/157 of the discovery transcript for that day.

MS CROWLEY: [for the defendants] It is our opinion that the fact that Health Canada sought legal advice is not a waiver of privilege. If we had been relying on the substance, then I would see your point. But simply that we took legal advice, the fact that we sought legal counsel is not a waiver of privilege.

... OBJECTION

MR. DE LUCA: [for Apotex] We can disagree about that. I just want it to be clear. You will be relying on the fact that it took time to get either opinions or consult with lawyers as explaining why it took between June of 1997 to February of 1998 to issue the NOC.

MS CROWLEY: Yes.

MR. DE LUCA: Okay. My request stands and you have refused it. [Emphasis mine.]

[13] The examination for discovery continued and the following specific objections were taken by counsel for the defendants on the basis of solicitor-client privilege, all references are to the transcript of the February 27, 2003 discovery:

(1) At page 159, the content of Sheila Hills' discussion with her legal advisor Stuart Archibald, a conversation which was mentioned in a memorandum she had sent to one of her colleagues on July 13, 1997.

(2) At page 225, the production of a memorandum(s) from J. Sanderson Graham to Stuart Archibald dated December 7, 8, 1997.

(3) At pages 226-227, memorandum dated December 12, 1997, from Sheila Hills to Mary Carman.

question 394 de l'interrogatoire préalable [. . .] Nous n'appuierons pas notre défense sur la teneur des délibérations et consultations qui ont eu lieu entre Santé Canada et ses conseillers juridiques. [Non souligné dans l'original.]

[12] L'interrogatoire préalable de M^{me} Sheila Hills s'est poursuivi le 27 février 2003. On retrouve l'échange suivant aux pages 156 et 157 de la transcription de l'interrogatoire pour cette journée.

[TRADUCTION]

MME CROWLEY: [pour les défendeurs] Nous estimons que le fait que Santé Canada ait demandé un avis juridique ne constitue pas une renonciation au privilège. Si notre défense avait été fondée sur la teneur de cet avis, je comprendrais votre argument. Mais nous avons simplement demandé un avis juridique, le fait que nous avons demandé des conseils juridiques ne constitue pas une renonciation au privilège.

[. . .] OBJECTION

M. DE LUCA: [pour Apotex] Nous pouvons ne pas être d'accord sur ce point. Je veux seulement que ce soit clair. Vous allez alléguer que le retard dans la délivrance de l'avis de conformité de juin 1997 à février 1998 est dû au temps qu'a nécessité la consultation des avocats ou l'obtention de leur opinion juridique.

M^{me} CROWLEY: Oui.

M. DE LUCA: D'accord. Je maintiens ma demande et vous avez refusé d'y accéder. [Non souligné dans l'original.]

[13] L'interrogatoire au préalable s'est poursuivi et l'avocat des défendeurs a fait valoir les objections spécifiques suivantes concernant le privilège des communications entre client et avocat. Les pages indiquées renvoient à la transcription de l'interrogatoire préalable du 27 février 2003:

1) À la page 159, le contenu de la discussion entre M^{me} Sheila Hills et son conseiller juridique, M. Stuart Archibald, conversation mentionnée dans une note de service qu'elle a envoyée à l'une de ses collègues le 13 juillet 1997.

2) À la page 225, la production de la ou des note(s) de service envoyée(s) par M. J. Sanderson Graham à M. Stuart Archibald en date du 7, 8 décembre 1997.

3) Aux pages 226 et 227, la note de service du 12 décembre 1997 envoyée par M^{me} Sheila Hills à M^{me} Mary Carman.

(4) At page 227, memorandum dated January 5, 1998, from Mr. Graham to Sheila Hills.

[14] Mr. Graham is also a legal counsel at the Department of Justice.

The Prothonotary's decision

[15] The following is the essence of the reasons rendered by Prothonotary Lafrenière in his June 17, 2003 order:

During the course of examinations for discovery, the Defendants undertook not to rely on the substance of the deliberations and consultations with, or advice received from, their legal advisors during the period from June 1997 to February 1998 (the "Relevant Period") as part of their defence of this action. However, the Defendants have recently indicated that they will be relying on the fact of having deliberated and consulted with, and received advice from their legal advisors during the Relevant Period in their defence of this action.

While solicitor-client privilege is fundamental to our justice system in Canada and must be jealously protected, it is not absolute. The privilege may be waived expressly or implicitly in situations where one of the parties makes the communications with counsel an issue in the claim or in the defence—and, particularly with respect to the latter, where such communications are raised to base a defence of reasonableness or good faith (see for example *Alberta Wheat Pool v. Estrin*, [1987] 2 W.W.R. 532, . . . aff'd (1987), C.P.C. (2d) (Alta. C.A.) and *R. v. Shirose* (1999), 171 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.)). This is precisely the case here.

The Defendants seek to rely on the fact of having taken legal advice to, at least partially, ground their defence that the delay in issuance of a Notice of Compliance from June 11, 1997 to February 3, 1998 was reasonable. However, they have refused to answer questions and produce documents relating to the seeking of that advice. The Defendants cannot have it both ways. Either they are relying on their deliberations and consultations with counsel (in any respect), or they are not. If they are, the Plaintiff is entitled to documentary and oral discovery to determine whether the Defendants were acting reasonably. [Emphasis mine.]

[16] The order Prothonotary Lafrenière made reads in part:

4) À la page 227, la note de service du 5 janvier 1998 envoyée par M. Graham à M^{me} Sheila Hills.

[14] M. Graham est également conseiller juridique pour le ministère de la Justice.

La décision du protonotaire

[15] Voici l'essentiel des motifs rendus par le protonotaire Lafrenière à l'appui de son ordonnance du 17 juin 2003:

[TRADUCTION] Au cours des interrogatoires préalables, les défendeurs se sont engagés à ne pas invoquer en défense à la présente action le contenu des délibérations et consultations tenues avec leurs conseillers juridiques entre le mois de juin 1997 et le mois de février 1998 (la période pertinente). Toutefois, les défendeurs ont récemment indiqué qu'ils entendaient appuyer leur défense sur le fait qu'ils avaient consulté leurs conseillers juridiques, délibéré avec eux et reçu leur avis au cours de la période pertinente.

Bien que le privilège des communications entre client et avocat soit fondamental dans le système de justice du Canada et qu'il doit être protégé avec un soin jaloux, il ne constitue pas un droit absolu. Il peut y avoir renonciation expresse ou tacite à ce privilège lorsque l'une des parties invoque des communications avec un avocat en demande ou en défense—et, dans ce dernier cas particulièrement, si de telles communications sont alléguées à l'appui d'une défense de diligence raisonnable ou de bonne foi (voir *Alberta Wheat Pool v. Estrin*, [1987] 2 W.W.R. 532, [. . .] conf. (1987), C.P.C. (2d) (C.A. Alb.), et *R. c. Shirose* (1999), 171 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.)). C'est précisément le cas en l'espèce.

Les défendeurs s'appuient sur le fait qu'ils ont obtenu un avis juridique pour fonder, du moins en partie, leur défense selon laquelle le retard à délivrer l'avis de conformité entre le 11 juin 1997 et le 3 février 1998 était raisonnable. Toutefois, ils ont refusé de répondre aux questions et de produire les documents concernant l'avis demandé. Les défendeurs ne peuvent gagner sur les deux tableaux. Soit ils appuient leur position sur leurs délibérations et consultations avec leurs conseillers juridiques (sous quelque aspect que ce soit), soit ils ne le font pas. S'ils choisissent de le faire, la demanderesse a le droit d'obtenir la communication préalable de documents et de procéder à des interrogatoires pour déterminer si les défendeurs ont agi de façon raisonnable. [Non souligné dans l'original.]

[16] Voici un extrait de l'ordonnance du protonotaire Lafrenière:

1. The Defendants shall have the opportunity to vary their position and to advise the Plaintiff within 30 days of this order, of such other time as may be extended by the Court, that they will not be relying, in any respect, on their deliberations and consultations with, or advice received from their legal advisors, during the period from June 1997 to February 1998, in their defence of this action. Such advice, if given, shall be in the form of an undertaking to be delivered to the Plaintiff.

2. Failing such undertaking, the Defendants shall answer the following questions, including by way of production of documents, arising from the continued examinations of Sheila Hills on behalf of the Defendants on February 27, 2003.

[17] The Prothonotary's order then lists the objections taken at pages 156, 159, 225, and 227 (twice) referred to previously in these reasons.

The Minister's position

[18] Counsel for the Minister argues the Prothonotary applied a wrong principle of law when ordering the defendants to disclose the contents of their privileged communications with their legal advisors if they intend to refer to the fact of having sought legal advice to explain the delay in issuing the NOC. The Prothonotary's error, according to counsel to the Minister, is his finding of the fact of having taken legal advice to explain the delay amounted to an implied waiver of the privilege attaching to the contents of the confidential communications and that fairness required disclosure of the contents. In so doing, the defendants say the Prothonotary applied a wrong principle of law.

[19] Counsel for the Minister argues the defendants are not relying on the contents of the legal advice given to defend the plaintiff's claim but are simply alleging that legal consultations took place, that time was required for these legal consultations and that this explains in part the delay in issuing the NOC. In these circumstances, counsel for the Minister says merely citing that communications with legal advisors were made cannot be considered a waiver of solicitor-client privilege.

[TRANSLATION]

1. Les défendeurs auront l'occasion de modifier leur position et d'en aviser la demanderesse dans un délai de 30 jours suivant le prononcé de la présente ordonnance, ou tout autre délai pouvant être accordé par la Cour, du fait qu'ils n'appuieront pas leur défense en l'espèce sur quelque aspect que ce soit des délibérations et consultations avec leurs conseillers juridiques, ou des avis juridiques reçus, entre le mois de juin 1997 et le mois de février 1998. Le cas échéant, cet avis sera remis à la demanderesse sous forme d'engagement.

2. À défaut d'un tel engagement, les défendeurs devront répondre, notamment pour la production de documents, aux questions suivantes soulevées au cours de l'interrogatoire préalable de M^{me} Sheila Hills, pour les défendeurs, le 27 février 2003.

[17] L'ordonnance du protonotaire énumère ensuite les objections présentées aux pages 156, 159, 225, et 227 (en deux occasions) mentionnées précédemment.

La position du ministre

[18] L'avocat du ministre soutient que le protonotaire a appliqué un principe de droit erroné en ordonnant aux défendeurs de divulguer le contenu de leurs communications privilégiées avec leurs conseillers juridiques dans la mesure où ils avaient l'intention d'alléguer que cette demande de conseils juridiques expliquait le retard à délivrer l'avis de conformité. À son avis, l'erreur du protonotaire est d'être arrivé à la conclusion que le fait de justifier le retard par l'obtention de conseils juridiques équivalait à une renonciation tacite au privilège lié au contenu des communications confidentielles et que l'équité exigeait la divulgation de ce contenu. Les défendeurs allèguent que le protonotaire a ainsi appliqué un principe de droit erroné.

[19] L'avocat du ministre soutient que les défendeurs ne fondent pas leur défense sur la teneur des conseils juridiques reçus, mais affirment simplement qu'il y a eu demande de conseils juridiques, que ces consultations ont nécessité un certain temps et que cela explique en partie le retard dans la délivrance de l'avis de conformité. Dans ces circonstances, il affirme que la simple allégation de ces consultations juridiques ne peut être considérée comme une renonciation au privilège des communications entre client et avocat.

ANALYSIS

[20] There is no disagreement between the parties on the standard of review I should apply. Both agree that in order to allow the appeal, I must find the Prothonotary was “clearly wrong in the sense that the exercise of discretion. . . was based upon a wrong principle” (see *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.), at page 454).

[21] Apotex goes one step further since the Prothonotary’s order was made in the context of case management. Apotex argues such order should not be disturbed except “in the clearest case of a misuse of a judicial discretion” relying upon the Federal Court of Appeal’s decision in *Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.* (2003), 24 C.P.R. (4th) 348 (F.C.A.).

[22] Both parties also recognized that no claim to privilege, even to solicitor-client privilege, is absolute and that such privilege can be waived either expressly or by implication.

[23] What separates Apotex and the Minister, in this case, is in the manner the Prothonotary applied the concept of implied waiver to the facts of this case.

[24] In the case of *Hunter v. Rogers*, [1982] 2 W.W.R. 189 (B.C.S.C.), Meredith J. approved the following statement in Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, (McNaughton Rev.), Volume 8, 1961 cited in *Sopinka et al., The Law of Evidence in Canada*, at page 666 on what waiver by implication signifies:

As to what constitutes waiver by implication, Wigmore said:

Judicial decision gives no clear answer to this question. In deciding it, regard must be had to the double elements that are predicated in every waiver, i.e. not only the element of implied intention, but also the element of fairness and consistency. A privileged person would seldom be found to waive, if his intention not to abandon could alone control the situation. There is always also the objective consideration that when his conduct touches a certain

ANALYSE

[20] Les parties s’entendent quant à la norme de contrôle judiciaire applicable. Elles conviennent que, pour que l’appel soit accueilli, je dois estimer que la décision du protonotaire était «manifestement erroné[e], en ce sens que l’exercice du pouvoir discrétionnaire [...] a été fondé sur un mauvais principe» (voir *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.), à la page 454).

[21] Comme l’ordonnance du protonotaire a été rendue dans le cadre de la gestion de l’instance, Apotex pousse son raisonnement plus loin. Elle fait valoir qu’une telle ordonnance ne devrait être modifiée que dans «les cas où un pouvoir discrétionnaire judiciaire a manifestement été mal exercé», tel que l’a indiqué la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars Ltd.* (2003), 24 C.P.R. (4th) 348 (C.A.F.).

[22] Les parties ont également reconnu qu’aucun privilège, même le privilège des communications entre client et avocat, n’est absolu et qu’un privilège peut être abandonné expressément ou implicitement.

[23] En l’espèce, Apotex et le ministre sont en désaccord sur la façon dont le protonotaire a appliqué le principe de la renonciation tacite aux faits du présent litige.

[24] Dans la décision *Hunter v. Rogers*, [1982] 2 W.W.R. 189 (C.S.C.B.), le juge Meredith a cité avec approbation l’extrait suivant de *Wigmore, Evidence in Trials at Common Law*, (McNaughton Rev.), volume 8, 1961, reproduit dans *Sopinka et al., The Law of Evidence in Canada*, à la page 666, sur ce qui peut constituer une renonciation tacite au privilège:

[TRADUCTION] Quant à savoir ce qui constitue une renonciation tacite, Wigmore a indiqué:

La jurisprudence ne répond pas clairement à cette question. En tranchant la question, le juge doit porter attention aux deux éléments qui constituent toute renonciation, à savoir qu’il faut non seulement tenir compte de l’intention implicite, mais également des notions d’équité et de cohérence. Dans la mesure où l’on tient compte uniquement de l’intention de renoncer, il est rare qu’une personne bénéficiant d’un privilège y renonce.

point of disclosure, fairness requires that his privilege shall cease whether he intended that result or not. He cannot be allowed, after disclosing as much as he pleases, to withhold the remainder. He may elect to withhold or to disclose, but after a certain point his election must remain final.

[25] Justice Ground in *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.* (1999), 43 C.P.C. (4th) 73 (Ont. S.C.J.), at paragraph 5, wrote the following on the concept of implied waiver of privilege:

Privilege may be waived expressly or impliedly. In the case at bar it is not disputed that there was no express waiver of privilege by GLC. When determining whether privilege should be deemed to have been waived, the court must balance the interests of full disclosure for purposes of a fair trial against the preservation of solicitor client and litigation privilege. Fairness to a party facing a trial has become a guiding principle in Canadian law. Privilege will be deemed to have been waived where the interests of fairness and consistency so dictate or when a communication between a solicitor and client is legitimately brought into issue in an action. When a party places its state of mind in issue and has received legal advice to help form that state of mind, privilege will be deemed to be waived with respect to such legal advice. [Emphasis mine.]

[26] Justice Ground's decision was upheld by the Ontario Divisional Court, reported at (2000), 132 O.A.C. 127.

[27] The Supreme Court of Canada in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, examined the concept of waiver in the context of a stay application which was opposed by the Crown.

[28] Justice Binnie put it this way at paragraph 2 of the reasons for judgment he delivered on behalf of the Court:

As part of their case for a stay the appellants sought, but were denied, access to the legal advice provided to the police by the Department of Justice on which the police claimed to have placed good faith reliance. The Crown indicated that the

Il faut aussi faire un examen objectif du comportement de la personne. L'équité suppose que, à un moment donné, l'importance des éléments divulgués est telle que la protection cesse, que la personne l'ait voulu ou non. On ne peut permettre à une personne de divulguer autant de renseignements qu'elle le souhaite, puis de taire le reste. Il est possible de choisir de taire ou de divulguer des renseignements, mais à un certain moment, le choix doit être sans appel.

[25] Dans la décision *Bank Leu Ag v. Gaming Lottery Corp.* (1999), 43 C.P.C. (4th) 73 (C.S.J. Ont.), le juge Ground a, au paragraphe 5, expliqué le principe de la renonciation tacite au privilège en ces termes:

[TRADUCTION]

Il est possible de renoncer à un privilège de façon expresse ou tacite. En l'espèce, il n'est pas contesté que la GLC n'a pas renoncé expressément à son privilège. Pour déterminer si elle doit présumer qu'il y a eu renonciation au privilège, la cour doit soupeser d'une part l'intérêt d'une divulgation complète dans le cadre d'un procès équitable et d'autre part le maintien du privilège des communications entre client et avocat. L'équité envers les parties à un procès est maintenant un principe directeur en droit canadien. Il y aura renonciation présumée au privilège lorsque l'équité et la cohérence l'exigent ou lorsqu'une communication entre client et avocat est légitimement invoquée lors d'un litige. Lorsqu'une partie met en cause son état d'esprit et qu'elle a reçu des conseils juridiques pour l'aider à en arriver à cet état d'esprit, il y aura renonciation présumée au privilège liée à ces conseils juridiques. [Non souligné dans l'original.]

[26] La décision du juge Ground a été confirmée par la Cour divisionnaire de l'Ontario, décision publiée à (2000), 132 O.A.C. 127.

[27] Dans l'arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur le concept de la renonciation dans le contexte d'une demande d'arrêt des procédures à laquelle le ministère public s'opposait.

[28] Le juge Binnie s'est exprimé en ces termes au paragraphe 2 des motifs du jugement qu'il a rendu au nom de la Cour:

Dans le cadre de leur demande, les appelants ont tenté en vain d'obtenir l'avis juridique que le ministère de la Justice avait fourni à la police et sur lequel cette dernière a affirmé s'être fondée de bonne foi. Le ministère public a indiqué que cet avis

undisclosed advice assured the police, rightly or wrongly, that sale of cannabis resin in the circumstances of a reverse sting was lawful. The appellants argue that the truth of this assertion can only be tested by a review of the otherwise privileged communications.

[29] Justice Binnie held that the assertion of police good faith was based in part on advice received from the Department of Justice (DOJ) and the clear implication sought to be conveyed was the RCMP accepted DOJ's advice and acted in accordance with it. The RCMP made an issue of the legal advice received and the Court concluded the appellants were entitled to have the bottom line of that advice corroborated on the basis the RCMP waived solicitor-client privilege.

[30] At paragraph 47 of his reasons, Justice Binnie stated the RCMP waived the right to shelter behind solicitor-client privilege the contents of the advice thus exposed and relied upon.

[31] The Court went on to examine the B.C. Court of Appeal's judgment in *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508, a case where the Bank said it had relied on the receiver's advice in putting the customer into receivership. However, the receiver denied detrimental reliance by the Bank on its advice, and wanted to know what other professional advice it had received at the relevant time. In particular, the receiver wanted to know what legal advice the Bank had received from its own lawyers. The bank claimed solicitor-client privilege over that correspondence. The Court denied the Bank of Montreal that privilege.

[32] The Court quoted [at paragraph 69] with approval the words of Hutcheon J.A. in *Rogers, supra*, who stated at page 513 of the report:

The issue in this case is not the knowledge of the bank. The issue is whether the bank was induced to take certain steps in reliance upon the advice from the receiver on legal matters. . . . The extent to which the bank had been advised about that decision, not merely of its result, is important in the resolution of the issue whether the Bank relied upon the advice of the receiver. [Emphasis mine.]

non divulgué confirmait à la police, à tort ou à raison, que la vente de résine de cannabis par des agents d'infiltration était légale. Les appelants prétendent que la véracité de cette affirmation peut être vérifiée uniquement par l'examen des communications qui, dans d'autres circonstances, seraient privilégiées.

[29] Le juge Binnie a conclu que la bonne foi de la police était fondée en partie sur un avis reçu du ministère de la Justice (le Ministère) et que l'impression que la GRC a tenté de transmettre était clairement que la GRC avait accepté l'avis du Ministère et avait agi conformément à celui-ci. La GRC a mis en cause l'avis juridique reçu et la Cour est arrivée à la conclusion que les appelants avaient droit à ce que la teneur de cet avis soit corroborée puisque la GRC avait renoncé au privilège du secret professionnel.

[30] Au paragraphe 47 de ses motifs, le juge Binnie a affirmé que la GRC avait renoncé au droit d'abriter derrière le secret professionnel de l'avocat le contenu de l'avis ainsi dévoilé et invoqué.

[31] La Cour a ensuite examiné l'affaire *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans laquelle la banque avait prétendu s'être fiée à l'avis du séquestre avant de mettre les biens de son client sous séquestre. Le séquestre a cependant contesté la prétention de la banque que l'avis qu'il avait donné avait causé un préjudice, et il a cherché à savoir quel autre conseil professionnel la banque avait reçu à l'époque. En particulier, le séquestre voulait connaître la nature de l'avis juridique que la banque avait reçu de ses propres avocats. La banque a invoqué le secret professionnel de l'avocat sur la correspondance échangée à cet effet. La Cour a refusé d'accorder le privilège à la Banque de Montréal.

[32] La Cour [au paragraphe 69] a cité en l'approuvant l'extrait suivant des motifs du juge Hutcheon dans la décision *Rogers*, précitée, à la page 513:

[TRADUCTION] La question en litige n'est pas la connaissance de la banque. La question est de savoir si l'avis fourni par le séquestre en matière juridique a incité la banque à prendre certaines mesures [. . .] Le fait que la banque ait été informée ou non du contenu de cette décision, et non seulement de son issue, est important pour déterminer si la banque s'est fiée à l'avis du séquestre. [Non souligné dans l'original.]

[33] Justice Binnie stated as follows about the *Rogers* case, *supra* [at paragraph 69]:

It appears the court in *Rogers* found that any privilege with respect to correspondence with the bank's solicitors had been waived as necessarily inconsistent with its pleading of reliance, even though the bank itself had not referred to, much less relied upon, the existence of advice from its own solicitors.

[34] Justice Binnie went on to conclude as follows as paragraphs 70 and 71 of his reasons for judgment:

The present case presents a stronger argument for waiver than *Rogers*. The Crown led evidence from Cpl. Reynolds about his knowledge of the law with respect to reverse sting operations—he testified that he had read the Superior Court decision in *Lore, supra*, and was of the view that the operation in question was legal. But Cpl. Reynolds also testified, in answer to the appellants' counsel, that he sought out the opinion of Mr. Leising of the Department of Justice to verify the correctness of his own understanding. The appellants' counsel recognized that this alone was not enough to waive the privilege. Cpl. Reynolds was simply responding to questions crafted by the appellants, as he was required to do. Appellants' counsel accepted that he had no right at that point to access the communications. His comment to the judge was simply that "I certainly don't want to hear the argument that 'Oh well, the police acted in good faith because they acted on legal advice'". The critical point is that the Court did hear that precise argument from the Crown at a later date. The RCMP and its legal advisers were explicit in their factum in the Court of Appeal, where it was argued that "regard must be had to the following considerations . . . (f) the R.C.M.P. . . . consulted the Department of Justice with regard to any problems of illegality" (emphasis added). We understand that the same position was advanced to the trial judge. As *Rogers, supra*, shows, it is not always necessary for the client actually to disclose part of the contents of the advice in order to waive privilege to the relevant communication of which it forms a part. It was sufficient in this case for the RCMP to support its good faith argument by undisclosed advice from legal counsel in circumstances where, as here, the existence or non-existence of the asserted good faith depended on the content of that legal advice. The clear implication sought to be conveyed to the court by the RCMP was that Mr. Leising's advice had assured the RCMP that the proposed reverse sting was legal.

Cpl. Reynolds was not required to pledge his belief in the legality of the reverse sting operation (comparable to the

[33] Le juge Binnie a indiqué ce qui suit relativement à l'affaire *Rogers*, précitée [au paragraphe 69]:

Il appert que, dans *Rogers*, la cour a conclu qu'il y avait eu renonciation au privilège protégeant la correspondance entre la banque et ses avocats parce que ce privilège était nécessairement incompatible avec sa prétention qu'elle s'était fiée à l'avis [du séquestre], même si la banque n'avait pas mentionné, et encore moins invoqué, l'existence d'un avis fourni par ses propres avocats.

[34] Il a ensuite conclu aux paragraphes 70 et 71 des motifs de son jugement:

La présente affaire justifie davantage l'existence de la renonciation au privilège que l'affaire *Rogers*. Le ministère public a fait entendre le capl. Reynolds au sujet de sa connaissance du droit en matière d'opérations de vente surveillée et il a témoigné qu'il avait lu la décision *Lore*, précitée, de la Cour supérieure, et pensait que l'opération en question était légale. Mais, en réponse aux questions de l'avocat d'un des appelants, le capl. Reynolds a aussi témoigné qu'il avait sollicité l'opinion de M. Leising du ministère de la Justice pour s'assurer qu'il ne faisait pas erreur. L'avocat d'un des appelants a reconnu que ce simple fait ne suffisait pas pour qu'il y ait renonciation au privilège. Le capl. Reynolds ne faisait que répondre aux questions formulées par les appelants, comme il était tenu de le faire. L'avocat d'un des appelants a admis qu'à cette étape, il n'avait pas droit à la divulgation des communications. Il s'est borné à dire au juge que: «Je ne veux certainement pas entendre l'argument que: «Et bien, les policiers ont agi de bonne foi parce qu'ils se sont fondés sur un avis juridique» ». Le problème est que la cour a effectivement entendu cet argument de la part du ministère public par la suite. La GRC et ses conseillers juridiques ont été très clairs dans le mémoire déposé en Cour d'appel, où ils prétendent qu'«il faut tenir compte des points suivants [. . .] f) la G.R.C. [. . .] a consulté le ministère de la Justice concernant tout risque d'illégalité» (je souligne). Apparemment le même argument a été soulevé devant le juge du procès. Comme le montre l'affaire *Rogers*, précitée, il n'est pas toujours nécessaire que le client divulgue effectivement une part du contenu de l'avis juridique pour qu'il y ait renonciation au privilège protégeant les communications pertinentes dont l'avis fait partie. En l'espèce, il était suffisant que la GRC appuie son argument de la bonne foi sur l'avis non divulgué de l'avocat alors que l'existence ou la non-existence de la bonne foi invoquée dépendait du contenu de cet avis. L'impression que la GRC a tenté de transmettre à la cour était clairement que l'avis fourni par M. Leising lui avait assuré que l'opération proposée de vente surveillée était légale.

Il n'était pas nécessaire que le capl. Reynolds affirme qu'il croyait légale l'opération de vente surveillée (comme la banque

bank's putting in issue its belief in the correctness of the advice it was obtaining from the receiver in *Rogers, supra*. Nor was it necessary for the RCMP to plead the existence of Mr. Leising's legal opinion as a factor weighing against the imposition of a stay of proceedings (which went beyond what was done in *Rogers*). The RCMP and the Crown having done so, however, I do not think disclosure of the advice in question could fairly be withheld. [Emphasis mine.]

[35] *Alberta Wheat Pool v. Estrin* (1986), 75 A.R. 348 a decision by Justice Chrumka of the Alberta Court of Queen's Bench, is the other case relied on by Prothonotary Lafrenière.

[36] Estrin acted as a solicitor in a real estate transaction and was sued for negligent misrepresentation, having provided a letter attached to an offer to purchase that he was holding in trust a bank draft when in fact he only had a non-certified cheque post-dated to the date of closing.

[37] On discovery, he asserted before issuing the letter or a similar one, he had consulted two lawyers, each from a different law firm, and had discussions with them. He was then asked a series of questions by counsel for the plaintiff which related to when the discussions were held, why they were held, and the contents of those discussions. Estrin objected to answering the questions on the ground he was seeking legal advice and those discussions were between a solicitor and a client and, as such, were privileged.

[38] In his statement of defence, Estrin alleged, in the alternative, that if the representations were untrue, they were not negligently or fraudulently made.

[39] Alberta Wheat Pool submitted Estrin had put in issue his intention, the state of his knowledge and the information he had at the time he prepared the letter. Alberta Wheat Pool further submitted that because the denial of fraudulent and negligent behaviour could not be tried in absence of evidence of the legal advice which Estrin received prior to the preparation of that letter, the plaintiff must be entitled to examine upon this aspect. Justice Chrumka agreed. He stated at pages 542-543 as follows:

faisant valoir sa croyance dans l'exactitude de l'avis reçu du séquestre dans *Rogers*, précité). Il n'était pas non plus nécessaire que la GRC invoque l'existence de l'avis juridique de M. Leising comme argument contre l'imposition de l'arrêt des procédures (ce qui allait au-delà de ce qui a été fait dans *Rogers*). La GRC et le ministère public ayant toutefois agi de la sorte, je ne pense pas qu'il serait équitable d'empêcher la divulgation de l'avis en cause. [Non souligné dans l'original.]

[35] Le protonotaire Lafrenière s'est également fondé sur *Alberta Wheat Pool v. Estrin* (1986), 75 A.R. 348 une décision du juge Chrumka de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

[36] Estrin agissait à titre d'avocat dans le cadre d'une transaction immobilière et a été poursuivi pour assertion inexacte et négligente, soit pour avoir fourni avec l'offre d'achat une lettre dans laquelle il affirmait détenir une traite bancaire en fiducie alors qu'il ne détenait en fait qu'un chèque non certifié postdaté à la date de clôture.

[37] Lors de l'interrogatoire préalable, il a affirmé avoir consulté deux avocats de deux cabinets différents et avoir discuté avec eux avant de rédiger la lettre en question ou une lettre similaire. L'avocat de la demanderesse lui a ensuite posé une série de questions portant sur le moment où ces conversations ont eu lieu, la raison et le contenu de ces discussions. Estrin a refusé de répondre à ces questions au motif qu'il s'agissait d'avis juridiques et qu'à ce titre ces discussions entre client et avocat constituaient des communications privilégiées.

[38] Pour sa défense, Estrin a allégué subsidiairement que si ses assertions étaient fausses, elle n'avaient pas été faites par négligence ou fraude.

[39] Alberta Wheat Pool a allégué qu'Estrin avait mis en cause son intention, son niveau de connaissance ainsi que les renseignements dont il disposait au moment de rédiger la lettre. La demanderesse a également soutenu que, comme la question de la dénégation de conduite frauduleuse et négligente ne pouvait être tranchée en l'absence de preuve concernant l'obtention par Estrin d'avis juridiques avant la rédaction de cette lettre, elle devait obtenir le droit de procéder à l'examen de cette question. Le juge Chrumka en a convenu. Il a affirmé ceci aux pages 542 et 543:

The Defendant Estrin's assertions that before he prepared the letter of January 18, 1982, he consulted two lawyers and sought legal advice raises the question whether he was induced to write the letter in reliance upon the advice of the two lawyers or either of them. If he was advised by one or both lawyers that the post-dated cheque was not a bank draft and was not in compliance with the offer, and he drafted and sent the letter regardless, this evidence is material to the issue of whether he acted fraudulently or negligently or whether he had an honest belief. During the Examination for Discovery he put forward as a partial basis for his defence the communications with legal counsel. Doing so, in my view, he waived the privilege that would have otherwise attended to the communications. . . .

In effect what the Defendant Estrin is saying is that he did not act on his own but that he sought and obtained legal advice from two lawyers and that he was relying, at least in part, on that advice when he wrote the letter. Evidence of his knowledge of the law and all the information he had at the time he wrote the letter is relevant to determine the issue as to what induced him to act and decide as he did. By his testimony the Defendant Estrin has voluntarily raised a defence which makes his intention and knowledge of the law relevant and he has thereby waived his solicitor-client privilege.

This case, in my view, involves the question of whether the solicitor-client privilege is waived whenever the communication between the solicitor and the client is legitimately put in issue in the action.

[40] I do not think the case law supports the proposition advanced by counsel for the Minister that no implied waiver of solicitor-client privilege occurs if a party is not relying on the contents or the substance of the legal advice received.

[41] The cases cited tell us that when determining whether solicitor-client privilege is deemed to have been waived, fairness to a party facing a trial is a guiding principle.

[42] How that element of fairness will be balanced against the values underlying solicitor-client privilege will depend on the circumstances and, in particular, on the underlying pleadings.

[43] This is the approach followed by Prothonotary Lafrenière. In his reasons, he stressed the point the

[TRANSDUCTION] Les allégations du défendeur Estrin selon lesquelles, avant de préparer la lettre du 18 janvier 1982, il a consulté deux avocats pour obtenir des avis juridiques soulève la question de savoir s'il a été incité à rédiger cette lettre en se fondant sur les conseils des deux avocats ou de l'un d'eux. Si l'un des avocats ou les deux l'ont avisé que le chèque postdaté n'était pas une traite bancaire et que cela n'était pas conforme à l'offre et qu'il a tout de même rédigé et envoyé la lettre, cette preuve est pertinente quant à la question de savoir si Estrin a agi par fraude ou négligence ou s'il croyait sincèrement ce qu'il a écrit. Au cours de l'interrogatoire préalable, il a invoqué les communications avec les avocats comme défense partielle. Ce faisant, il a, à mon avis, renoncé au privilège qui aurait autrement protégé ces communications [. . .].

Ainsi, ce que le défendeur Estrin affirme, c'est qu'il n'a pas agi de sa propre initiative, mais qu'il a demandé et obtenu des avis juridiques de deux avocats et qu'il s'est fondé sur ces avis, à tout le moins en partie, au moment de rédiger la lettre. La preuve de sa connaissance du droit et de l'ensemble des renseignements qu'il avait en sa possession au moment de rédiger la lettre est pertinente pour déterminer ce qui l'a incité à agir et à prendre la décision qu'il a prise. Lors de son témoignage, Estrin a volontairement soulevé une défense qui rend pertinentes son intention ainsi que sa connaissance du droit et il a de ce fait renoncé au privilège des communications entre client et avocat.

À mon avis, le présent litige soulève la question de savoir s'il y a renonciation au privilège des communications entre client et avocat dès lors que celles-ci sont mises en cause dans le cadre d'un litige [. . .].

[40] J'estime que la jurisprudence n'appuie pas l'argument avancé par l'avocat du ministre selon lequel il n'y a pas renonciation implicite au secret professionnel lorsqu'une partie n'appuie pas sa position sur le contenu ou la teneur de l'avis juridique reçu.

[41] Les décisions citées nous indiquent que, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a renonciation présumée au privilège des communications entre client et avocat, l'équité envers une partie qui subit un procès constitue le principe directeur applicable.

[42] La façon de soupeser l'équité par rapport aux valeurs sous-tendant le secret professionnel dépendra des circonstances et, en particulier, des plaidoiries présentées en l'espèce.

[43] Le protonotaire Lafrenière a suivi cette approche. Dans ses motifs, il a insisté sur le fait que le ministre

Minister would be relying on the fact of the Minister having taken legal advice to explain the delay in issuing the NOC to Apotex and thereby contribute to proving her actions were reasonable which is the essence of her defence.

[44] I think the Prothonotary was correct in reaching the conclusion he did. In the circumstances of this case, by relying on the fact of taking legal advice necessarily puts in issue the communications between the Minister's officials and her legal advisors in such a way that it would be unfair to shield those communications from disclosure.

[45] Put in another way, by relying on the fact of having asked for and received legal advice to explain the delay the Minister made relevant the contents of the legal advice received entitling Apotex to test whether, how and to what extent the communications between them on the issue of the impact of a change of solvent by Apotex on Justice Nadon's order, in fact, contributed to the delay in issuing the NOC. Apotex cannot get at the bottom of this issue without the disclosure of the contents of the communications between the Minister's officials and her legal advisors.

[46] For these reasons, the appeal from Prothonotary Lafrenière's June 17, 2003 order is dismissed with costs.

s'appuierait sur l'obtention d'un avis juridique pour justifier le retard à délivrer l'avis de conformité à Apotex et aider ainsi à démontrer que ses agissements étaient raisonnables, ce qui constitue l'essence de sa défense.

[44] J'estime que le protonotaire a eu raison de conclure ainsi. En l'espèce, le fait d'appuyer sa défense sur l'obtention d'un avis juridique met forcément en cause les communications entre les agents du ministre et ses conseillers juridiques de façon telle qu'il serait injuste d'empêcher la divulgation de ces communications.

[45] En d'autres termes, en alléguant que la demande et l'obtention des avis expliquaient le retard, le ministre a rendu pertinent le contenu des communications pertinentes. Il a, de ce fait, accordé à Apotex le droit de vérifier si ces communications entre les agents du ministre et leurs conseillers juridiques quant à l'incidence du changement de solvant sur l'ordonnance du juge Nadon ont contribué au retard dans la délivrance de l'avis de conformité et, le cas échéant, de quelle façon et dans quelle mesure. Apotex ne peut faire la lumière sur cette question sans obtenir la divulgation des communications entre les agents du ministre et leurs conseillers juridiques.

[46] Pour ces motifs, l'appel de l'ordonnance du protonotaire Lafrenière en date du 17 décembre 2003 est rejeté avec dépens.

T-2024-01
2003 FC 1299

T-2024-01
2003 CF 1299

Arthur Froom (*Applicant*)

Arthur Froom (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Justice (*Respondent*)

Le ministre de la Justice (*défendeur*)

INDEXED AS: FROOM v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (F.C.)

RÉPERTORIÉ: FROOM c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (C.F.)

Federal Court, Layden-Stevenson J.—Toronto, August 12, 13, September 2; Ottawa, November 7, 2003.

Cour fédérale, juge Layden-Stevenson—Toronto, 12 et 13 août, 2 septembre; Ottawa, 7 novembre 2003.

Extradition — Application for judicial review of authority to proceed (ATP)—Applicant initially arrested in Toronto under Immigration Act on various grounds including wanted in U.S.A. for insurance fraud — U.S.A. requesting extradition as indicted by grand jury to stand trial for fraud — Minister's motion to strike judicial review application granted by Prothonotary, reversed by Judge — Issue whether Court having jurisdiction to review ATP — Application denied — Extradition explained — Extradition hearing similar to preliminary enquiry — History of Canadian extradition legislation reviewed — Current Act designed to modernize process in response to growth of transnational crime — Rules of evidence relaxed — Justice Minister, not extradition judge, now determines equivalency of offences — Minister's argument: Court should decline jurisdiction as adequate, alternative remedies available — Act does not oust jurisdiction re: ATP decisions — Purposes of ATP — Why extradition laws to be liberally construed — ATP reviewable by F.C. — Judicial review should be available at outset of process — Minister's argument ATP non-reviewable as interlocutory ignoring unique nature of extradition proceeding — Applicable review standard — High level of deference appropriate based on pragmatic, functional analysis — Applicant's argument re: Treaty non-compliance not meeting judicial review threshold, lacking evidentiary basis — ATP not quashed as lacking particularity — Kowbel v. The Queen distinguished as applicant indicted for conspiracy with wife, others known, unknown — Statutory requirements for ATP, indictment differ — Extradition important part of criminal justice system but not equated to criminal trial process — Criminal law technicalities have limited application to extradition — Argument abuse of process for delay aggravated by initial resort to deportation unsupported by evidence Minister not acting in pursuit of legitimate objectives — Abuse of process argument could be made to Minister prior to surrender — Statute requires Minister to determine whether surrender unjust — Minister not wrongfully delegating power to issue ATP to Departmental senior counsel — As conflicting Ontario Superior Court decisions, cannot be said matter

Extradition — Demande de contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance — Le demandeur a d'abord été arrêté à Toronto en vertu de la Loi sur l'immigration sous des allégations diverses, notamment qu'il serait recherché aux États-Unis pour des accusations de fraude — Extradition demandée par les États-Unis car il a été mis en accusation par un grand jury afin d'être jugé pour des infractions en matière de fraude — La requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire présentée par le ministre a été accueillie par un protonotaire mais renversée par un juge — La question est de savoir si la Cour avait compétence pour procéder à l'examen judiciaire d'une décision relative à la délivrance d'un arrêté introductif d'instance — Demande rejetée — Explications données en matière d'extradition — Une audience d'extradition est semblable à une enquête préliminaire — Historique des lois canadiennes en matière d'extradition — La Loi actuelle a été conçue pour moderniser le processus d'extradition et pour répondre à l'augmentation de la criminalité transnationale — Règles de preuve assouplies — C'est maintenant le ministre de la Justice qui établit la correspondance avec des infractions canadiennes comparables plutôt que le juge d'extradition — Argument du ministre: la Cour devrait refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder le contrôle judiciaire car il existe un recours subsidiaire adéquat — La Loi ne prive pas la Cour fédérale de sa compétence pour examiner un arrêté introductif d'instance — Objets visés par les arrêtés introductifs d'instance — Pourquoi les lois relatives à l'extradition doivent être interprétées de façon large — La Cour fédérale a compétence quant au contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance — Le contrôle judiciaire devrait pouvoir être demandé dès que le processus est enclenché — Le ministre prétend que l'arrêté introductif d'instance ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire car il est une décision de nature interlocutoire qui ne tient pas compte du caractère unique du processus d'extradition — Norme de contrôle applicable — Un degré élevé de retenue judiciaire est approprié selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle — La prétention du demandeur quant au non-respect du traité

squarely within jurisdiction of extradition judge — “Delegatus non potest delegare” maxim now less followed as courts recognize necessity for implied delegation for efficient public administration — Minister can delegate s. 15 power.

d'extradition entre le Canada et les États-Unis ne respecte pas le seuil relatif au contrôle judiciaire et n'est pas étayée par la preuve — L'arrêt introductif d'instance n'est pas annulé au motif qu'il n'est pas suffisamment détaillé — Distinction faite d'avec Kowbel c. La Reine car le demandeur est mis en accusation d'avoir comploté avec son épouse et avec d'autres personnes connues et inconnues — Les conditions de la Loi concernant une mise en accusation et les conditions se rapportant à un arrêt introductif d'instance sont différentes — Bien que l'extradition soit un élément important de notre système de justice criminelle, elle n'équivaut pas à une procédure criminelle — Les subtilités du droit criminel ne s'appliquent que dans une certaine mesure aux causes d'extradition — L'allégation d'abus de procédure en raison du retard, aggravé par le recours initial à l'expulsion, n'est pas étayée par une preuve attestant que les actes posés par le ministre n'étaient pas fondés sur des objectifs légitimes — Les prétentions alléguant qu'il y a eu abus de procédure doivent être présentées au ministre avant l'extradition — La Loi exige que le ministre détermine si l'extradition est injuste — Le ministre n'a pas délégué à tort son pouvoir discrétionnaire de délivrer un arrêt introductif d'instance à un avocat principal au Ministère — Compte tenu des décisions contradictoires de la Cour supérieure de l'Ontario, on ne peut dire qu'il s'agit d'une question qui relève carrément de la compétence du juge d'extradition — La maxime latine «delegatus non potest delegare» a maintenant un effet moins fort que par le passé car les tribunaux reconnaissent la nécessité de la délégation implicite afin de garantir une gestion efficace de l'administration publique — Le ministre peut déléguer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré à l'art. 15.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Decision of Justice Minister to issue authority to proceed (ATP) under Extradition Act, s. 15 — Minister challenging jurisdiction — Arguing Act provides complete code of procedural safeguards — Circumstances under which Court should decline jurisdiction — Court to adopt purposive, functional approach — Inquiry focussed on legislator's intent — Factors to be considered — Extradition laws to be liberally construed to achieve Treaty's purpose — ATP reviewable by F.C. in appropriate case (Minister acted arbitrarily, in bad faith, had improper motive) — Judicial review should be available at outset of process — Minister's argument, no judicial review as ATP decision interlocutory, ignores unique nature of extradition proceedings — Whether decision “interlocutory” problematic where exercise of ministerial discretion, not tribunal ruling — Case law says interlocutory decisions reviewable in special circumstances — Applicable review standard — Minister's political, international relations expertise factor of greatest importance — High level of deference owed — Arguments Treaty not complied with not meeting judicial review threshold — Abuse of process argument (delay, aggravated by initial attempted deportation) unsupported by evidence Minister acted in bad faith, for improper motive — Abuse of process argument can be made

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Décision du ministre de la Justice de délivrer un arrêt introductif d'instance en vertu de l'art. 15 de la Loi sur l'extradition — Le ministre conteste la compétence — Il prétend que la Loi prévoit un code complet de sauvegardes procédurales — Circonstances dans lesquelles la Cour devrait refuser sa compétence — Le tribunal doit adopter une démarche téléologique et fonctionnelle — L'enquête a porté sur l'intention du législateur — Les facteurs à examiner — Les lois relatives à l'extradition doivent être interprétées de façon large, afin de respecter l'objet du traité — Le contrôle judiciaire d'un arrêt introductif d'instance existe dans les cas appropriés (le ministre a agi de façon arbitraire, de mauvaise foi, ou s'est appuyé sur un motif non approprié) — Le contrôle judiciaire devrait pouvoir être demandé dès que le processus est enclenché — Le ministre prétend que le contrôle judiciaire ne devrait pas être entendu parce que la décision du ministre de délivrer l'arrêt introductif d'instance est une décision interlocutoire qui ne tient pas compte du caractère unique du processus d'extradition — Il est difficile de déterminer si la décision est «interlocutoire» quand il s'agit de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un ministre plutôt que d'une décision d'un tribunal — Selon la jurisprudence, il est possible de procéder au contrôle judiciaire des décisions

to Minister prior to surrender — Act requires Minister to determine whether surrender unjust upon consideration of all circumstances — Document delegating power to issue ATP to Departmental senior counsel not invalid for failure to fill in exact date — Minister not acting arbitrarily in delegating ATP authority — Maxim “delagatus non potest delegare” now less adhered to — Courts recognize necessity for implied delegation for efficient public administration.

Federal Court Jurisdiction — Whether having jurisdiction to entertain application for judicial review of decision of Justice Minister to issue authority to proceed (ATP) in extradition matter — Whether adequate, alternative remedies exist — Extradition Act ousts F.C. jurisdiction re: surrender, silent re: s. 15 ATP decisions — In deciding whether to decline jurisdiction, Court must adopt purposive, functional approach — Relevant factors — ATP is subject to F.C. review in appropriate case (Minister acted arbitrarily, in bad faith, improper, irrelevant motives) — Questionable whether any situation where provincial appellate courts can review ATP — Judicial review should be available at outset of process — No other adequate remedy.

Applicant, seeking to avoid extradition to the United States, brought this application for judicial review of an authority to proceed (ATP) which had been issued by the Minister of Justice pursuant to the *Extradition Act*.

Applicant, an American, is married to a Canadian and resides here. He frequently travelled outside Canada on business. He was arrested in Toronto for *Immigration Act* violations and released on conditions. The allegations were that he had worked illegally in Canada, been convicted in the United States of impaired driving and was wanted there for

interlocutoires quand des circonstances spéciales existent — Norme de contrôle applicable — La connaissance spécialisée des affaires politiques et des relations internationales du ministre sont des facteurs très importants — Un degré élevé de retenue judiciaire est exigé — L'argument que le traité n'a pas été respecté ne respecte pas le seuil relatif au contrôle judiciaire — L'argument de l'abus de procédure (retard, aggravé par la tentative d'expulsion initiale) n'est pas étayé par la preuve que le ministre a agi de mauvaise foi, ou s'est appuyé sur un motif non approprié — L'argument d'abus de procédure peut être présenté au ministre avant l'extradition — La Loi exige que le ministre décide si l'extradition est injuste après examen de l'ensemble des circonstances — Le document déléguant à l'avocat principal au Ministère le pouvoir de délivrer un arrêté introductif d'instance n'est pas nul parce que la date exacte n'y est pas mentionnée — Le ministre n'a pas agi de façon arbitraire en déléguant son pouvoir de délivrer l'arrêté introductif d'instance — La maxime latine «delagatus non potest delegare» a un effet moins fort que par le passé — Les tribunaux reconnaissent la nécessité de la délégation implicite afin de garantir une gestion efficace de l'administration publique.

Compétence de la Cour fédérale — La Cour a-t-elle compétence pour entendre une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice de délivrer un arrêté introductif d'instance dans une affaire d'extradition? — Existe-t-il un recours subsidiaire adéquat? — La Loi sur l'extradition prive la Cour fédérale de sa compétence en ce qui concerne l'extradition, elle ne dit rien quant aux décisions de délivrer un arrêté introductif d'instance fondées sur l'art. 15 — La Cour, en cherchant à déterminer si elle doit refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire, doit adopter une démarche téléologique et fonctionnelle — Facteurs pertinents — Un arrêté introductif d'instance peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale dans les cas appropriés (le ministre a agi de façon arbitraire, de mauvaise foi, ou s'est appuyé sur un motif non approprié) — Il n'est pas du tout clair dans quelles circonstances les cours d'appel provinciales pourraient entendre un contrôle judiciaire se rapportant à un arrêté introductif d'instance — Le contrôle judiciaire devrait pouvoir être demandé dès que le processus est enclenché — Il n'y a pas d'autre recours adéquat.

Le demandeur cherche à éviter l'extradition vers les États-Unis, il demande à la Cour de procéder au contrôle judiciaire de l'arrêté introductif d'instance, délivré par le ministre en vertu de la *Loi sur l'extradition*.

Le demandeur est citoyen américain, il est marié à une citoyenne canadienne et réside actuellement au Canada. Par le passé, il a voyagé régulièrement à l'étranger pour ses affaires. Il a été arrêté à Toronto sous des allégations d'infractions prévues dans l'ancienne *Loi sur l'immigration* et il a été libéré moyennant le respect de certaines conditions. Les allégations

insurance fraud. His conditional deportation was ordered only on the basis of the fraud allegation. An application for judicial review of the Adjudicator's order was rejected by Kelen J.

A United States Embassy Diplomatic Note requested the extradition of Arthur Kissel, a.k.a. Arthur Froom, indicating that he was wanted to stand trial for fraud. He had been indicted by a grand jury. The ATP issued on July 3, 2001. On *ex parte* application, a justice of the Ontario Superior Court of Justice issued an arrest warrant. Released on a recognizance and a surety, applicant then sought *certiorari* to quash the ATP as well as injunctions and other relief. The Minister's motion to strike this application was granted by a prothonotary but an appeal from that decision was allowed by Gibson J. That Judge was not prepared to resolve the question whether this Court has jurisdiction to judicially review issuance of an ATP upon a motion to strike.

Applicant noted the absence of authority as to whether Federal Court has jurisdiction to review an ATP. The Act does not oust this Court's jurisdiction. It was argued that the decision to issue an ATP should be treated no differently than any other decision by a Minister. This Court was the only forum that could grant relief in that the extradition judge lacks jurisdiction to quash an ATP.

Held, the application should be dismissed.

Extradition is the surrender by one state, at another's request, of a person within its jurisdiction who has been accused or convicted of a crime committed within that other state's jurisdiction. An executive function, it is a product of international agreements. The initial phase of the extradition process is judicial in nature; the second is executive. At the judicial stage, the evidence must establish a *prima facie* case that the alleged conduct constitutes a crime in the requesting state, would constitute a crime here and is contemplated in the bilateral treaty (the double criminality rule). Second: the evidence must establish, on a balance of probabilities, that the person before the Court is indeed the person sought to be extradited.

sont qu'il aurait travaillé illégalement au Canada, qu'il aurait été condamné pour conduite en état d'ébriété aux États-Unis et qu'il serait recherché aux États-Unis pour des accusations de fraude ayant trait à des demandes de règlement en matière d'assurance. Une mesure d'expulsion conditionnelle a été prise sur le fondement de l'allégation de fraude en matière d'assurance. Cette mesure d'expulsion a fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire qui a été rejetée par le juge Kelen.

L'extradition d'Arthur Kissel, alias Arthur Froom, a été demandée par une note diplomatique de l'Ambassade des États-Unis, laquelle indiquait qu'il était recherché afin d'être jugé pour des infractions en matière de fraude. Il a été mis en accusation par un grand jury. L'arrêté introductif d'instance a été délivré le 3 juillet 2001. Sur demande *ex parte*, un juge de la Cour supérieure de l'Ontario a délivré un mandat d'arrestation. Libéré après avoir souscrit un engagement et une caution, le demandeur a réclamé un bref de *certiorari* annulant l'arrêté introductif d'instance ainsi que des injonctions et divers autres redressements. La requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire présentée par le ministre a été accueillie par un protonotaire mais un appel de cette décision a été accueillie par le juge Gibson. Ce juge n'était pas prêt à trancher, dans le cadre d'une requête en radiation, la question de savoir si la Cour avait compétence pour procéder à l'examen judiciaire d'une décision relative à la délivrance d'un arrêté introductif d'instance.

Le demandeur a souligné l'absence de précédent quant à savoir si la Cour fédérale a compétence pour examiner un arrêté introductif d'instance. La Loi ne prive pas la Cour fédérale de sa compétence. On a fait valoir que la décision de délivrer l'arrêté introductif d'instance ne devrait pas être traitée différemment de toute autre décision prise par tout autre ministre. La Cour fédérale est le seul tribunal qui peut accorder un redressement car le juge d'extradition n'a pas compétence pour annuler un arrêté introductif d'instance.

Jugement: la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

L'extradition est la remise par un État, à la demande d'un autre, d'une personne qui se trouve dans son ressort et qui est accusée ou a été reconnue coupable d'un crime commis dans le ressort de l'autre État. Il s'agit essentiellement d'une fonction du pouvoir exécutif découlant d'accords internationaux. La première étape est de nature judiciaire; la seconde relève de l'exécutif. Au cours de l'étape judiciaire, la preuve présentée doit établir *prima facie* que les actes reprochés dans le ressort de l'État requérant constituent un crime à cet endroit, constitueraient un crime au Canada s'ils avaient été commis ici et sont visés par le traité bilatéral (la règle de la double incrimination). Deuxièmement, la preuve produite doit établir, selon la prépondérance des probabilités,

An extradition hearing is similar to a preliminary inquiry in that the judge has to refrain from weighing the evidence or assessing credibility. Nor can the judge consider how the evidence was gathered or any defences that might be advanced at trial.

In 1992 the Act was amended in order to streamline and simplify extradition procedure. It now provides for a single review by provincial court of the decisions of the extradition judge and the Minister. The provincial court of appeal was given “exclusive original jurisdiction” to review the judicial decision to commit and the executive decision to surrender. Resort to a writ of *habeas corpus* to review the committal was eliminated. Still, the amendments did not alter the two-tiered structure of the Act and the separate functions of judge and Minister.

In 1999 a new Act came into force. It was designed to modernize the process and was in response to the increasingly global nature of crime. This was at a time when the growth of transnational crime had resulted in worldwide initiatives to make extradition more expeditious. Another consideration was the necessity for Canada to cooperate with United Nations tribunals which oversee trials of war crimes and crimes against humanity. Under the evidence rules in the new Act, evidence that would be inadmissible at a trial in Canada is admitted. In particular, hearsay inadmissible at common law or which would not meet the requirements established by recent Supreme Court of Canada decisions, is admitted. It was the 1999 Act that introduced the ATP, which must set out the Canadian offence that is equivalent to the offence allegedly committed in the extradition partner state. This represented a departure from previous practice whereunder the proceeding was commenced by diplomatic note. It is now the Minister rather than the extradition judge who determines equivalency.

The Minister’s position was that extradition is an executive function involving political decisions and that the Act provides a complete code so far as procedural safeguards are concerned. It is the provincial superior courts which have expertise in these matters. The Minister says that applicant’s challenges concern the evidence relied upon by the United States, matters relating to American law, non-compliance with the treaty and the Act. The suggestion was that adequate alternative remedies

que la personne dont on demande l’extradition est celle qui se trouve devant le tribunal.

Une audience d’extradition est semblable à une enquête préliminaire en ce sens que le juge d’extradition doit s’abstenir d’évaluer la preuve ou d’apprécier la crédibilité des témoins. Il ne lui appartient pas non plus d’examiner la façon dont la preuve a été recueillie ou de prendre en compte les moyens de défense susceptibles d’être invoqués au procès.

En 1992 la Loi a été modifiée afin de rationaliser et simplifier le processus d’extradition. Les modifications prévoient un droit de révision unique exercé par la cour provinciale des décisions du juge d’extradition et de celles du ministre. La cour d’appel provinciale s’est vu accorder «compétence exclusive» pour examiner la décision judiciaire ordonnant l’incarcération et celle de l’exécutif ordonnant l’extradition. Le recours à l’*habeas corpus* comme moyen de révision de l’incarcération a été éliminé. Toutefois, les modifications n’ont pas modifié la structure à deux paliers de la Loi et les fonctions distinctes du juge et du ministre.

Une nouvelle Loi est entrée en vigueur en 1999. Elle a été conçue pour moderniser le processus d’extradition et de répondre à la nature de plus en plus globale de la criminalité. C’est pendant cette période que l’augmentation de la criminalité transnationale a suscité partout dans le monde des initiatives pour rendre le processus d’extradition plus expéditif. Le Canada devait également tenir compte de son obligation de collaborer avec les tribunaux des Nations Unies qui supervisent les procès pour crimes de guerre et crimes contre l’humanité. En vertu des règles de preuve dans la nouvelle Loi, des éléments de preuve, qui ne seraient pas admissibles par ailleurs en vertu du droit canadien, peuvent être admis. En particulier, le oui-dire est admissible même s’il ne respecte pas l’exception de common law ou les conditions qui ont été énoncées dans les jugements les plus récents de la Cour suprême. L’arrêté introductif d’instance est apparu dans la Loi de 1999 et il désigne l’infraction canadienne qui correspond à l’infraction qui aurait été commise dans l’État requérant. Cette disposition s’écarte de la pratique antérieure en vertu de laquelle la procédure était entamée par voie de note diplomatique. C’est maintenant le ministre qui établit la correspondance avec des infractions canadiennes comparables plutôt que le juge d’extradition.

La position du ministre était que l’extradition est une fonction du pouvoir exécutif impliquant des décisions politiques et que la Loi prévoit un code complet quant aux sauvegardes procédurales. Ce sont les cours supérieures des provinces qui ont une connaissance spécialisée dans ce domaine. Le ministre prétend que les contestations soulevées par le demandeur traitent de la preuve sur laquelle s’appuient les États-Unis, sur des questions relatives au droit américain,

do exist so that this Court should decline to exercise its discretion to grant judicial review. Applicant pointed out that the Minister's initial decision is reviewable only by the Federal Court under section 18.1, the extradition judge being compelled to accept the decision to issue an ATP. While subsection 57(1) of the new Act was said to oust Federal Court jurisdiction to review section 40 surrender decisions, that is not so for section 15 (ATP) decisions.

The ATP serves two functions in the extradition process. It gives notice to the person sought of what is alleged against him and ensures that the Minister's decision to authorize the seeking of committal on behalf of the requesting state is made in a timely way.

Determining whether there is an adequate alternative remedy raised statutory interpretation issues and required a consideration of the circumstances under which the Court should decline to exercise its discretion to entertain a judicial review application. The Supreme Court has held that, in determining whether to decline jurisdiction, the Court must adopt a purposive and functional approach to ensure that the inquiry is focussed on the legislator's intent, not on interpreting isolated provisions. Relevant factors include convenience of the alternative remedy, nature of the error and the nature of the "appellate" body. The question is not which is the better forum, but is the alternative forum adequate?

It can, as a general proposition, be stated that extradition laws should be liberally construed to achieve the Treaty's purpose. Extradition treaties support the efforts of law enforcement agencies on both sides of international borders. A state would not want to be seen as a haven for criminals.

Having considered the arguments put forward on both sides, it was concluded that, in an appropriate case, an ATP is subject to review by Federal Court.

The ATP is the foundation block upon which the extradition process stands. In issuing the ATP, the Minister exercises a statutory power within the contemplation of *Federal Courts Act*, section 2. Blind judicial deference to executive judgment cannot be expected and in a case where

sur le non-respect du traité et sur le non-respect de la Loi. On a prétendu qu'il existe un recours subsidiaire adéquat de telle sorte que la Cour devrait refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder le contrôle judiciaire. Le demandeur prétend que cette première décision du ministre ne peut faire l'objet d'un contrôle que par la Cour fédérale aux termes de l'article 18.1, le juge d'extradition étant obligé d'accepter la décision de délivrer un arrêté introductif d'instance. Bien que la compétence de la Cour fédérale à l'égard du contrôle judiciaire des décisions fondées sur l'article 40 (l'extradition) ait été abolie par le paragraphe 57(1), il n'en est pas de même des décisions fondées sur l'article 15 (arrêté introductif d'instance).

L'arrêté introductif d'instance a une double fonction dans le processus d'extradition. Il informe la personne recherchée des allégations portées contre elle et il assure que la décision du ministre d'autoriser l'incarcération au nom de l'État requérant est prise dans un délai raisonnable.

La question concernant la disponibilité d'un recours subsidiaire adéquat suppose que l'on procède à une interprétation législative de même qu'à un examen des circonstances appropriées en vertu desquelles le tribunal devrait refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre une demande de contrôle judiciaire. La Cour suprême a décidé que le tribunal, qui cherche à déterminer s'il doit refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire, doit adopter une démarche téléologique et fonctionnelle pour s'assurer que l'examen porte directement sur l'intention du législateur plutôt que sur une interprétation de dispositions isolées. Les facteurs à examiner englobent l'utilité du recours subsidiaire, la nature de l'erreur et la nature du tribunal d'appel. Il ne s'agit pas de se demander quel est le meilleur tribunal, mais plutôt de se demander si l'autre voie disponible constitue une voie adéquate.

Sur le plan général, les lois relatives à l'extradition doivent être interprétées de façon large, afin de respecter l'objet du traité. Les traités d'extradition appuient les engagements des organismes d'exécution de la loi des deux côtés des frontières internationales. Un État a un intérêt légitime à s'assurer qu'il ne devient pas un asile pour les criminels.

Compte tenu des positions avancées par chacune des parties, il a été conclu que, dans les cas appropriés, un arrêté introductif d'instance peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire de la part de la Cour fédérale.

L'arrêté introductif d'instance est le fondement sur lequel repose le processus d'extradition. En délivrant un arrêté introductif d'instance, le ministre exerce un pouvoir de nature législative prévu par l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*. On ne peut s'attendre à ce que les tribunaux fassent

there are strong grounds for arguing that the Minister acted arbitrarily, in bad faith, had an improper motive or was motivated by irrelevant considerations, it could not be concluded that Parliament's intention was that such decision not be reviewable. It was not clear that there are any circumstances in which provincial appellate courts might entertain judicial review with respect to an ATP. The Court was of the view that judicial review ought to be available at the outset of the process, not just after a surrender order. It would be unjust to require an individual to undergo each stage of the process in order to challenge the Minister's decision. Even if a remedy is ultimately found to be within reach, the process, while providing an alternative remedy, fails to provide an adequate one. That said, the circumstances under which judicial review of an ATP is available will be exceedingly rare.

An alternative argument put forward by the Minister was that judicial review should not be entertained because the decision to issue an ATP is interlocutory in nature. There was, however, no authority for that proposition. The point was made by applicant that the question whether a decision is final or interlocutory is not always easy. The appropriate characterization can indeed become clouded where the decision involves an exercise of ministerial discretion as opposed to a tribunal's ruling during a proceeding. Respondent's arguments on this issue failed to address the unique nature of extradition proceedings, which involve a process having mutually exclusive and distinct phases. There is a contextual distinction between extradition matters and other cases with which this Court is normally concerned. The Act is silent as to review of the Minister's role at the outset of the process. For purposes of this application, it was unnecessary to determine whether the decision was final or interlocutory. Case law leaves open the door to the judicial review of interlocutory decisions in special circumstances.

As to the applicable standard of review, the four factors of the pragmatic, functional analysis mandated by the Supreme Court of Canada led in this case to a standard of patent unreasonableness. Expertise of the decision-maker was the factor of greatest importance. The Minister possesses expertise in political and international relations matters and must bear in mind the honour of Canada in its relations with other states. That dictates a high level of deference. The provision in particular as well as the purpose of the Act as a whole also

aveuglément prouve de retenue à l'égard du jugement de l'organe exécutif et dans les circonstances où il existe des motifs sérieux de prétendre que le ministre a agi de façon arbitraire, de mauvaise foi, ou qu'il s'est appuyé sur un motif non approprié, ou sur des considérations non pertinentes, le législateur ne peut avoir eu pour intention d'exclure la décision du contrôle judiciaire. Il n'est pas du tout clair dans quelles circonstances les cours d'appel provinciales pourraient entendre un contrôle judiciaire se rapportant à un arrêté introductif d'instance. La Cour est d'avis que le contrôle judiciaire devrait pouvoir être demandé dès que le processus est enclenché et non simplement après qu'une ordonnance d'extradition a été rendue. Il est injuste d'insister pour qu'une personne passe par chaque étape du processus afin de contester la décision du ministre. Même si une réparation peut au bout du compte être accessible, le processus, même s'il prévoit un recours subsidiaire, n'offre pas une réparation adéquate. Cela dit, les circonstances en vertu desquelles on pourra obtenir le contrôle judiciaire de l'arrêté introductif d'instance seront extrêmement rares.

Dans sa proposition subsidiaire, le ministre prétend que le contrôle judiciaire ne devrait pas être entendu parce que la décision du ministre de délivrer l'arrêté introductif d'instance est une décision interlocutoire. Il n'existe toutefois aucun précédent jurisprudentiel étayant cette prétention. Le demandeur souligne que la question de savoir si un jugement ou une ordonnance est définitif ou interlocutoire n'est pas toujours exempte de difficulté. Cette qualification peut devenir nébuleuse quand il s'agit d'une décision prise dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un ministre plutôt que d'une décision prise par un tribunal dans le cours de ses délibérations. Les arguments du défendeur sur ce point particulier n'ont pas traité du caractère unique du processus d'extradition dans lequel des étapes mutuellement exclusives et distinctes existent. Il existe une distinction contextuelle entre les affaires d'extradition et les autres points de droit dont la Cour traite habituellement. La Loi ne dit rien au sujet du contrôle du rôle que joue le ministre au tout début du processus. Il n'est pas nécessaire de décider pour les fins de la présente demande si la décision est définitive ou interlocutoire. La jurisprudence laisse à la Cour la liberté de procéder au contrôle judiciaire des décisions interlocutoires quand des circonstances spéciales existent.

Quant à la norme de contrôle applicable, les quatre facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle prescrite par la Cour suprême du Canada mènent en l'espèce à la norme de la décision manifestement déraisonnable. L'expertise du décideur est le facteur le plus important. Le ministre a une connaissance spécialisée des affaires politiques et des relations internationales et il ne doit pas oublier l'honneur du Canada dans ses relations avec les autres États. Cela exige un degré élevé de retenue judiciaire. La disposition en particulier et

point to very high deference. As for nature of the problem, the issue is one of mixed fact and law, but more fact intensive and this again suggests high deference.

Applicant's next argument was that, in three respects, the Treaty had not been complied with. First, under Article 9(1), an extradition request is to be made through diplomatic channels. Applicant said that the Diplomatic Note herein went from the American Embassy at Ottawa to the Department of Justice rather than to Foreign Affairs. Second, under Article 4(1)(ii) extradition is not granted if prosecution is time-barred in the requesting state. Applicant made reference to the *Speedy Trial Act*, an American statute, which prescribes a limitation period. Third, Article 9(3) requires that if the request relates to a person not yet convicted, it must be accompanied by an arrest warrant issued by a judicial officer as well as evidence that, under the laws of the requesting state, would justify arrest and committal for trial had the offence been committed there. Applicant noted that the warrant makes no reference to conspiracy so that the ATP, to the extent that it makes reference to conspiracy, should be quashed.

Not one of these arguments met the judicial review threshold, for there was no allegation that the Minister had acted arbitrarily, in bad faith, had an improper motive or was motivated by irrelevant considerations. Furthermore, these submissions lacked an evidentiary basis. It was not for the courts to say where signatories to international treaties should direct documentation; there was nothing wrong with the documentation herein having been sent to the Department of Justice. The documentation certified that each of the charges against applicant had been laid within the Statute of Limitations. The Article 9(3) argument was without merit, since that provision does not require that all offences in the indictment be mentioned in the warrant.

In arguing that the ATP was a nullity, applicant suggested that this Court follow the unreported decision of the British Columbia Supreme Court in *United States of America v. Shull* quashing an ATP as lacking sufficient particularity. Applicant submitted that the reference to conspiracy does not disclose an offence since the allegation is that he conspired with his wife and a husband and wife cannot conspire with each other: *Kowbel v. The Queen*. In relation to the money laundering count, it was not alleged that the offence was completed i.e.

l'objet de la Loi en général militent en faveur d'un très haut degré de retenue judiciaire. Quant à la nature du problème, la question en litige est une question mixte de fait et de droit mais porte davantage sur les faits et encore une fois cela exige un degré élevé de retenue judiciaire.

Le demandeur allègue ensuite que le traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis n'a pas été respecté à trois égards. Premièrement, selon le paragraphe 9(1), une demande d'extradition doit se faire par la voie diplomatique. Le demandeur a affirmé que la note diplomatique a été envoyée par l'Ambassade des États-Unis au ministère de la Justice à Ottawa plutôt qu'au ministère des Affaires étrangères. Deuxièmement, l'alinéa 4(1)(ii) stipule que l'extradition ne sera pas accordée lorsque la poursuite relative à l'infraction est frappée de prescription selon les lois de l'État requérant. Le demandeur a renvoyé au *Speedy Trial Act*, une loi américaine qui impose un délai de prescription. Troisièmement, le paragraphe 9(3) exige que lorsque la demande vise un individu qui n'a pas encore été déclaré coupable, elle doit en outre être accompagnée d'un mandat d'arrêt émis par un juge ou une autre autorité judiciaire de l'État requérant et de tout élément de preuve qui, selon les lois de l'État requis, justifierait l'arrestation et la mise en jugement dudit individu si l'infraction y avait été commise. Le demandeur a souligné que le mandat ne fait pas référence à un complot de telle sorte que l'arrêté introductif d'instance, dans la mesure où il est censé traiter du complot, devrait être annulé.

Aucun de ces arguments ne respecte le seuil relatif au contrôle judiciaire car il n'est pas allégué que le ministre a agi arbitrairement, de mauvaise foi, qu'il s'est appuyé sur un motif non approprié ou sur des considérations non pertinentes. De plus, la preuve ne permet pas de soutenir de telles allégations. Il n'appartient pas aux tribunaux de dicter à qui les signataires de traités internationaux doivent adresser leurs documents; il n'y a rien qui empêche d'envoyer ces documents au ministère de la Justice. Les documents certifiaient que les accusations portées contre le demandeur ont chacune été portées à l'intérieur des délais prévus par la loi de prescription. L'argument fondé sur le paragraphe 9(3) n'est pas fondé parce que cette disposition n'exige pas que la totalité des infractions énumérées dans la mise en accusation soit reprise dans le mandat.

En prétendant que l'arrêté introductif d'instance est nul, le demandeur propose que la Cour suive la démarche adoptée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt non publié *United States of America v. Shull* dans lequel la Cour a annulé l'arrêté introductif d'instance au motif qu'il ne contenait pas suffisamment de détails. Le demandeur prétend que le renvoi au complot ne révèle aucune infraction connue en droit parce qu'il est allégué qu'il a comploté avec son épouse et qu'un mari et une femme ne peuvent comploter l'un

payment by the insurer. But applicant was mistaken in supposing the ATP to be a “charging document” and his submissions failed to distinguish between the statutory requirements for an indictment and an ATP. The former may be found in the *Criminal Code*, the latter in the *Extradition Act*. While the extradition process is an important part of our criminal justice system, it is not to be equated to the criminal trial process. The nice distinctions of the criminal law have no place in the law of extradition. The principle that the technicalities of criminal law apply to only a limited extent in extradition cases is now well understood by the courts. Applicant’s submission, that the rule of specialty is compromised since the ATP was not clearly worded, was lacking in substance. Nor was the co-conspirators argument well taken. *Kowbel* concerned a husband and wife alone; the indictment herein makes reference to “and others known and unknown” to the grand jury. Whether the act charged is a crime under American law is for the American prosecutors to decide; it is for the extradition judge to determine whether there is sufficient evidence that the alleged offence, if committed in Canada, constitutes a crime. The decision in *Shull* has not been followed by any court but, if it was correct in holding that the extradition judge is empowered to quash an ATP, applicant would have no basis upon which to ask this Court to assume jurisdiction.

Applicant submitted that this proceeding was an abuse of process, because of delay of three and one-half years since the grand jury indictment, a delay aggravated by the tactical decision to resort to deportation proceedings in an attempt to circumvent the necessity for extradition. The applicant maintained that the earlier deportation effort was a *de facto* extradition attempt, so the extradition proceedings were an abuse of process. It was, however, held by Kelen J. upon judicial review of the conditional deportation order against applicant that he had failed to discharge the heavy onus of showing that deportation had been pursued for illegitimate purposes. If applicant’s position was that the Minister acted in bad faith or for an improper motive, there would be a necessity for evidence that the Minister had not acted in pursuit of legitimate objectives. But no evidence had been put before the Court indicating improper conduct or bad faith on the Minister’s part. The submissions regarding delay and abuse of

avec l’autre: *Kowbel v. The Queen*. Pour ce qui a trait à l’accusation de recyclage des produits de la criminalité, il n’y a pas d’allégation concernant la perpétration de l’infraction, c’est-à-dire le paiement par la compagnie d’assurance. Le demandeur a commis une erreur en supposant que l’arrêté introductif d’instance est un «document d’inculpation» et ses observations n’établissent pas de distinction entre les conditions de la Loi concernant une dénonciation ou une mise en accusation et les conditions se rapportant à l’arrêté introductif d’instance. Les premières conditions se trouvent dans le *Code criminel* et les dernières dans la *Loi sur l’extradition*. Bien que le processus d’extradition soit un élément important de notre système de justice criminelle, il serait erroné d’en faire l’équivalent d’une procédure criminelle. Les distinctions subtiles du droit criminel n’ont pas leur place dans le droit d’extradition. Les cours comprennent maintenant très bien le principe selon lequel les subtilités du droit criminel ne s’appliquent que dans une certaine mesure aux causes d’extradition. La prétention du demandeur selon laquelle la règle de la spécialité est compromise lorsque l’arrêté introductif d’instance n’est pas formulé de façon claire n’a pas de fondement. L’argument des cocomploteurs n’était pas non plus bien fondé. L’arrêt *Kowbel* a trait à un homme et une femme seuls; la mise en accusation en l’espèce mentionne «et d’autres personnes connues et inconnues» du grand jury. La question de savoir si l’acte reproché est un crime en vertu du droit des États-Unis sera décidée par les poursuivants aux États-Unis; c’est le juge d’extradition qui a la tâche d’évaluer si la preuve est suffisante pour démontrer que l’infraction alléguée, si elle avait été commise au Canada, constitue un crime. L’arrêt *Shull* n’a été suivi par aucune cour, mais si la Cour suprême de la Colombie-Britannique a eu raison de conclure que le juge d’extradition a compétence pour annuler l’arrêté introductif d’instance, le demandeur ne pourrait s’appuyer sur aucun argument pour prétendre que la Cour fédérale devrait exercer sa compétence.

Le demandeur soutient que la procédure d’extradition constitue un abus de procédure, en raison du retard de trois ans et demi après la date de la mise en accusation par le grand jury, lequel retard est aggravé par une décision consciente et stratégique d’utiliser la procédure d’expulsion pour contourner le processus d’extradition. Le demandeur soutient que la tentative d’expulsion était en fait une tentative d’extradition et qu’elle constitue un abus de procédure. Le juge Kelen a déjà conclu, au cours de la demande de contrôle judiciaire concernant la mesure d’expulsion conditionnelle prise contre le demandeur que celui-ci ne s’est pas acquitté de la charge rigoureuse qui lui incombait de montrer que les autorités canadiennes voulaient son expulsion dans un dessein illégitime. Si la position du demandeur était que le ministre a agi de mauvaise foi ou pour un motif non approprié, le demandeur doit produire une preuve attestant que les actes posés par le ministre n’étaient pas fondés sur des objectifs

process should be made to the Minister, if a committal order is made, prior to surrender. Improper motives or bad faith on the part of Canadian authorities in seeking extradition would constitute a ground for review of the surrender decision. Given the mandatory nature of paragraph 44(1)(a) of the Act, the Minister must consider all of the relevant circumstances, singly and in combination, in determining whether surrender would be unjust or oppressive and the individual is entitled to reasons responsive to the factors relevant to his situation. A surrender order is subject to judicial review by the provincial appellate court.

Applicant's submission that, since Canada acts as agent, actions by the Americans amounting to abuse of process can "vitiate this entire proceeding" may have been based upon a misunderstanding of certain comments of Arbour J. in the *Shulman* case. This matter has yet to reach the extradition hearing stage and applicant's arguments fall within the jurisdiction of either the extradition judge or the Minister.

In the course of this hearing, respondent's counsel made reference to a document delegating the power to issue an ATP to a particular senior Justice Canada counsel. Applicant seized upon the fact that although there was a space for the specific date, it read June —, 1999. Applicant argued that this defect rendered the delegation a nullity. Counsel could find no case law directly on point. Nothing turned on the exact date that the document was signed.

Another argument was that the Minister acted arbitrarily and erred in law in wrongfully delegating his authority in that delegation of the power to issue an ATP is not authorized by the Act. The Court was urged to find that the requirement that the Minister had to be "satisfied" together with the nature of the decision dictate that the power cannot be delegated. Reference was made to *Federal Republic of Germany v. Schreiber* in which Watt J. ruled that an extradition judge lacked jurisdiction to question an ATP's validity based on impermissible delegation of ministerial authority. The Court was of the view that if the Minister did improperly delegate his authority, he could be said to have acted arbitrarily. In the *Woolley* case, Ontario Superior Court Justice Hoilett held that he did have jurisdiction to rule on whether an ATP was defective for having been signed by senior counsel rather than

légitimes. La Cour n'est saisie d'aucune preuve qui indique que le ministre n'a pas agi correctement, qu'il s'est appuyé sur un motif arbitraire ou qu'il a fait preuve de mauvaise foi. Les prétentions alléguant qu'il y a eu retard et abus de procédure doivent être présentées au ministre si une ordonnance d'incarcération est délivrée avant l'extradition. Les motifs non appropriés ou la mauvaise foi de la part des autorités canadiennes dans une procédure d'extradition constitueraient un motif de contrôle de la décision de procéder à l'extradition. Compte tenu de la nature obligatoire de l'alinéa 44(1)a), le ministre doit examiner toutes les circonstances pertinentes, de façon individuelle et globale, pour déterminer si l'extradition serait injuste ou tyrannique et si l'intéressé a droit à des motifs traitant des facteurs pertinents à sa situation. Une ordonnance concernant l'extradition peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la cour d'appel provinciale.

L'allégation du demandeur selon laquelle, parce que le Canada agit en tant que représentant, les décisions des Américains qui équivalent à un avis de procédure peuvent «vicier toute la procédure» peut avoir été fondée sur une mauvaise interprétation des observations formulées par la juge Arbour dans l'arrêt *Shulman*. La présente affaire n'en est pas encore à l'étape de l'audience d'extradition et les arguments du demandeur relèvent de la compétence soit du juge d'extradition, soit du ministre.

Au cours de la présente audience, l'avocat du défendeur a fait référence à un document en particulier qui déléguait le pouvoir de délivrer un arrêté introductif d'instance à un avocat principal en particulier au ministère de la Justice. Le demandeur invoque le fait que bien qu'il y ait un espace prévu pour y insérer le jour du mois pertinent, l'espace est laissé en blanc et le document est daté du juin 1999. Le demandeur prétend que ce vice rend le document nul. L'avocat n'a pas trouvé de jurisprudence directement pertinente. Rien d'important ne se rattache au jour spécifique au cours duquel le document a été signé.

Il a de plus été avancé que le ministre a agi de façon arbitraire et qu'il a commis une erreur de droit en déléguant à tort son pouvoir car la Loi ne renferme aucune disposition qui autorise le ministre à déléguer son pouvoir discrétionnaire de délivrer un arrêté introductif d'instance. Il a été demandé à la Cour de conclure que la condition relative à la conviction du ministre, jumelée à la nature de la décision, fait en sorte que le pouvoir ne peut être délégué. On a invoqué l'arrêt *Federal Republic of Germany v. Schreiber*, dans lequel le juge Watt a statué que le juge d'extradition n'avait pas compétence pour vérifier la validité de l'arrêté introductif d'instance au motif qu'il s'agissait d'une délégation non autorisée du pouvoir du ministre. La Cour est d'avis que si le ministre a délégué à tort son pouvoir, on peut dire qu'il a agi de façon arbitraire. Dans la décision *Woolley*, le juge Hoilett de la Cour supérieure de

the Minister. In view of the conflicting case law, it cannot be said that the matter falls squarely within the jurisdiction of the extradition judge. The *Ramawad* case, which involved improper delegation of the Minister's authority under the Immigration Regulations, supported applicant's position on this issue. But, in *Dr. Q*, it would seem that the Supreme Court of Canada has taught that, in every case, a reviewing judge must first determine the applicable review standard by applying the pragmatic and functional analysis. The Minister's expertise does not extend to a decision to delegate and the problem—whether his discretionary power can be delegated—is a pure question of law. Correctness was the appropriate review standard. Still, there is high authority for the proposition that the statutory construction that grew up around the maxim *delegatus non potest delegare* may have operated more strongly in the past when express delegation was generally thought necessary. And, even before the enactment of *Interpretation Act*, subsection 24(2) (which provides that a person serving in an appropriate capacity within the minister's department can do that which the minister is empowered to do), courts had recognized a principle of implied delegation of ministerial powers so as to ensure the proper, efficient functioning of public administration. Turning to the Act, while those subsections dealing with an individual's surrender require the Minister to act "personally", this was not said in relation to section 15. All things considered, it was open to the Minister to delegate his section 15 discretionary authority.

In the result, while the Federal Court did have jurisdiction to review the Minister's decision to issue an ATP under Act, section 15, an order issued dismissing the application for judicial review.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 581 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 118), 601(11) (as am.

l'Ontario a conclu qu'il avait compétence pour se prononcer sur la question de savoir si l'arrêté introductif d'instance était vicié en ce sens qu'il avait été signé par un avocat principal alors qu'il aurait dû être signé par le ministre. Compte tenu de la jurisprudence contradictoire, on ne peut dire qu'il s'agit d'une question qui relève carrément de la compétence du juge d'extradition. L'arrêt *Ramawad*, dans lequel il était question d'une délégation irrégulière du pouvoir du ministre qui lui a été conféré par le Règlement établi sous le régime de la *Loi sur l'immigration* étayait la position du demandeur sur cette question. Cependant dans l'arrêt *Dr Q*, il semble que la Cour suprême du Canada a enseigné que, dans chaque cas, le juge chargé du contrôle doit commencer par déterminer quelle est la norme de contrôle applicable à l'égard de la décision contestée en appliquant l'analyse pragmatique et fonctionnelle. L'expertise du ministre ne s'étend pas à la décision de déléguer et le problème—savoir si le pouvoir discrétionnaire peut être délégué—est une pure question de droit. La norme de contrôle applicable est celle de la décision juste. Toutefois, il existe une abondante jurisprudence qui appuie la proposition selon laquelle l'interprétation législative qui a été élaborée au sujet de la maxime latine *delegatus non potest delegare* peut avoir eu un effet plus fort par le passé, quand on estimait généralement que la délégation expresse était nécessaire. Même avant l'adoption du paragraphe 24(2) de la *Loi d'interprétation*, (lequel prévoit qu'une personne nommée ayant, dans le ministère du ministre, la compétence voulue, peut faire ce que le ministre a le pouvoir de faire), la délégation implicite des pouvoirs ministériels était déjà une pratique reconnue par les tribunaux afin de garantir une gestion saine et efficace de l'administration publique. Quant à la Loi, bien que les paragraphes qui traitent de l'arrestation d'une personne exigent que le ministre agisse «personnellement», aucun libellé semblable n'est utilisé à l'égard de l'article 15. Tout bien considéré, il est loisible au ministre de déléguer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré à l'article 15 de la Loi.

Finalement, bien que la Cour fédérale ait compétence pour effectuer le contrôle de la décision du ministre de la Justice de délivrer un arrêté introductif d'instance en vertu de l'article 15 de la Loi, une ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire sera rendue.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 581 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 118), 601(11) (mod., *idem*, art. 123).
Extradition Act, 1989 (R.-U.), 1989, ch. 33.

- idem*, s. 123).
- Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, ss. 2, 3, 4, 6, 7, 8, 11, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40 (as am. by S.C. 2000, c. 24, s. 51; 2001, c. 27, s. 250), 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47 (as am. by S.C. 2002, c. 1, s. 190), 47.1 (as enacted by S.C. 2000, c. 24, s. 52), 48 (as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 251), 49, 51, 53, 54, 55, 56, 57 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 141), 71(3).
- Extradition Act, 1989* (U.K.), 1989, c. 33.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2(1) "final judgment", 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 6(2).
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 24(2) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89).
- Speedy Trial Act*, 88 Stat. 2080 (1974) (as am. by 93 Stat. 328 (1979)).
- Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America*, December 3, 1971, [1976] Can. T.S. No. 3, Arts. 2 (as am. by [1991] Can. T.S. No. 37, Art. 1), 4(1)(ii),(iii), 8, 9, 10, 11 (as am. *idem*, Art. VII), 12.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 24(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89).
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.5 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
- 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) «jugement définitif», 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7.
- Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, art. 2, 3, 4, 6, 7, 8, 11, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40 (mod. par L.C. 2000, ch. 24, art. 51; 2001, ch. 27, art. 250), 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47 (mod. par L.C. 2002, ch. 1, art. 190), 47.1 (édicte par L.C. 2000, ch. 24, art. 52), 48 (mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 251), 49, 51, 53, 54, 55, 56, 57 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 141), 71(3).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 6(2).
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8.
- Speedy Trial Act*, 88 Stat. 2080 (1974) (mod. par 93 Stat. 328 (1979)).
- Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 3 décembre 1971, [1976] R.T. Can. No 3, art. 2 (mod. par [1991] R.T. Can. n° 37, art. 1), 4(1)(ii),(iii), 8, 9, 10, 11 (mod., *idem*, art. VII), 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Froom v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2003 FC 1127; [2003] F.C.J. No. 1443 (T.D.) (QL); *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532; (2001), 197 D.L.R. (4th) 1; 152 C.C.C. (3d) 225; 41 C.R. (5th) 44; 81 C.R.R. (2d) 189; 267 N.R. 310; 145 O.A.C. 36; *McVey (Re)*; *McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475; (1992), 97 D.L.R. (4th) 193; [1993] 1 W.W.R. 289; 73 B.C.L.R. (2d) 145; 16 B.C.A.C. 241; 77 C.C.C. (3d) 1; 144 N.R. 81; *Federal Republic of Germany v. Schreiber*, [2000] O.J. No. 2618 (Sup. Ct.) (QL); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Rees v. Secretary of State for the Home Dept.*, [1986] 2 All E.R. 321 (H.L.); *Zündel v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 F.C. 255; (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 135; 256 N.R. 125 (C.A.); *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (F.C.A.); *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Froom c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CF 1127; [2003] A.C.F. n° 1443 (1^{re} inst.) (QL); *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532; (2001), 197 D.L.R. (4th) 1; 152 C.C.C. (3d) 225; 41 C.R. (5th) 44; 81 C.R.R. (2d) 189; 267 N.R. 310; 145 O.A.C. 36; *McVey (Re)*; *McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475; (1992), 97 D.L.R. (4th) 193; [1993] 1 W.W.R. 289; 73 B.C.L.R. (2d) 145; 16 B.C.A.C. 241; 77 C.C.C. (3d) 1; 144 N.R. 81; *Federal Republic of Germany v. Schreiber*, [2000] O.J. n° 2618 (C. Sup.) (QL); *Canadian Pacific Ltd. c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Rees v. Secretary of State for the Home Dept.*, [1986] 2 All E.R. 321 (H.L.); *Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] 4 C.F. 255; (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 135; 256 N.R. 125 (C.A.); *Szczecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (C.A.F.); *Dr Q c. College of*

British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *United States of America v. Reumayr* (2003), 184 B.C.A.C. 251; 176 C.C.C. (3d) 377 (B.C.C.A.); *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238; (1976), 66 D.L.R. (3d) 660; [1976] 3 W.W.R. 536; 28 C.C.C. (2d) 279; 8 N.R. 47; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; (1997), 142 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 1; 31 C.C.L.T. (2d) 236; 206 N.R. 363; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Wiemer* (1998), 228 N.R. 341; 42 R.F.L. (4th) 242 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Kowbel v. The Queen, [1954] S.C.R. 498; [1954] 4 D.L.R. 337; (1954), 110 C.C.C. 47; 18 C.R. 380.

CONSIDERED:

Froom v. Canada (Minister of Justice), [2003] 3 F.C. 268; (2002), 225 F.T.R. 173 (T.D.); *United Kingdom v. Woolley*, [2003] O.J. No. 3805 (Sup. Ct.) (QL); *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *Fast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 41 Admin. L.R. (3d) 200; 217 F.T.R. 159; 288 N.R. 8 (F.C.A.); *Reza v. Canada* (1992), 11 O.R. (3d) 65; 98 D.L.R. (4th) 88; 9 Admin. L.R. (2d) 121; 11 C.R.R. (2d) 213; 58 O.A.C. 377 (C.A.); *Fast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 1 F.C. 257; (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 74; 186 F.T.R. 16; 7 Imm. L.R. (3d) 40 (T.D.); *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616; (2001), 152 C.C.C. (3d) 294; 41 C.R. (5th) 100; 81 C.R.R. (2d) 245; 268 N.R. 115; 145 O.A.C. 201; *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (F.C.A.); *Reebok Canada v. Minister of National Revenue* (1995), 179 N.R. 300 (F.C.A.); *United States of America v. Shull*, unreported oral decision, 29/6/01, Vancouver Docket CC991440; *Edgar v. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 294; 182 D.L.R. (4th) 419; 127 O.A.C. 202; 4 T.T.R. (2d) 235 (C.A.); *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste. Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; (1985), 20 D.L.R. (4th) 602; 13 Admin. L.R. 144; 20 C.C.C. (3d) 408; 59 N.R. 391.

REFERRED TO:

Froom v. Canada (Minister of Justice), [2002] 4 F.C. 345; (2002), 218 F.T.R. 230 (T.D.); *Canada v. Schmidt*, [1987]

Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *United States of America v. Reumayr* (2003), 184 B.C.A.C. 251; 176 C.C.C. (3d) 377 (C.A. C.-B.); *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238; (1976), 66 D.L.R. (3d) 660; [1976] 3 W.W.R. 536; 28 C.C.C. (2d) 279; 8 N.R. 47; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; (1997), 142 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 1; 31 C.C.L.T. (2d) 236; 206 N.R. 363; *Canada (Ministre du développement des ressources humaines) c. Wiemer* (1998), 228 N.R. 341; 42 R.F.L. (4th) 242 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Kowbel v. The Queen, [1954] R.C.S. 498; [1954] 4 D.L.R. 337; (1954), 110 C.C.C. 47; 18 C.R. 380.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Froom c. Canada (Ministre de la Justice), [2003] 3 C.F. 268; (2002), 225 F.T.R. 173 (1^{re} inst.); *United Kingdom v. Woolley*, [2003] O.J. n° 3805 (C. sup.) (QL); *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *Fast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 41 Admin. L.R. (3d) 200; 217 F.T.R. 159; 288 N.R. 8 (C.A.F.); *Reza v. Canada* (1992), 11 O.R. (3d) 65; 98 D.L.R. (4th) 88; 9 Admin. L.R. (2d) 121; 11 C.R.R. (2d) 213; 58 O.A.C. 377 (C.A.); *Fast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 1 C.F. 257; (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 74; 186 F.T.R. 16; 7 Imm. L.R. (3d) 40 (1^{re} inst.); *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616; (2001), 152 C.C.C. (3d) 294; 41 C.R. (5th) 100; 81 C.R.R. (2d) 245; 268 N.R. 115; 145 O.A.C. 201; *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (C.A.F.); *Reebok Canada c. Ministre du Revenu national* (1995), 179 N.R. 300 (C.A.F.); *United States of America v. Shull*, décision verbale non publiée en date du 29-6-01, dossier CC991440 de Vancouver; *Edgar v. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 294; 182 D.L.R. (4th) 419; 127 O.A.C. 202; 4 T.T.R. (2d) 235 (C.A.); *Procureur général du Québec c. Carrières Ste. Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; (1985), 20 D.L.R. (4th) 602; 13 Admin. L.R. 144; 20 C.C.C. (3d) 408; 59 N.R. 391.

DÉCISIONS CITÉES:

Froom c. Canada (Ministre de la Justice), [2002] 4 C.F. 345; (2002), 218 F.T.R. 230 (1^{re} inst.); *Canada c. Schmidt*,

1 S.C.R. 500; (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; 33 C.C.C. (3d) 193; 58 C.R. (3d) 1; 28 C.R.R. 280; 76 N.R. 12; 20 O.A.C. 161; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; (1976), 70 D.L.R. (3d) 136; 30 C.C.C. (2d) 424; 34 C.R.N.S. 207; 9 N.R. 215; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; (1987), 80 A.R. 1; 40 D.L.R. (4th) 74; [1987] 4 W.W.R. 289; 52 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 334; 28 C.R.R. 262; 76 N.R. 51; *United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286; (1993), 111 D.L.R. (4th) 31; 87 C.C.C. (3d) 385; 163 N.R. 1; 69 O.A.C. 241; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; (1992), 97 D.L.R. (4th) 577; 9 Admin. L.R. (2d) 1; 77 C.C.C. (3d) 65; 17 C.R. (4th) 161; 12 C.R.R. (2d) 77; 144 N.R. 327; 59 O.A.C. 241; *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193; *United States of America v. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52; 203 D.L.R. (4th) 337; 157 C.C.C. (3d) 225; 45 C.R. (5th) 205; 87 C.R.R. (2d) 300; 149 O.A.C. 364 (C.A.); *United States of America v. Kucan* (2001), 151 O.A.C. 131 (C.A.); *United States of America v. Drysdale* (2000), 32 C.R. (5th) 163; 71 C.R.R. (2d) 133 (Ont. Sup. Ct.); *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; *United States of America v. Sagarra* (2003), 226 Nfld. & P.E.I.R. 321; 177 C.C.C. (3d) 180 (Nfld. C.A.); *Thailand v. Karas*, 2001 BCSC 72; [2001] B.C.J. No. 124 (S.C.) (QL); *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; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Brodie and Barrett v. The King*, [1936] S.C.R. 188; [1936] 3 D.L.R. 81; (1936), 65 C.C.C. 289; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; (1997), 33 O.R. (3d) 478; 147 D.L.R. (4th) 399; 115 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (5th) 79; 44 C.R.R. (2d) 189; 213 N.R. 321; 101 O.A.C. 321; *United States of America v. Bonamie* (2001), 293 A.R. 201; [2002] 1 W.W.R. 247; 96 Alta. L.R. (3d) 252; 90 C.R.R. (2d) 269 (C.A.); *United States of America v. Earles* (2003), 176 B.C.A.C. 231; 176 C.C.C. (3d) 116 (C.A.); *United States of America v. Gillingham* (2000), 193

[1987] 1 R.C.S. 500; (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; 33 C.C.C. (3d) 193; 58 C.R. (3d) 1; 28 C.R.R. 280; 76 N.R. 12; 20 O.A.C. 161; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; (1976), 70 D.L.R. (3d) 136; 30 C.C.C. (2d) 424; 34 C.R.N.S. 207; 9 N.R. 215; *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; (1987), 80 A.R. 1; 40 D.L.R. (4th) 74; [1987] 4 W.W.R. 289; 52 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 334; 28 C.R.R. 262; 76 N.R. 51; *États-Unis d'Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286; (1993), 111 D.L.R. (4th) 31; 87 C.C.C. (3d) 385; 163 N.R. 1; 69 O.A.C. 241; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; (1992), 97 D.L.R. (4th) 577; 9 Admin. L.R. (2d) 1; 77 C.C.C. (3d) 65; 17 C.R. (4th) 161; 12 C.R.R. (2d) 77; 144 N.R. 327; 59 O.A.C. 241; *United States of America c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193; *United States of America v. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52; 203 D.L.R. (4th) 337; 157 C.C.C. (3d) 225; 45 C.R. (5th) 205; 87 C.R.R. (2d) 300; 149 O.A.C. 364 (C.A.); *United States of America v. Kucan* (2001), 151 O.A.C. 131 (C.A.); *United States of America v. Drysdale* (2000), 32 C.R. (5th) 163; 71 C.R.R. (2d) 133 (C. sup. Ont.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 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; *United States of America v. Sagarra* (2003), 226 Nfld. & P.E.I.R. 321; 177 C.C.C. (3d) 180 (T.-N. C.A.); *Thailand v. Karas*, 2001 BCSC 72; [2001] B.C.J. n° 124 (C.S.) (QL); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Brodie and Barrett v. The King*, [1936] R.C.S. 188; [1936] 3 D.L.R. 81; (1936), 65 C.C.C. 289; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; (1997), 33 O.R. (3d) 478; 147 D.L.R. (4th) 399; 115 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (5th) 79; 44 C.R.R. (2d) 189; 213 N.R. 321; 101 O.A.C. 321; *United States of America v. Bonamie* (2001), 293 A.R. 201; [2002] 1 W.W.R. 247; 96 Alta. L.R. (3d) 252; 90 C.R.R. (2d) 269 (C.A.); *United States of America v. Earles* (2003), 176 B.C.A.C. 231; 176 C.C.C. (3d) 116 (C.A.);

D.L.R. (4th) 133; 144 B.C.A.C. 165; 149 C.C.C. (3d) 261 (B.C.C.A.); *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; 50 Admin. L.R. (3d) 156; 170 C.C.C. (3d) 539; 166 O.A.C. 345 (C.A.); *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587; (2001), 197 D.L.R. (4th) 46; 152 C.C.C. (3d) 270; 41 C.R. (5th) 81; 81 C.R.R. (2d) 226; 267 N.R. 203; 145 O.A.C. 3; *Ramawad v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 S.C.R. 375; (1977), 81 D.L.R. (3d) 687; 18 N.R. 69.

United States of America v. Gillingham (2000), 193 D.L.R. (4th) 133; 144 B.C.A.C. 165; 149 C.C.C. (3d) 261 (C.A. C.-B.); *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; 50 Admin. L.R. (3d) 156; 170 C.C.C. (3d) 539; 166 O.A.C. 345 (C.A.); *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587; (2001), 197 D.L.R. (4th) 46; 152 C.C.C. (3d) 270; 41 C.R. (5th) 81; 81 C.R.R. (2d) 226; 267 N.R. 203; 145 O.A.C. 3; *Ramawad c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 R.C.S. 375; (1977), 81 D.L.R. (3d) 687; 18 N.R. 69.

AUTHORS CITED

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Minister of Justice to issue an authority to proceed under *Extradition Act*, section 15. Application denied.

DOCTRINE

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du ministre de la Justice de délivrer un arrêté introductif d'instance en vertu de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*. Demande rejetée.

APPEARANCES:

Lorne Waldman, David B. Cousins and Gregory Lafontaine for applicant.
Dale L. Yurka and Joseph Cheng for respondent.

ONT COMPARU:

Lorne Waldman, David B. Cousins et Gregory Lafontaine pour le demandeur.
Dale L. Yurka et Joseph Cheng pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Waldman and Associates, Toronto, *David B. Cousins*, Toronto, and *Lafontaine & Associate*, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Waldman and Associates, Toronto, *David B. Cousins*, Toronto, et *Lafontaine & Associate*, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] LAYDEN-STEVENSON J.: Arthur Froom (also known as Arthur Kissel) wishes to avoid extradition to the United States of America on charges of conspiracy, fraud and laundering the proceeds of crime. In this application, he asks the Court, among other things, to judicially review and quash the authority to proceed (ATP) issued by the Minister under the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18 (the Act) on July 3, 2001.

[1] LE JUGE LAYDEN-STEVENSON: Arthur Froom (également connu sous le nom d'Arthur Kissel) cherche à éviter l'extradition vers les États-Unis d'Amérique sous des accusations de complot, de fraude et de recyclage des produits de la criminalité. Il demande notamment à la Cour de procéder au contrôle judiciaire de l'arrêté introductif d'instance, délivré par le ministre en vertu de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18 (la Loi), le 3 juillet 2001 et de l'annuler.

FACTUAL AND PROCEDURAL BACKGROUND

[2] Because of the nature of some of the arguments that will be referred to in due course, it is necessary, for contextual purposes, to set out the factual and procedural basis that underlies this particular application. Mr. Froom is an American citizen, is married to a Canadian citizen and is presently resident in Canada. In the past, Mr. Froom travelled to and from Canada regularly for business purposes. In April 1998, he was arrested in Toronto by Canadian officers for alleged violations of the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. He was released on conditions.

[3] Mr. Froom appeared before an adjudicator of the Immigration and Refugee Board regarding allegations that he had worked illegally in Canada, that he had been convicted of drinking and driving in the United States and that he was wanted in the United States on charges of fraud related to insurance claims. The allegation with respect to working illegally was not established and the impaired driving allegation was withdrawn. The Adjudicator made a conditional deportation order on the basis of the remaining allegation. The Adjudicator's order was the subject of an application for judicial review that was dismissed by Mr. Justice Kelen on October 2, 2003 [*Froom v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1127; [2003] F.C.J. No. 1443 (T.D.) (QL)].

[4] On June 28, 2001, United States Embassy Diplomatic Note No. 456 was presented to the Department of Foreign Affairs and International Trade requesting the extradition of Arthur Kissel, a.k.a. Arthur Froom. The document indicates that "Kissel is wanted to stand trial on federal fraud offences". The acts for which extradition is sought are acts allegedly committed by Mr. Froom in relation to the business (the provision of medical services) that he ran with his wife. On July 3, 2001, the ATP issued. It was signed by counsel for the International Assistance Group (the IAG) for the Minister of Justice, Canada. It lists the following Canadian offences as being those that correspond to the conduct alleged against Mr. Froom in the United States:

CONTEXTE FACTUEL ET PROCÉDURAL

[2] En raison de la nature de certains des arguments auxquels il sera fait référence en temps et lieu, il est nécessaire, pour mieux comprendre le contexte, d'énoncer le fondement factuel et procédural qui sous-tend cette demande particulière. M. Froom est citoyen américain, il est marié à une citoyenne canadienne et réside actuellement au Canada. Par le passé, M. Froom a voyagé régulièrement à l'étranger pour ses affaires. En avril 1998, il a été arrêté à Toronto par des agents canadiens sous des allégations d'infractions prévues dans l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. Il a été libéré moyennant le respect de certaines conditions.

[3] M. Froom a comparu devant un arbitre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié au sujet d'allégations voulant qu'il aurait travaillé illégalement au Canada, qu'il aurait été condamné pour conduite en état d'ébriété aux États-Unis et qu'il serait recherché aux États-Unis pour des accusations de fraude ayant trait à des demandes de règlement en matière d'assurance. L'allégation concernant le travail illégal n'a pas été prouvée et l'allégation de conduite avec facultés affaiblies a été retirée. L'arbitre a pris une mesure d'expulsion conditionnelle en se fondant sur l'allégation restante. Cette mesure d'expulsion a fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire qui a été rejetée par le juge Kelen le 2 octobre 2003 [*Froom c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1127; [2003] A.C.F. n° 1443 (1^{re} inst.) (QL)].

[4] Le 28 juin 2001, la note diplomatique n° 456 de l'Ambassade des États-Unis a été remise au ministre des Affaires étrangères et du Commerce international afin d'obtenir l'extradition d'Arthur Kissel, alias Arthur Froom. Le document indique ce qui suit: [TRADUCTION] «Kissel est recherché afin d'être jugé pour des infractions fédérales en matière de fraude». La demande d'extradition se fonde sur des actes qui auraient été commis par M. Froom relativement à l'entreprise (prestation de services médicaux) qu'il exploitait avec son épouse. Le 3 juillet 2001, l'arrêté introductif d'instance a été délivré. Ce document a été signé par un avocat du Groupe d'entraide internationale (GEI) au nom du ministre de la Justice du Canada. Les infractions

- conspiracy to commit fraud contrary to sections 380 and 465(1) of the Criminal Code of Canada;

- fraud contrary to section 380 of the Criminal Code;

- conspiracy to launder the proceeds of crime contrary to sections 462.31 and 465(1)(c) of the Criminal Code; and

- laundering the proceeds of crime contrary to section 462.31 of the Criminal Code.

[5] The certified legal statement of the Assistant United States Attorney for the Southern District of New York, included as part of the documentation supporting the request for extradition, indicates that the first grand jury indictment in relation to this matter was returned on March 28, 1998. After considering additional evidence, the grand jury returned a first superseding indictment on November 4, 1998, modifying the charge in the original indictment. On October 20, 1999, after considering additional evidence, the grand jury returned a second superseding indictment and on March 29, 2000, after considering additional evidence, the grand jury returned a third superseding indictment. The certified legal statement specifies that the third superseding indictment replaces the previous indictments as the charging document in the case.

[6] An *ex parte* application was made before a justice of the Superior Court of Justice, Ontario, for a warrant of arrest and it issued on September 11, 2001. Mr. Froom was arrested and later released on a recognizance requiring a cash deposit of \$25,000 and a surety for the amount of \$20,000. He filed a notice of application on November 12, 2001, seeking a writ of *certiorari* quashing the ATP, a declaration that it is invalid and of no force and effect and a declaration setting aside the decision of the Minister. In an amended notice of application dated May 5, 2003, Mr. Froom significantly expands the remedies sought and adds requests for various injunctions against the Minister of Justice and the Attorney General relating to the ATP and the

canadiennes suivantes y sont mentionnées comme étant celles qui correspondent à la conduite alléguée de M. Froom aux États-Unis:

- complot en vue de commettre une fraude contrairement à l'article 380 et au paragraphe 465(1) du Code criminel du Canada;

- fraude contrairement à l'article 380 du Code criminel;

- complot en vue de recycler les produits de la criminalité contrairement à l'article 462.31 et à l'alinéa 465(1)c) du Code criminel; et

- recyclage des produits de la criminalité contrairement à l'article 462.31 du Code criminel.

[5] La déclaration certifiée du procureur adjoint des États-Unis pour le district sud de New York, jointe aux documents présentés à l'appui de la demande d'extradition, indique que la première accusation devant le grand jury ayant trait à cette affaire a été présentée le 28 mars 1998. Après avoir examiné une preuve supplémentaire, le grand jury a présenté une première accusation modifiée le 4 novembre 1998, qui modifiait l'inculpation mentionnée dans la première accusation. Le 20 octobre 1999, après avoir examiné une nouvelle preuve, le grand jury a présenté une deuxième accusation modifiée et, le 29 mars 2000, après avoir de nouveau examiné une preuve additionnelle, le grand jury a présenté une troisième accusation modifiée. La déclaration certifiée précise que la troisième accusation modifiée remplace les accusations antérieures et constitue le document d'inculpation dans la présente affaire.

[6] Une demande *ex parte* a été présentée devant un juge de la Cour supérieure de l'Ontario afin d'obtenir un mandat d'arrestation qui a été délivré le 11 septembre 2001. M. Froom a été arrêté et par la suite libéré après avoir souscrit un engagement de fournir un dépôt en espèces de 25 000 \$ et une caution de 20 000 \$. Le 12 novembre 2001, il a déposé un avis de demande dans lequel il réclame un bref de *certiorari* annulant l'arrêté introductif d'instance, une déclaration attestant que ce document est invalide et sans aucun effet, ainsi qu'une déclaration infirmant la décision du ministre. Dans un avis de demande modifié, en date du 5 mai 2003, M. Froom élabore de façon importante sur les redressements recherchés, ajoute plusieurs demandes d'injonctions

extradition proceedings as well as various other remedies with respect to the Ontario courts and the United States.

[7] Mr. Froom also made a claim for Convention refugee status in Canada. That claim was denied. There is additionally an action against Her Majesty dealing with issues similar to those involved in this application. The action is presently stayed on the consent of the parties.

[8] In relation to this proceeding, the respondent, by motion, sought to strike the application for judicial review. The Prothonotary's decision allowing the motion *Froom v. Canada (Minister of Justice)*, [2002] 4 F.C. 345 (T.D.) (*Froom No. 1*) was appealed and the appeal was allowed by Mr. Justice Gibson *Froom v. Canada (Minister of Justice)*, [2003] 3 F.C. 268 (T.D.) (*Froom No. 2*). He concluded that while there exists [at paragraph 34] a "compelling argument that this Court does not have the jurisdiction to judicially review the issuance of an authority to proceed, an equally compelling argument can be made that this Court has such jurisdiction by virtue of the *Federal Court Act* and, in the absence of the ousting of that jurisdiction, this Court should fully consider exercising it". In relation to the question whether, if this Court has jurisdiction to judicially review an ATP, should it nonetheless refrain from exercising that jurisdiction, Mr. Justice Gibson had this to say [at paragraphs 35-36]:

Counsel for the Minister, without acknowledging that this Court has jurisdiction to judicially review an authority to proceed, urged that, if the Court has the jurisdiction, it should not exercise it because there exists an adequate alternative remedy and further, that its exercise would be incompatible with the statutory scheme of the *Extradition Act* and expeditious fulfilment of Canada's international obligations in the field of extradition.

I am satisfied that this is an issue more appropriately dealt with on the hearing of any application for judicial review and not on a motion to strike such an application.

contre le ministre de la Justice et le procureur général au sujet de l'arrêté introductif d'instance et des procédures d'extradition, et réclame divers autres redressements à l'encontre des tribunaux de l'Ontario et des États-Unis.

[7] M. Froom a aussi revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention au Canada. Cette revendication a été refusée. En outre, une action a été intentée contre la Reine au sujet de questions semblables à celles dont traite la présente demande. Les parties ont consenti à ce qu'il soit sursis à cette action.

[8] Pour ce qui est de la présente instance, le défendeur a demandé, par voie de requête, la radiation de la demande de contrôle judiciaire. La décision du protonotaire accueillant la requête *Froom c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2002] 4 C.F. 345 (1^{re} inst.) (*Froom n° 1*) a fait l'objet d'un appel qui a été accueilli par le juge Gibson (*Froom c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2003] 3 C.F. 268 (1^{re} inst.) (*Froom n° 2*). Il a conclu que bien qu'il existe [au paragraphe 34] «des arguments probants à l'appui de [l]a thèse voulant que notre Cour n'ait pas compétence pour procéder à l'examen judiciaire d'une décision relative à la délivrance d'un arrêté introductif d'instance, il est possible d'élaborer des arguments tout aussi probants pour démontrer que notre Cour possède cette compétence sous le régime de la *Loi sur la Cour fédérale* et, en l'absence d'une exclusion de cette compétence, notre Cour devrait considérer qu'elle peut l'exercer pleinement». Pour ce qui est de savoir si, en admettant que la Cour a compétence pour procéder à l'examen judiciaire d'un arrêté introductif d'instance, elle devrait néanmoins s'abstenir d'exercer cette compétence, le juge Gibson ajoute ce qui suit [aux paragraphes 35 et 36]:

L'avocate du ministre, sans reconnaître que notre Cour a compétence pour procéder au contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance, a allégué que, si la Cour a compétence, elle ne devrait pas l'exercer parce qu'il existe un autre recours approprié et que cet exercice serait incompatible avec le régime de la *Loi sur l'extradition* et la prompte exécution des obligations internationales du Canada en matière d'extradition.

Je suis d'avis qu'il s'agit d'une question qu'il conviendrait mieux de trancher dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire plutôt que dans le cadre d'une requête en radiation de cette demande.

[9] The hearing of this application began on August 12, 2003. The morning of August 12th was consumed by argument with respect to a motion by the applicant that had been scheduled for hearing during general sittings on August 11th. When it became apparent to the Motions Judge that the matter required significantly more time than was available on general sittings, the motion was directed to be set over and dealt with at the outset of the hearing of the application. Mr. Froom had requested that various portions of the respondent's record and memorandum of fact and law be struck on the basis that it was not apparent what documents were before counsel for the IAG when the decision to issue the ATP was made. Notwithstanding that the motion arguments were substantial, a compromise of the issue was eventually agreed upon, and when the respondent provided correspondence from the IAG counsel in this respect, the motion was withdrawn. It became apparent, however, that the remaining 1½ days would not provide sufficient time within which to canvass material contained in 15 volumes of authorities, 4 volumes of records and requiring the appearances of 5 lawyers. At the end of the day on August 13th, the hearing was adjourned and scheduled to resume on September 2nd.

[10] Matters were somewhat further complicated when one of the applicant's counsel fell ill prior to the September 2nd date and requested an adjournment on the Friday preceding the scheduled date. In response, I directed able counsel to be present on September 2nd to address the request for an adjournment and to be prepared to proceed. When we resumed, I, at the outset, commented on the fact that the counsel in question had not presented any of the oral argument during the first phase of the hearing. The submissions of one of Mr. Froom's counsel revealed that while the incapacitated counsel had not argued orally, there had been interaction and consultation among Mr. Froom's counsel and that it was anticipated that the opportunity for similar interaction and consultation would be afforded between the conclusion of the respondent's argument and the reply.

[11] Reluctant to delay the matter, but at the same time concerned that I not prejudice the applicant in any way, I proposed that the matter continue as scheduled, that the

[9] L'audition de la présente demande a commencé le 12 août 2003. Le matin du 12 août a été consacré à l'exposé d'arguments ayant trait à une requête présentée par le demandeur qui devait être entendue en séance générale le 11 août. Quand le juge des requêtes s'est rendu compte que la question exigeait beaucoup plus de temps que ce qui était disponible en séance générale, il a ordonné que la requête soit reportée et entendue dès le début de l'audition de la demande. M. Froom avait demandé que différentes parties du dossier du défendeur et son mémoire des faits et du droit soient radiés au motif qu'ils ne permettaient pas de savoir clairement quels documents se trouvaient en possession de l'avocat du GEI quand la décision de délivrer l'arrêté introductif d'instance a été prise. Malgré le nombre des arguments soulevés dans la requête, les parties sont parvenues à un compromis et la requête a été retirée quand le défendeur a fourni la correspondance provenant de l'avocat du GEI à cet égard. Toutefois, il est devenu évident que la journée et demie qui restait ne suffirait pas pour examiner les documents contenus dans 15 volumes de jurisprudence et 4 volumes de dossiers, exigeant la comparution de 5 avocats. À la fin de la journée du 13 août, l'audience a été ajournée et la reprise a été fixée au 2 septembre.

[10] Les choses se sont compliquées davantage quand l'un des avocats du demandeur est tombé malade avant le 2 septembre et a demandé un ajournement le vendredi précédant la date fixée. J'ai demandé à l'avocat bien portant de se présenter le 2 septembre pour traiter de la demande d'ajournement et d'être prêt à poursuivre l'audition. Dès la reprise de l'audience, j'ai mentionné que l'avocat malade n'avait présenté aucun des arguments entendus au cours de la première étape de l'audition. L'un des avocats de M. Froom a fait observer que même si l'avocat malade n'avait pas pris la parole, il y avait eu interaction et consultation entre les avocats de M. Froom et qu'il fallait s'attendre à ce qu'il y ait de nouveau la même interaction et la même consultation entre la conclusion de l'argumentation du défendeur et la réponse.

[11] Peu disposée à repousser l'étude de la question, mais tout de même consciente qu'aucun préjudice ne devait être causé au demandeur, j'ai proposé que l'affaire

remaining arguments be transcribed, that the reply be given and that the transcript be prepared on an expedited basis. The transcript would be available to the applicant's incapacitated counsel by September 8th. Upon review of the arguments, it would be open to that counsel to submit any reply (within the parameters of proper reply content) that had not been, but in counsel's view should have been, canvassed in the reply. I proposed that the incapacitated counsel be granted until September 17th to provide his augmented reply, if any, in written form.

[12] Neither Mr. Froom's counsel (who were present) nor the respondent's counsel took exception to my proposed solution. It should be noted, however, that Mr. Froom was not present during this discussion and while his counsel took no exception, he noted that his position was subject to any objections Mr. Froom might have. Mr. Froom arrived shortly thereafter and the matter proceeded without further delay. No objections were made.

[13] Counsel's submissions and authorities in support were received on September 17th. Those submissions extend well beyond what constitutes appropriate and proper reply and in some instances canvass issues that were not raised either in the applicant's argument or that of the respondent. To the extent that the September 17th submissions take such liberties, they will not be considered. Counsel for the respondent forwarded an additional brief submission on October 2, 2003, for the purpose of alerting me to and providing me with a copy of a decision of Justice Hoilett of the Ontario Superior Court of Justice dated September 26, 2003 [*United Kingdom v. Woolley*, [2003] O.J. No. 3805 (QL)]. On October 7th, Mr. Froom's counsel responded, in writing, to the respondent's submission.

ISSUE

[14] The issue, leaving aside for the moment the various grounds for judicial review argued by the applicant, is whether or not the Court should decline jurisdiction and refuse to exercise its discretion to hear the application for judicial review of the ATP. The issue

continue d'être entendue comme prévu, que les arguments restants soient mis par écrit, que la réponse soit donnée et la transcription préparée rapidement. La transcription serait ensuite remise à l'avocat malade du demandeur au plus tard le 8 septembre. À l'examen des arguments, l'avocat aurait la liberté de soumettre des observations (en respectant les paramètres d'un contenu de réponse appropriée) qui n'auraient pas été faites dans la réponse, mais qui, de l'avis de l'avocat, auraient dû l'être. J'ai proposé que l'avocat malade ait jusqu'au 17 septembre pour fournir sa réponse écrite, s'il le jugeait approprié.

[12] Aucun des avocats de M. Froom (qui étaient présents), ni ceux du défendeur ne se sont opposés à ma proposition. Toutefois, il convient de noter que M. Froom n'était pas présent au cours de cette discussion et que, bien que son avocat n'ait formulé aucune objection, il a noté que sa position était conditionnelle à toute objection que pourrait exprimer M. Froom. M. Froom est arrivé peu après et l'affaire s'est poursuivie sans autre retard. Aucune objection n'a été formulée.

[13] Les observations de l'avocat et la jurisprudence citée à l'appui de celles-ci ont été reçues le 17 septembre. Ces observations vont bien au-delà de ce qui constitue une réponse appropriée et, dans certains cas, portent sur des questions qui n'ont été soulevées ni dans l'argumentation du demandeur, ni dans celle du défendeur. Les observations du 17 septembre qui s'écartent de ce qui est approprié ne seront pas examinées. Les avocats du défendeur m'ont fait parvenir de brèves observations supplémentaires le 2 octobre 2003, afin de me signaler et de me fournir une copie d'une décision du juge Hoilett de la Cour supérieure de justice de l'Ontario datée du 26 septembre 2003 [*United Kingdom v. Woolley*, [2003] O.J. n° 3805 (QL)]. Le 7 octobre, l'avocat de M. Froom a répondu par écrit aux observations du défendeur.

QUESTION EN LITIGE

[14] À l'exclusion pour le moment des différents motifs de contrôle judiciaire qui ont été débattus par le demandeur, la question est de savoir si la Cour devrait ou non se déclarer incompétente et refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre la demande de

is delineated in this manner because the respondent, at the hearing, conceded that “Section 18.1 of the *Federal Court Act* makes it impossible to argue that the decision of the Minister is not a decision within the meaning of the section” or that the Court lacks jurisdiction to review it. Thus, if I decline jurisdiction, that will end the matter. However, should I conclude otherwise, the applicant’s grounds for review must be examined.

OVERVIEW OF THE POSITIONS OF THE PARTIES

[15] Mr. Froom notes that this is a case of first impression and that no authority exists regarding judicial review of the ATP by the Federal Court. It is beyond dispute that the Act does not oust the jurisdiction of the Federal Court in relation to section 15 of the Act: *Froom No. 2*. He argues that the decision to issue the ATP should not be treated any differently from any other decision made by any other Minister. Most importantly, it is urged that I should assume jurisdiction because there is nowhere else to go. The law is clear—the extradition judge lacks jurisdiction to quash an ATP.

[16] The respondent agrees that Mr. Froom cannot obtain an order to quash the ATP from the extradition judge, but asks that I look beyond the manner in which Mr. Froom characterizes the issue (inability to quash the ATP) and examine the grounds upon which he relies in support of his request. If the grounds can be argued and determined elsewhere, within the provisions of the Act and without resort to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8 s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8 s. 14)], as amended, then an adequate alternative remedy exists and I should, in that case, decline to exercise my discretion. Alternatively, the respondent contends that the Minister’s decision is an interlocutory one and, as such, is not amenable to judicial review.

contrôle judiciaire concernant l’arrêté introductif d’instance. La question est formulée de cette manière parce que le défendeur a admis, au cours de l’audience, que [TRADUCTION] «d’après l’article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il est impossible de prétendre que la décision du ministre n’est pas une décision au sens de l’article» ou que la Cour n’a pas compétence pour en faire le contrôle. Donc, si je refuse d’exercer la compétence de la Cour, l’affaire prendra fin. Toutefois, si j’en arrive à une autre conclusion, les motifs de contrôle soulevés par le demandeur devront être examinés.

APERÇU DES POSITIONS DES PARTIES

[15] M. Froom note qu’il s’agit d’une affaire sans précédent et qu’il n’existe aucune décision jurisprudentielle concernant l’examen judiciaire d’un arrêté introductif d’instance par la Cour fédérale. Il est tout à fait clair que la Loi ne prive pas la Cour fédérale de sa compétence relativement à l’article 15 de la Loi: *Froom n° 2*. Il fait valoir que la décision de délivrer l’arrêté introductif d’instance ne devrait pas être traitée différemment de toute autre décision prise par tout autre ministre. Ce qui est plus important, il fait valoir que je devrais accepter d’exercer la compétence parce qu’il n’y a pas d’autre lieu où débattre de la question. La Loi est claire—le juge d’extradition n’a pas compétence pour annuler un arrêté introductif d’instance.

[16] Le défendeur fait valoir que M. Froom ne peut obtenir du juge d’extradition une ordonnance afin d’annuler l’arrêté introductif d’instance, mais il demande que j’aie au-delà de la façon dont M. Froom qualifie la question (incapacité d’annuler l’arrêté introductif d’instance) pour examiner les motifs sur lesquels il appuie sa demande. Si les motifs peuvent être débattus et décidés par une autre autorité, en respectant les dispositions de la Loi et sans avoir recours à l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], et ses modifications, alors c’est qu’il existe un recours subsidiaire approprié et je devrais donc, dans ce cas, refuser d’exercer mon pouvoir discrétionnaire. Subsidiairement, le défendeur prétend que la décision du ministre est une décision interlocutoire et qu’elle n’est donc pas susceptible de contrôle judiciaire.

STATUTORY SCHEME AND JURISPRUDENCE

[17] The relevant statutory provisions are attached to these reasons as Schedule A. The relevant articles of the extradition agreement between Canada and the United States [*Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America*, December 3, 1971, [1976] Can. T.S. No. 3] are attached as Schedule B. Because subsection 3(1) and section 15 of the Act are of particular significance they are, for ease of reference, reproduced here. Subsection 3(3) is omitted because it does not apply to Mr. Froom.

3. (1) A person may be extradited from Canada in accordance with this Act and a relevant extradition agreement on the request of an extradition partner for the purpose of prosecuting the person or imposing a sentence on—or enforcing a sentence imposed on—the person if

(a) subject to a relevant extradition agreement, the offence in respect of which the extradition is requested is punishable by the extradition partner, by imprisoning or otherwise depriving the person of their liberty for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment; and

(b) the conduct of the person, had it occurred in Canada, would have constituted an offence that is punishable in Canada,

(i) in the case of a request based on a specific agreement, by imprisonment for a maximum term of five years or more, or by a more severe punishment, and

(ii) in any other case, by imprisonment for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment, subject to a relevant extradition agreement.

...

15. (1) The Minister may, after receiving a request for extradition and being satisfied that the conditions set out in paragraph 3(1)(a) and subsection 3(3) are met in respect of one or more offences mentioned in the request, issue an authority to proceed that authorizes the Attorney General to seek, on behalf of the extradition partner, an order of a court for the committal of the person under section 29.

(2) If requests from two or more extradition partners are received by the Minister for the extradition of a person, the Minister shall determine the order in which the requests will be authorized to proceed.

(3) The authority to proceed must contain

RÉGIME LÉGISLATIF ET JURISPRUDENCE

[17] Les dispositions législatives pertinentes sont jointes aux présents motifs sous l'Annexe A. Les articles pertinents de l'accord d'extradition entre le Canada et les États-Unis [*Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 3 décembre 1971, [1976] R.T. Can. n° 3] sont joints sous l'Annexe B. Étant donné que le paragraphe 3(1) et l'article 15 de la Loi sont particulièrement importants ils sont reproduits ci-dessous pour en faciliter la consultation. Le paragraphe 3(3) est omis parce qu'il ne s'applique pas à M. Froom.

3. (1) Toute personne peut être extradée du Canada, en conformité avec la présente loi et tout accord applicable, à la demande d'un partenaire pour subir son procès dans le ressort de celui-ci, se faire infliger une peine ou y purger une peine si:

a) d'une part, l'infraction mentionnée dans la demande est, aux termes du droit applicable par le partenaire, sanctionnée, sous réserve de l'accord applicable, par une peine d'emprisonnement ou une autre forme de privation de liberté d'une durée maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère;

b) d'autre part, l'ensemble de ses actes aurait constitué, s'ils avaient été commis au Canada, une infraction sanctionnée aux termes du droit canadien:

(i) dans le cas où un accord spécifique est applicable, par une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou plus ou par une peine plus sévère,

(ii) dans le cas contraire, sous réserve de l'accord applicable, par une peine d'emprisonnement maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère.

[...]

15. (1) Le ministre peut, après réception de la demande d'extradition, s'il est convaincu qu'au moins une infraction satisfait aux conditions prévues à l'alinéa 3(1)a) et au paragraphe 3(3), prendre un arrêté introductif d'instance autorisant le procureur général à demander au tribunal, au nom du partenaire, la délivrance de l'ordonnance d'incarcération prévue à l'article 29.

(2) En cas de demandes concurrentes visant l'extradition d'une même personne, le ministre détermine l'ordre dans lequel elles seront traitées.

(3) L'arrêté comporte les éléments suivants:

(a) the name or description of the person whose extradition is sought;

(b) the name of the extradition partner; and

(c) the name of the offence or offences under Canadian law that correspond to the alleged conduct of the person or the conduct in respect of which the person was convicted, as long as one of the offences would be punishable in accordance with paragraph 3(1)(b).

(4) A copy of an authority to proceed produced by a means of telecommunication that produces a writing has the same probative force as the original for the purposes of this Part.

[18] Before considering the submissions and arguments of the parties in more detail, it is helpful to review the historical as well as the present statutory scheme and the fundamental principles arising from the jurisprudence in relation to extradition matters.

[19] Extradition is the surrender by one state, at the request of another, of a person within its jurisdiction who is accused or has been convicted of a crime committed within the jurisdiction of the other state: Anne Warner La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. (Aurora: Canada Law Book, 1991). It is primarily a function of the executive and a product of international agreements made between states: *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500 (*Schmidt*). It is a practice that has deep historical roots in Canada and has been a necessary component of the administration of justice since before Confederation. Extradition procedure is founded on the concepts of reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions: *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779 (*Kindler*).

[20] An overview of the extradition process (including the 1992 amendments) is provided in *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532 (*Kwok*). The summary that follows, with the exception of the passages that deal with the 1999 Act, is derived principally from *Kwok* and includes the authorities referred to by Madam Justice Arbour.

[21] In Canada, the Act governs the extradition process and codifies into domestic law Canada's

a) le nom ou description de l'intéressé;

b) le nom du partenaire;

c) la désignation des infractions qui, du point de vue du droit canadien, correspondent à l'ensemble des actes reprochés à l'intéressé ou pour lesquels il a été condamné et dont au moins l'une d'entre elles serait sanctionnée de la façon prévue à l'alinéa 3(1)b).

(4) La copie de l'arrêté reproduite par un moyen de télécommunication qui rend la communication sous forme écrite a, pour l'application de la présente partie, la même force probante que l'original.

[18] Avant d'examiner en détail les observations et les arguments des parties, il est utile de revoir le régime législatif tant historique qu'actuel ainsi que les principes fondamentaux qui découlent de la jurisprudence relative aux questions d'extradition.

[19] L'extradition est la remise par un État, à la demande d'un autre, d'une personne qui se trouve dans son ressort et qui est accusée ou a été reconnue coupable d'un crime commis dans le ressort de l'autre État: Anne Warner La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3^e éd. (Aurora: Canada Law Book, 1991). Il s'agit essentiellement d'une fonction du pouvoir exécutif découlant d'accords internationaux conclus entre les États: *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500 (*Schmidt*). Cette pratique a des racines historiques profondes au Canada et constitue un élément essentiel de l'administration de la justice depuis la Confédération. Le processus d'extradition se fonde sur les concepts de réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans les autres ressorts: *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779 (*Kindler*).

[20] On trouvera un aperçu du processus d'extradition (y compris les modifications apportées en 1992) dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532 (*Kwok*). Le résumé qui suit, à l'exception des passages qui ont trait à la Loi de 1999, est tiré principalement de l'arrêt *Kwok* et inclut les précédents jurisprudentiels auxquels M^{me} la juge Arbour a fait référence.

[21] Au Canada, la Loi régit le processus d'extradition et intègre au droit interne les obligations internationales

international obligations regarding surrender. The first phase is judicial in nature while the second is essentially an executive phase. During the judicial phase, the extradition judge (also referred to as the committal judge) presides over an extradition hearing for the purpose of determining whether there is sufficient evidence to order the individual committed for surrender. For a warrant of committal to issue, two criteria must be met. First, the evidence presented must disclose a *prima facie* case that the conduct alleged to have occurred within the jurisdiction of the requesting states constitutes a crime there, would constitute a crime in Canada if committed here and is contemplated in the bilateral treaty (the double criminality rule). Second, the tendered evidence must, on a balance of probabilities, establish that the person sought to be extradited is the person before the court (the identity issue).

[22] In an extradition (committal) hearing, the extradition judge is akin to a judge conducting a preliminary inquiry in that he or she has to determine the sufficiency of evidence. Like a preliminary inquiry judge, the extradition judge has to refrain from weighing the evidence or assessing credibility: *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067 (*Shephard*). The extradition judge cannot consider how foreign officials gathered the evidence, weigh the effect of any delay on the trial in the requesting state, or consider defences that could be raised at trial: *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536 (*Mellino*). The extradition judge's statutory functions are modest and limited: *Schmidt*, *supra*; *McVey (Re)*; *McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475 (*McVey*); *United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286 (*Lépine*).

[23] Before the 1992 amendments, the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, appendix II, No. 44]] applied to extradition proceedings in the sense that the treaty, the extradition hearing in Canada, and the exercise of the executive discretion to surrender the individual all had to conform to the requirements of the

du Canada en matière d'extradition. La première étape est de nature judiciaire alors que la seconde relève essentiellement de l'exécutif. Au cours de l'étape judiciaire, le juge d'extradition (également appelé juge d'incarcération) préside une audience afin de déterminer si la preuve est suffisante pour ordonner l'incarcération de la personne visée en vue de son extradition. Deux critères doivent être respectés pour qu'un mandat d'incarcération soit délivré. Tout d'abord, la preuve présentée doit établir *prima facie* que les actes reprochés dans le ressort de l'État requérant constituent un crime à cet endroit, constitueraient un crime au Canada s'ils avaient été commis ici et sont visés par le traité bilatéral (la règle de la double incrimination). Deuxièmement, la preuve produite doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que la personne dont on demande l'extradition est celle qui se trouve devant le tribunal (la question de l'identité).

[22] Au cours d'une audience d'extradition (ou d'incarcération), le rôle du juge d'extradition est apparenté à celui du juge qui préside une enquête préliminaire en ce sens qu'il doit déterminer si la preuve est suffisante. Comme le juge présidant l'enquête préliminaire, le juge d'extradition doit s'abstenir d'évaluer la preuve ou d'apprécier la crédibilité des témoins: *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067 (*Shephard*). Il ne lui appartient pas non plus d'examiner la façon dont les fonctionnaires étrangers ont recueilli la preuve, de s'interroger sur l'effet de tout délai sur le procès dans l'État requérant ou de prendre en compte les moyens de défense susceptibles d'être invoqués au procès: *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536 (*Mellino*). Les fonctions du juge d'extradition sont donc limitées et modestes: *Schmidt*, précité; *McVey (Re)*; *McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475 (*McVey*); *États-Unis d'Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286 (*Lépine*).

[23] Avant les modifications de 1992, la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] s'appliquait aux procédures d'extradition du fait que tant le traité que l'audience d'extradition au Canada et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif relativement à la remise de

Charter. The extradition judge, however, did not have the power to adjudicate on Charter issues or to grant Charter remedies.

[24] If the extradition judge determined that there was sufficient evidence to commit, he or she signed a warrant or order for committal and it was forwarded to the Minister of Justice along with the judge's report. The second stage of the process then began and during that stage, the Minister decided whether the individual should be surrendered to the requesting state. This phase of the process has been considered to be essentially political in nature: *McVey, supra*; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631 (*Idziak*).

[25] These phases were additionally considered to be distinct and separate. The extradition judge could not order the actual surrender of the individual to the foreign state because that was the exclusive responsibility of the executive. Conversely, the Minister could not exercise the power to surrender an individual until that person had been committed by the judge. In the exercise of the executive discretion to surrender, the Minister of Justice must have regard to Charter considerations: *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469 (*Cotroni*).

[26] Before the 1992 amendments, the Act provided for review of the committal decision by way of *habeas corpus*. Jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus* lay with a superior court judge sitting on *habeas corpus* review of the extradition judge's decision to commit. In determining the legality of the fugitive's detention and/or committal, the *habeas corpus* judge had a limited jurisdiction to consider specific Charter violations and to grant remedies under section 24 of the Charter. This power could not be used to pre-empt the ministerial decision regarding surrender, although there did exist an exceptional power, under section 7 of the Charter, to stay extradition proceedings in circumstances where the decision to surrender an individual for trial in a foreign country would, in the particular circumstances, violate the principles of fundamental justice: *Mellino, supra*.

la personne visée devaient respecter les exigences prévues par la Charte. Le juge d'extradition n'avait toutefois pas le pouvoir de statuer sur les questions touchant à l'application de la Charte ou d'accorder les réparations fondées sur ce texte.

[24] Dès que le juge décide que la preuve est suffisante pour ordonner l'incarcération, il signe le mandat de dépôt ou l'ordonnance d'incarcération qui est ensuite transmis au ministre de la Justice accompagné du rapport du juge. On passe alors à la deuxième étape du processus d'extradition au cours de laquelle le ministre décide si la personne visée doit être livrée à l'État requérant. Cette étape du processus est essentiellement politique: *McVey, précité*; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631 (*Idziak*).

[25] Les deux étapes du processus d'extradition sont distinctes. Le juge d'extradition n'a pas le pouvoir d'ordonner l'extradition de la personne vers l'État requérant, cette décision étant la responsabilité exclusive de l'exécutif. À l'inverse, le ministre ne peut pas exercer le pouvoir d'extrader une personne tant que celle-ci n'a pas été incarcérée à cette fin par un juge. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'extrader une personne, le ministre de la Justice doit tenir compte des considérations fondées sur la Charte: *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469 (*Cotroni*).

[26] Avant les modifications de 1992, la Loi pourvoyait à la révision de la décision d'incarcérer la personne visée en accordant à cette dernière le droit de demander un bref d'*habeas corpus*. La délivrance d'un bref d'*habeas corpus* relève de la compétence d'un juge de la cour supérieure qui entend la demande de révision par voie d'*habeas corpus* de la décision du juge d'extradition ordonnant l'incarcération. Pour statuer sur la légalité de la détention de la personne visée, sur son incarcération, ou les deux, le juge saisi de la requête en *habeas corpus* avait une compétence limitée pour examiner certaines infractions visées par la Charte et pour accorder des réparations en vertu de l'article 24 de la Charte. Ce pouvoir ne pouvait cependant être utilisé pour empêcher le ministre de prendre la décision d'extrader ou non la personne visée, malgré l'existence d'un pouvoir exceptionnel, fondé sur l'article 7 de la

[27] Barring obvious or urgent circumstances, a decision to stay the extradition process was only open to a judge of the Federal Court Trial Division sitting in review of the Minister's decision to surrender the individual pursuant to the *Federal Court Act* (now the *Federal Courts Act*). The need to await the exercise of executive discretion was stressed in *Schmidt, supra*.

[28] Thus, before the 1992 amendments, both the committal proceedings and judicial review of them were curtailed by the existence of the second, executive stage of the extradition process. The latter had to be allowed to follow its course. The dual track of judicial and executive decision-making, each accompanied by its own review process, was cumbersome and time-consuming. An appeal from the *habeas corpus* review of the committal decision could be taken as of right to the provincial court of appeal and, with leave, to the Supreme Court. The separate ministerial decision concerning surrender, if judicially reviewed in the Federal Court, was subject to further potential appeals to the Federal Court of Appeal and, with leave, to the Supreme Court.

[29] On December 1, 1992, significant amendments to the Act came into force. Parliament streamlined and simplified the extradition procedure. The amendments provided for a single right of review to the applicable provincial court from both the decision of the extradition judge and that of the Minister. The provincial court of appeal received "exclusive original jurisdiction" to review the judicial decision to commit and the executive decision to surrender.

Charte, permettant de prononcer l'arrêt des procédures dans les cas où la décision d'extrader la personne visée en vue de son procès dans un pays étranger irait, dans des circonstances particulières, à l'encontre des principes de justice fondamentale: *Mellino*, précité.

[27] En l'absence de circonstances criantes ou urgentes, la décision d'arrêter le processus d'extradition ne pouvait être rendue que par un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale saisie d'une demande de révision de la décision du ministre d'extrader la personne visée en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale* (maintenant la *Loi sur les Cours fédérales*). La nécessité d'attendre que l'exécutif ait exercé son pouvoir discrétionnaire a été soulignée dans l'arrêt *Schmidt*, précité.

[28] Par conséquent, avant les modifications de 1992, tant les procédures relatives à l'incarcération que la révision judiciaire de ces procédures étaient limitées par l'existence de la deuxième étape du processus d'extradition. Il fallait laisser suivre son cours à cette deuxième étape. Ce processus décisionnel à deux volets, judiciaire et exécutif, doté chacun de son propre mécanisme de révision, était lourd et long. D'une part, la décision sur la demande de révision de l'ordonnance d'incarcération par voie d'*habeas corpus* pouvait faire l'objet d'un appel de plein droit auprès de la cour d'appel provinciale concernée et ensuite, sur autorisation, auprès de la Cour suprême. D'autre part, la décision distincte prise par le ministre relativement à l'extradition pouvait faire l'objet d'une demande de révision judiciaire à la Section de première instance de la Cour fédérale et donner lieu éventuellement à d'autres appels à la Cour d'appel fédérale et à la Cour suprême.

[29] D'importantes modifications touchant à la structure de la Loi sont entrées en vigueur le 1^{er} décembre 1992. Le législateur a rationalisé et simplifié le processus d'extradition. Les modifications prévoyaient un droit de révision unique exercé par la cour provinciale concernée pour demander tant l'examen de la décision du juge d'extradition que celle du ministre. La cour d'appel provinciale s'est vu accorder «compétence exclusive» pour examiner la décision judiciaire ordonnant l'incarcération de la personne visée et celle de l'exécutif ordonnant son extradition.

[30] The amendments also permitted a possible merger of those functions by expressly allowing the court to defer the hearing of an appeal from a committal decision until the Minister's decision with respect to surrender was made, unless the Minister filed a notice of postponement with the court of appeal. In that case, the court of appeal would proceed with the appeal from committal rather than await the ministerial decision on surrender.

[31] Recourse to the writ of *habeas corpus* to review the committal was eliminated. The powers of the committal judge were expanded to include all the powers that could previously be exercised only by a superior court judge sitting in *habeas corpus*. Hence, there was a transfer of Charter jurisdiction to grant remedies related to an issue properly before the extradition judge. As stated, the provincial appellate court was granted exclusive jurisdiction regarding judicial review of the Minister's decision to surrender. The 1992 amendments were not, however, meant to alter the fundamental two-tiered structure of the Act. Both the extradition judge and the Minister maintained their separate functions and jurisdictions within the process.

[32] A new Act came into force on June 17, 1999. Significant changes were made. The rationale underlying the 1999 Act is discussed in *United States of America v. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52 (C.A.) (*Yang*). Mr. Justice Rosenberg, writing for the Court, notes that Canada wished to modernize its extradition process. The process, as it existed, did not easily accommodate modern offences and the increasingly global nature of crime itself. Of particular concern was the difficulty encountered when a requesting state with a different legal system from that of the requested state had to comply with the evidentiary requirements of the requested state. Bilateral negotiations ensued and during this time, the growth in transnational crime sparked worldwide initiatives to modernize extradition—to make it simpler and more expeditious. Another important consideration for Canada was its obligation to cooperate with the United Nations tribunals that oversee trials of war crimes and crimes against humanity.

[30] Les modifications ont également établi la possibilité de réunir ces procédures en permettant expressément à la cour de reporter l'audition de l'appel de l'ordonnance d'incarcération jusqu'à ce que le ministre se fût prononcé sur la demande d'extradition, sauf si ce dernier déposait un avis de report auprès de la cour d'appel, auquel cas celle-ci devait entendre l'appel de l'incarcération plutôt que d'attendre la décision du ministre relativement à l'extradition.

[31] Le recours à l'*habeas corpus* comme moyen de révision de l'incarcération a été éliminé. On a élargi les pouvoirs du juge d'incarcération pour lui donner tous les pouvoirs qui ne pouvaient jusque là être exercés que par un juge d'une cour supérieure entendant une requête en *habeas corpus*. Il y a donc eu transfert de compétence en matière d'application de la Charte afin que soient accordées les réparations ayant trait à une question dont était à bon droit saisi le juge d'extradition. Comme on l'a déjà dit, la cour d'appel provinciale a depuis compétence exclusive pour procéder au contrôle judiciaire de la décision du ministre relativement à l'extradition. Toutefois, les modifications de 1992 n'avaient pas pour but de modifier la structure fondamentale à deux paliers de la Loi. Le juge d'extradition et le ministre ont conservé leurs fonctions et leur compétence distinctes à l'intérieur du processus.

[32] Une nouvelle Loi, entrée en vigueur le 17 juin 1999, a de nouveau apporté des modifications importantes. L'arrêt *United States of America v. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52 (C.A.) (*Yang*) analyse ce qui en a motivé l'adoption. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Rosenberg note que le Canada souhaitait moderniser son processus d'extradition. Avant la Loi de 1999, il n'était pas facile de concilier les infractions nouvellement créées et la nature de plus en plus globale de la criminalité. L'une des principales préoccupations découlait de la difficulté qui se posait quand un État requérant, appliquant un régime juridique différent de celui de l'État requis, devait se conformer aux règles de preuve de ce dernier. Des négociations bilatérales ont été entamées et, pendant cette période, l'augmentation de la criminalité transnationale a suscité partout dans le monde des initiatives pour moderniser le processus d'extradition—afin de le rendre plus simple et plus expéditif. Qui plus est, le Canada devait également tenir

[33] The 1999 *Extradition Act* contains: the rule of double criminality (section 3); time limits on proceedings against a person arrested on a provisional warrant (sections 14, 21); the right to apply for bail (sections 19, 20); the right of the Minister to seek assurances from the extradition partner (section 40 [as am. by S.C. 2000, c. 24, s. 51; 2001, c. 27, s. 250]); the right to attach conditions that individuals not be prosecuted for other offences—the rule of speciality (section 40); prohibition against surrender for political crimes, certain military crimes and offences barred by a limitation period (section 46); and the right of the Minister to refuse surrender in cases concerning, among other things, *autrefois acquit* or *convict*, persons convicted in their absence and having no right to have the case reviewed and young persons where the procedure in the extradition partner is inconsistent with the fundamental principles governing the Canadian legislation. The Act maintained the 1992 provisions for appealing the committal (section 49) and reviewing the decision of the Minister to surrender (section 53): *Yang, supra*.

[34] The rules of evidence in the new Act are found at sections 31 through 37. Section 32 provides that evidence, not otherwise admissible under Canadian law, is admissible at the extradition hearing and can be used to make out the case for committal under section 29. The contents of the record of the case are described in section 33. The record of the case need only contain a summary of the evidence. A judicial or prosecuting authority must certify that the evidence summarized or contained in the record of the case is available for the trial and that the evidence is sufficient under the law of the extradition partner to justify prosecution or was gathered under the law of the extradition partner. A document is admissible whether or not it is solemnly affirmed or under oath. Thus, various types of evidence that would not be admissible at a Canadian trial are admissible at the

compte de son obligation de collaborer avec les tribunaux des Nations Unies qui supervisent les procès pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

[33] La *Loi sur l'extradition* de 1999 traite des points suivants: la règle de la double criminalité (article 3); les délais à respecter pour tenter des poursuites contre une personne arrêtée en vertu d'un mandat provisoire (articles 14 et 21); le droit de demander un cautionnement (articles 19 et 20); le droit du ministre de demander au partenaire de lui fournir des assurances (article 40 [mod. par L.C. 2000, ch. 24, art. 51; 2001, ch. 27, art. 250]); le droit d'imposer des conditions pour que les intéressés ne soient pas poursuivis pour d'autres infractions—la règle de la spécialité (article 40); l'interdiction d'extrader une personne pour des infractions à caractère politique, certaines infractions militaires et autres infractions prescrites (article 46); et le droit du ministre de refuser l'extradition, notamment, dans les cas de condamnation ou d'acquiescement antérieurs, dans le cas de personnes condamnées par défaut ne pouvant obtenir une révision de leur procès et dans le cas des jeunes lorsque la procédure appliquée par le partenaire est incompatible avec les principes fondamentaux régissant le droit canadien. La Loi maintenait les dispositions de 1992 ayant trait aux règles d'appel de l'incarcération (article 49) et au contrôle de la décision du ministre relativement à l'extradition (article 53): *Yang*, précité.

[34] Les règles de preuve dans la nouvelle Loi se trouvent aux articles 31 à 37. L'article 32 stipule que des éléments de preuve, qui ne seraient pas admissibles par ailleurs en vertu du droit canadien, peuvent être admis au cours de l'audience d'extradition et être utilisés pour s'opposer à l'incarcération prévue à l'article 29. Le contenu du dossier de la cause est décrit à l'article 33. Il suffit d'y énoncer un résumé de la preuve. Une autorité judiciaire ou le poursuivant doit certifier que la preuve résumée au dossier ou contenue dans celui-ci sera disponible pour le procès et qu'elle est suffisante pour justifier la poursuite en vertu du droit du partenaire, ou encore qu'elle a été recueillie conformément au droit de ce dernier. Les documents sont admissibles qu'ils aient ou non fait l'objet d'une affirmation solennelle ou d'un serment. Ainsi, différents types de preuve qui ne seraient

extradition hearing. In particular, hearsay is admissible although it would not meet a common law or statutory exception and would not meet the necessity and reliability requirements set out in the more recent cases of the Supreme Court: *Yang, supra*.

[35] The ATP was introduced in the 1999 Act. The ATP is defined by section 15 and its contents are prescribed. To issue the ATP, the Minister must be satisfied that the conditions set out in paragraph 3(1)(a) and subsection 3(3) have been met. The authority to proceed sets out the Canadian offence that is equivalent to the offence allegedly committed in the extradition partner state. This represents a departure from previous practice. Before 1999, the proceeding was commenced by way of diplomatic note. The note specified the offences for which extradition was sought in the requesting state. The translation to comparable Canadian offences was done by the extradition judge during the committal hearing. Equivalency is now determined by the Minister. I will discuss the ATP, in more detail, later in these reasons.

[36] The previously discrete two-tiered system of the extradition process was not altered with the coming into force of the 1999 Act. Although variously described as consisting of two, three or four stages, there remains a function for the Minister and a function for the extradition judge. In *Federal Republic of Germany v. Schreiber*, [2000] O.J. No. 2618 (Sup. Ct.) (QL) (*Schreiber*), Mr. Justice Watt of the Ontario Superior Court of Justice describes the functions as follows [at paragraph 72]:

Under the Act, the Minister and the extradition judge occupy two (2) very different positions. The Minister has a role at the beginning and the end of the extradition process. The judge discharges his or her function in the middle. Each operates independently of the other, except to the extent that the Minister's final involvement is contingent on a judicial order for committal. Neither intrudes into the other's area of responsibility. Neither reviews the other's determination or decision.

pas admissibles par ailleurs dans un procès au Canada peuvent être admis au cours de l'audience. En particulier, le oui-dire est admissible même s'il ne respecte pas l'exception de common law ou d'origine législative non plus que les conditions de nécessité et de fiabilité qui ont été énoncées dans les jugements les plus récents de la Cour suprême: *Yang*, précité.

[35] L'arrêté introductif d'instance est apparu dans la Loi de 1999. Cet arrêté est défini à l'article 15 qui en prescrit également la teneur. Pour pouvoir délivrer un arrêté introductif d'instance, le ministre doit être convaincu que les conditions prévues à l'alinéa 3(1)a) et au paragraphe 3(3) sont réunies. L'arrêté désigne l'infraction canadienne qui correspond à l'infraction qui aurait été commise dans l'État requérant. Cette disposition s'écarte de la pratique antérieure. Avant 1999, la procédure était entamée par voie de note diplomatique. La note précisait les infractions pour lesquelles l'extradition était demandée par l'État requérant. La correspondance avec des infractions canadiennes comparables était effectuée par le juge d'extradition au cours de l'audience d'incarcération. Cette correspondance est maintenant établie par le ministre. Je discuterai de l'arrêté introductif d'instance plus en détail un peu plus loin dans les présents motifs.

[36] Le système discrétionnaire à deux paliers qui existait auparavant dans le processus d'extradition n'a pas été modifié au moment de l'entrée en vigueur de la Loi de 1999. Le ministre conservait donc une fonction, de même que le juge d'extradition, même si on a parfois indiqué qu'il s'agissait de deux, trois ou quatre étapes. Dans l'arrêt *Federal Republic of Germany v. Schreiber*, [2000] O.J. n° 2618 (C. Sup.) (QL) (*Schreiber*), le juge Watt de la Cour supérieure de l'Ontario décrit les fonctions de la manière suivante [au paragraphe 72]:

[TRADUCTION] En vertu de la Loi, le ministre et le juge d'extradition occupent deux (2) positions très différentes. Le ministre exerce son rôle au début et à la fin du processus d'extradition, alors que le juge intervient au milieu de celui-ci. Chacun travaille indépendamment de l'autre, à l'exception du fait que la décision finale du ministre est conditionnelle à la délivrance d'un mandat d'incarcération par le juge. Aucun ne s'ingère dans la sphère de responsabilité de l'autre. Et aucun ne contrôle la décision de l'autre.

ADEQUATE ALTERNATIVE REMEDY

The Respondent

[37] The respondent argues that Mr. Froom's application is nothing other than an attempt to avoid going through the extradition process. The "quashing of the ATP" *per se* is not the only remedy available. It is submitted that there are many remedies available to Mr. Froom and all are contained, in one form or another, within the Act. I am urged to have regard to the entire extradition process and conclude that the judicial phase of that process lies exclusively with the provincial courts.

[38] The respondent relies on the various Supreme Court decisions that categorize extradition as an executive function involving political decisions made in furtherance of Canada's international obligations. Although intended to be an expedited process, it incorporates procedural safeguards for those whose extradition is sought. The procedural safeguards are contained in the Act and the Act constitutes a complete code in this regard. The argument is that extradition matters historically have been, and should continue to be, left to the superior courts of the provinces where there is expertise in the area. While the Federal Court has expertise in relation to judicial review of decisions, it lacks expertise in this subject-matter.

[39] The respondent relies heavily on *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394 (*Reza*) and *Fast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 41 Admin. L.R. (3d) 200 (F.C.A.) (*Fast*). In *Reza*, the respondent Minister of Employment and Immigration sought to stay *Reza's* application in the Ontario Court (General Division) seeking declarations and injunctive relief in relation to the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. The Minister was successful and the trial court, after concluding that it had jurisdiction to grant the relief, declined to do so, on the basis that the review of immigration matters should be left with the Federal Court of Canada. The Ontario Court of Appeal [*Reza v. Canada* (1992), 11 O.R. (3d) 65 (C.A.)] (Madam Justice Abella dissenting) reversed the trial judge, holding that

RECOURS SUBSIDIAIRE APPROPRIÉ

Le défendeur

[37] Le défendeur prétend que la demande de M. Froom n'est rien d'autre qu'une tentative pour éviter les étapes menant à son extradition. L'annulation de l'arrêté introductif d'instance n'est pas en soi le seul recours possible. Il soutient que M. Froom peut demander de nombreuses réparations qui sont toutes prévues, sous une forme ou sous une autre, dans la Loi. Il me demande d'examiner le processus d'extradition dans son ensemble et de conclure que l'étape judiciaire de ce processus relève exclusivement de la compétence des tribunaux provinciaux.

[38] Le défendeur s'appuie sur différentes décisions de la Cour suprême qui qualifient l'extradition comme une fonction du pouvoir exécutif impliquant des décisions politiques prises en vue de la réalisation des obligations internationales du Canada. Bien que ce processus soit conçu pour être appliqué rapidement, il inclut des sauvegardes procédurales pour les personnes à l'égard desquelles l'extradition est demandée. Ces sauvegardes procédurales sont prévues dans la Loi et celle-ci constitue un code complet à cet égard. Il fait valoir que les questions d'extradition ont toujours été et devraient continuer à être du ressort des cours supérieures des provinces qui ont une connaissance spécialisée dans le domaine. Bien que la Cour fédérale soit spécialisée dans le domaine du contrôle judiciaire des décisions, elle n'a pas d'expertise en matière d'extradition.

[39] Le défendeur s'appuie largement sur l'arrêt *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394 (*Reza*) et *Fast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 41 Admin. L.R. (3d) 200 (C.A.F.) (*Fast*). Dans l'affaire *Reza*, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, défendeur, demandait la suspension de la demande présentée par *Reza* devant la Cour ontarienne (Division générale) en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction se rapportant à la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. Le ministre a eu gain de cause et le tribunal de première instance, après avoir conclu qu'il avait compétence pour accorder la réparation demandée, a refusé de le faire, en indiquant que le contrôle des questions en matière d'immigration devait être laissé à la Cour fédérale du Canada. La Cour

the issue was a constitutional one, jurisdiction was concurrent and the choice of court should lie with the applicant. The Supreme Court concluded that the trial judge had properly exercised his discretion on the basis that Parliament had created a comprehensive scheme of review of immigration matters, the Federal Court was an effective and appropriate forum and there was, therefore, no reason to interfere with the exercise of the trial judge's discretion.

[40] In *Fast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 F.C. 257 (T.D.), the respondent Minister of Citizenship and Immigration applied to strike the application for judicial review of the Minister's notice of proposed revocation of citizenship. Mr. Justice Lemieux concluded that judicial review was not available. He determined that section 18.5 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] barred the application. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal, substantially agreeing with the decision of Mr. Justice Lemieux. The Court added that even if section 18.5 had not applied, the Court could have exercised its discretion to refuse the judicial review application on the basis that the reference procedure contemplated by section 18 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 with respect to revocation of citizenship was an adequate alternative remedy.

[41] Relying on a number of authorities, the respondent contends that the applicant's challenges, in substance, deal with the sufficiency or nature of the evidence relied on by the United States in relation to the alleged offence; matters relative to American law; non-compliance with the treaty; and, non-compliance with the Act. Some of these matters have been definitely determined by the Supreme Court and the remainder can be dealt with by the extradition judge, the Minister, the provincial appellate court (in this case the Ontario Court of Appeal) or, if Mr. Froom is surrendered, by the trial court in the United States. Thus, there exists an adequate alternative remedy and I should decline to exercise my

d'appel de l'Ontario [*Reza v. Canada* (1992), 11 O.R. (3d) 65 (C.A.)] (M^{me} la juge Abella étant dissidente) a renversé la décision du juge de première instance, en statuant que la question était de nature constitutionnelle, qu'il y avait compétence concurrente et que le choix du tribunal devait appartenir au demandeur. La Cour suprême a conclu que le juge de première instance avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire du fait que le législateur avait créé un régime complet de contrôle en matière d'immigration, que la Cour fédérale était un tribunal efficace et approprié et qu'il n'y avait donc aucune raison de modifier la décision du juge de première instance.

[40] Dans l'affaire *Fast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 1 C.F. 257 (1^{re} inst.), le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, défendeur, demandait que soit radiée la demande de contrôle judiciaire se rapportant à l'avis de révocation de la citoyenneté délivré par le ministre. Le juge Lemieux a conclu que le contrôle judiciaire n'était pas un recours disponible. Il a statué que l'article 18.5 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] faisait obstacle à une telle demande. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel, en acceptant l'essentiel de la décision du juge Lemieux. La Cour a ajouté que même si l'article 18.5 ne s'était pas appliqué, la Cour aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire pour rejeter la demande de contrôle judiciaire au motif que la procédure de renvoi prévue à l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, relativement à la révocation de la citoyenneté, était un recours subsidiaire adéquat.

[41] S'appuyant sur un certain nombre de précédents jurisprudentiels, le défendeur prétend que les contestations soulevées par le demandeur traitent en substance de la suffisance ou de la nature de la preuve sur laquelle s'appuient les États-Unis relativement à l'infraction alléguée; sur des questions relatives au droit américain, sur le non-respect du traité; et sur le non-respect de la Loi. Certaines de ces questions ont fait l'objet d'une décision finale de la Cour suprême et les autres pourront être traitées par le juge d'extradition, le ministre, la cour d'appel provinciale (en l'espèce la Cour d'appel de l'Ontario) ou, si M. Froom est extradé, par le tribunal de première instance aux États-Unis. Il existe

discretion to grant judicial review.

The Applicant

[42] Mr. Froom says the opposite. He submits that *Schreiber, supra*, is unequivocal—the extradition judge is obliged to accept the statement of the Minister that the alleged conduct corresponds to the named Canadian offences. The provincial appellate court is similarly restricted: *United States of America v. Kucan* (2001), 151 O.A.C. 131 (C.A.) (*Kucan*). It is argued that this initial decision of the Minister, described by Mr. Justice Gibson in *Froom No. 2, supra* as the second phase in the process, is reviewable only by the Federal Court pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act* because there is no jurisdiction for review elsewhere. The provincial appellate court can hear an appeal of a committal order, but the subject-matter will not include the Minister’s decision to issue an ATP because the extradition judge is obliged to accept it.

[43] Mr. Froom acknowledges that under subsection 43(1) of the Act, he may make submissions to the Minister on “any” ground, but only with respect to the decision to surrender. The provincial appellate court can entertain an application for judicial review of the Minister’s surrender decision, but will be restricted to the record upon which the decision was made. The decision to issue the ATP will not be part of that record.

[44] The *Reza* and *Fast* decisions, *supra* are distinguishable, says Mr. Froom. In *Reza*, there was concurrent jurisdiction but the Ontario Court, recognizing the Federal Court’s expertise in immigration matters, deferred to it. The extradition judge’s expertise is with respect to the sufficiency of evidence and committal; jurisdiction does not extend beyond those areas. In *Fast*, all issues raised in the judicial review proceeding could be raised during the revocation reference hearing. That is distinct from this situation

donc un recours subsidiaire adéquat et je devrais refuser d’exercer mon pouvoir discrétionnaire pour accorder le contrôle judiciaire.

Le demandeur

[42] M. Froom prétend le contraire. Il soutient que l’arrêt *Schreiber*, précité, est sans équivoque—le juge d’extradition est obligé d’accepter la déclaration du ministre selon laquelle les actes allégués correspondent aux infractions canadiennes qui y sont énumérées. La cour d’appel provinciale est soumise à des restrictions semblables: *United States of America v. Kucan* (2001), 151 O.A.C. 131 (C.A.) (*Kucan*). Il prétend que cette première décision du ministre, décrite par le juge Gibson dans la décision *Froom n° 2*, précitée, comme constituant la deuxième phase du processus, ne peut faire l’objet d’un contrôle que par la Cour fédérale aux termes de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* parce que le pouvoir de révision n’est accordé à aucun autre tribunal. La cour d’appel provinciale peut entendre un appel concernant un mandat d’incarcération, mais l’appel n’inclura pas la décision du ministre de délivrer un arrêté introductif d’instance parce que le juge d’extradition est obligé de l’accepter.

[43] M. Froom reconnaît qu’en vertu du paragraphe 43(1) de la Loi, il peut présenter des observations au ministre portant sur «n’importe quel» motif, mais uniquement en rapport avec la décision d’extradition. La cour d’appel provinciale peut entendre une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre relative à l’extradition, mais elle devra s’en tenir au dossier à partir duquel la décision a été prise. La décision de délivrer l’arrêté introductif d’instance ne fera pas partie de ce dossier.

[44] D’après M. Froom, une distinction peut être faite entre les arrêts *Reza*, et *Fast*, précités. Dans l’arrêt *Reza*, il y avait compétence concurrente mais la Cour de l’Ontario, reconnaissant l’expertise de la Cour fédérale en matière d’immigration, s’en est remise à elle. L’expertise du juge d’extradition porte sur la suffisance de la preuve et l’incarcération; sa compétence n’outrepasse pas ces aspects. Dans l’arrêt *Fast*, toutes les questions soulevées dans la procédure de contrôle judiciaire pouvaient être débattues au cours de

where issues of delegation and abuse of process cannot be determined in the context of the ATP.

[45] Last, Mr. Froom contends that this Act is new and section 15 is a new provision with a new role for the Minister. Although the Federal Court's jurisdiction with respect to judicial review of section 40 (surrender) decisions has been ousted by subsection 57(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 141], that is not so for section 15 (ATP) decisions. The only mechanism available for judicial review of the latter is pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*.

Analysis

[46] Mr. Froom's extradition is sought by the United States of America pursuant to the provisions of the *Extradition Act* and the treaty between Canada and the United States. The Minister of Justice (section 2) is responsible for the implementation of extradition agreements, the administration of the Act, and dealing with requests for extradition (section 7). The ATP is the document whereby the Minister of Justice authorizes the Attorney General of Canada, on behalf of the requesting state, to seek a committal order under section 29. The ATP is a condition precedent and without it there can be no committal hearing.

[47] In exercising his statutory authority to administer the Act and to engage his statutory discretion to issue an ATP under subsection 15(1), the Minister must receive a request for extradition and be satisfied that the requirements of paragraph 3(1)(a) and subsection 3(3) of the Act have been met with respect to at least one of the offences mentioned in the request. Paragraph 3(1)(a) deals with extraditable conduct. It does so by making reference to the punishment provided for the offence in the jurisdiction of the extradition partner. The section also refers to the purpose of the request of the extradition partner. It may be for any one of three purposes:

l'audience de renvoi portant sur la révocation. Il y a donc une distinction par rapport à la situation actuelle où les questions de délégation et d'abus de procédure ne peuvent être déterminées dans le contexte de l'arrêté introductif d'instance.

[45] Finalement, M. Froom prétend que cette Loi est nouvelle et que l'article 15 est une nouvelle disposition qui confère un nouveau rôle au ministre. Bien que la compétence de la Cour fédérale à l'égard du contrôle judiciaire des décisions fondées sur l'article 40 (l'extradition) ait été abolie par le paragraphe 57(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 141], il n'en est pas de même des décisions fondées sur l'article 15 (arrêté introductif d'instance). Le seul mécanisme que l'on peut invoquer pour demander le contrôle judiciaire de ces dernières décisions se fonde sur l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Analyse

[46] Les États-Unis d'Amérique demandent l'extradition de M. Froom aux termes des dispositions de la *Loi sur l'extradition* et du traité entre le Canada et les États-Unis. Le ministre de la Justice (article 2) est chargé de la mise en œuvre des accords d'extradition, de l'application de la Loi et du traitement des demandes d'extradition (article 7). L'arrêté introductif d'instance est le document par lequel le ministre de la Justice autorise le procureur général du Canada, au nom de l'État requérant, à demander un mandat d'incarcération aux termes de l'article 29. L'arrêté introductif d'instance est une condition préalable essentielle sans laquelle il ne peut y avoir d'audience d'incarcération.

[47] Pour pouvoir exercer son pouvoir légal d'appliquer la Loi et engager son pouvoir discrétionnaire de délivrer un arrêté introductif d'instance en vertu du paragraphe 15(1), le ministre doit recevoir une demande d'extradition et être convaincu que les conditions de l'alinéa 3(1)a) et du paragraphe 3(3) de la Loi ont été respectées à l'égard d'au moins une des infractions mentionnées dans la demande. L'alinéa 3(1)a) traite d'une conduite susceptible d'entraîner l'extradition. Il fait référence à la peine prévue pour l'infraction correspondante dans le ressort du partenaire. L'article fait également référence à l'objet de la demande du

prosecuting the person; imposing a sentence on the person; or enforcing a sentence earlier imposed on the person in the requesting state for an offence described in paragraph 3(1)(a). It is inevitable that the Minister will be obliged to consider the purpose of the extradition request in determining whether the requirements of paragraph 3(1)(a) have been met: *Schreiber, supra*.

[48] In relation to Mr. Froom, because paragraph 3(1)(a) is subject to a relevant extradition agreement, “punishment” is determined by reference to Article 2 [as am. by [1991] Can. T.S. No. 37, Art. 1] of the Treaty where the alleged offence is punishable by the “laws of both Contracting Parties by imprisonment or other form of detention for a term exceeding one year or any greater punishment”.

[49] The contents of the ATP are prescribed in subsection 15(3). Because of paragraph 15(3)(c), the Minister must specify in the ATP the Canadian offence that corresponds to the conduct for which the person is sought. The combined effect of sections 15 and 29 is to implement the double criminality requirement. The authority to proceed sets out the Canadian offence that is equivalent to the offence allegedly committed in the extradition partner state. The extradition judge is therefore not concerned with foreign law. The judge’s task is merely to determine whether there is evidence of conduct that would amount to the Canadian offence described in the ATP: *Yang, supra*.

[50] When regard is had to section 14 of the Act, it appears that until the supporting documents from the requesting state have been received, the ATP will not be issued. Section 14 provides for the discharge of a person who has been provisionally arrested (whether detained or released on judicial interim release) when the extradition request, the supporting documents and the ATP have not been received within the specified time limits. In paragraphs 14(1)(b) and 14(1)(c), the clock starts to run after the formal request and the supporting documents have been provided.

[51] Thus, the ATP has two functions in the extradition process. It gives notice to the person sought

partenaire. Cette demande peut poursuivre l’une des trois fins suivantes: poursuivre une personne; lui infliger une peine d’emprisonnement ou l’obliger à y purger une peine déjà imposée par le partenaire pour une infraction décrite à l’alinéa 3(1)(a). Il va sans dire que le ministre devra examiner l’objet de la demande d’extradition pour déterminer si les conditions de l’alinéa 3(1)(a) ont été respectées: *Schreiber, précité*.

[48] Pour ce qui est de M. Froom, étant donné que l’alinéa 3(1)(a) est assujéti à un accord d’extradition, la «peine» est déterminée par renvoi à l’article 2 [mod. par [1991] R.T. Can. n° 37, art. 1] du traité lorsque l’infraction alléguée est punissable par les «lois des deux Parties contractantes d’une peine d’emprisonnement ou de détention d’autre nature de plus d’un an ou de toute autre peine plus sévère».

[49] Le contenu de l’arrêté introductif d’instance est prescrit par le paragraphe 15(3). En raison de l’alinéa 15(3)(c), le ministre doit préciser dans ce document l’infraction canadienne qui correspond à la conduite pour laquelle la personne est recherchée. Par leur effet combiné, les articles 15 et 29 font intervenir la condition de la double criminalité. L’arrêté introductif d’instance énonce l’infraction canadienne qui est équivalente à l’infraction qui aurait été commise dans l’État requérant. Le juge d’extradition n’est donc pas concerné par le droit étranger. Il lui suffit de déterminer s’il existe des preuves d’une conduite qui équivaldrait à la perpétration de l’infraction canadienne décrite dans l’arrêté introductif d’instance: *Yang, précité*.

[50] Si l’on tient compte de l’article 14 de la Loi, il semble que l’arrêté introductif d’instance n’est pas délivré tant que les documents à l’appui ne sont pas reçus de l’État requérant. L’article 14 prévoit la libération d’une personne qui a été arrêtée provisoirement (qu’elle soit en détention ou qu’elle ait été libérée en vertu d’une décision judiciaire interlocutoire) si la demande d’extradition, les documents à l’appui et l’arrêté introductif d’instance n’ont pas été reçus dans des délais précis. Aux termes des alinéas 14(1)(b) et 14(1)(c), le délai commence à courir après que la demande officielle et que les documents à l’appui ont été fournis.

[51] Donc, l’arrêté introductif d’instance a une double fonction dans le processus d’extradition. Il informe la

of what is alleged against him and it ensures that the Minister's decision to authorize the seeking of committal on behalf of the requesting state is made in a timely way: *United States of America v. Drysdale* (2000), 32 C.R. (5th) 163 (Ont. Sup. Ct.). As previously stated, the extradition judge is obliged to accept the statement of the Minister that the alleged conduct corresponds to the named Canadian offences.

[52] The resolution of the question regarding the availability of an adequate alternative remedy engages issues of both statutory interpretation and a consideration of the appropriate circumstances under which the Court should decline to exercise its discretion to entertain an application for judicial review because of the existence of an adequate alternative remedy. The fundamental principle is the same for both issues. *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 and its progeny dictate a purposive approach to statutory construction requiring that regard be had to the purpose of the enactment and the intention of Parliament. *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3 (*Matsqui*) instructs that the Court, when determining whether to decline to exercise discretion, must adopt a purposive and functional approach to ensure that the inquiry is focussed directly on the intent of the legislator rather than on an interpretation of isolated provisions. *Matsqui* indicates that the purposive analysis leads to favouring the "process approach". The factors to consider when determining whether to embark upon a judicial review, or require an applicant to proceed through an alternate route, include the convenience of the alternative remedy, the nature of the error and the nature of the "appellate" body. The factors are not closed and it is for the courts, in particular circumstances, to isolate and balance those factors that are relevant. It is not accurate to ask which is the better forum in which to consider, at first instance, the issue raised. Rather, the question should be—is the alternative forum an adequate forum?

[53] Bearing these principles in mind, I am also cognizant that, as a general proposition, extradition laws

personne recherchée des allégations portées contre elle et il assure que la décision du ministre d'autoriser l'incarcération au nom de l'État requérant est prise dans un délai raisonnable: *United States of America v. Drysdale* (2000), 32 C.R. (5th) 163 (C. sup. Ont.). Comme on l'a déjà dit, le juge d'extradition est obligé d'accepter la déclaration du ministre indiquant que la conduite alléguée correspond aux infractions canadiennes énumérées.

[52] La question concernant la disponibilité d'un recours subsidiaire adéquat suppose que l'on procède à une interprétation législative de même qu'à un examen des circonstances appropriées en vertu desquelles le tribunal devrait refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre une demande de contrôle judiciaire en raison de l'existence d'un recours subsidiaire adéquat. Le principe fondamental est le même dans les deux cas. L'arrêt *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 et les décisions ultérieures portant sur le même sujet imposent l'adoption de la démarche téléologique à l'égard de l'interprétation législative, exigeant que l'on tienne compte du but de la Loi et de l'intention du législateur. D'après l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3 (*Matsqui*), le tribunal, qui cherche à déterminer s'il doit refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire, doit adopter une démarche téléologique et fonctionnelle pour s'assurer que l'examen porte directement sur l'intention du législateur plutôt que sur une interprétation de dispositions isolées. L'arrêt *Matsqui* fait ressortir que l'analyse téléologique tend à privilégier une «démarche fondée sur le processus». Les facteurs à examiner pour déterminer s'il faut procéder à un contrôle judiciaire, ou exiger du demandeur qu'il utilise un autre moyen, englobent l'utilité du recours subsidiaire, la nature de l'erreur et la nature du tribunal d'appel. Cette liste de facteurs n'est pas exhaustive et il incombe aux tribunaux, dans des circonstances particulières, d'isoler et de mettre en balance les facteurs qui sont pertinents. Il ne s'agit pas de se demander quel est le meilleur tribunal qui doit, en premier lieu, examiner la question soulevée. La question doit plutôt être la suivante: l'autre voie disponible constitue-t-elle une voie adéquate?

[53] Gardant à l'esprit ces principes, je reconnais également que, sur le plan général, les lois relatives à

should be liberally construed so as to achieve the purpose of the Treaty. Extradition is intended to be an expedited process designed to keep expenses to a minimum and to ensure prompt compliance with Canada's international obligations. In *McVey*, *supra*, Mr. Justice La Forest stated that barring statutory provision, the task of dealing with international treaty obligations is for the political authorities and is performed by the ministers and departments in the course of fulfilling their appropriate mandates. Moreover, extradition treaties support the endeavours of law enforcement agencies on both sides of our international borders. It is certainly appropriate that criminals should be prosecuted in the country where the crime was allegedly committed and where the persons and witnesses most interested in bringing the individual to trial may live. As well, the state from which an individual is requested has a legitimate interest in seeing that it does not become a haven for criminals: *Idziak*, *supra*. Finally, the Court should be reticent to cause serious interference with the workings of the system.

[54] I have wrestled with the positions advanced by each of the parties and I have concluded that judicial review of an ATP does lie, in an appropriate case, and that the Federal Court, as the law now stands, has jurisdiction to entertain and determine an application for judicial review of the Minister's decision before the matter proceeds to the committal hearing. In arriving at this conclusion, I have balanced the above-noted principles and factors with those that I discuss below.

[55] The ATP is new to Canada, but it is not a novel concept. Mr. Justice La Forest, in *McVey*, explains the procedure in England and notes that the British and Canadian Acts are substantially the same except that in England, the Secretary of State considers, at the outset, whether the conditions for surrender under the treaty are met. If the Secretary of State concludes that the conditions are met, he issues an order to proceed. It is readily apparent that our present Act now contains a similar provision. Although not referred to by either of the parties, the decision of *Rees v. Secretary of State for the Home Dept.*, [1986] 2 All E.R. 321 (H.L.) discussed (under the previous British Act) the necessary conditions

l'extradition doivent être interprétées de façon large, afin de respecter l'objet du traité. L'extradition se veut une procédure rapide conçue pour limiter les dépenses au minimum et assurer un prompt respect des obligations internationales du Canada. Dans l'arrêt *McVey*, précité, le juge La Forest a déclaré qu'en l'absence de disposition législative, les obligations internationales découlant d'un traité relèvent des autorités politiques et leur application est confiée aux ministres et aux ministères dans le cadre de leurs mandats appropriés. Qui plus est, les traités d'extradition appuient les engagements des organismes d'exécution de la loi des deux côtés de nos frontières internationales. Il est certainement approprié que les criminels puissent être poursuivis dans le pays où le crime a prétendument été commis et pendant que vivent encore les personnes et les témoins qui ont intérêt à ce que cette personne subisse son procès. De même, l'État dans lequel une personne est recherchée a un intérêt légitime à s'assurer qu'il ne devient pas un asile pour les criminels: *Idziak*, précité. Finalement, le tribunal doit s'efforcer de ne pas enrayer le fonctionnement du système.

[54] J'ai examiné les positions avancées par chacune des parties et j'ai conclu que le contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance existe dans les cas appropriés, et que la Cour fédérale, dans l'état actuel du droit, a compétence pour entendre une demande de contrôle judiciaire concernant la décision du ministre et se prononcer sur celle-ci avant la tenue d'une audience d'incarcération. Pour en arriver à cette conclusion, j'ai pondéré les principes et les facteurs énumérés ci-dessus au regard de ceux dont je discuterai ci-dessous.

[55] L'arrêté introductif d'instance est nouveau au Canada, mais ce n'est pas un concept nouveau. M. le juge La Forest, dans l'arrêt *McVey*, explique la procédure qui est appliquée en Angleterre et note que les lois britannique et canadienne sont assez semblables, à l'exception du fait qu'en Angleterre, le secrétaire d'État examine dès le début si les conditions de l'extradition prévues dans le traité sont respectées. Si le secrétaire d'État estime que tel est le cas, il délivre un arrêté introductif d'instance. Il est tout à fait manifeste que notre Loi actuelle renferme maintenant une disposition semblable. Bien qu'aucune des parties n'y ait fait référence, l'arrêt *Rees v. Secretary of State for the Home*

to enable the Secretary of State to issue the order to proceed as well as the availability of review of the order. Relevant, for present purposes, were the questions dealing with the latter, i.e. the power to review the making of the order by the Secretary of State. The opinion of the House of Lords was succinctly stated: the police magistrate (under Canadian legislation the committal judge) did not have power to review the exercise of the Secretary of State's discretion to make an order to proceed. The High Court did have power to review the exercise of the Secretary of State's discretion to make the order although a successful challenge to such exercise could only very rarely arise. I note that the "order to proceed" terminology was replaced by the words "authority to proceed" when the *Extradition Act, 1989* (U.K.) [1989, c. 33] was enacted in Britain.

[56] The ATP is the foundation block upon which the extradition process stands. The Minister, in issuing the ATP, is exercising a statutory power contemplated by section 2 of the *Federal Courts Act*. Section 18.1 of that Act normally vests jurisdiction for the review of such decisions in the Federal Court. While, pursuant to subsection 57(1) of the *Extradition Act*, the Federal Court has no jurisdiction to review the Minister's surrender decision, no similar provision regarding judicial review of the decision to issue an ATP exists.

[57] Decisions of the executive are subject to judicial review in accordance with the principles set out in the relevant authorities: *United States of America v. Sagarra* (2003), 226 Nfld. & P.E.I.R. 321 (Nfld. C.A.) (*Sagarra*). Blind judicial deference to executive judgment cannot be expected . . . judicial interference must be limited to cases of real substance: *Schmidt, supra*. It is beyond dispute that the Minister cannot indiscriminately issue an ATP. In my view, in circumstances where strong grounds exist for arguing that the Minister acted arbitrarily, in bad faith, or that the Minister was motivated by an improper motive, or motivated by irrelevant

Dept., [1986] 2 All E.R. 321 (H.L.) a analysé (en vertu de la loi anglaise antérieure) les conditions nécessaires pour que le secrétaire d'État puisse délivrer l'arrêté introductif d'instance, de même que la possibilité de faire revoir cet arrêté. Pour les fins de l'espèce, les questions traitant de ce dernier point, c'est-à-dire le pouvoir de contrôler la délivrance de l'arrêté introductif d'instance par le secrétaire d'État, sont pertinentes. L'opinion de la Chambre des Lords peut être brièvement résumée: le magistrat de police (en vertu de la loi canadienne, le juge d'incarcération) n'avait pas le pouvoir de procéder au contrôle du pouvoir discrétionnaire du secrétaire d'État de délivrer un arrêté introductif d'instance. La Haute Cour avait ce pouvoir, bien qu'une telle contestation ait très peu de chance de réussir. Je note que l'expression anglaise «*order to proceed*» a été remplacée par les mots «*authority to proceed*» quand la *Extradition Act, 1989* (R.-U.) [1989, ch. 33] a été adoptée en Grande-Bretagne.

[56] L'arrêté introductif d'instance est le fondement sur lequel repose le processus d'extradition. En délivrant un arrêté introductif d'instance, le ministre exerce un pouvoir de nature législative prévu par l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*. L'article 18.1 de cette Loi confère habituellement à la Cour fédérale la compétence de procéder au contrôle de telles décisions. Bien que, aux termes du paragraphe 57(1) de la *Loi sur l'extradition*, la Cour fédérale n'ait pas compétence pour revoir la décision d'extradition du ministre, il n'existe aucune disposition semblable concernant le contrôle judiciaire de la décision de délivrer un arrêté introductif d'instance.

[57] Les décisions du pouvoir exécutif sont assujetties au contrôle judiciaire conformément aux principes énoncés dans les précédents jurisprudentiels pertinents: *United States of America v. Sagarra* (2003), 226 Nfld. & P.E.I.R. 321 (C.A. T.-N.) (*Sagarra*). On ne peut s'attendre à ce que les tribunaux fassent aveuglément preuve de retenue à l'égard du jugement de l'organe exécutif [. . .] mais l'intervention judiciaire doit être limitée à des cas sérieux: *Schmidt*, précité. Il va sans dire que le ministre ne peut pas délivrer à tort et à travers un arrêté introductif d'instance. À mon avis, dans les circonstances où il existe des motifs sérieux de prétendre

considerations, Parliament could not have intended (even when streamlining and modernizing the process are accorded significant respect) that the decision would not be reviewable. If that were the intent, it would violate the rule of law.

[58] I regard it as settled law that the extradition judge has no jurisdiction to review the ATP: *Kucan, supra*; *Schreiber, supra*; *Sagarra supra*; *Thailand v. Karas*, 2001 BCSC 72; [2001] B.C.J. No. 124 (S.C.) (QL). The provincial appellate courts, on an appeal from a committal order, are similarly restricted: *Kucan*; *Sagarra*. It is also clear that section 7 of the Charter permeates the entire extradition process: *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616 (*Shulman*). It is not at all clear under what circumstances, if at all, the provincial appellate courts might entertain judicial review with respect to an ATP.

[59] It appears to me that if a committal order has issued, a positive surrender decision is made and judicial review is taken with respect to the surrender order, the issuance of the ATP, at that juncture, is moot. If the nature of the alleged error regarding the Minister's decision should fall within one of the categories discussed above and the individual's liberty is arguably restricted (an individual subject to provisional arrest or released conditionally), in my view, judicial review should be available at the outset of the process. Requiring the individual to proceed with a committal hearing, and if committed, to appeal the committal order, and if unsuccessful, to make submissions to the Minister, and if unsuccessful, then (but only then), to address the impropriety of the ATP where there may possibly, but not necessarily, be a remedy in judicial review proceedings before the provincial appellate court, does not provide an adequate or appropriate alternative remedy or forum. It is unfair and fundamentally unjust to insist that an individual undergo, and perhaps complete, each stage of the process in order to challenge the Minister's decision, on the basis of the grounds I have

que le ministre a agi de façon arbitraire, de mauvaise foi, ou qu'il s'est appuyé sur un motif non approprié, ou sur des considérations non pertinentes, le législateur ne peut avoir eu pour intention (même en accordant tout le respect voulu à la simplification et la modernisation du processus) d'exclure la décision du contrôle judiciaire. Si telle avait été son intention, celle-ci contreviendrait à la règle de droit.

[58] Je considère qu'il est bien établi en droit que le juge d'extradition n'a pas compétence pour procéder au contrôle d'un arrêté introductif d'instance: *Kucan*, précité; *Schreiber*, précité; *Sagarra*, précité; *Thailand v. Karas*, 2001 BCSC 72; [2001] B.C.J. n° 124 (C.S.) (QL). Les cours d'appel provinciales, dans une procédure d'appel concernant un mandat d'incarcération, sont soumises à des restrictions semblables: *Kucan*; *Sagarra*. Il est également clair que l'article 7 de la Charte imprègne tout le processus d'extradition: *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616 (*Shulman*). Il n'est pas du tout clair dans quelles circonstances, s'il en est, les cours d'appel provinciales pourraient entendre un contrôle judiciaire se rapportant à un arrêté introductif d'instance.

[59] Il me semble que si un mandat d'incarcération a été délivré, qu'une décision d'extradition a été prise et qu'une procédure de contrôle judiciaire est intentée concernant l'ordonnance d'extradition, la délivrance de l'arrêté introductif d'instance est, à ce point, théorique. Si la nature de l'erreur alléguée concernant la décision du ministre tombait dans l'une des catégories discutées ci-dessus et que la liberté de l'intéressé eût été brimée d'une façon contestable (une personne assujettie à un mandat provisoire ou libérée sous condition), à mon avis, le contrôle judiciaire devrait pouvoir être demandé dès que le processus est enclenché. Exiger que la personne se présente à une audience d'incarcération et, si elle est incarcérée, qu'elle fasse appel du mandat d'incarcération, et si elle n'a pas gain de cause, qu'elle adresse des observations au ministre, et, si elle n'a toujours pas gain de cause, alors (mais seulement alors), qu'elle puisse invoquer le caractère non approprié de l'arrêté introductif d'instance alors qu'il y aurait peut-être encore, mais pas nécessairement, un recours possible dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire devant la cour d'appel provinciale, ne

enumerated, when a remedy may ultimately be beyond reach within that process. If a remedy is ultimately found to be within reach, the process, while providing an alternative remedy, does not, in my view, provide an adequate one.

[60] There is a caveat to my conclusion. I caution that it is not open to an individual, by a mere characterization of the application as one to quash the ATP, to obtain judicial review. Where the underlying grounds disclose arguments that fall squarely within the jurisdiction of the extradition judge, or the Minister, or where the grounds deal with arguments in areas where the law is settled, judicial review of the ATP at the outset would not be available. Were it otherwise, the result would be to elevate form over substance. At the end of the day, the circumstances under which judicial review of the ATP is available will be exceedingly rare. This is in keeping with the comment, in *Schmidt, supra*, that judicial intervention must be limited to cases of real substance. It is necessary to ensure that the Minister is permitted to act in a manner that preserves the effectiveness of the extradition process and, at the same time, conforms to what is regarded as fundamentally just.

INTERLOCUTORY DECISION

The Respondent

[61] The respondent's alternative submission is that judicial review should not be entertained because the Minister's decision to issue the ATP is an interlocutory one. The respondent's counsel readily acknowledged an inability to provide any authority on point. Four decisions were offered for guidance. Two of those deal with the availability of review with respect to evidentiary rulings made by a tribunal during the course of its hearing. Another is concerned with the issuance of an

constitue pas un recours subsidiaire adéquat ni une voie appropriée. Il est inéquitable et fondamentalement injuste d'insister pour qu'une personne passe par chaque étape du processus, et peut-être même qu'elle se rende au bout, afin de contester la décision du ministre, en s'appuyant sur les motifs que j'ai énumérés, alors que la réparation pourrait peut-être au bout du compte lui échapper dans le cadre de ce processus. Si une réparation peut au bout du compte être accessible, le processus, même s'il prévoit un recours subsidiaire, n'offre pas à mon avis une réparation adéquate.

[60] J'apporte toutefois une réserve à ma conclusion. Il n'est pas loisible à une personne, en qualifiant simplement sa demande comme une demande d'annulation de l'arrêté introductif d'instance, d'obtenir un contrôle judiciaire. Quand les motifs invoqués font ressortir des arguments qui relèvent carrément de la compétence du juge d'extradition ou du ministre, ou lorsque les motifs traitent d'arguments dans des domaines de droit bien établis, il ne serait pas possible de demander dès l'enclenchement du processus le contrôle judiciaire de l'arrêté introductif d'instance. S'il en était autrement, la forme aurait préséance sur le fond. Au bout du compte, les circonstances en vertu desquelles on pourra obtenir le contrôle judiciaire de l'arrêté introductif d'instance seront extrêmement rares. Cela va dans le sens de l'observation formulée dans l'arrêt *Schmidt*, précité, selon laquelle l'intervention judiciaire doit être limitée à des cas sérieux. Il est nécessaire de s'assurer que le ministre est autorisé à agir d'une manière qui préserve l'efficacité du processus d'extradition et, en même temps, se conforme à ce qui est considéré comme fondamentalement juste.

DÉCISION INTERLOCUTOIRE

Le défendeur

[61] Dans sa proposition subsidiaire, le défendeur prétend que le contrôle judiciaire ne devrait pas être entendu parce que la décision du ministre de délivrer l'arrêté introductif d'instance est une décision interlocutoire. L'avocat du défendeur a déjà reconnu qu'il ne pouvait fournir de précédent jurisprudentiel sur ce point. Quatre décisions ont cependant été citées pour guider la Cour. Deux de ces décisions traitent de la possibilité d'avoir recours au contrôle judiciaire au sujet

interlocutory injunction pending disposition of a complaint to the Canada Human Rights Commission and the fourth involves an appeal of a decision that was not final.

[62] The respondent argues that the ATP is a preliminary or interlocutory decision. In support, he points to the relative simplicity of the decision in question, the procedure set out in the statute and the fact that since committal and surrender have yet to be determined, judicial review may never be necessary. Relying on *Zündel v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 F.C. 255 (C.A.), the respondent notes that in general, absent jurisdictional issues, rulings made in the course of a tribunal's proceedings should not be challenged until a tribunal has completed its process because the judicial review may be totally unnecessary; unnecessary delays and expenses associated with appeals can bring the administration of justice into disrepute, and courts have adopted this principle.

[63] The respondent also refers to *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (F.C.A.) wherein it was held that absent special circumstances, there should not be appeals or judicial reviews of interlocutory decisions. The breaking up of cases and the resulting delays and expenses interfering with the sound administration of justice are to be avoided. Additionally, there will not be any basis for judicial review, especially immediate review, when at the end of the proceedings, some other appropriate remedy exists. On the basis of *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (F.C.A.), the respondent submits that the same principles apply with respect to an appeal of a decision that is not a final determination of rights.

The Applicant

[64] Mr. Froom argues contra. Relying on *Reebok Canada v. Minister of National Revenue* (1995), 179

de décisions qu'un tribunal rend concernant la preuve au cours d'une audience. Une autre décision porte sur le prononcé d'une injonction interlocutoire en attendant que la Commission des droits de la personne du Canada statue sur une plainte, et la quatrième de ces décisions porte sur un appel concernant une décision qui n'était pas définitive.

[62] Le défendeur prétend que l'arrêté introductif d'instance est une décision préliminaire ou interlocutoire. À l'appui de cette prétention, il signale la relative simplicité de la décision en question, la procédure énoncée dans la loi et le fait que puisque l'incarcération et l'extradition n'ont pas encore été décidées, il se pourrait que le contrôle judiciaire ne soit pas nécessaire. S'appuyant sur l'arrêt *Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] 4 C.F. 255 (C.A.), le défendeur note qu'en général, en l'absence de questions de compétence, les décisions prises au cours de la procédure d'un tribunal ne devraient pas être contestées tant que le tribunal n'a pas terminé son étude parce que le contrôle judiciaire peut être tout à fait inutile; les appels interjetés pourraient entraîner des retards et des dépenses inutiles, risquant ainsi de déconsidérer l'administration de la justice, et c'est pourquoi les tribunaux ont adopté ce principe.

[63] Le défendeur fait également référence à l'arrêt *Szczecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (C.A.F.) dans lequel on a statué qu'en l'absence de circonstances spéciales, les décisions interlocutoires ne devraient pas faire l'objet d'un appel ou d'un contrôle judiciaire. Il faut s'abstenir d'interrompre le déroulement des affaires, et ainsi éviter les retards et dépenses qui portent atteinte à la bonne administration de la justice. En outre, le contrôle judiciaire ne sera pas fondé, surtout le contrôle immédiat, si on constate à la fin de la procédure, qu'il existe un recours subsidiaire approprié. En s'appuyant sur l'arrêt *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (C.A.F.), le défendeur soutient que les mêmes principes s'appliquent dans le cas d'un appel d'une décision qui ne statue pas définitivement sur les droits des intéressés.

Le demandeur

[64] M. Froom fait valoir des arguments contraires. S'appuyant sur l'arrêt *Reebok Canada c. Ministre du*

N.R. 300 (F.C.A.), he notes the Court's statement that the question of whether a judgment or order is final or interlocutory is sometimes not free of difficulty. He refers to the meaning of "final judgment" set out in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*, wherein it is defined as "any judgment or other decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding". Applying the relevant words in the definition to his circumstances, he contends that the words emphasize that the truncation or elimination of an essential issue in a case or application can result in a final determination even though the case "in the round", so to speak, continues on other issues. Relying again on the fact that the quashing of the ATP is not a remedy that can be obtained elsewhere, he maintains that the decision is a final one. Last, Mr. Froom submits that here, at the beginning of the process, "the conduct and circumstances may be such as to disentitle the Minister to initiate proceedings".

Analysis

[65] The submissions were not overly helpful with respect to this issue. Generally, in the legal sense, we refer to matters as being either "interlocutory" or "final" in the context of actions and judicial orders. In matters of judicial review, where the subject matter involves a decision, the characterization can become clouded. This is particularly so when the decision is one that involves the exercise of ministerial discretion rather than one that, in substance, is analogous to a ruling by a tribunal during the course of its proceedings. Although the *Ziindel*, *supra* and *Szczecka*, *supra* decisions were concerned with evidentiary rulings by tribunals, the general principles arising from them in relation to applications for judicial review are instructive.

[66] The uniqueness of extradition proceedings, with their various and complex considerations, constitutes another component of this analysis. It is evident, from the contents of the "Statutory Scheme and

Revenu national (1995), 179 N.R. 300 (C.A.F.), il souligne que la Cour a fait remarquer que la question de savoir si un jugement ou une ordonnance est définitif ou interlocutoire n'est pas toujours exempte de difficulté. Il fait référence au sens de l'expression «jugement définitif» défini de la manière suivante au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*: «jugement ou autre décision qui statue au fond, en tout ou en partie, sur un droit d'une ou plusieurs des parties à une instance». Appliquant les mots pertinents de cette définition à sa situation, il prétend que les mots font clairement ressortir que le démembrement ou l'élimination d'une question essentielle dans une instance peut entraîner une décision définitive même si l'instance générale se poursuit sur d'autres points. S'appuyant de nouveau sur le fait que l'annulation de l'arrêté introductif d'instance n'est pas une réparation qui peut être obtenue devant une autre autorité, il maintient que la décision est définitive. Enfin, M. Froom soutient qu'en l'espèce, au début du processus, [TRADUCTION] «il se peut que la conduite et les circonstances soient tels que le ministre n'ait pas le droit d'intenter des procédures».

Analyse

[65] Les observations formulées ne m'ont pas été d'un grand secours pour décider de ce point. En général, dans le langage juridique, nous qualifions les questions comme étant soit «interlocutoires» soit «définitives» dans le contexte des actions et des ordonnances judiciaires. Dans les affaires de contrôle judiciaire, dont l'objet est une décision, cette qualification peut devenir nébuleuse. Cela est particulièrement vrai quand il s'agit d'une décision prise dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un ministre plutôt que d'une décision qui est, en substance, analogue à une conclusion tirée par un tribunal dans le cours de ses délibérations. Même si les arrêts *Ziindel*, précité et *Szczecka*, précité, portaient sur des décisions prises par des tribunaux sur des questions de preuve, les principes généraux découlant de ces arrêts à l'égard des demandes de contrôle judiciaire sont instructifs.

[66] Le caractère unique du processus d'extradition, avec ses considérations diverses et complexes, constitue un autre élément de cette analyse. Il est clair, d'après ce qui a été dit sous la rubrique «Régime législatif et

Jurisprudence” subtitle in these reasons, that significant distinctions exist between extradition and the other areas with which we are concerned on judicial review applications. Here, we have not only a proceeding, but a process wherein mutually exclusive and distinct phases exist. The respondent’s arguments on this particular issue fail to address this characteristic. The respondent’s position that the ATP is interlocutory in nature and does not determine substantive rights flies in the face of counsel’s concession, at the outset of the hearing, that it is impossible to argue that the decision is not one within the meaning of section 18.1 of the *Federal Courts Act* and within the jurisdiction of this Court.

[67] The issuance of the ATP is the role of the Minister. As discussed in *Schreiber, supra*, the Minister discharges the functions assigned to him on either side of the extradition judge whose function is discharged in the middle of the process. The Minister’s decision, in so far as it determines whether or not the matter will proceed to an extradition hearing, is arguably final. This is illustrative of the discreteness of each of the phases in the process and the contextual distinction between extradition matters and other areas with which we are normally concerned. The role of the judge in the middle of the process is subject to appeal and the role of the Minister at the end of the process is subject to judicial review. The Act is silent regarding review of the Minister’s role at the outset of the process.

[68] However, in my view, I need not determine, for purposes of this application, whether the decision is final or interlocutory. Both *Zündel, supra* and *Szczecka, supra*, leave the door open for the Court to proceed with judicial review of interlocutory decisions where there are special circumstances. I have determined and described the special circumstances that exist, in the context of the issuance of an ATP, in paragraphs 55 through 60 of these reasons. I do not propose to repeat them. Suffice it to say that where special circumstances do exist, it is open to the Court to entertain an application for judicial

jurisprudence» dans les présents motifs, que des distinctions importantes existent entre l’extradition et les autres points de droit dont la Cour est saisie dans les demandes de contrôle judiciaire. En l’espèce, il n’y a pas seulement une instance, mais bien un processus dans lequel des étapes mutuellement exclusives et distinctes existent. Les arguments du défendeur sur ce point particulier n’ont pas traité de cette caractéristique. La position du défendeur selon laquelle l’arrêté introductif d’instance est une décision de nature interlocutoire qui ne statue pas au fond sur un droit va à l’encontre de l’aveu que l’avocat a fait, dès le début de l’audience, selon lequel il est impossible de prétendre que la décision n’est pas de celles qui sont visées à l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* et qui relève de la compétence de la présente Cour.

[67] La délivrance de l’avis introductif d’instance est la responsabilité du ministre. Comme il en a été question dans l’arrêt *Schreiber*, précité, le ministre s’acquitte des fonctions qui lui sont attribuées avant et après l’intervention du juge d’extradition qui intervient au milieu du processus. On peut soutenir que la décision du ministre, dans la mesure où elle détermine si l’affaire donnera lieu ou non à une audience d’extradition, est définitive. Cela illustre bien le caractère discrétionnaire de chacune des étapes du processus et de la distinction contextuelle qui existe entre les affaires d’extradition et les autres points de droit dont nous traitons habituellement. Le rôle du juge dans le milieu du processus peut faire l’objet d’un appel et le rôle du ministre à la fin de ce même processus peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire. La Loi ne dit rien au sujet du contrôle du rôle que joue le ministre au tout début du processus.

[68] Toutefois, à mon avis, il n’est pas nécessaire que je décide pour les fins de la présente demande si la décision est définitive ou interlocutoire. Les deux arrêts *Zündel*, précité, et *Szczecka*, précité, laissent à la Cour la liberté de procéder au contrôle judiciaire des décisions interlocutoires quand des circonstances spéciales existent. J’ai déterminé et décrit les circonstances spéciales qui existent, dans le contexte de la délivrance d’un avis introductif d’instance, aux paragraphes 55 à 60 des présents motifs. Je n’ai pas l’intention de les répéter. Il suffira de dire que lorsque des circonstances spéciales

review.

APPLICANT'S GROUNDS OF REVIEW

[69] Mr. Froom personally prepared his affidavit with its attached exhibits as well as his memorandum of fact and law. They are lengthy. The contents of his affidavit were of sufficient concern to the respondent to prompt the filing, prior to the scheduled hearing, of a motion to strike significant portions. The Motions Judge concluded that the affidavit, its admissibility and weight were matters better left for determination by the application judge.

[70] It is not uncommon, when litigants are self-represented, to find their documentation wanting. Established rules, procedures and evidentiary matters, with their attendant niceties and distinctions, present challenges for lay persons not familiar with them. Mr. Froom was represented by counsel at the hearing. His counsel consolidated and refined the arguments into an organized and comprehensive framework that included specific reference to the relevant paragraphs of the affidavit and the authorities upon which he relied.

[71] I will address the arguments as presented by counsel. I do not intend to deal with each of the various paragraphs in Mr. Froom's affidavit that offend the relevant rules of evidence. I will say only that those statements that constitute opinion, speculation and legal argument have not been considered.

[72] In an effort to provide cogency and cohesiveness to my analysis of Mr. Froom's grounds for review, I will identify each ground as an issue and, in turn, will identify the subsidiary issues arising from the global issue. I will then determine whether or not the ground (including each of its components) meets the threshold set out earlier in these reasons. For clarity, the grounds (or at least one of them) must establish that the Minister acted arbitrarily, or in bad faith, or was motivated by an improper motive or was motivated by irrelevant

existent, il est loisible à la Cour d'entendre une demande de contrôle judiciaire.

MOTIFS DE CONTRÔLE DU DEMANDEUR

[69] M. Froom a personnellement préparé son affidavit avec les pièces qui y sont jointes, de même que son exposé des faits et du droit. Ce sont de longs documents. Le contenu de son affidavit a posé tellement de problèmes au défendeur que celui-ci a déposé avant la tenue de l'audience, une requête afin d'en radier des portions importantes. Le juge des requêtes a conclu que l'affidavit, son admissibilité et sa pondération étaient des questions qu'il convenait de laisser à la décision du juge qui entendra la demande.

[70] Quand les parties se représentent elles-mêmes, il n'est pas rare de constater que leurs documents ne sont pas complets. Les règles établies, les procédures et les questions de preuve, accompagnées de leur subtilités et distinctions habituelles, présentent un défi pour les profanes qui ne les connaissent pas bien. M. Froom était représenté par un avocat à l'audience. Son avocat a regroupé et précisé les arguments dans un cadre organisé et complet qui faisait spécifiquement référence aux paragraphes pertinents de l'affidavit et aux sources sur lesquelles il s'est appuyé.

[71] Je traiterai des arguments dans l'ordre dans lequel ils ont été présentés par l'avocat. Je n'ai pas l'intention de traiter de chacun des paragraphes de l'affidavit de M. Froom qui vont à l'encontre des règles de preuve pertinentes. Je me contenterai de dire que les déclarations qui constituent une opinion, de la spéculation ou une argumentation juridique n'ont pas été examinées.

[72] Afin d'assurer une certaine pertinence et cohérence à mon analyse des motifs soulevés par M. Froom en faveur du contrôle, j'identifierai chaque motif comme étant une question et, de même, j'identifierai les questions subsidiaires découlant de la question globale. J'indiquerai ensuite si le motif (incluant chacun de ses éléments) respecte le seuil énoncé plus tôt dans les présents motifs. Pour parler clairement, les motifs (ou à tout le moins l'un d'entre eux) doivent établir que le ministre a agi de façon arbitraire, de mauvaise foi, ou

considerations. Grounds that fall squarely within the jurisdiction of the extradition judge or the Minister will not meet the threshold nor will those in areas where the law is settled to the extent that it renders the arguments bereft of any chance of success.

[73] Having established the parameters for the remainder of these reasons and assuming without deciding, again for purposes of cogency and cohesiveness, that one or more of Mr. Froom's grounds meet the threshold, I will address the applicable standard of review. The delineation of the grounds, the argument in relation to the grounds and my analysis will follow immediately thereafter.

THE STANDARD OF REVIEW

[74] In applying the pragmatic and functional analysis to arrive at the applicable standard of review, I have been guided by the decisions of the Supreme Court of Canada. I have had particular regard to the reasons in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; and *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226. The four factors of the pragmatic and functional analysis in this instance lead to a standard of patent unreasonableness.

[75] In relation to the first factor, the Act is silent regarding review or appeal of the Minister's discretionary decision to issue an ATP. This is a neutral factor.

[76] The expertise of the decision-maker is the most important factor. The Minister has expertise in political matters, international relations and the ramifications of the law of extradition. It is the Minister who must consider the good faith and honour of this country in its relations with other states: *Idziak, supra*. This necessitates a high level of deference.

qu'il s'est appuyé sur un motif non approprié ou sur des considérations non pertinentes. Les motifs qui touchent directement à la compétence du juge d'extradition ou à celle du ministre ne respecteront pas le seuil, non plus que les motifs qui portent sur des questions où le droit est établi au point d'enlever aux arguments mentionnés toute chance de succès.

[73] Ayant établi les paramètres qui s'appliqueront au reste des présents motifs et en supposant, sans me prononcer sur ce point, ici encore pour des fins de pertinence et de cohérence, que l'un ou plusieurs des motifs invoqués par M. Froom respectent le seuil établi, je traiterai de la norme de contrôle applicable. La description des motifs, l'argumentation présentée en rapport avec ces motifs et mon analyse suivront immédiatement après.

LA NORME DE CONTRÔLE

[74] Dans l'application de l'analyse pragmatique et fonctionnelle qui me permettra de déterminer la norme de contrôle applicable, je me suis inspirée des décisions de la Cour suprême du Canada. J'ai tenu particulièrement compte des motifs dans les arrêts suivants: *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; et *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226. Les quatre facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle en l'espèce mènent à la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[75] Pour ce qui est du premier facteur, la Loi ne traite pas du contrôle ou de l'appel de la décision discrétionnaire du ministre de délivrer un arrêté introductif d'instance. Il s'agit d'un facteur neutre.

[76] L'expertise du décideur est le facteur le plus important. Le ministre a une connaissance spécialisée des affaires politiques, des relations internationales et des ramifications du droit de l'extradition. C'est le ministre qui doit représenter la bonne foi et l'honneur de notre pays dans ses relations avec d'autres États: *Idziak, précité*. Cela exige un degré élevé de retenue judiciaire.

[77] The third factor is the purpose of the provision in particular and the Act as a whole. The mandate of the Act is to codify into domestic law Canada's international obligations regarding surrender. It delineates the process for the handling of extradition matters. The purpose of the particular provision (section 15) is to determine whether the requesting state has provided the necessary information to satisfy the requirements of the treaty and the Act in relation to its request for extradition. The provision also provides the Minister with discretion to issue the ATP. This factor militates in favour of very high deference.

[78] The fourth factor is the nature of the problem and whether it relates to a determination of law or fact. Here, there is overlap between the third and fourth factors. The question in issue is one of mixed fact and law, but it is more fact intensive when regard is had to the statutory requirements involved. The Minister must determine whether the requesting state has provided sufficient information to satisfy the requirements set out in section 15. While this requires reference to the components of the particular section, whether those requirements are met is ultimately a question of fact. This factor requires high deference.

[79] Balancing these factors, I conclude that the applicable standard of review is patent unreasonableness.

NON-COMPLIANCE WITH TREATY

[80] Mr. Froom alleges that there was non-compliance with the Extradition Treaty between Canada and the United States in three respects.

(a) Article 9(1)

[81] This provision states that the request for extradition shall be made through the diplomatic channel. Mr. Froom alleges that a document described as Diplomatic Note No. 456 was sent from the United States Embassy in Ottawa to the offices of the International Assistance Group of the Department of

[77] Le troisième facteur porte sur l'objet de la disposition en particulier et de la Loi en général. La Loi a pour but de codifier dans le droit interne les obligations internationales du Canada en matière d'extradition. Elle décrit le processus à suivre pour le traitement des questions d'extradition. Le but de la disposition particulière (l'article 15) est de déterminer si l'État requérant a fourni les renseignements nécessaires pour répondre aux conditions du traité et de la Loi relativement à la demande d'extradition. La disposition stipule également que le ministre a le pouvoir discrétionnaire de délivrer un arrêté introductif d'instance. Ce facteur milite en faveur d'un très haut degré de retenue judiciaire.

[78] Le quatrième facteur est la nature du problème et la question de savoir s'il se rattache à une décision de fait ou de droit. En l'espèce, il y a chevauchement entre le troisième et le quatrième facteur. La question en litige est une question mixte de fait et de droit, mais elle porte davantage sur les faits si l'on tient compte des conditions d'origine législative en jeu. Le ministre doit déterminer si l'État requérant a fourni suffisamment de renseignements pour satisfaire aux conditions énoncées à l'article 15. Bien que cela exige de tenir compte des éléments de cet article en particulier, la question de savoir si les conditions sont respectées est au bout du compte une question de fait. Ce facteur exige donc un degré élevé de retenue judiciaire.

[79] Après avoir pondéré ces facteurs, je conclus que la norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable.

NON-RESPECT DU TRAITÉ

[80] M. Froom allègue que le Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis n'a pas été respecté à trois égards.

a) Paragraphe 9(1)

[81] D'après cette disposition, la demande d'extradition doit se faire par la voie diplomatique. M. Froom allègue qu'un document décrit comme étant la note diplomatique n° 456 a été envoyé par l'Ambassade des États-Unis à Ottawa au bureau du Groupe d'entraide internationale du ministère de la Justice à Ottawa. Il

Justice in Ottawa. The basis for his allegation is a facsimile header at the top of the note. The essence of his complaint is that the Diplomatic Note should have travelled from the American Embassy to the Department of Foreign Affairs, from the Department of Foreign Affairs to the Department of Justice, and that this routing should be evidenced by notations of communication. The Treaty should be interpreted to require all documents to be sent through the diplomatic channel to maintain the integrity of the process.

(b) Article 4(1)(ii)

[82] This provision dictates that extradition shall not be granted when the prosecution for the offence has become barred by lapse of time according to the laws of the requesting state. Mr. Froom argues that the *Speedy Trial Act*, 88 Stat. 2080 (1974), as amended 93 Stat. 328 (1979), prescribes a limitation period and that no regard was had to it. The first indictment was laid in 1998 and 3½ years later an extradition request was made. The United States case law makes it clear that the *Speedy Trial Act* applies with respect to extradition.

(c) Article 9(3)

[83] This provision requires that when the request relates to a person who has not yet been convicted, it must also be accompanied by a warrant of arrest, issued by a judge or other judicial officer of the requesting state, and by such evidence as, according to the law of the requested state, would justify the individual's arrest and committal for trial if the offence had been committed there, including evidence proving the person requested is the person to whom the warrant of arrest refers. Mr. Froom argues that the warrant of the Honourable Michael B. Mukasey of the United States District Court, Southern District of New York, does not refer to conspiracy. For this reason, the ATP, to the extent it purports to deal with conspiracy, should be quashed for failure to comply with Article 9(3).

Analysis

[84] None of these arguments meet the threshold for judicial review. There is no allegation that the Minister

fonde son allégation sur une en-tête de télécopieur figurant dans la partie supérieure de la note. Il se plaint essentiellement de ce que la note diplomatique aurait dû être transmise par l'Ambassade américaine au ministère des Affaires étrangères, par le ministère des Affaires étrangères au ministère de la Justice et que ce mode de transmission devrait être démontré au moyen de notes de communication. Le Traité devrait être interprété comme exigeant que tous les documents qui doivent être envoyés par la voie diplomatique respectent l'intégrité de ce processus.

b) Alinéa 4(1)(ii)

[82] Cette disposition stipule que l'extradition ne sera pas accordée lorsque la poursuite relative à l'infraction est frappée de prescription selon les lois de l'État requérant. M. Froom prétend que la *Speedy Trial Act*, 88 Stat. 2080 (1974), modifiée à 93 Stat. 328 (1979), impose un délai de prescription dont on n'a pas tenu compte. La première mise en accusation a été portée en 1998 et on n'a fait une demande d'extradition que trois ans et demi plus tard. La jurisprudence des États-Unis fait clairement ressortir que la *Speedy Trial Act* s'applique à l'extradition.

c) Paragraphe 9(3)

[83] D'après cette disposition, lorsque la demande vise un individu qui n'a pas encore été déclaré coupable, elle doit en outre être accompagnée d'un mandat d'arrêt émis par un juge ou une autre autorité judiciaire de l'État requérant et de tout élément de preuve qui, selon les lois de l'État requis, justifierait l'arrestation et la mise en jugement dudit individu si l'infraction y avait été commise, notamment la preuve que l'individu dont on demande l'extradition est bien celui qui est visé par le mandat d'arrêt. M. Froom prétend que le mandat de l'honorable Michael B. Mukasey de la Cour de district des États-Unis, district sud de New York, ne fait pas référence à un complot. Pour cette raison, l'arrêté introductif d'instance, dans la mesure où il est censé traiter du complot, devrait être annulé parce qu'il ne respecte pas le paragraphe 9(3).

Analyse

[84] Aucun de ces arguments ne respecte le seuil relatif au contrôle judiciaire. Il n'est pas allégué que le

acted arbitrarily, in bad faith, that he was motivated by an improper motive, nor that he was motivated by irrelevant considerations in relation to any of these submissions. Moreover, there is no evidentiary basis upon which such allegations could be sustained.

[85] Although I need not say more, I note that the Diplomatic Note No. 456 from the Embassy of the United States to the Department of Foreign Affairs and International Trade requests the extradition of Arthur Kissel, a.k.a Arthur Froom from Canada. The supporting documentation includes the record of the case and the statement of law. The statement of law consists of the legal statement prepared by the Assistant United States Attorney for the southern district of New York; the grand jury indictment of Sonia Lafontaine and Arthur Kissel dated March 29, 2000; sections of the United States Code, and the warrant for arrest issued by Honourable Michael B. Mukasey. The statement of law documents were accompanied by a certification as to their authenticity and execution signed by the Acting Deputy Director, Office of International Affairs, Criminal Division, U.S. Department of Justice in Washington, D.C.; a certification that the noted Acting Deputy Director is now and was, at the time the certification was signed, Acting Deputy Director, Office of International Affairs, Criminal Division, U.S. Department of Justice in Washington, D.C., signed on behalf of the Attorney General, John Ashcroft; a certification that the documents are authentic, signed on behalf of the Secretary of State, Colin L. Powell by Patrick O. Hatchett, Assistant Authentication, Office of the Department of State, and a certification by the Principal Consular Officer of Canada in the United States that the papers are documents to be used upon an application for extradition from the Government of the United States, authenticated by Patrick O. Hatchett.

[86] It is not for the courts to dictate where signatories to international treaties should direct their documentation. Diplomatic Note No. 456 complies with the requirements of Article 9. There is nothing in the Act or the Treaty that precludes receipt of the documents by the International Assistance Group, Department of Justice. Indeed, it is the Minister of Justice who is

ministre a agi arbitrairement, de mauvaise foi, qu'il s'est appuyé sur un motif non approprié ou sur des considérations non pertinentes à l'égard de l'une ou l'autre de ces observations. En outre, la preuve ne permet pas de soutenir de telles allégations.

[85] Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'ajouter autre chose, je note que la note diplomatique n° 456 de l'Ambassade des États-Unis adressée au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international demande l'extradition d'Arthur Kissel, alias Arthur Froom, du Canada. Les documents à l'appui incluent le dossier de l'affaire et l'énoncé du droit. L'énoncé du droit se compose de la déclaration préparée par le procureur adjoint des États-Unis pour le district sud de New York; de la mise en accusation par le grand jury concernant Sonia Lafontaine et Arthur Kissel en date du 29 mars 2000; des articles du Code des États-Unis, et du mandat d'arrêt délivré par le juge Michael B. Mukasey. Les documents joints à l'énoncé du droit étaient accompagnés d'un certificat attestant leur authenticité et signé par le directeur adjoint intérimaire, Bureau des affaires internationales, Division criminelle, Département de Justice des États-Unis à Washington (D.C.); un certificat attestant que ledit directeur adjoint intérimaire est maintenant et était, au moment de la signature du certificat, le directeur adjoint intérimaire du Bureau des affaires internationales, Division criminelle, Département de Justice des États-Unis à Washington (D.C.), signé au nom du procureur général John Ashcroft; un certificat attestant que les documents sont authentiques, signé au nom du secrétaire d'État, Colin L. Powell, par Patrick O. Hatchett, préposé à l'authentification, Bureau du Département d'État, et un certificat de l'agent consulaire principal du Canada aux États-Unis attestant que les documents doivent être utilisés dans le cadre d'une demande d'extradition formulée par le gouvernement des États-Unis, authentifié par Patrick O. Hatchett.

[86] Il n'appartient pas aux tribunaux de dicter à qui les signataires de traités internationaux doivent adresser leurs documents. La note diplomatique n° 456 respecte les conditions de l'article 9. Il n'y a rien dans la Loi ou le traité qui empêche que le Groupe d'entraide internationale, du ministère de la Justice, reçoive ces documents. En fait, c'est le ministre de la Justice qui est

charged with responsibility for dealing with requests for extradition under section 7 of the Act.

[87] The *Speedy Trial Act* is a United States statute that establishes time limits for completing the various stages of federal criminal prosecutions. It provides statutory factors for the calculation of the time limits, both inclusions and exclusions. Most importantly, the statutory directed calculations are performed by the United States trial judge. The provision of the treaty prohibiting extradition when prosecution has become barred by lapse of time is intended to bring into operation statutes of limitations that prohibit prosecution for certain crimes after a stated lapse of time: *Mellino*, *supra*. The certified statement of law of the Assistant United States Attorney details the limitation period applicable to each of the charges against Mr. Froom and specifically states that charges have been laid for each within the *Statute of Limitations*. The Minister is entitled to rely on the material supplied with the requisition as proof of foreign law: *McVey*, *supra*. The objectives served by the extradition system require the existence of trust and good faith between nations and their officials and law enforcement agencies at many levels: *Cotroni*, *supra*.

[88] Should Mr. Froom proceed to an extradition hearing and be committed, it is open to him to raise the issue of the *Speedy Trial Act* with the Minister, pursuant to subsection 43(1) of the Act. That provision permits submissions on any grounds that would be relevant to the Minister in making a decision with respect to the surrender of the individual. If he is ultimately surrendered, Mr. Froom can address the matter before the United States trial judge.

[89] The argument regarding Article 9(3) is without foundation because the article does not require that all offences listed in the indictment be listed in the warrant.

[90] I reiterate that this ground of review does not meet the threshold for judicial review of a decision to issue an ATP. Even if it had met the threshold, it cannot

chargé de traiter des demandes d'extradition en vertu de l'article 7 de la Loi.

[87] La *Speedy Trial Act* est une loi des États-Unis qui prescrit des délais à l'intérieur desquels doivent être effectuées différentes étapes de poursuites criminelles fédérales. Elle renferme des facteurs législatifs pour le calcul des délais de prescription, tant inclusifs qu'exclusifs. Ce qui est plus important, les calculs dictés par la loi sont effectués par le juge de première instance des États-Unis. La disposition du traité interdisant l'extradition quand la poursuite est prescrite en raison de l'écoulement du temps a pour but de faire entrer en jeu des lois de prescription qui empêchent que des poursuites puissent être intentées à l'égard de certains crimes après un délai donné: *Mellino*, précité. L'énoncé du droit certifié du procureur adjoint des États-Unis énonce en détail le délai applicable à chacune des accusations portées contre M. Froom et précise que les accusations ont chacune été portées à l'intérieur des délais prévus par la loi de prescription. Le ministre a le droit de s'appuyer sur les documents qui lui sont fournis avec la demande, en tant que preuve du droit étranger: *McVey*, précité. Les objectifs qui sous-tendent le système d'extradition exigent que la confiance et la bonne foi règnent entre les nations ainsi qu'entre leurs représentants et les organismes d'application de la loi à de nombreux paliers: *Cotroni*, précité.

[88] Si M. Froom fait l'objet d'une audience d'extradition et qu'il est incarcéré, il lui sera loisible de soulever la question de la *Speedy Trial Act* auprès du ministre, aux termes du paragraphe 43(1) de la Loi. Cette disposition permet à l'intéressé de présenter ses observations au ministre sur toute question touchant son extradition éventuelle. Si au bout du compte il est extradé, M. Froom pourra soulever la question devant le juge du procès aux États-Unis.

[89] L'argument concernant le paragraphe 9(3) n'est pas fondé parce que l'article n'exige pas que la totalité des infractions énumérées dans la mise en accusation soit reprise dans le mandat.

[90] Je répète que ce motif de contrôle ne respecte pas le seuil applicable au contrôle judiciaire de la décision de délivrer un arrêté introductif d'instance. Même si le seuil

be said that any of these arguments would result in a finding that the Minister's decision was patently unreasonable.

ATP IS A NULLITY

[91] Mr. Froom submits that the ATP, as framed, is a nullity because it lacks sufficient particularity to enable him to know the case he has to meet. Relying on *Drysdale*, *supra*, he notes the analogy between the ATP and the information or indictment in a criminal proceeding. He refers to the comments of Justice Dambrot that the ATP is of fundamental importance in the extradition hearing because the offences listed in it will provide the focus of the determination to be made.

[92] The genesis of Mr. Froom's argument is *Brodie and Barrett v. The King*, [1936] S.C.R. 188 (*Brodie*), now codified in section 581 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 118] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Mr. Froom states that by virtue of subsection 601(11) [as am. *idem*, s. 123] of the *Criminal Code*, a preliminary inquiry judge has jurisdiction to hear a motion to quash an information. Subsection 24(2) of the Act vests the extradition judge with the powers of a justice under Part XVIII of the *Criminal Code*, with such modifications as circumstances may require. Thus, it is said that a motion to quash the ATP at the outset is available.

[93] Mr. Froom urges me to follow the approach of the British Columbia Supreme Court in *United States of America v. Shull* (unreported oral decision dated June 29, 2001, Vancouver Docket CC991440) (*Shull*) where the Court, after finding that the extradition judge has jurisdiction, quashed the ATP on the basis that, on its face, it lacked sufficient particularity. Even if I should not follow *Shull*, those authorities that have regard to both the ATP and the record of the case to determine the case to be met do not, submits Mr. Froom, provide

avait été respecté, on ne peut dire que l'un de ces arguments mènerait à la conclusion que la décision du ministre était manifestement déraisonnable.

NULLITÉ DE L'ARRÊTÉ INTRODUCTIF D'INSTANCE

[91] M. Froom soutient que l'arrêté introductif d'instance, tel qu'il est formulé, est nul parce qu'il n'est pas suffisamment détaillé pour lui permettre de savoir quelle preuve il devra réfuter. En s'appuyant sur l'arrêt *Drysdale*, précité, il note l'analogie entre l'arrêté introductif d'instance et la dénonciation ou la mise en accusation dans une procédure criminelle. Il fait référence aux observations du juge Dambrot selon lesquelles l'arrêté introductif d'instance est d'une importance fondamentale dans le cadre de l'audience d'extradition parce que les infractions qui y sont énumérées serviront de fondement à la décision qui sera prise.

[92] L'argument de M. Froom s'appuie sur l'arrêt *Brodie and Barrett v. The King*, [1936] R.C.S. 188 (*Brodie*), maintenant codifié à l'article 581 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 118] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. M. Froom déclare qu'aux termes du paragraphe 601(11) [mod., *idem*, art. 123] du *Code criminel*, le juge de l'enquête préliminaire a compétence pour entendre une requête visant à annuler une dénonciation. Le paragraphe 24(2) de la Loi confère au juge d'extradition les pouvoirs d'un juge de paix en vertu de la Partie XVIII du *Code criminel*, compte tenu des adaptations nécessaires. Je conclus donc qu'il est possible de déposer dès le début de l'instance une requête visant à annuler l'arrêté introductif d'instance.

[93] M. Froom me demande instamment de suivre la démarche adoptée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *United States of America v. Shull* (décision verbale non publiée en date du 29 juin 2001, dossier CC991440 de Vancouver) (*Shull*), dans lequel la Cour, après avoir conclu que le juge d'extradition avait compétence, a annulé l'arrêté introductif d'instance au motif que, à première vue, il ne contenait pas suffisamment de détails. Même si je ne suivais pas *Shull*, les décisions qui concernent à la fois

assistance. His reasoning in this respect is that the reference to conspiracy does not disclose an offence known to law because he is alleged to have conspired with his wife. A husband and wife cannot conspire with each other: *Kowbel v. The Queen*, [1954] S.C.R. 498 (*Kowbel*).

[94] Additionally, it is said that while the allegation of fraud is a substantive count, Mr. Froom does not know what he is defending against because the record of the case contains acronyms and numbers as opposed to identifications. Similarly, in relation to the substantive count of money laundering, there is no allegation regarding completion of the offence, i.e. a payout by the insurance company. Moreover, the rule of specialty is compromised when there is no clearly worded ATP. The Act contains no provision for particulars and amendments can be made only on the request of the Attorney General pursuant to subsection 23(2).

[95] In summary, Mr. Froom argues that the extradition judge is powerless and is left with no choice but to sit through a proceeding that should be terminated before it begins because the charging document fails to disclose an offence known to law. The extradition judge will not be able to determine whether the conduct, had it occurred in Canada, constitutes an offence in Canada because the judge will not know “what actions correlate to which Canadian offences”.

Analysis

[96] Mr. Froom does not argue, in relation to the sufficiency of the ATP, that the Minister acted arbitrarily, in bad faith, that he was motivated by an improper motive or that he was motivated by irrelevant considerations.

[97] While it is correct that the ATP is an important document, Mr. Froom’s position in relation to its requirements is misguided. The ATP is not a “charging document” and Mr. Froom is not charged with any

l’arrêté introductif d’instance et le dossier de la cause pour décider de la preuve à réfuter ne sont d’aucune utilité, selon M. Froom. À cet égard, il prétend que le renvoi au complot ne révèle aucune infraction connue en droit parce qu’il est allégué qu’il a comploté avec son épouse. Un mari et une femme ne peuvent comploter l’un avec l’autre: *Kowbel v. The Queen*, [1954] R.C.S. 498 (*Kowbel*).

[94] En outre, il prétend que, bien que l’allégation de fraude soit une accusation sur un fait matériel précis, M. Froom ne sait pas contre quoi il doit se défendre parce que le dossier de l’affaire renferme des acronymes et des chiffres au lieu de descriptions. De même, pour ce qui a trait à l’accusation de recyclage des produits de la criminalité, il n’y a pas d’allégation concernant la perpétration de l’infraction, c’est-à-dire le paiement par la compagnie d’assurance. Qui plus est, la règle de la spécialité est compromise quand l’arrêté introductif d’instance n’est pas clairement formulé. La Loi ne renferme aucune disposition concernant les détails et des modifications ne peuvent être apportées qu’à la demande du procureur général aux termes du paragraphe 23(2).

[95] En résumé, M. Froom prétend que le juge d’extradition n’a pas de pouvoir et qu’il n’a d’autre choix que de présider une instance qui devrait se terminer avant même de commencer parce que le document d’inculpation ne renferme aucune infraction connue en droit. Le juge d’extradition ne sera donc pas en mesure de déterminer si l’acte, s’il avait été commis au Canada, constituerait une infraction au Canada parce que le juge ne saura pas [TRADUCTION] «quels actes correspondent à quelles infractions canadiennes».

Analyse

[96] M. Froom ne prétend pas, en rapport avec la suffisance de l’arrêté introductif d’instance, que le ministre a agi de façon arbitraire, de mauvaise foi, qu’il s’est appuyé sur un motif non approprié ou sur des considérations non pertinentes.

[97] Bien qu’il soit exact de dire que l’arrêté introductif d’instance est un document important, la position de M. Froom à l’égard des conditions de ce document est erronée. L’arrêté introductif d’instance

offence in Canada. Section 601 is found in Part XX rather than Part XVIII of the *Criminal Code*. Mr. Froom's submissions fail to distinguish between the statutory requirements regarding an information or indictment and those with respect to an ATP. The former are located in the *Criminal Code* and the latter in the *Extradition Act*. They are not the same.

[98] In the context of this extradition matter, the Minister, after receiving the request for extradition, may issue an ATP if satisfied that Mr. Froom's extradition is sought for the purpose of prosecution of offences punishable by one year or more. The contents of the ATP are mandated in subsection 15(3) and it must include:

15. . . .

(a) the name or description of the person whose extradition is being sought;

(b) the name of the extradition partner; and

(c) the name of the offence or offences under Canadian law that correspond to the alleged conduct of the person
[Emphasis added.]

[99] While the extradition process is an important part of our system of criminal justice, it would be wrong to equate it to the criminal trial process: *Kindler, supra*. It is an established principle that the fine or nice distinctions of criminal law are out of place in the law of extradition: *McVey, supra*.

[100] Mr. Justice La Forest, in speaking of the extradition crime as described by the requested state, opined that it is sufficient if the nature of the crime is known. As with the warrant (of arrest), the courts have not required particularity. They have, for example, found warrants that described the relevant crime as [at page 520] "fraud by an agent" or "stealing" to be sufficient (citations omitted). If discussions of that kind can now only be found in early cases, it is presumably because the principle that the technicalities of criminal law only

n'est pas un [TRADUCTION] «document d'inculpation» et M. Froom n'est accusé d'aucune infraction au Canada. L'article 601 se trouve à la Partie XX plutôt qu'à la Partie XVIII du *Code criminel*. Les observations de M. Froom n'établissent pas de distinction entre les conditions de la Loi concernant une dénonciation ou une mise en accusation et les conditions se rapportant à l'arrêté introductif d'instance. Les premières conditions se trouvent dans le *Code criminel* et les dernières dans la *Loi sur l'extradition*. Elles ne sont pas les mêmes.

[98] Dans le contexte de cette question d'extradition, le ministre, après avoir reçu la demande d'extradition, peut délivrer un arrêté introductif d'instance s'il est satisfait que l'extradition de M. Froom est demandée afin qu'il soit poursuivi pour des infractions sanctionnées par une peine d'emprisonnement d'un an ou plus. Le contenu de l'arrêté introductif d'instance est prescrit au paragraphe 15(3) et il doit renfermer ce qui suit:

15. [. . .]

a) le nom ou la description de l'intéressé;

b) le nom du partenaire;

c) la désignation des infractions qui, du point de vue du droit canadien, correspondent à l'ensemble des actes reprochés à l'intéressé [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[99] Bien que le processus d'extradition soit un élément important de notre système de justice criminelle, il serait erroné d'en faire l'équivalent d'une procédure criminelle: *Kindler*, précité. Le principe selon lequel les distinctions ténues ou subtiles du droit criminel n'ont pas leur place dans le droit d'extradition est bien établi: *McVey*, précité.

[100] Traitant du crime pour lequel l'extradition était demandée, tel que décrit par l'État requérant, le juge La Forest a émis l'opinion qu'il suffit de s'assurer que la nature du crime est connue. Comme dans le cas du mandat (d'arrêt), les tribunaux ne demandent pas de précisions. Par exemple, ils ont jugé que des mandats qui décrivaient le crime pertinent comme étant [à la page 520] [TRADUCTION] «une fraude commise par un agent» ou [TRADUCTION] «un vol» étaient suffisants (citations omises). Si des discussions de ce genre ne peuvent être

apply to a limited extent in extradition cases is now well understood by the courts: *McVey*.

[101] The individual is entitled to know the case against him including the materials on which the requesting state is relying to establish its *prima facie* case: *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *Kwok, supra*. The Act (subsection 33(1)) requires that the record of the case contain a summary of the evidence. To be admissible (subsection 33(3)), a judicial or prosecuting authority of the requesting state must certify that the summarized evidence is available for trial and either sufficient to justify prosecution by the requesting state or gathered in accordance with the laws of the requesting state. The record of the case includes any supplement added to it (subsection 33(5)). This information will be before the extradition judge and will be available to both the individual and counsel. It is available to Mr. Froom for it is included in his application record. It is also open to Mr. Froom (paragraph 33(1)(c)) to present evidence relevant to the issues of identity and *prima facie* case at the extradition hearing.

[102] Mr. Froom's submission that the rule of specialty is compromised where the ATP is not clearly worded lacks substance. His broad allegation stands without any argument in support of it. The doctrine of specialty prohibits the requesting state from trying the individual for any offences other than those for which extradition is granted (subsection 40(3) of the Act and Article 12 of the Treaty). The Act requires an extradition judge who commits an individual (subsection 38(1)) to transmit to the Minister a copy of the order, a copy of the evidence adduced at the hearing, as well as any report that the judge thinks fit. In such circumstances and in the absence of specific argument indicating otherwise, I fail to see how the doctrine of specialty is compromised. I note the recent decision of *United States of America v. Reumayr* (2003), 184 B.C.A.C. 251 (C.A.), where the British Columbia Court of Appeal allowed an application for judicial review of the Minister's surrender order in

trouvées que dans les anciennes décisions, il faut présumer que c'est parce que les cours comprennent maintenant très bien le principe selon lequel les subtilités du droit criminel ne s'appliquent que dans une certaine mesure aux causes d'extradition: *McVey*.

[101] L'intéressé a le droit de connaître la preuve qui est réunie contre lui, y compris les documents sur lesquels l'État requérant s'appuie pour établir l'apparence de droit: *États-Unis d'Amérique c. Dynar* [1997] 2 R.C.S. 462; *Kwok*, précité. La Loi (paragraphe 33(1)) exige que le dossier d'extradition comporte un résumé des éléments de preuve. Pour que ces éléments de preuve soient admissibles (paragraphe 33(3)), une autorité judiciaire ou un poursuivant du partenaire doit certifier qu'ils sont disponibles pour le procès et que la preuve est suffisante pour justifier la poursuite en vertu du droit du partenaire ou qu'elle a été recueillie conformément à ce droit. Le dossier d'extradition renferme tous les documents qui y sont ajoutés par la suite (paragraphe 33(5)). Ces renseignements seront remis au juge d'extradition et seront mis à la disposition de l'intéressé et des avocats. Ils peuvent être remis à M. Froom puisqu'ils figurent dans son dossier de demande. Il est également loisible à M. Froom (alinéa 33(1)c)) de présenter des éléments de preuve ayant trait aux questions d'identité et d'apparence de droit au cours de l'audience d'extradition.

[102] La prétention de M. Froom selon laquelle la règle de la spécialité est compromise lorsque l'arrêté introductif d'instance n'est pas formulé de façon claire n'a pas de fondement. Son allégation très large ne s'appuie sur aucun argument. La doctrine de la spécialité interdit à l'État requérant de poursuivre l'intéressé pour des infractions autres que celles pour lesquelles l'extradition est demandée (paragraphe 40(3) de la Loi et article 12 du traité). La Loi exige qu'un juge d'extradition qui procède à l'incarcération d'une personne (paragraphe 38(1)) qu'il transmette au ministre une copie de son ordonnance, une copie des pièces ou transcriptions des témoignages, de même que les observations qu'il estime indiquées. En pareilles circonstances et en l'absence d'un argument précis indiquant le contraire, je ne vois pas comment la doctrine de la spécialité est compromise. Je note la décision récente *United States of America v. Reumayr* (2003),

circumstances where it was not clear from the Minister's reasons whether the differences between the offences in the committal order and those in the surrender order were differences of form or substance.

[103] Regarding the co-conspirators argument, I note that *Kowbel, supra*, stands for the proposition that a husband and wife cannot be found guilty of conspiring with each other alone to commit an indictable offence. The grand jury indictment indicates conspiracy with respect to Sonia LaFontaine, a.k.a Sonia Froom and Arthur Kissel, a.k.a Arthur Froom and others known and unknown to the grand jury. A conspiracy must involve more than one person, even though all of the conspirators may not either be identified, or be capable of being convicted: *Dynar, supra*. The issue of whether the act charged is a crime under United States law is for the prosecutors in the United States to decide. The task of assessing whether there is sufficient evidence that the alleged offence, if committed in Canada, constitutes a crime is the duty of the extradition judge: *McVey, supra*.

[104] While the extradition hearing is not a full-fledged trial, neither is it a mere formality. If the material presented in the record of the case is so bereft of detail that the judge cannot determine its sufficiency, the judge will have to discharge the person sought for prosecution. That is not a question of the judge weighing the evidence or passing on its reliability, but of carrying out the functions assigned by statute: *Yang, supra*.

[105] In so far as *Shull, supra* is concerned, the case stands in isolation, has not been followed in British Columbia or elsewhere, and does not assist Mr. Froom in any event. In *Shull*, the Court determined that the extradition judge has jurisdiction to quash the ATP. If that were so, Mr. Froom would have no basis upon which to argue that the Federal Court should assume

184 B.C.A.C. 251 (C.A.), dans laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli une demande de contrôle judiciaire concernant une ordonnance d'extradition rendue par le ministre dans des circonstances où les motifs du ministre n'indiquaient pas clairement si les différences entre les infractions mentionnées dans le mandat d'incarcération et celles énumérées dans l'ordonnance d'extradition étaient des différences de forme ou de fond.

[103] Concernant l'argument des cocomploteurs, je note que l'arrêt *Kowbel*, précité, admet la proposition selon laquelle un mari et une femme ne peuvent être trouvés coupables de complot quand ils agissent seuls l'un avec l'autre en vue de perpétrer une infraction criminelle. La mise en accusation par le grand jury mentionne un complot à l'égard de Sonia Lafontaine, alias Sonia Froom et Arthur Kissel, alias Arthur Froom, et d'autres personnes connues et inconnues du grand jury. Un complot doit faire intervenir plus d'une personne, même si tous les comploteurs ne peuvent être identifiés, ou pouvoir être reconnus coupables: *Dynar*, précité. La question de savoir si l'acte reproché est un crime en vertu du droit des États-Unis sera décidée par les poursuivants aux États-Unis. La tâche qui consiste à évaluer si la preuve est suffisante pour démontrer que l'infraction alléguée, si elle avait été commise au Canada, constitue un crime est la fonction du juge d'extradition: *McVey*, précité.

[104] Bien que l'audience d'extradition ne soit pas un procès en bonne et due forme, ce n'est pas non plus une simple formalité. Si les documents versés au dossier de l'affaire contiennent si peu de détails que le juge ne peut en déterminer la suffisance, il devra libérer la personne que l'on cherche à poursuivre. Il ne s'agit pas pour le juge de pondérer la preuve ou d'en vérifier la fiabilité, mais bien de s'acquitter des fonctions qui lui sont conférées par la Loi: *Yang*, précité.

[105] Dans la mesure où l'arrêt *Shull*, précité, est concerné, cette affaire se distingue des autres, elle n'a pas été suivie en Colombie-Britannique ou ailleurs, et elle n'est d'aucune utilité à M. Froom. Dans l'arrêt *Shull*, le tribunal a déterminé que le juge d'extradition a compétence pour annuler l'arrêté introductif d'instance. Si tel était le cas, M. Froom ne pourrait s'appuyer sur

jurisdiction.

[106] In the result, Mr. Froom has not met the threshold for judicial review in relation to this alleged ground of review. Moreover, the essence of the arguments constitutes an attack on the sufficiency of evidence, a matter falling squarely within the jurisdiction of the extradition judge. If I am wrong in this respect, for the above-noted reasons, Mr. Froom's submissions fail to disclose any grounds upon which the Minister's decision to issue the ATP could be regarded as patently unreasonable.

ABUSE OF PROCESS

[107] Next, Mr. Froom submits that the extradition proceeding is an abuse of process. This argument has two prongs, the first of which relates to delay. The contention is that it is clearly an abuse of process for the United States authorities to wait nearly 3½ years from the date of the grand jury indictment on March 20, 1998 (all the while knowing Mr. Froom's whereabouts) to make a request for extradition. The second prong is that the delay is aggravated by a conscious and tactical decision to use the deportation proceedings in order to circumvent extradition.

[108] Mr. Froom maintains that the deportation effort was a *de facto* attempt at extradition and that this matter, being the second attempt by the Minister, is an abuse of process. It is said that the Government of Canada is acting as agent for the Americans such that any decisions undertaken by the Americans that equate to abuse of process can "vitiating this entire proceeding". It is the "decision of the Americans, perhaps on the advice of the Canadian immigration authorities, that led to the determination to go with the immigration proceedings". Relying on section 4 of the Act, he argues that the discharge of a person does not preclude further proceedings based on the same conduct unless the judge is of the opinion that the further proceedings would be an abuse of process.

aucun argument pour prétendre que la Cour fédérale devrait exercer sa compétence.

[106] Par conséquent, M. Froom n'a pas respecté le seuil applicable au contrôle judiciaire à l'égard de ce motif de contrôle. Qui plus est, l'essence même des arguments constitue une attaque portant sur la suffisance de la preuve, une question qui relève directement de la compétence du juge d'extradition. Si j'ai tort sur ce point, pour les motifs exposés ci-dessus, les observations de M. Froom ne révèlent aucun motif à partir desquels la décision du ministre de délivrer un arrêté introductif d'instance devrait être considérée comme manifestement déraisonnable.

ABUS DE PROCÉDURE

[107] En deuxième lieu, M. Froom soutient que la procédure d'extradition constitue un abus de procédure. Cet argument se fonde sur deux motifs, dont le premier se rapporte au temps que les autorités ont mis à agir. Il prétend qu'il s'agit manifestement d'un abus de procédure de la part des autorités des États-Unis qui ont attendu près de trois ans et demi après la date de la mise en accusation par le grand jury le 20 mars 1998 (et en connaissant pendant tout ce temps l'endroit où se trouvait M. Froom), pour présenter une demande d'extradition. Le deuxième motif fait valoir que le retard est aggravé par une décision consciente et stratégique d'utiliser la procédure d'expulsion pour contourner le processus d'extradition.

[108] M. Froom soutient que la tentative d'expulsion était en fait une tentative d'extradition et que cette question, puisqu'elle constitue une deuxième tentative du ministre, est un abus de procédure. Il prétend que le gouvernement du Canada a agi comme représentant pour les Américains de telle sorte que toutes les décisions prises par les Américains qui constituent un abus de procédure peuvent [TRADUCTION] «vicier toute la procédure». C'est [TRADUCTION] «la décision des Américains, peut-être sur l'avis des autorités canadiennes en matière d'immigration, qui a mené à la décision d'utiliser la procédure d'immigration». S'appuyant sur l'article 4 de la Loi, il soutient que la libération d'une personne n'empêche pas que d'autres procédures soient prises en s'appuyant sur la même conduite, à moins que

[109] Mr. Froom points to various pieces of “evidence” in support of his argument. He refers in his affidavit to comments allegedly made by the immigration case presenting officer to his former immigration lawyer; to facsimile cover pages (two) between United States authorities, Canadian immigration and Toronto police; to a one-page selected excerpt from a “transcript” of United States proceedings regarding his wife and five pages selected from the “transcript” of his immigration hearing before the Adjudicator; to a memo from a United States postal inspector dated March 9, 1998 directed to Canadian authorities and containing Mr. Froom’s address, and to the comments contained in two pieces of redacted correspondence (emanating from two United States attorneys and directed to two judges of United States courts) regarding civil proceedings relating to Mr. Froom in the United States. Because he was not cross-examined on his affidavit and because there is no affidavit from the respondent, Mr. Froom submits that this evidence stands uncontradicted and must be accepted.

[110] It is contended that this “evidence” establishes that the United States authorities were aware of his presence in Canada in March 1998, and did nothing with respect to extradition until April 2001. There is no dispute that the United States authorities provided information to Canadian immigration authorities.

Analysis

[111] Mr. Froom’s submission is somewhat unusual in that, generally, disguised extradition may be found to exist where extradition proceedings have failed and deportation is then used as a backup because there is insufficient evidence to support extradition. I have concluded that, for various reasons, this argument cannot succeed.

[112] I begin by noting that the allegation that the immigration proceeding constitutes a disguised

le juge ne soit d’avis que les nouvelles procédures constituent un abus de procédure.

[109] M. Froom s’appuie sur certaines pièces des «éléments de preuve» pour étayer son argument. Il fait référence dans son affidavit à des observations qui auraient été faites par l’agent d’immigration chargé de présenter le cas à son ancien avocat en immigration; aux pages d’accompagnement d’une télécopie (deux) entre les autorités américaines, l’Immigration canadienne et la police de Toronto; à un extrait d’une page tiré d’une «transcription» d’une poursuite des États-Unis contre sa femme et de cinq pages tirées de la «transcription» de son audience d’immigration devant l’arbitre; à une note de service d’un inspecteur des postes des États-Unis en date du 9 mars 1998, adressée aux autorités canadiennes et renfermant l’adresse de M. Froom, et aux observations contenues dans deux lettres (provenant de deux procureurs américains et adressées à deux juges des tribunaux des États-Unis) concernant la poursuite civile intentée contre M. Froom aux États-Unis. Comme il n’a pas été contre-interrogé au sujet de son affidavit et que le défendeur n’a pas déposé d’affidavit, M. Froom soutient que cette preuve n’est pas contredite et qu’elle doit être acceptée.

[110] Il prétend que cette «preuve» établit que les autorités américaines étaient au courant de sa présence au Canada en mars 1998, et qu’elles n’ont rien fait pour demander son extradition avant avril 2001. Il n’est pas contesté que les autorités américaines ont fourni des renseignements aux autorités canadiennes en matière d’immigration.

Analyse

[111] La prétention de M. Froom est un peu inusitée en ce sens qu’en règle générale la cour peut conclure qu’il y a eu une forme déguisée d’extradition lorsque la procédure d’extradition a échoué et qu’on a alors recours à une mesure d’expulsion parce qu’il n’y a pas suffisamment de preuve pour justifier l’extradition. Je conclus, pour différentes raisons, que cet argument ne peut être retenu.

[112] Tout d’abord, je noterai que l’allégation selon laquelle la procédure d’immigration constitue une forme

extradition and an abuse of process was fully argued before Mr. Justice Kelen during Mr. Froom's application for judicial review of the Adjudicator's conditional deportation order. Mr. Froom's application was dismissed on October 2, 2003: *Froom v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1127; [2003] F.C.J. No. 1443 (T.D.) (QL) (*Froom No. 3*). My colleague deals extensively with the "disguised extradition" submissions and concludes that "the applicant has not discharged the heavy onus upon him of showing that the Canadian authorities have pursued deportation for illegitimate purposes". The reasons of Mr. Justice Kelen postdate the hearing of this matter and the respondent in that application is not the respondent in the matter before me. On that basis, the doctrine of issue estoppel does not apply. However, I find my colleague's reasoning and analysis persuasive.

[113] It is important to again review what is at issue here. Mr. Froom seeks judicial review of the Minister's decision to issue the ATP. I have determined that, to succeed, he must meet the threshold articulated earlier in these reasons in relation to a ground that does not fall within the jurisdiction of the extradition judge or the Minister.

[114] At first blush, it appears that the allegation of abuse of process encompasses an allegation that the Minister acted in bad faith or for an improper motive. To support such an allegation the applicant must lead evidence that the Minister was not acting in pursuit of legitimate objectives. The authorities that discuss improper motive or bad faith regarding constitutional challenges and the exercise of prosecutorial discretion, in the context of extradition, require that there be an "air of reality" to the allegation. In my view, that test is appropriate here. There must be an "air of reality" to Mr. Froom's allegation.

[115] The Minister of Justice received an extradition request on June 29, 2001, with respect to the third superseding indictment dated March 29, 2000, in relation

déguisée d'extradition et un abus de procédure a été pleinement débattue devant le juge Kelen au cours de la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Froom concernant la mesure d'expulsion conditionnelle prise par l'arbitre. La demande de M. Froom a été rejetée le 2 octobre 2003: *Froom c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1127; [2003] A.C.F. n° 1443 (1^{re} inst.) (QL) (*Froom n° 3*). Mon collègue traite en détail des arguments portant sur «l'extradition déguisée» et conclut que «le demandeur ne s'est pas acquitté de la charge rigoureuse qui lui incombait de montrer que les autorités canadiennes voulaient son expulsion dans un dessein illégitime». Les motifs du juge Kelen sont postérieurs à l'audition de la présente affaire et, dans cette demande, le défendeur n'est pas le même que le défendeur dans l'affaire dont je suis saisie. C'est pour cette raison que l'exception de chose jugée ne s'applique pas. Toutefois, j'estime que le raisonnement et l'analyse de mon collègue sont convaincants.

[113] Il est important d'examiner de nouveau ce qui est contesté en l'espèce. M. Froom demande le contrôle judiciaire de la décision du ministre de délivrer un arrêté introductif d'instance. J'ai statué que, pour avoir gain de cause, il doit respecter le seuil déjà décrit dans les présents motifs en rapport avec un motif qui ne relève pas de la compétence du juge d'extradition ou du ministre.

[114] De prime abord, il semble que l'allégation d'abus de procédure inclut l'allégation selon laquelle le ministre a agi de mauvaise foi ou pour un motif non approprié. Pour étayer une telle allégation, le demandeur doit produire une preuve attestant que les actes posés par le ministre n'étaient pas fondés sur des objectifs légitimes. Les précédents jurisprudentiels qui discutent du motif non approprié ou de la mauvaise foi concernant des contestations constitutionnelles et l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites, dans le contexte de l'extradition, exigent que l'allégation ait «une apparence de vraisemblance». À mon avis, ce test est approprié en l'espèce. L'allégation de M. Froom doit avoir une «apparence de vraisemblance».

[115] Le ministre de la Justice a reçu une demande d'extradition le 29 juin 2001, au sujet de la troisième mise en accusation modifiée en date du 29 mars 2000

to Mr. Froom. Mr. Froom characterizes this matter as a second extradition proceeding (the first being the immigration deportation proceedings). He does not suggest that the Minister of Justice had any involvement in or knowledge of the immigration proceedings. Rather, he states in his affidavit at paragraph 61:

I believe that the Minister of Justice must have been aware of the Immigration Act proceeding commenced by the Minister of Citizenship and Immigration since knowledge of one Minister is knowledge of the other and since members of the Metro Toronto Police Fugitive Squad arrested me in the Immigration Act matter in 1998 and arrested me again in 2001 under the Extradition Act.

Neither argument nor authority is advanced in support of this statement.

[116] Mr. Froom does not suggest that any of the “evidence” attached to his affidavit, and upon which he relies, was before the Minister when the ATP issued. Rather, in relation to it, he states at paragraph 77 of his affidavit:

The Minister should have recognized this and taken this into consideration before issuing the Authority to Proceed in my case.

Neither argument nor authority is advanced in support of this statement. In passing, I mention that the mere fact that “evidence” stands uncontradicted does not render it admissible. Documents, or excerpts from them, are to be introduced in accordance with the relevant evidentiary rules and procedures. Affidavits are to be confined to facts within the personal knowledge of the deponent.

[117] There is no evidence before me indicating improper conduct, arbitrary motive or bad faith on the part of the Minister. The evidence, such as it is, does not bear on those issues relevant to the Minister’s decision to issue the ATP. In fact, there is no evidence that the Minister of Justice was not acting in utmost good faith in determining that the ATP would issue. Thus, the

ayant trait à M. Froom. M. Froom qualifie cette étape de deuxième procédure d’extradition (la première étant la mesure d’expulsion prise par les autorités d’immigration). Il ne prétend pas que le ministre de la Justice a participé d’une quelconque façon à la procédure d’immigration ou était au courant de celle-ci. Il dit plutôt ceci dans son affidavit au paragraphe 61:

[TRADUCTION] Je crois que le ministre de la Justice doit avoir été au courant de la procédure fondée sur la *Loi de l’immigration* et intentée par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration étant donné que ce qui est à la connaissance d’un ministre est à la connaissance de l’autre, et étant donné que les membres de la brigade de recherche des fugitifs de la police de Toronto m’ont arrêté dans le cadre de la procédure intentée en 1998 aux termes de la Loi sur l’immigration et m’ont de nouveau arrêté en 2001 en vertu de la Loi sur l’extradition.

Aucun argument ni précédent jurisprudentiel n’est cité à l’appui de cette déclaration.

[116] M. Froom ne laisse pas entendre que l’un ou l’autre des «éléments de preuve» joints à son affidavit, et sur lesquels il s’appuie, avaient été portés à la connaissance du ministre quand l’arrêté introductif d’instance a été délivré. À cet égard, il déclare plutôt ceci au paragraphe 77 de son affidavit:

[TRADUCTION] Le ministre aurait dû reconnaître cela et le prendre en considération avant de délivrer, à mon égard, l’arrêté introductif d’instance.

Aucun argument ni précédent jurisprudentiel n’a été cité à l’appui de cette déclaration. En passant, je mentionne que le simple fait que la «preuve» n’a pas été contredite ne la rend pas admissible. Les documents, ou des extraits d’entre eux, doivent être présentés conformément aux règles et aux procédures de preuve pertinentes. Les affidavits doivent s’en tenir à des faits dont l’auteur a une connaissance personnelle.

[117] Je ne suis saisie d’aucune preuve qui indique que le ministre n’a pas agi correctement, qu’il s’est appuyé sur un motif arbitraire ou qu’il a fait preuve de mauvaise foi. La preuve, telle qu’elle a été présentée, ne traite pas de ces questions qui ont trait à la décision du ministre de délivrer l’avis introductif d’instance. En fait, il n’y a pas de preuve que le ministre de la Justice n’a

applicant's ground does not meet the threshold for judicial review. That, however, is not the only reason why this ground cannot succeed.

[118] There is ample authority to support the proposition that submissions alleging delay and abuse of process should be made to the Minister (if a committal order is made) prior to surrender (subsection 43(1)). The timeliness and manner of prosecuting the extradition proceeding is a factor that the Minister may consider when determining whether a surrender order is unconstitutional or otherwise oppressive or unjust: *United States of America v. Bonamie* (2001), 293 A.R. 201 (C.A.); *Reumayr, supra*; *United States of America v. Earles* (2003), 176 B.C.A.C. 231 (C.A.).

[119] Improper motives or bad faith on the part of the Canadian authorities in seeking to have an individual extradited would be a ground for review of the decision to surrender: *United States of America v. Gillingham* (2000), 193 D.L.R. (4th) 133 (B.C.C.A.).

[120] Paragraph 44(1)(a) of the Act provides that the Minister "shall" refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that the surrender "would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances". Given the mandatory nature of the provision, the Minister must consider all relevant circumstances, singly and in combination, to determine whether surrender would be unjust or oppressive. The individual is entitled to reasons responsive to the factors relevant to his situation: *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.).

[121] Where the allegation of abuse of process raises issues that could be said to go to the fairness of the extradition hearing itself, the extradition judge has jurisdiction to deal with it either on the basis of section 7 of the Charter or on the basis of the court's inherent power to control its own process: *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587; *Sagarra, supra*; *Reumayr, supra*.

pas fait preuve de la meilleure bonne foi possible quand il a décidé de délivrer l'arrêté introductif d'instance. Ainsi donc, le motif soulevé par le demandeur ne respecte pas le seuil applicable au contrôle judiciaire. Toutefois, ce n'est pas la seule raison pour laquelle ce motif ne peut être retenu.

[118] Il y a de nombreuses sources qui appuient la proposition selon laquelle les prétentions alléguant qu'il y a eu retard et abus de procédure doivent être présentées au ministre (si une ordonnance d'incarcération est délivrée) avant l'extradition (paragraphe 43(1)). Le délai d'examen et la manière de mener à bien la procédure d'extradition est un facteur que le ministre peut prendre en compte quand il doit décider si une ordonnance d'extradition est non constitutionnelle ou qu'elle est injuste ou tyrannique: *United States of America v. Bonamie* (2001), 293 A.R. 201 (C.A.); *Reumayr, précité*; *United States of America v. Earles* (2003), 176 B.C.A.C. 231 (C.A.).

[119] Les motifs non appropriés ou la mauvaise foi de la part des autorités canadiennes dans une procédure d'extradition constitueraient un motif de contrôle de la décision de procéder à l'extradition: *United States of America v. Gillingham* (2000), 193 D.L.R. (4th) 133 (C.A. C.-B.).

[120] L'alinéa 44(1)a) de la Loi stipule que le ministre refuse l'extradition s'il est convaincu que l'extradition «serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances». Compte tenu de la nature obligatoire de cette disposition, le ministre doit examiner toutes les circonstances pertinentes, de façon individuelle et globale, pour déterminer si l'extradition serait injuste ou tyrannique. L'intéressé a droit à des motifs traitant des facteurs pertinents à sa situation: *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.).

[121] Lorsque l'allégation d'abus de procédure soulève des questions qui pourraient mettre en cause l'équité de l'audience d'extradition elle-même, le juge d'extradition a compétence pour en traiter soit en s'appuyant sur l'article 7 de la Charte soit en invoquant le pouvoir inhérent du tribunal de contrôler sa propre procédure: *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587; *Sagarra, précité*; *Reumayr, précité*.

[122] It is evident that, generally, allegations of delay and abuse of process are to be made to the Minister pursuant to subsection 44(1) of the Act. Where an allegation of abuse of process goes to the fairness of the hearing itself, the extradition judge has jurisdiction to deal with it. The Minister's order regarding surrender may be judicially reviewed by the provincial appellate court and the extradition judge's committal order may be appealed to the provincial appellate court. Thus, this ground falls squarely within the jurisdiction assigned to either the Minister or the extradition judge. It falls within the caveat discussed in paragraph 60 and elsewhere in these reasons.

[123] There are two matters raised in argument that require comment. Mr. Froom's reference to section 4 of the Act is consistent with my reasoning in that the "judge" referred to in section 4 is defined in section 2 as "a judge of the court" and "court" means, "in Ontario, the Ontario Court (General Division)". The other matter relates to Mr. Froom's allegation that because Canada acts as agent, decisions by the Americans that equate to abuse of process can "vitiating this entire proceeding". No basis is advanced with respect to that observation and I can only assume that it is a misguided interpretation of Madam Justice Arbour's comments in *Shulman, supra*, when referring to the requesting state being represented by the Attorney General. Madam Justice Arbour noted that, pursuant to governmental agreements and arrangements, Canadian government officials acted as counsel and agent for a party litigant (the requesting state). The statement is not, in my view, to be taken for anything other than what it states. It was the requesting state that the Supreme Court found fault with in *Shulman*, not the Canadian authorities. Moreover, Mr. Froom has not yet reached the stage of an extradition hearing. At this point, the Minister has merely issued the ATP authorizing the Attorney General to proceed to a hearing.

[124] This ground does not meet the threshold for judicial review of a decision to issue an ATP. It also raises arguments that fall squarely within the jurisdiction

[122] En général, il est évident que les allégations de retard et d'abus de procédure doivent être communiquées au ministre aux termes du paragraphe 44(1) de la Loi. Lorsqu'une allégation d'abus de procédure concerne l'équité de l'audience elle-même, le juge d'extradition a compétence pour en débattre. L'ordonnance du ministre concernant l'extradition peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la cour d'appel provinciale de même que l'ordonnance d'incarcération du juge d'extradition. Ainsi, ce motif relève carrément de la compétence qui est conférée soit au ministre, soit au juge d'extradition. Il est donc assujéti à la réserve que j'ai exprimée au paragraphe 60 et ailleurs dans les présents motifs.

[123] Cet argument soulève deux questions qui méritent quelques observations. La référence de M. Froom à l'article 4 de la Loi est conforme à mon raisonnement selon lequel le «juge» dont il est question à l'article 4 est défini à l'article 2 comme étant un «juge du tribunal» et que la Cour désigne «en Ontario, la Cour de l'Ontario (Division générale)». L'autre question a trait à l'allégation de M. Froom selon laquelle, parce que le Canada agit en tant que représentant, les décisions des Américains qui équivalent à un avis de procédure peuvent [TRADUCTION] «vicier toute la procédure». Aucun fondement n'est avancé à l'appui de cette observation et je ne peux que présumer qu'il s'agit d'une mauvaise interprétation des observations formulées par M^{me} la juge Arbour dans l'arrêt *Shulman*, précité, quand elle indique que l'État requérant est représenté par le procureur général. M^{me} la juge Arbour a noté que, en vertu d'accords et d'arrangements gouvernementaux, les représentants officiels du gouvernement canadien agissent en tant qu'avocats et agents pour l'une des parties au litige (l'État requérant). À mon avis, on ne doit pas donner à cette déclaration un sens différent de son sens ordinaire. Dans l'arrêt *Shulman*, c'est l'État requérant qui a été trouvé fautif par la Cour suprême et non pas les autorités canadiennes. Qui plus est, M. Froom n'en est pas encore à l'étape de l'audience d'extradition. À l'heure actuelle, le ministre a simplement délivré un arrêté introductif d'instance autorisant le procureur général à demander une audience.

[124] Ce motif ne respecte pas le seuil établi pour le contrôle judiciaire d'une décision de délivrer un arrêté introductif d'instance. Il soulève également des

of either the extradition judge or the Minister. Finally, had I determined that judicial review was available, Mr. Froom's arguments would not persuade me that the Minister's decision to issue the ATP was patently unreasonable.

DELEGATION

[125] Before examining this ground of review, I wish to comment on an issue that arose as a result of a remark I made during the hearing. In the course of reviewing various documents contained in the records, the respondent's counsel referred to a particular document that delegated certain powers under the Act (including the power to issue an ATP) to specified persons within the department of justice. The document specifies, among other things, that the senior counsel for the IAG who signed the ATP in this matter is authorized to issue an ATP. The delegation document is signed by the Deputy Minister of Justice and is dated. Although there is a space provided for the insertion of the specific day of the month, the space is blank and the document is dated June -, 1999. When counsel referred to this document, I queried whether the specific date appeared on the original. Counsel responded that it did not.

[126] Not surprisingly, Mr. Froom seized this opportunity to attack the document. He took the position that, since I had raised the issue, it could not be ignored. Mr. Froom's submission is that one cannot say "sometime in June 1999" the authority was delegated. The date is a matter of substance and its absence renders the document a nullity. The respondent takes the position that the document is not the source of the Minister's power to delegate and it is therefore superfluous. It is nothing other than an inter-office memorandum and the only thing that is unclear is on which day in June of 1999 it was signed.

[127] Because the issue was not referred to in the memorandum of argument of either party and because it was my intervention that precipitated the argument, I

arguments qui relèvent clairement de la compétence soit du juge d'extradition, soit du ministre. Finalement, si j'avais statué qu'il était possible de demander un contrôle judiciaire, les arguments de M. Froom ne m'auraient pas convaincue que la décision du ministre de délivrer un arrêté introductif d'instance était manifestement déraisonnable.

DÉLÉGATION

[125] Avant d'examiner ce motif de contrôle, je voudrais faire des observations sur une question qui a été soulevée par suite d'une observation que j'ai faite au cours de l'audience. Pendant l'examen de différents documents qui étaient versés aux dossiers, l'avocat du défendeur a fait référence à un document en particulier qui déléguait certains pouvoirs en vertu de la Loi (y compris le pouvoir de délivrer un arrêté introductif d'instance) à certaines personnes au ministère de la Justice. Le document précise, entre autres choses, que l'avocat principal du Groupe d'entraide internationale qui a signé l'arrêté introductif d'instance en l'espèce est autorisé à délivrer ce document. Le document de délégation est signé par le sous-ministre de la Justice et porte une date. Cependant, bien qu'il y ait un espace prévu pour y insérer le jour du mois pertinent, l'espace est laissé en blanc et le document est daté du - juin 1999. Quand l'avocat a fait référence à ce document, j'ai demandé si la date précise figurait sur l'original. L'avocat m'a répondu que non.

[126] Il ne faut pas s'étonner que M. Froom ait saisi cette opportunité de contester le document. Sa position est la suivante: puisque j'ai soulevé la question, celle-ci ne peut être laissée de côté. M. Froom soutient que l'on ne peut dire [TRADUCTION] «à un moment donné en juin 1999» le pouvoir a été délégué. La date est une question de fond et son absence rend le document nul. Le défendeur est d'avis que ce document n'est pas la source du pouvoir de délégation du ministre et qu'il est donc superflu. Ce n'est rien d'autre qu'une note interne et la seule chose qui n'est pas claire, c'est le jour du mois de juin 1999 au cours duquel ce document a été signé.

[127] Étant donné que la question n'a été soulevée dans aucun des mémoires des parties et parce que c'est mon intervention qui a donné lieu au débat, j'ai demandé

requested further submissions from counsel. I received those submissions, and despite the best efforts of counsel, the submissions are not particularly helpful because there does not appear to be any jurisprudence that is directly relevant. The submissions deal with authorities regarding omissions from court judgments, orders and directives, with regulations passed pursuant to statutes and with criminal law matters. Nothing proffered deals with a document of this nature.

[128] While I have no desire to oversimplify the matter, neither do I wish to spend time dwelling on a point that I do not, on the facts of this matter, view as significant to its outcome. Subject to my determination of the issue with respect to the propriety of the Minister's delegation of his authority under section 15 of the Act (authority to issue the ATP), I am of the view that nothing turns on the specific date in June 1999, when the document was signed. The ATP in relation to Mr. Froom issued on July 3, 2001, more than two years later. Thus, the absence of the specific day of execution is not material in this instance. I do not say that it is unnecessary to consider the absence of a date in every case, but further analysis in this regard is better left to a situation where it may be material.

Applicant

[129] Mr. Froom does not suggest that the Minister, in delegating the authority to issue the ATP, acted from an improper motive, in bad faith or that he was motivated by irrelevant considerations. Rather, the suggestion is that the Minister acted arbitrarily and erred in law by wrongfully delegating his authority.

[130] The argument is that there is nothing contained in the Act that authorizes the Minister to delegate his discretionary power to issue an ATP. The question becomes, therefore, whether there is an implied right to delegate. Mr. Froom refers to the following authorities for guidance regarding resolution of this issue: *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238 (*Harrison*); *Ramawad v.*

d'autres observations aux avocats. J'ai reçu ces observations, et malgré tous les efforts que les avocats y ont consacrés, elles ne me sont pas d'une grande utilité parce qu'il ne semble pas y avoir de jurisprudence directement pertinente. Les observations traitent de sources portant sur des omissions constatées dans des jugements, des ordonnances et des directives de la Cour, de règlements adoptés aux termes de lois et de questions de droit criminel. Aucune des sources citées ne traite d'un document de cette nature.

[128] Bien que je ne veuille nullement trop simplifier l'affaire, je ne veux pas non plus m'étendre sur un point que je ne considère pas, d'après les faits de l'espèce, comme étant important pour l'issue de la cause. Sous réserve de ma décision concernant l'opportunité de la délégation par le ministre du pouvoir qui lui est conféré par l'article 15 de la Loi (pouvoir de délivrer l'arrêté introductif d'instance), je suis d'avis que rien d'important ne se rattache au jour spécifique du mois de juin 1999 au cours duquel le document a été signé. L'arrêté introductif d'instance concernant M. Froom a été délivré le 3 juillet 2001, soit plus de deux ans après. Donc, l'absence d'une date précise de signature n'est pas déterminante en l'espèce. Je ne dis pas qu'il est inutile d'examiner l'absence d'une date dans tous les cas, mais bien qu'il est préférable de laisser une analyse plus approfondie sur ce point à une situation où cela sera important.

Le demandeur

[129] M. Froom ne prétend pas que le ministre, en déléguant le pouvoir de délivrer l'arrêté introductif d'instance, a agi pour un motif non approprié, qu'il a fait preuve de mauvaise foi ou qu'il a tenu compte de considérations non pertinentes. Il prétend plutôt que le ministre a agi de façon arbitraire et qu'il a commis une erreur de droit en déléguant à tort son pouvoir.

[130] Son argument se fonde sur le fait que la Loi ne renferme aucune disposition qui autorise le ministre à déléguer son pouvoir discrétionnaire de délivrer un arrêté introductif d'instance. La question est donc de savoir s'il existe un droit implicite de délégation. M. Froom me cite les décisions suivantes pour m'aider à résoudre cette question: *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S.

Minister of Manpower and Immigration, [1978] 2 S.C.R. 375 (*Ramawad*); *Edgar v. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 294 (C.A.) (*Edgar*); *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée.*, [1985] 1 S.C.R. 831 (*Ste-Thérèse Ltée.*).

[131] Mr. Froom argues that it was open to Parliament to provide for delegation in the Act. Since it failed to so provide, in accordance with the noted authorities, regard must be had to the contents of the Act, the nature of the decision and the responsibilities involved. While the discretionary nature of the Minister's authority, in and of itself, does not mean that delegation is not possible, Mr. Froom maintains that we must look further. His contention is that it is the combined effect of this discretionary power and the use of the word "satisfied" that implies that the Minister must exercise the power personally. The fact that the Minister must be satisfied "modifies the permissive word 'may'". In short, he urges me to find that the requirement that the Minister must be satisfied, combined with the nature of the decision, dictates that the power cannot be delegated. He submits that under the former Act, this power, now vested in the Minister, was vested in the extradition judge and that this fact militates against delegation.

[132] Mr. Froom contends that I am left with no choice but to exercise my discretion in relation to this ground of review because the extradition judge is without jurisdiction to do so. In this respect, he relies on an endorsement in *Federal Republic of Germany v. Schreiber*, [2000] O.J. No. 5813 (Sup. Ct.) (QL), where Mr. Justice Watt determined that the extradition judge lacked jurisdiction to inquire into the validity of the ATP [at paragraph 1] "on the ground of impermissible delegation of ministerial authority". Moreover, it is argued that the Minister cannot be expected to review his own decision regarding delegation. The provincial appellate court on judicial review of a surrender order can review only what the Minister considered in relation to the surrender order and that does not include the ATP. Thus, neither the provincial appellate court nor the Supreme Court will, under these circumstances, be in a position to review the ATP.

238 (*Harrison*); *Ramawad c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 R.C.S. 375 (*Ramawad*); *Edgar c. Canada (Procureur général)* (1999), 46 O.R. (3d) 294 (C.A.) (*Edgar*); *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée.*, [1985] 1 R.C.S. 831 (*Ste-Thérèse Ltée.*).

[131] M. Froom prétend qu'il était loisible au législateur de prévoir dans la Loi le pouvoir de délégation. Puisqu'il ne l'a pas fait, conformément aux précédents jurisprudentiels mentionnés, il faut tenir compte du contenu de la Loi, de la nature de la décision et des responsabilités en jeu. Bien que la nature discrétionnaire du pouvoir du ministre ne signifie pas, en soi, qu'il est impossible de procéder à une délégation, M. Froom soutient que nous ne devons pas nous en tenir là. Selon sa prétention, c'est l'effet combiné du pouvoir discrétionnaire et l'utilisation du mot «convaincu» qui indique que le ministre doit exercer personnellement son pouvoir. Le fait que le ministre doit être convaincu [TRADUCTION] «modifie l'auxiliaire facultatif peut (*may*)». Bref, il me demande de conclure que la condition relative à la conviction du ministre, jumelée à la nature de la décision, fait en sorte que le pouvoir ne peut être délégué. Il soutient qu'en vertu de l'ancienne Loi, ce pouvoir, qui est maintenant conféré au ministre, était attribué au juge d'extradition et que ce fait milite à l'encontre de la délégation.

[132] M. Froom soutient que je n'ai d'autre choix que d'exercer mon pouvoir discrétionnaire en faveur de ce motif de contrôle parce que le juge d'extradition n'a pas compétence pour le faire. À cet égard, il s'appuie sur une observation dans l'arrêt *Federal Republic of Germany v. Schreiber*, [2000] O.J. n° 5813 (C. Sup.) (QL), selon laquelle le juge Watt a statué que le juge d'extradition n'avait pas compétence pour vérifier la validité de l'arrêté introductif d'instance [TRADUCTION] «au motif qu'il s'agissait d'une délégation non autorisée du pouvoir du ministre». Qui plus est, il prétend qu'on ne peut s'attendre que le ministre ait le pouvoir de revoir lui-même sa propre décision concernant la délégation. La cour d'appel provinciale, dans le cadre d'un contrôle judiciaire d'une ordonnance d'extradition, peut se demander uniquement ce que le ministre a examiné relativement à l'ordonnance d'extradition et cela n'englobe pas l'arrêté introductif d'instance. Ainsi donc,

[133] Last, Mr. Froom submits that despite the enactment of subsection 24(2) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89] of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, statutes enacted subsequent to the amendment contain delegation provisions. By way of example, he refers to subsection 6(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. Thus, this constitutes strong reason to conclude that if Parliament intended the discretionary authority in section 15 of the Act to be delegated, it would have specifically so stated.

Analysis

[134] I begin by saying that, in my view, this ground of review falls within the threshold earlier established in these reasons. If the Minister improperly delegated his authority, it can be said that he acted arbitrarily.

[135] In terms of the caveat, I am mindful of the respondent's position that the extradition judge does have jurisdiction to deal with the issue of "delegation". Specifically, I refer to *United Kingdom v. Woolley*, *supra*, where Justice Hoilett of the Ontario Superior Court, at the outset of an extradition hearing, entertained a preliminary jurisdictional argument. The argument, in that matter, was that the ATP was defective in that it had been signed by senior counsel, International Assistance Group, for the Minister of Justice, and ought to have been signed by the Minister. Justice Hoilett heard the arguments and ruled on the issue. As indicated earlier, the *Schreiber* endorsement holds otherwise. Thus, it appears that whether the extradition judge has jurisdiction to inquire into the validity of the ATP on the basis of impermissible delegation of ministerial authority is an unresolved question. For present purposes, it cannot be said that it is a matter that falls "squarely within the jurisdiction of the extradition judge". Thus, the caveat does not apply.

ni la cour d'appel provinciale ni la Cour suprême ne sont, dans ces circonstances, en mesure de contrôler la délivrance de l'arrêté introductif d'instance.

[133] Enfin, M. Froom soutient que malgré l'adoption du paragraphe 24(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89] de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, les lois adoptées après la modification renferment des dispositions relatives à la délégation. Pour illustrer son propos, il fait référence au paragraphe 6(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Ainsi, ceci constitue un motif sérieux de conclure que si le législateur avait eu l'intention de faire en sorte que le pouvoir discrétionnaire qui est conféré à l'article 15 de la Loi puisse être délégué, il l'aurait dit clairement.

Analyse

[134] Je commencerai par dire qu'à mon avis ce motif de contrôle se rapporte directement au seuil déjà établi dans les présents motifs. Si le ministre a délégué à tort son pouvoir, on peut dire qu'il a agi de façon arbitraire.

[135] Pour ce qui concerne la réserve que j'ai formulée, je garde à l'esprit la position du défendeur selon laquelle le juge d'extradition a compétence pour traiter de la question de la «délégation». Plus précisément, je fais référence à la décision *United Kingdom v. Woolley*, précité, dans laquelle le juge Hoilett de la Cour supérieure de l'Ontario, au tout début d'une audience d'extradition, a traité d'une question préliminaire de compétence. Dans cette affaire, l'argument faisait valoir que l'arrêté introductif d'instance était vicié en ce sens qu'il avait été signé par un avocat principal du Groupe d'entraide internationale, pour le compte du ministre de la Justice, alors qu'il aurait dû être signé par le ministre. Le juge Hoilett a entendu des arguments et s'est prononcé sur la question. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'observation dans *Schreiber* a statué différemment. Donc, il semble que la question de savoir si le juge d'extradition a compétence pour faire enquête sur la validité de l'arrêté introductif d'instance en se fondant sur une délégation non autorisée d'un pouvoir du ministre est une question qui n'a pas été résolue. Pour les fins de la présente instance, je ne peux dire qu'il s'agit d'une question qui relève «carrément de la compétence du juge d'extradition». Ainsi donc, la réserve ne s'applique pas.

[136] I confess that, at this point, I am uncertain as to the proper approach to take regarding the question of delegation. Mr. Froom urges me to examine the issue directly and to make a determination. The standard of review, he contends, does not apply in relation to delegation. It is an issue of law—was there proper delegation or not? There is judicial support for that approach. In *Ramawad*, *supra*, when it was determined that the authority of the Minister under the Regulations of the *Immigration Act* could not be exercised by an officer pursuant to an implied delegation of authority from the Minister, the resulting decision was held to be invalid. In *Matsqui*, *supra*, Justices La Forest, Major and McLachlin (as she then was) determined that there is no question of standard of review where the issue is one where the decision-maker has no jurisdiction to entertain the question, i.e., where the decision-maker has decided a question beyond its strict jurisdictional limits. In this instance, I would think that if the Minister determined that he could delegate his authority when in fact he could not, he would be acting beyond his jurisdictional limits.

[137] As appealing as the suggested approach may be, if my understanding of *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226 (*Dr. Q*) is correct, in every case, the reviewing judge must begin by determining the applicable standard of review with respect to the impugned decision by applying the pragmatic and functional analysis. “The nominate grounds, language of jurisdiction, and ossified interpretations of statutory formulae, while still useful as familiar landmarks, no longer dictate the journey” [at paragraph 24]. Thus, it appears that the decision with respect to delegation can be determined only after I determine the applicable standard of review and apply that standard to the Minister’s decision.

[138] In this respect, it does not necessarily follow that the standard of patent unreasonableness applies. The Minister’s expertise regarding extradition matters and specifically the issuance of the ATP arises from expertise

[136] J’avoue que, sur ce point, je ne suis pas certaine de la démarche qu’il convient d’adopter pour examiner la question de la délégation. M. Froom me demande d’examiner la question directement et de me prononcer. D’après lui, la norme de contrôle ne s’applique pas à l’égard de la délégation. Il s’agit d’une question de droit—la délégation a-t-elle été faite à bon droit ou non? Cette démarche est appuyée par les tribunaux. Dans l’arrêt *Ramawad*, précité, quand il a été décidé que le pouvoir du ministre qui lui était conféré par le Règlement établi sous le régime de la *Loi sur l’immigration* ne pouvait être exercé par un agent en vertu d’une délégation implicite de ce pouvoir, la décision qui en a résulté a été déclarée invalide. Dans l’arrêt *Matsqui*, précité, les juges La Forest, Major et McLachlin (maintenant juge en chef à la Cour suprême) ont statué qu’aucune question de norme de contrôle ne se pose lorsque la question soulevée est de savoir si le décideur a ou non compétence pour connaître de la question, c’est-à-dire lorsque le décideur s’est prononcé sur une question qui outrepassé son strict mandat de compétence. En l’espèce, je penserais que si le ministre a décidé qu’il pouvait déléguer son pouvoir alors qu’en fait, il ne le pouvait pas, il aurait outrepassé sa compétence.

[137] Aussi attrayante que puisse paraître la démarche suggérée, si mon interprétation de l’arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226 (*Dr Q*) est exacte, dans chaque cas, le juge chargé du contrôle doit commencer par déterminer quelle est la norme de contrôle applicable à l’égard de la décision contestée en appliquant l’analyse pragmatique et fonctionnelle. «Si les motifs nommés, le libellé de la disposition habilitante et les interprétations sclérosées des formulations législatives demeurent utiles comme repères familiers, ils ne dictent plus le cheminement» [au paragraphe 24]. Ainsi, il semble que la décision ayant trait à la délégation ne pourra être prise qu’après que j’aurai statué sur la norme de contrôle applicable et que j’aurai appliqué cette norme à la décision du ministre.

[138] À cet égard, il ne semble pas nécessairement s’ensuire que la norme de la décision manifestement déraisonnable s’applique. L’expertise du ministre sur les questions d’extradition et plus précisément sur la

in political matters, international relations and the ramifications of the law of extradition. That is not so with respect to a decision to delegate. While the overall objective of the Act remains as stated earlier in my analysis regarding the standard of review, this specific decision is one where the Minister enjoys no particular expertise. The Court is equally, if not better, placed to determine the issue of delegation. Similarly, the nature of the problem—whether the discretionary power can be delegated—is a pure question of law. The purpose of the Act, the nature of the decision, and the expertise of the Minister do not entitle him to misinterpret the scope of the jurisdiction. The absence of a privative clause or right of appeal is, as stated earlier, a neutral factor. Balancing these factors, in relation to the decision in issue, I conclude that the applicable standard of review is one of correctness.

[139] The following excerpt from the Supreme Court's decision in *Harrison, supra*, is instructive on the topic of delegation [at pages 245-246]:

. . . there is implied authority in the Attorney General to delegate the power to instruct, in s. 605(1). I do not think that s. 605(1) requires the Attorney General personally to appeal or personally to instruct counsel to appeal in every case. Although there is a general rule of construction in law that a person endowed with a discretionary power should exercise it personally (*delegatus non potest delegare*) that rule can be displaced by the language, scope or object of a particular administrative scheme. A power to delegate is often implicit in a scheme empowering a Minister to act. As Professor Willis remarked in "Delegatus Non Potest Delegare" (1943) 21 *Can. Bar Rev.* 257 at p. 264:

. . . in their application of the maxim *delegatus non potest delegare* to modern governmental agencies the Courts have in most cases preferred to depart from the literal construction of the words of the statute which would require them to read in the word "personally" and to adopt such a construction as will best accord with the facts of modern government which, being carried on in theory by elected representatives but in practice by civil servants or local government officers, undoubtedly requires them to

délivrance de l'arrêté introductif d'instance découle de sa connaissance spécialisée dans le domaine des questions politiques, des relations internationales et des ramifications du droit d'extradition. Ce n'est pas le cas de la décision de déléguer son pouvoir. Bien que l'objectif général de la Loi semble être celui que j'ai énoncé auparavant dans mon analyse concernant la norme de contrôle, le ministre n'a pas d'expertise particulière pour prendre cette décision spécifique. La Cour est tout aussi bien placée, sinon mieux, pour se prononcer sur la question de la délégation. De même, la nature du problème—savoir si le pouvoir discrétionnaire peut être délégué—est une pure question de droit. Le but de la Loi, la nature de la décision et l'expertise du ministre ne lui donnent pas le droit de mal interpréter l'étendue de sa compétence. L'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel est, comme on l'a indiqué précédemment, un facteur neutre. Mettant tous ces facteurs en balance, au regard de la décision à prendre, je conclus que la norme de contrôle applicable est celle de la décision juste.

[139] L'extrait suivant de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Harrison*, précité, est instructif au sujet de la délégation [aux pages 245 et 246]:

[. . .] le procureur général a l'autorité implicite de déléguer son pouvoir de donner des instructions aux termes du par. (1) de l'article 605. Je ne pense pas que ce paragraphe exige que dans chaque cas le procureur général interjette appel personnellement ou donne lui-même à l'avocat des instructions à cette fin. Bien qu'il existe une règle générale d'interprétation de la loi selon laquelle une personne doit exercer personnellement le pouvoir discrétionnaire dont elle est investie (*delegatus non potest delegare*), elle peut être modifiée par les termes, la portée ou le but d'un programme administratif donné. Le pouvoir de délégation est souvent implicite dans un programme qui donne au ministre le pouvoir d'agir. Comme le remarque le professeur Willis dans «Delegatus Non Potest Delegare» (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 257 à la p. 264:

[TRADUCTION] . . . dans leur application du principe *delegatus non potest delegare* aux organismes du gouvernement, les tribunaux ont préféré le plus souvent s'éloigner de l'interprétation étroite du texte de loi qui les obligerait à y voir le mot «personnellement», et adopter l'interprétation qui convient le mieux aux rouages modernes du gouvernement qui, étant théoriquement le fait des représentants élus mais, en pratique, celui des fonctionnaires ou des agents locaux, leur commandent sans

read in the word “or any person authorized by it”.

See also S.A. DeSmith, *Judicial Review of Administrative Action*, 3d.ed., at p. 271. Thus, where the exercise of a discretionary power is entrusted to a Minister of the Crown it may be presumed that the acts will be performed, not by the Minister in person, but by responsible officials in his department: *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.). The tasks of a Minister of the Crown in modern times are so many and varied that it is unreasonable to expect them to be performed personally. It is to be supposed that the Minister will select deputies and departmental officials of experience and competence, and that such appointees, for whose conduct the Minister is accountable to the Legislature, will act on behalf of the Minister, within the bounds of their respective grants of authority, in the discharge of ministerial responsibilities. Any other approach would lead to administrative chaos and inefficiency. It is true that in the present case there is no evidence that the Attorney General of British Columbia personally instructed Mr. McDiarmid to act on his behalf in appealing judgments or verdicts of acquittal of trial courts but it is reasonable to assume the “Director, Criminal Law” of the Province would have that authority to instruct.

[140] Similarly, in *Comeau’s Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, the Court commented that the express delegation or devolution of powers to departmental officials found in section 7 (of the *Fisheries Act* [R.S.C., 1985, c. F-14]) may seem unnecessary today since powers entrusted to a minister of the Crown will generally be performed, not by the Minister, but by responsible officials in his department. The statutory construction that grew up around the Latin maxim *delegatus non potest delegare* may have operated more strongly in the past when express delegation was generally thought necessary.

[141] Subsection 24(2) of the *Interpretation Act* provides:

24. . . .

(2) Words directing or empowering a minister of the Crown to do an act or thing, regardless of whether the act or thing is administrative, legislative or judicial, or otherwise applying to that minister as the holder of the office, include

aucun doute d’y voir l’expression «ou toute personne autorisée par lui».

Voir aussi S.A. DeSmith, *Judicial Review of Administrative Action*, 3^e éd., à la p. 271. Lorsque l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire est confié à un ministre du gouvernement, on peut alors supposer que les mesures nécessaires seront prises par les fonctionnaires responsables du ministère et non par le ministre lui-même: *Carltona Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.). De nos jours, les fonctions d’un ministre du gouvernement sont si nombreuses et variées qu’il serait exagéré de s’attendre à ce qu’il les remplisse personnellement. On doit présumer que le ministre nommera des sous-ministres et des fonctionnaires expérimentés et compétents et que ceux-ci, le ministre étant responsable de leurs actes devant la législature, s’acquitteront en son nom de fonctions ministérielles dans les limites des pouvoirs qui leur sont délégués. Toute autre solution n’aboutirait qu’au chaos administratif et à l’incurie. Il est vrai qu’en l’espèce rien ne prouve que le procureur général de la Colombie-Britannique ait donné personnellement des instructions à M^e McDiarmid d’agir en son nom pour en appeler des jugements ou des verdicts d’acquiescement prononcés par les tribunaux de première instance. Toutefois, il est raisonnable de présumer que le «Directeur de la section de droit pénal» de la province est autorisé à donner ces instructions.

[140] De même, dans l’arrêt *Comeau’s Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, la Cour a fait observer que la délégation expresse ou la dévolution de pouvoirs à des fonctionnaires du Ministère prévue à l’article 7 (de la *Loi sur les pêches* [L.R.C. (1985), ch. F-14]) pouvait sembler inutile aujourd’hui puisque les pouvoirs conférés à un ministre fédéral seront habituellement exercés, non pas par le ministre, mais par des fonctionnaires responsables au sein de son ministère. L’interprétation législative qui a été élaborée au sujet de la maxime latine *delegatus non potest delegare* peut avoir eu un effet plus fort par le passé, quand on estimait généralement que la délégation expresse était nécessaire.

[141] Le paragraphe 24(2) de la *Loi d’interprétation* stipule ce qui suit:

24. [. . .]

(2) La mention d’un ministre par son titre ou dans le cadre de ses attributions, que celles-ci soient d’ordre administratif, législatif ou judiciaire, vaut mention:

(a) a minister acting for that minister or, if the office is vacant, a minister designated to act in the office by or under the authority of an order in council;

(b) the successors of that minister in the office;

(c) his or their deputy; and

(d) notwithstanding paragraph (c), a person appointed to serve, in the department or ministry of state over which the minister presides, in a capacity appropriate to the doing of the act or thing, or to the words so applying.

a) de tout ministre agissant en son nom ou, en cas de vacance de la charge, du ministre investi de sa charge en application d'un décret;

b) de ses successeurs à la charge;

c) de son délégué ou de celui des personnes visées aux alinéas a) et b);

d) indépendamment de l'alinéa c), de toute personne ayant, dans le ministère ou département d'État en cause, la compétence voulue.

[142] The Federal Court of Appeal had occasion to comment on the effect of subsection 24(2) in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Wiemer* (1998), 228 N.R. 341, a case involving a decision of the Pension Appeals Board that quashed the Minister's decision to allow a demand for a division of a spouse's unadjusted pensionable earnings pursuant to the *Canada Pension Plan* [R.S.C., 1985, c. C-8]. Mr. Justice Létourneau, for the court, stated as follows [at paragraph 11]:

There is no requirement under the Act that approval of an application for a division of unadjusted pensionable earnings be given by the Minister personally. Under subsection 24(2) of the Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, powers given to a minister to do an act or a thing can be exercised by a person appointed to serve in the department over which the Minister presides in a capacity appropriate to the doing of the act. Indeed, section 24 merely recognizes in legislation an existing practice dictated by the diversity and complexities of modern public administrations. Prior to the enactment of this provision, our Courts had recognized the existence of a principle of implied delegation of ministerial powers in order to ensure a proper and efficient functioning of public administration.

[143] When regard is had to the Act as a whole, it is evident, and indeed mandated by section 7, that the Minister is responsible for its administration. Subsections 40(1) and 71(3) specifically require the Minister to act "personally" in relation to circumstances involving the surrender of an individual. No similar wording is used in relation to section 15.

[144] I stated earlier that the ATP is the foundation block upon which the extradition process stands. That

[142] La Cour d'appel fédérale a eu l'occasion de faire des observations sur l'effet du paragraphe 24(2) dans l'arrêt *Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines) c. Wiemer* (1998), 228 N.R. 341, un arrêt traitant d'une décision de la Commission d'appel des pensions qui avait annulé la décision du ministre d'accueillir une demande de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension aux termes du *Régime de pensions du Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-8]. Au nom de la Cour, le juge Létourneau a déclaré ce qui suit [au paragraphe 11]:

La Loi ne prévoit pas que le ministre doive personnellement approuver une demande de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension. En vertu du paragraphe 24(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, les pouvoirs conférés à un ministre peuvent être exercés par une personne nommée ayant, dans le ministère en cause, la compétence voulue. En effet, l'article 24 ne fait que reconnaître dans une loi une pratique courante rendue nécessaire par la diversité et la complexité de l'administration publique moderne. Avant l'adoption de cette disposition, la délégation implicite des pouvoirs ministériels était déjà une pratique reconnue par les tribunaux afin de garantir une gestion saine et efficace de l'administration publique.

[143] Si l'on tient compte de la Loi dans son ensemble, il est évident, et en fait il découle obligatoirement de l'article 7, que le ministre est responsable de son application. Les paragraphes 40(1) et 71(3) exigent que le ministre agisse «personnellement» dans des circonstances faisant intervenir l'arrestation d'une personne. Aucun libellé semblable n'est utilisé à l'égard de l'article 15.

[144] J'ai déclaré plus tôt que l'arrêté introductif d'instance est le fondement sur lequel le processus

being so, it is important not to overstate its significance. While it is an important document, its consequences for the individual are less significant than the consequences associated with a committal order or a surrender order. The statutory requirements in relation to the ATP are not complicated and it is inaccurate to say that the extradition judge exercised the section 15 functions under the former Act. That is the case only in relation to the delineation of equivalent Canadian offences.

[145] Considering the contents of section 15, the Act as a whole, the jurisprudence, and the provisions of the *Interpretation Act*, in my view, it is open to the Minister to delegate the discretionary authority provided to him in section 15 of the Act. There is nothing in the Act that indicates a contrary intention. The *Edgar*, *supra*, and *Ste. Thérèse Ltée*, *supra*, cases do not assist Mr. Froom. In *Edgar*, the section in question referred to the Minister in his “sole” discretion and in *Ste. Thérèse Ltée*, the word “himself” was used in conjunction with the word “Minister”. Neither of those situations is appreciably different from the use of the word “personally” in subsections 40(1) and 71(3) of the Act. I conclude that the Minister’s decision regarding delegation is correct.

[146] I return to where I began regarding this issue. If Mr. Froom’s approach to the question of delegation is the correct one (determine the question without reference to the standard of review), for the above stated reasons, the result is the same. Thus, this ground of review fails.

[147] In relation to the relief requested in Mr. Froom’s self-prepared amended notice of application, his counsel, at the hearing, requested that the ATP be quashed. Contingent upon success in that respect, counsel asked that I entertain a request to enter a stay of the extradition proceeding. There was neither a request nor a suggestion that I consider any other relief. I have approached the arguments that were presented by counsel (as I indicated at the outset of these reasons). I have treated the

d’extradition s’appuie. Cela étant, il est important de ne pas exagérer son importance. Bien qu’il s’agisse d’un document important, ses conséquences pour l’intéressé sont moins importantes que les conséquences associées à un mandat d’incarcération ou à une ordonnance d’extradition. Les exigences législatives ayant trait à la délivrance de l’arrêté introductif d’instance ne sont pas compliquées et il n’est pas exact de dire que le juge d’extradition exerçait les fonctions prévues à l’article 15 dans le cadre de l’ancienne Loi. Cela ne se produit qu’à l’égard de la description des infractions canadiennes équivalentes.

[145] Considérant le contenu de l’article 15, la Loi dans son ensemble, la jurisprudence et les dispositions de la *Loi d’interprétation*, il est à mon avis loisible au ministre de déléguer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré à l’article 15 de la Loi. Il n’y a rien dans la Loi qui indique une intention contraire. Les arrêts *Edgar*, précité et *Ste-Thérèse Ltée*, précité, ne sont d’aucune utilité à M. Froom. Dans l’arrêt *Edgar*, l’article en question faisait référence au ministre dans l’exercice de son «seul» pouvoir discrétionnaire et dans l’arrêt *Ste-Thérèse Ltée*, le mot «lui-même» était utilisé conjointement avec le mot «ministre». Aucune de ces situations ne diffère considérablement de l’utilisation du mot «personnellement» aux paragraphes 40(1) et 71(3) de la Loi. Je conclus que la décision du ministre concernant la délégation est correcte.

[146] Je reviens au tout début de mon analyse sur cette question. Si la démarche utilisée par M. Froom à l’égard de la question de la délégation est celle qu’il convient d’adopter (c’est-à-dire se prononcer sur la question sans faire référence à la norme de contrôle), le résultat est le même, pour les motifs énoncés ci-dessus. Ce motif de contrôle doit donc être rejeté.

[147] Pour ce qui a trait au redressement demandé dans l’avis de demande modifié et préparé par M. Froom lui-même, son avocat a demandé, à l’audience, que l’arrêté introductif d’instance soit annulé. Sous réserve du succès qu’il obtiendra à cet égard, l’avocat a demandé que j’entende une demande visant à obtenir une suspension de la procédure d’extradition. Il n’y a eu aucune demande ni aucune suggestion pour que j’examine une autre forme de redressement. J’ai examiné

requested relief in the same manner.

SUMMARY OF CONCLUSIONS

[148] In summary, my conclusions regarding this application are as follows:

(a) The Federal Court has jurisdiction to review the decision of the Minister of Justice to issue an authority to proceed under section 15 of the *Extradition Act*, at the outset of the extradition process, in circumstances where strong grounds exist for arguing that the Minister acted arbitrarily, in bad faith, or that the Minister was motivated by an improper motive, or motivated by irrelevant considerations;

(b) The mere characterization of an application for judicial review as one to quash the authority to proceed is not sufficient. Judicial review in the Federal Court will not be available where the underlying grounds of review disclose arguments that fall squarely within the jurisdiction of the extradition judge, or the Minister, or where the grounds deal with arguments in areas where the law is settled;

(c) The applicable standard of review, with respect to a decision of the Minister made pursuant to the *Extradition Act*, is patent unreasonableness;

(d) The applicant's grounds of review with respect to non-compliance with the Treaty, with respect to the question of whether the authority to proceed is a nullity and with respect to abuse of process, do not meet the threshold set out in (a) and (b) above. Had the threshold been met in relation to these grounds, it has not been demonstrated that the Minister's decision was patently unreasonable;

(e) The ground of review regarding impermissible delegation of ministerial authority meets the above-noted threshold. The standard of review applicable to the Minister's decision in this respect is correctness;

les arguments qui ont été présentés par l'avocat (comme je l'ai indiqué au début des présents motifs). J'ai traité du redressement demandé de la même manière.

RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS

[148] En résumé, mes conclusions concernant la présente demande sont les suivantes:

a) la Cour fédérale a compétence pour effectuer le contrôle de la décision du ministre de la Justice de délivrer un arrêté introductif d'instance en vertu de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*, au début du processus d'extradition, dans des circonstances où il existe des motifs sérieux de faire valoir que le ministre a agi de façon arbitraire ou de mauvaise foi, qu'il s'est appuyé sur un motif non approprié ou sur des considérations non pertinentes;

b) la simple qualification d'une demande de contrôle judiciaire comme étant une demande visant à annuler l'arrêté introductif d'instance ne suffit pas. La procédure de contrôle judiciaire à la Cour fédérale ne peut être utilisée lorsque les motifs de contrôle révèlent des arguments qui relèvent expressément de la compétence du juge d'extradition, ou du ministre, ou lorsque les motifs traitent d'arguments portant sur des domaines où le droit est bien établi;

c) la norme de contrôle applicable, pour ce qui a trait à une décision du ministre rendue aux termes de la *Loi sur l'extradition*, est la norme de la décision manifestement déraisonnable;

d) le motif de contrôle soulevé par le demandeur à l'égard du non-respect du Traité, de la question de savoir si l'arrêté introductif d'instance est nul et de l'abus de procédure, ne respecte pas le seuil énoncé aux paragraphes a) et b) ci-dessus. Si ce seuil avait été respecté à l'égard de ces motifs, il n'a pas été démontré que la décision du ministre était manifestement déraisonnable;

e) le motif de contrôle concernant la délégation non autorisée du pouvoir du ministre respecte le seuil mentionné ci-dessus. La norme de contrôle applicable à la décision du ministre à cet égard est celle de la décision correcte;

(f) It is permissible for the Minister to delegate the discretionary authority in section 15 of the *Extradition Act*;

(g) The applicant's ground of review regarding impermissible delegation of ministerial authority fails.

[149] In the result, the application for judicial review is dismissed with costs. An order will so provide.

f) le ministre peut déléguer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré à l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*;

g) le motif de contrôle du demandeur concernant la délégation non autorisée du pouvoir du ministre est rejeté.

[149] Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire est rejetée avec dépens. Une ordonnance sera rendue à cet effet.

SCHEDULE "A"

ANNEXE «A»

Extradition Act, S.C. 1999, c. 18

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18

2. The definitions in this section apply in this Act.

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

"Attorney General" means the Attorney General of Canada.

«accord» Accord en vigueur auquel le Canada est partie, qui porte en tout ou en partie sur l'extradition, à l'exception de tout accord spécifique.

"court" means

[. . .]

(a) in Ontario, the Ontario Court (General Division);

«cour d'appel»

(b) in Quebec, the Superior Court;

a) Dans la province de l'Île-du-Prince-Édouard, la Section d'appel de la Cour suprême;

(c) in New Brunswick, Manitoba, Alberta and Saskatchewan, the Court of Queen's Bench;

b) dans les autres provinces, la Cour d'appel.

(d) in Nova Scotia, British Columbia, Yukon and the Northwest Territories, the Supreme Court, and in Nunavut, the Nunavut Court of Justice; and

[. . .]

(e) in Prince Edward Island and Newfoundland, the Trial Division of the Supreme Court.

«ministre» Le ministre de la Justice.

"court of appeal" means

[. . .]

(a) in the Province of Prince Edward Island, the Appeal Division of the Supreme Court; and

«partenaire» État ou entité qui est soit partie à un accord d'extradition, soit signataire d'un accord spécifique avec le Canada ou dont le nom figure à l'annexe.

(b) in all other provinces, the Court of Appeal.

«procureur général» Le procureur général du Canada.

"extradition agreement" means an agreement that is in force, to which Canada is a party and that contains a provision respecting the extradition of persons, other than a specific agreement.

«tribunal»

a) En Ontario, la Cour de l'Ontario (Division générale);

"extradition partner" means a State or entity with which Canada is party to an extradition agreement, with which Canada has entered into a specific agreement or whose name appears in the schedule.

b) au Québec, la Cour supérieure;

c) au Nouveau-Brunswick, au Manitoba, en Alberta et en Saskatchewan, la Cour du Banc de la Reine;

...

d) en Nouvelle-Écosse, en Colombie-Britannique, au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest, la Cour suprême, et au Nunavut, la Cour de justice;

"Minister" means the Minister of Justice.

e) dans l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve, la Section de première instance de la Cour suprême.

...

[. . .]

3. (1) A person may be extradited from Canada in accordance with this Act and a relevant extradition agreement on the request of an extradition partner for the purpose of prosecuting the person or imposing a sentence on — or enforcing a sentence imposed on — the person if

3. (1) Toute personne peut être extradée du Canada, en conformité avec la présente loi et tout accord applicable, à la demande d'un partenaire pour subir son procès dans le ressort de celui-ci, se faire infliger une peine ou y purger une peine si:

(a) subject to a relevant extradition agreement, the offence in respect of which the extradition is requested is punishable by the extradition partner, by imprisoning or otherwise depriving the person of their liberty for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment; and

(b) the conduct of the person, had it occurred in Canada, would have constituted an offence that is punishable in Canada,

(i) in the case of a request based on a specific agreement, by imprisonment for a maximum term of five years or more, or by a more severe punishment, and

(ii) in any other case, by imprisonment for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment, subject to a relevant extradition agreement.

(2) For greater certainty, it is not relevant whether the conduct referred to in subsection (1) is named, defined or characterized by the extradition partner in the same way as it is in Canada.

(3) Subject to a relevant extradition agreement, the extradition of a person who has been sentenced to imprisonment or another deprivation of liberty may only be granted if the portion of the term remaining is at least six months long or a more severe punishment remains to be carried out.

...

6. Subject to a relevant extradition agreement, extradition may be granted under this Act whether the conduct or conviction in respect of which the extradition is requested occurred before or after this Act or the relevant extradition agreement or specific agreement came into force.

7. The Minister is responsible for the implementation of extradition agreements, the administration of this Act and dealing with requests for extradition made under them.

8. (1) Unless the extradition agreement has been published under subsection (2), an extradition agreement — or the provisions respecting extradition contained in a multilateral extradition agreement — must be published in the *Canada Gazette* no later than 60 days after it comes into force.

(2) An extradition agreement — or the provisions respecting extradition contained in a multilateral extradition agreement — may be published in the *Canada Treaty Series* and, if so published, the publication must be no later than 60 days after it comes into force.

a) d'une part, l'infraction mentionnée dans la demande est, aux termes du droit applicable par le partenaire, sanctionnée, sous réserve de l'accord applicable, par une peine d'emprisonnement ou une autre forme de privation de liberté d'une durée maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère;

b) d'autre part, l'ensemble de ses actes aurait constitué, s'ils avaient été commis au Canada, une infraction sanctionnée aux termes du droit canadien:

(i) dans le cas où un accord spécifique est applicable, par une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou plus ou par une peine plus sévère,

(ii) dans le cas contraire, sous réserve de l'accord applicable, par une peine d'emprisonnement maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère.

(2) Il est entendu que la concordance entre l'appellation juridique, la désignation, la classification ou la définition donnée à l'ensemble des actes de l'intéressé par le droit canadien et celle donnée par le droit applicable par le partenaire n'est pas prise en compte.

(3) Sous réserve de l'accord applicable, l'extradition de la personne déjà condamnée à une peine d'emprisonnement ou autre forme de privation de liberté ne peut être accordée que s'il reste au moins six mois de la peine à purger ou s'il reste une peine plus sévère à purger.

[...]

6. Sous réserve de l'accord applicable, l'antériorité des actes reprochés ou de la condamnation par rapport à l'entrée en vigueur d'un accord ou d'un accord spécifique, ou de la présente loi, ne fait pas obstacle à l'extradition.

7. Le ministre est chargé de la mise en œuvre des accords, de l'application de la présente loi et du traitement des demandes d'extradition procédant de ces textes.

8. (1) À moins qu'ils ne soient publiés en conformité avec le paragraphe (2), les accords et les dispositions d'un accord multilatéral qui traitent de l'extradition sont publiés dans la *Gazette du Canada*, dans les soixante jours suivant leur entrée en vigueur.

(2) Les accords ou les dispositions d'un accord multilatéral peuvent être publiés dans le *Recueil des traités du Canada*, auquel cas la publication est faite dans les soixante jours suivant leur entrée en vigueur.

(3) Agreements and provisions published in the *Canada Gazette* or the *Canada Treaty Series* are to be judicially noticed.

...

11. (1) A request by an extradition partner for the provisional arrest or extradition of a person shall be made to the Minister.

(2) A request by an extradition partner for the provisional arrest of a person may also be made to the Minister through Interpol.

12. The Minister may, after receiving a request by an extradition partner for the provisional arrest of a person, authorize the Attorney General to apply for a provisional arrest warrant, if the Minister is satisfied that

(a) the offence in respect of which the provisional arrest is requested is punishable in accordance with paragraph 3(1)(a); and

(b) the extradition partner will make a request for the extradition of the person.

13. (1) A judge may, on *ex parte* application of the Attorney General, issue a warrant for the provisional arrest of a person, if satisfied that there are reasonable grounds to believe that

(a) it is necessary in the public interest to arrest the person, including to prevent the person from escaping or committing an offence;

(b) the person is ordinarily resident in Canada, is in Canada or is on the way to Canada; and

(c) a warrant for the person's arrest or an order of a similar nature has been issued or the person has been convicted.

...

15. (1) The Minister may, after receiving a request for extradition and being satisfied that the conditions set out in paragraph 3(1)(a) and subsection 3(3) are met in respect of one or more offences mentioned in the request, issue an authority to proceed that authorizes the Attorney General to seek, on behalf of the extradition partner, an order of a court for the committal of the person under section 29.

(2) If requests from two or more extradition partners are received by the Minister for the extradition of a person, the Minister shall determine the order in which the requests will be authorized to proceed.

(3) Les accords et dispositions ainsi publiés dans la *Gazette du Canada* ou dans le *Recueil des traités du Canada* sont de notoriété publique.

[...]

11. (1) Les demandes d'extradition et d'arrestation provisoire d'un partenaire sont adressées au ministre.

(2) Les demandes d'arrestation provisoire peuvent aussi être adressées au ministre par l'intermédiaire d'Interpol.

12. Le ministre peut, lorsqu'un partenaire demande l'arrestation provisoire d'une personne, autoriser le procureur général à présenter la demande visée à l'article 13 s'il est convaincu que:

a) d'une part, l'infraction à l'origine de la demande est sanctionnée de la façon prévue à l'alinéa 3(1)a);

b) d'autre part, le partenaire demandera l'extradition de l'intéressé.

13. (1) Le juge peut, sur demande *ex parte* du procureur général, lancer un mandat d'arrestation provisoire contre une personne s'il a des motifs raisonnables de croire que les conditions suivantes sont réunies:

a) son arrestation est nécessaire dans l'intérêt public, notamment afin de prévenir sa fuite ou la perpétration d'une infraction;

b) elle réside habituellement au Canada, s'y trouve ou se dirige vers le Canada;

c) elle fait l'objet d'une condamnation ou son arrestation a été ordonnée.

[...]

15. (1) Le ministre peut, après réception de la demande d'extradition, s'il est convaincu qu'au moins une infraction satisfait aux conditions prévues à l'alinéa 3(1)a) et au paragraphe 3(3), prendre un arrêté introductif d'instance autorisant le procureur général à demander au tribunal, au nom du partenaire, la délivrance de l'ordonnance d'incarcération prévue à l'article 29.

(2) En cas de demandes concurrentes visant l'extradition d'une même personne, le ministre détermine l'ordre dans lequel elles seront traitées.

(3) The authority to proceed must contain

(a) the name or description of the person whose extradition is sought;

(b) the name of the extradition partner; and

(c) the name of the offence or offences under Canadian law that correspond to the alleged conduct of the person or the conduct in respect of which the person was convicted, as long as one of the offences would be punishable in accordance with paragraph 3(1)(b).

(4) A copy of an authority to proceed produced by a means of telecommunication that produces a writing has the same probative force as the original for the purposes of this Part.

...

23. (1) The Minister may substitute another authority to proceed at any time before the extradition hearing begins. All documents issued and orders made by the court apply in respect of the new authority to proceed, unless the court, on application of the person or the Attorney General, orders otherwise.

(1.1) Where the Minister substitutes another authority to proceed under subsection (1) and the person applies for another date to be set for the beginning of the extradition hearing in order to give the person an opportunity to examine the new authority, the judge may set another date for the hearing.

(2) The judge may, on application of the Attorney General, amend the authority to proceed after the hearing has begun in accordance with the evidence that is produced during the hearing.

(3) The Minister may at any time withdraw the authority to proceed and, if the Minister does so, the court shall discharge the person and set aside any order made respecting their judicial interim release or detention.

24. (1) The judge shall, on receipt of an authority to proceed from the Attorney General, hold an extradition hearing.

(2) For the purposes of the hearing, the judge has, subject to this Act, the powers of a justice under Part XVIII of the *Criminal Code*, with any modifications that the circumstances require.

25. For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge has, with respect to the functions that the judge is required to

(3) L'arrêté comporte les éléments suivants:

a) le nom ou description de l'intéressé;

b) le nom du partenaire;

c) la désignation des infractions qui, du point de vue du droit canadien, correspondent à l'ensemble des actes reprochés à l'intéressé ou pour lesquels il a été condamné et dont au moins l'une d'entre elles serait sanctionnée de la façon prévue à l'alinéa 3(1)b).

(4) La copie de l'arrêté reproduite par un moyen de télécommunication qui rend la communication sous forme écrite a, pour l'application de la présente partie, la même force probante que l'original.

[. . .]

23. (1) Le ministre peut, à tout moment avant le début de l'audition de la demande d'extradition, remplacer l'arrêté introductif d'instance par un autre; tous les documents et décisions judiciaires établis sur la foi de l'arrêté remplacé demeurent valables sous réserve d'une ordonnance à l'effet contraire que peut rendre le tribunal sur demande du procureur général ou de la personne visée par l'arrêté.

(1.1) Lorsqu'en vertu du paragraphe (1) le ministre remplace l'arrêté introductif d'instance par un autre et que l'intéressé lui en fait la demande, le juge peut fixer une autre date pour le début de l'audition afin de permettre à l'intéressé de prendre connaissance du nouvel arrêté.

(2) Le juge peut, après le début de l'audition de la demande, modifier, sur demande du procureur général, l'arrêté en fonction de la preuve faite durant l'audition.

(3) Le ministre peut à tout moment annuler l'arrêté; le tribunal est alors tenu d'ordonner la mise en liberté de la personne et d'annuler les ordonnances relatives à la liberté provisoire et l'incarcération.

24. (1) Saisi d'un arrêté introductif d'instance, le juge procède à l'audition de la demande d'extradition.

(2) Il est pour ce faire investi, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, des mêmes pouvoirs qu'un juge de paix en application de la partie XVIII du *Code criminel*, compte tenu des adaptations nécessaires.

25. Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge dispose, dans l'exécution de ses fonctions d'application

perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge.

...

29. (1) A judge shall order the committal of the person into custody to await surrender if

(a) in the case of a person sought for prosecution, there is evidence admissible under this Act of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada on the offence set out in the authority to proceed and the judge is satisfied that the person is the person sought by the extradition partner; and

(b) in the case of a person sought for the imposition or enforcement of a sentence, the judge is satisfied that the conviction was in respect of conduct that corresponds to the offence set out in the authority to proceed and that the person is the person who was convicted.

(2) The order of committal must contain

(a) the name of the person;

(b) the offence set out in the authority to proceed for which the committal is ordered;

(c) the place at which the person is to be held in custody; and

(d) the name of the extradition partner.

(3) A judge shall order the person discharged if the judge does not order their committal under subsection (1).

(4) The date of the authority to proceed is the relevant date for the purposes of subsection (1).

(5) Subject to a relevant extradition agreement, if a person has been tried and convicted without the person being present, the judge shall apply paragraph (1)(a).

...

31. For the purposes of sections 32 to 38, "document" means data recorded in any form, and includes photographs and copies of documents.

32. (1) Subject to subsection (2), evidence that would otherwise be admissible under Canadian law shall be admitted as evidence at an extradition hearing. The following shall also be admitted as evidence, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law:

(a) the contents of the documents contained in the record of the case certified under subsection 33(3);

de la présente loi, des compétences d'un juge de la cour supérieure.

[. . .]

29. (1) Le juge ordonne dans les cas suivants l'incarcération de l'intéressé jusqu'à sa remise:

a) si la personne est recherchée pour subir son procès, la preuve—admissible en vertu de la présente loi—des actes justifierait, s'ils avaient été commis au Canada, son renvoi à procès au Canada relativement à l'infraction mentionnée dans l'arrêté introductif d'instance et le juge est convaincu que la personne qui comparait est celle qui est recherchée par le partenaire;

b) si la personne est recherchée pour se faire infliger une peine ou pour la purger, le juge est convaincu qu'elle est celle qui a été déclarée coupable des actes et que ceux-ci correspondent à l'infraction mentionnée dans l'arrêté.

(2) L'ordonnance d'incarcération indique le nom de l'intéressé, le lieu où il sera détenu, le nom du partenaire et l'infraction—énoncée dans l'arrêté introductif d'instance—pour laquelle il sera incarcéré.

(3) S'il n'ordonne pas son incarcération, le juge doit libérer l'intéressé.

(4) La date à prendre en compte pour l'application du paragraphe 29(1) est la date de l'arrêté introductif d'instance.

(5) Sous réserve de l'accord applicable, l'alinéa (1)a) s'applique aussi lorsqu'il y a eu procès et condamnation en l'absence de l'intéressé.

[. . .]

31. Pour l'application des articles 32 à 38, tout document est valable quel que soit le support utilisé, y compris en ce qui touche les photographies et les copies.

32. (1) Sont admis comme faisant preuve au cours de l'audition de la demande, sous réserve du paragraphe (2), les éléments de preuve admissibles en vertu du droit canadien ainsi que les éléments de preuve suivants même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs leur admissibilité:

a) le contenu des documents qui font partie du dossier d'extradition certifié en conformité avec le paragraphe 33(3);

(b) the contents of the documents that are submitted in conformity with the terms of an extradition agreement; and

(c) evidence adduced by the person sought for extradition that is relevant to the tests set out in subsection 29(1) if the judge considers it reliable.

(2) Evidence gathered in Canada must satisfy the rules of evidence under Canadian law in order to be admitted.

33. (1) The record of the case must include

(a) in the case of a person sought for the purpose of prosecution, a document summarizing the evidence available to the extradition partner for use in the prosecution; and

(b) in the case of a person sought for the imposition or enforcement of a sentence,

(i) a copy of the document that records the conviction of the person, and

(ii) a document describing the conduct for which the person was convicted.

(2) A record of the case may include other relevant documents, including documents respecting the identification of the person sought for extradition.

(3) A record of the case may not be admitted unless

(a) in the case of a person sought for the purpose of prosecution, a judicial or prosecuting authority of the extradition partner certifies that the evidence summarized or contained in the record of the case is available for trial and

(i) is sufficient under the law of the extradition partner to justify prosecution, or

(ii) was gathered according to the law of the extradition partner; or

(b) in the case of a person sought for the imposition or enforcement of a sentence, a judicial, prosecuting or correctional authority of the extradition partner certifies that the documents in the record of the case are accurate.

(4) No authentication of documents is required unless a relevant extradition agreement provides otherwise.

(5) For the purposes of this section, a record of the case includes any supplement added to it.

34. A document is admissible whether or not it is solemnly affirmed or under oath.

b) le contenu des documents présentés en conformité avec un accord;

c) les éléments de preuve présentés par l'intéressé qui sont pertinents pour l'application du paragraphe 29(1) et que le juge estime dignes de foi.

(2) Les éléments de preuve obtenus au Canada sont admis en conformité avec le droit canadien.

33. (1) Le dossier d'extradition comporte obligatoirement:

a) dans le cas d'une extradition en vue d'un procès, un résumé des éléments de preuve dont dispose le partenaire aux fins de poursuite;

b) dans le cas d'une extradition en vue d'infliger une peine à l'intéressé ou de la lui faire purger, les éléments suivants:

(i) une copie de la déclaration de culpabilité,

(ii) la description des actes qui ont donné lieu à la déclaration de culpabilité.

(2) Le dossier peut aussi comprendre des documents établissant l'identité de l'intéressé et tout autre document pertinent.

(3) Le dossier n'est admissible en preuve que si:

a) dans le cas d'une extradition en vue d'un procès, une autorité judiciaire ou un poursuivant du partenaire certifie, d'une part, que les éléments de preuve résumés au dossier ou contenus dans celui-ci sont disponibles pour le procès et, d'autre part, soit que la preuve est suffisante pour justifier la poursuite en vertu du droit du partenaire, soit qu'elle a été recueillie conformément à ce droit;

b) dans le cas d'une extradition en vue d'infliger une peine à l'intéressé ou de la lui faire purger, l'autorité judiciaire, un fonctionnaire du système correctionnel ou un poursuivant du partenaire certifie que les documents au dossier sont exacts.

(4) Sauf disposition contraire d'un accord, les documents n'ont pas à être authentifiés.

(5) Font partie du dossier les documents qui y sont ajoutés par la suite.

34. Il n'est pas nécessaire que les documents présentés en preuve soient accompagnés d'un serment ou d'une affirmation solennelle.

35. A document purporting to have been signed by a judicial, prosecuting or correctional authority, or a public officer, of the extradition partner shall be admitted without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed it.

36. A translation of a document into one of Canada's official languages shall be admitted without any further formality.

37. The following are evidence that the person before the court is the person referred to in the order of arrest, the document that records the conviction or any other document that is presented to support the request:

(a) the fact that the name of the person before the court is similar to the name that is in the documents submitted by the extradition partner; and

(b) the fact that the physical characteristics of the person before the court are similar to those evidenced in a photograph, fingerprint or other description of the person.

38. (1) A judge who issues an order of committal of a person to await surrender shall transmit to the Minister the following documents:

(a) a copy of the order;

(b) a copy of the evidence adduced at the hearing that has not already been transmitted to the Minister; and

(c) any report that the judge thinks fit.

(2) When the judge orders the committal of a person, the judge shall inform the person that they will not be surrendered until after the expiry of 30 days and that the person has a right to appeal the order and to apply for judicial interim release.

...

40. (1) The Minister may, within a period of 90 days after the date of a person's committal to await surrender, personally order that the person be surrendered to the extradition partner.

(2) Before making an order under subsection (1) with respect to a person who has made a claim for refugee protection under the *Immigration and Refugee Protection Act*, the Minister shall consult with the minister responsible for that Act.

(3) The Minister may seek any assurances that the Minister considers appropriate from the extradition partner, or may subject the surrender to any conditions that the Minister considers appropriate, including a condition that the person not

35. Il n'est pas nécessaire de faire la preuve de l'authenticité de la signature ni de la qualité officielle de l'autorité judiciaire, du poursuivant, du fonctionnaire du système correctionnel ou de tout fonctionnaire relevant du partenaire qui signe ou qui est censé avoir signé des documents admis en preuve.

36. La traduction française ou anglaise de tout document est admise sans autre formalité.

37. Le fait que le nom inscrit sur les documents étayant la demande est semblable à celui de l'intéressé, que le sujet photographié dans ces documents lui ressemble ou que les empreintes digitales ou les éléments d'identification y figurant sont semblables aux siens est admis en preuve pour établir qu'il s'agit de la personne visée par le mandat d'arrestation, la déclaration de culpabilité ou tout autre document.

38. (1) Le juge qui ordonne l'incarcération de l'intéressé en vue de son extradition transmet au ministre:

a) une copie de son ordonnance;

b) une copie des pièces ou transcriptions des témoignages que le ministre n'a pas déjà;

c) les observations qu'il estime indiquées.

(2) L'ordonnance est assortie des modalités qu'il estime indiquées, notamment en vue de la conservation des biens saisis et de leur retour au Canada, ainsi que de la protection des droits des tiers.

[...]

40. (1) Dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'ordonnance d'incarcération, le ministre peut, par un arrêté signé de sa main, ordonner l'extradition vers le partenaire.

(2) Si l'intéressé demande l'asile au titre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, le ministre consulte le ministre responsable de l'application de cette loi avant de prendre l'arrêté.

(3) Avant d'extrader, le ministre peut demander au partenaire de lui fournir les assurances qu'il estime indiquées ou poser les conditions qui lui paraissent appropriées, y compris celle voulant que l'intéressé ne soit poursuivi, se fasse

be prosecuted, nor that a sentence be imposed on or enforced against the person, in respect of any offence or conduct other than that referred to in the order of surrender.

(4) If the Minister subjects surrender of a person to assurances or conditions, the order of surrender shall not be executed until the Minister is satisfied that the assurances are given or the conditions agreed to by the extradition partner.

(5) If the person has made submissions to the Minister under section 43 and the Minister is of the opinion that further time is needed to act on those submissions, the Minister may extend the period referred to in subsection (1) as follows:

(a) if the person is the subject of a request for surrender by the International Criminal Court, and an issue has been raised as to the admissibility of the case or the jurisdiction of that Court, for a period ending not more than 45 days after the Court's ruling on the issue; or

(b) in any other case, for one additional period that does not exceed 60 days.

(6) If an appeal has been filed under section 50 and the Minister has extended the period referred to in subsection (1), the Minister shall file with the court of appeal a notice of extension of time before the expiry of that period.

41. (1) The Minister may postpone the making of the order of surrender if

(a) an appeal has been filed under section 50;

(b) the Minister files a notice of postponement with the court of appeal before the expiry of the period referred to in subsection 40(1); and

(c) the order is made not later than 45 days after the date of the decision of the court of appeal.

(2) When the Minister has filed a notice of postponement with the court of appeal under paragraph (1)(b), that court may not defer the hearing of the appeal under subsection 51(2).

42. The Minister may amend a surrender order at any time before its execution.

43. (1) The person may, at any time before the expiry of 30 days after the date of the committal, make submissions to the Minister in respect of any ground that would be relevant to the Minister in making a decision in respect of the surrender of the person.

(2) The Minister may accept submissions even after the expiry of those 30 days in circumstances that the Minister considers appropriate.

infliger une peine ou la purge qu'en rapport avec les infractions pour lesquelles l'extradition est accordée.

(4) Le cas échéant, l'extradition est retardée jusqu'à ce que le ministre soit satisfait des assurances reçues ou qu'il estime que les conditions sont acceptées.

(5) Le ministre, s'il est d'avis qu'un délai supplémentaire est nécessaire pour rendre une décision par suite des observations que lui présente l'intéressé en vertu de l'article 43, peut proroger le délai qui lui est imparti au paragraphe (1):

a) dans le cas où l'intéressé fait l'objet d'une demande de remise par la Cour pénale internationale et qu'il doit se pencher sur une question de recevabilité ou de compétence, d'au maximum quarante-cinq jours après que la Cour pénale internationale a rendu une décision sur la remise;

b) dans les autres cas, d'au maximum soixante jours.

(6) En cas d'appel interjeté conformément à l'article 50 et de prorogation du délai de quatre-vingt-dix jours, le ministre dépose un avis de prorogation à la cour d'appel avant l'expiration de ce délai.

41. (1) Le ministre peut reporter la prise de l'arrêté d'extradition lorsque sont réunies les conditions suivantes:

a) un appel a été interjeté conformément à l'article 50;

b) il dépose à la cour d'appel un avis de report dans le délai prévu au paragraphe 40(1);

c) l'arrêté est pris au plus tard quarante-cinq jours après la décision de la cour d'appel.

(2) Le dépôt de l'avis visé à l'alinéa (1)b empêche la cour d'appel d'exercer son pouvoir de reporter l'audition de tout appel de l'ordonnance d'incarcération conféré par le paragraphe 51(2).

42. Le ministre peut modifier l'arrêté d'extradition tant qu'il n'est pas mis à exécution

43. (1) L'intéressé peut, au plus tard trente jours après la délivrance d'une ordonnance d'incarcération, présenter ses observations au ministre sur toute question touchant son extradition éventuelle vers le partenaire.

(2) Le ministre peut toutefois, si à son avis les circonstances le justifient, accepter les observations après l'expiration du délai de trente jours.

44. (1) The Minister shall refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that

- (a) the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances; or
- (b) the request for extradition is made for the purpose of prosecuting or punishing the person by reason of their race, religion, nationality, ethnic origin, language, colour, political opinion, sex, sexual orientation, age, mental or physical disability or status or that the person's position may be prejudiced for any of those reasons.

(2) The Minister may refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that the conduct in respect of which the request for extradition is made is punishable by death under the laws that apply to the extradition partner.

45. (1) The reasons for the refusal of surrender contained in a relevant extradition agreement, other than a multilateral extradition agreement, or the absence of reasons for refusal in such an agreement, prevail over sections 46 and 47.

(2) The reasons for the refusal of surrender contained in a relevant multilateral extradition agreement prevail over sections 46 and 47 only to the extent of any inconsistency between either of those sections and those provisions.

46. (1) The Minister shall refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that

- (a) the prosecution of a person is barred by prescription or limitation under the law that applies to the extradition partner;
- (b) the conduct in respect of which extradition is sought is a military offence that is not also an offence under criminal law; or
- (c) the conduct in respect of which extradition is sought is a political offence or an offence of a political character.

(2) For the purpose of subparagraph (1)(c), conduct that constitutes an offence mentioned in a multilateral extradition agreement for which Canada, as a party, is obliged to extradite the person or submit the matter to its appropriate authority for prosecution does not constitute a political offence or an offence of a political character. The following conduct also does not constitute a political offence or an offence of a political character:

- (a) murder or manslaughter;
- (b) inflicting serious bodily harm;
- (c) sexual assault;

44. (1) Le ministre refuse l'extradition s'il est convaincu que:

- a) soit l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances;
- b) soit la demande d'extradition est présentée dans le but de poursuivre ou de punir l'intéressé pour des motifs fondés sur la race, la nationalité, l'origine ethnique, la langue, la couleur, la religion, les convictions politiques, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap physique ou mental ou le statut de l'intéressé, ou il pourrait être porté atteinte à sa situation pour l'un de ces motifs.

(2) Il peut refuser d'extrader s'il est convaincu que les actes à l'origine de la demande d'extradition sont sanctionnés par la peine capitale en vertu du droit applicable par le partenaire.

45. (1) Les motifs de refus prévus à l'accord applicable—sauf à un accord multilatéral—l'emportent sur ceux prévus aux articles 46 et 47 et l'absence de tels motifs également.

(2) Ceux prévus dans un accord multilatéral l'emportent sur les dispositions incompatibles des articles 46 et 47.

46. (1) Le ministre refuse l'extradition s'il est convaincu que:

- a) toute poursuite à l'endroit de l'intéressé est prescrite en vertu du droit du partenaire;
- b) les actes reprochés constituent une infraction militaire sans constituer par ailleurs une infraction criminelle;
- c) les actes reprochés constituent une infraction à caractère politique.

(2) Ne peuvent être considérés comme une infraction à caractère politique les actes qui aux termes d'un accord multilatéral auquel le Canada est partie constituent une infraction pour laquelle l'extradition—ou le renvoi de l'affaire aux autorités compétentes au Canada pour tenter la poursuite—est obligatoire, ni les actes suivants:

- a) le meurtre ou l'homicide involontaire coupable;
- b) l'infliction de lésions corporelles graves;
- c) l'agression sexuelle;

(d) kidnapping, abduction, hostage-taking or extortion;

(e) using explosives, incendiaries, devices or substances in circumstances in which human life is likely to be endangered or serious bodily harm or substantial property damage is likely to be caused; and

(f) an attempt or conspiracy to engage in, counselling, aiding or abetting another person to engage in, or being an accessory after the fact in relation to, the conduct referred to in any of paragraphs (a) to (e).

47. The Minister may refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that

(a) the person would be entitled, if that person were tried in Canada, to be discharged under the laws of Canada because of a previous acquittal or conviction;

(b) the person was convicted in their absence and could not, on surrender, have the case reviewed;

(c) the person was less than eighteen years old at the time of the offence and the law that applies to them in the territory over which the extradition partner has jurisdiction is not consistent with the fundamental principles governing the *Youth Criminal Justice Act*;

(d) the conduct in respect of which the request for extradition is made is the subject of criminal proceedings in Canada against the person; or

(e) none of the conduct on which the extradition partner bases its request occurred in the territory over which the extradition partner has jurisdiction.

47.1 The grounds for refusal set out in sections 44, 46 and 47 do not apply in the case of a person who is the subject of a request for surrender by the International Criminal Court.

48. (1) If the Minister decides not to make a surrender order, the Minister shall order the discharge of the person.

(2) When the Minister orders the discharge of a person and the person has made a claim for refugee protection under the *Immigration and Refugee Protection Act*, the Minister shall send copies of all relevant documents to the minister responsible for that Act.

49. A person may appeal against an order of committal — or the Attorney General, on behalf of the extradition partner, may appeal the discharge of the person or a stay of proceedings — to the court of appeal of the province in which the order of committal, the order discharging the person or the order staying the proceedings was made,

(a) on a ground of appeal that involves a question of law alone;

d) l'enlèvement, le rapt, la prise d'otage ou l'extorsion;

e) l'utilisation d'explosifs, d'engins incendiaires, de substances ou d'appareils qui est susceptible de mettre en danger la vie ou de causer des lésions corporelles graves ou des dommages considérables à la propriété;

f) la tentative, le complot, la complicité après le fait, le conseil, l'aide ou l'encouragement à l'égard des actes visés aux alinéas a) à e).

47. Le ministre peut refuser d'extrader s'il est convaincu que:

a) l'intéressé, s'il subissait son procès au Canada, bénéficierait d'une libération du fait d'une condamnation ou d'un acquittement antérieurs;

b) l'intéressé a été condamné par défaut et ne pourrait, une fois extradé, obtenir une révision de son procès;

c) l'intéressé avait moins de dix-huit ans au moment de la perpétration de l'infraction et le droit applicable par le partenaire est incompatible avec les principes fondamentaux mis en œuvre par la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents;

d) l'intéressé fait l'objet d'une poursuite criminelle au Canada pour les actes à l'origine de la demande d'extradition;

e) aucun des actes à l'origine de la demande d'extradition n'a été commis dans le ressort du partenaire.

47.1 Les motifs de refus prévus aux articles 44, 46 et 47 ne s'appliquent pas dans le cas d'une demande de remise de la Cour pénale internationale.

48. (1) S'il ne prend pas un arrêté d'extradition, le ministre ordonne la libération de l'intéressé.

(2) Le cas échéant, il fait parvenir copie de tout document pertinent au ministre responsable de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* dans les cas où l'intéressé demande l'asile au titre de cette loi.

49. L'intéressé peut faire appel de son incarcération et le procureur général—au nom du partenaire—, du refus de délivrer une ordonnance d'incarcération ou de l'arrêt de la procédure. L'appel est entendu par la cour d'appel de la province où la décision a été rendue et se fonde:

a) soit sur une question de droit;

(b) on a ground of appeal that involves a question of fact or a question of mixed law and fact, with leave of the court of appeal or a judge of the court of appeal; or

(c) on a ground of appeal not set out in paragraph (a) or (b) that appears to the court of appeal to be a sufficient ground of appeal, with leave of the court of appeal.

...

51. (1) An appeal under this Act shall be scheduled for hearing by the court of appeal at an early date whether that date is in or out of the prescribed sessions of that court.

(2) The hearing of an appeal against an order of committal may be deferred by the court of appeal until the Minister makes a decision in respect of the surrender of the person under section 40.

...

53. On the hearing of an appeal against an order of committal of a person, the court of appeal may

(a) allow the appeal, in respect of any offence in respect of which the person has been committed, if it is of the opinion

(i) that the order of committal should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) that the order of committal should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) that, on any ground, there was a miscarriage of justice; or

(b) dismiss the appeal

(i) if it does not allow the appeal on any ground referred to in paragraph (a), or

(ii) even though the court of appeal is of the opinion that on the ground referred to in subparagraph (a)(ii) the appeal may be decided in favour of the appellant, if it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred and the order of committal should be upheld.

54. If the court of appeal allows an appeal under paragraph 53(a), it shall

(a) set aside the order of committal and

(i) discharge the person, or

(ii) order a new extradition hearing; or

(b) amend the order of committal to exclude an offence in respect of which the court is of the opinion that the person

b) soit, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, sur une question de fait, ou de droit et de fait;

c) soit, avec l'autorisation de la cour d'appel, sur tout autre motif qu'elle estime suffisant.

[. . .]

51. (1) L'appel est inscrit pour audition dans les meilleurs délais que la cour soit ou non en session.

(2) La cour d'appel peut reporter l'audition de l'appel concernant une ordonnance d'incarcération jusqu'à ce que le ministre rende une décision en application de l'article 40.

[. . .]

53. La cour d'appel peut, pour statuer sur l'appel concernant une ordonnance d'incarcération:

a) soit accueillir l'appel relativement à toute infraction pour laquelle l'intéressé a été incarcéré, au motif, selon le cas:

(i) que l'ordonnance est déraisonnable ou n'est pas justifiée par les éléments de preuve,

(ii) qu'une décision erronée a été rendue sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) soit le rejeter lorsqu'elle n'accepte aucun des motifs invoqués au titre de l'alinéa a) ou si, tout en estimant que l'appel pourrait être accueilli au titre du sous-alinéa a)(ii), elle est d'avis qu'aucun tort grave ni déni de justice n'a été causé et que l'ordonnance devrait être confirmée.

54. Si elle accueille l'appel, la cour d'appel, selon le cas:

a) annule l'ordonnance et ordonne soit la libération de l'appelant, soit la tenue d'une nouvelle audition;

b) modifie l'ordonnance afin d'exclure toute infraction pour laquelle elle estime que, pour l'un des motifs

has not been properly committed on a ground referred to in subparagraph 53(a)(i), (ii) or (iii).

55. (1) On the hearing of an appeal against the discharge of a person or against a stay of proceedings, the court of appeal may

(a) allow the appeal and set aside the order of discharge or stay, if it is of the opinion

(i) that the order of discharge should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) that the order of discharge or the stay of proceedings should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) that, on any ground, there was a miscarriage of justice; or

(b) dismiss the appeal.

(2) The court of appeal may, if it sets aside a stay of proceedings, order a new extradition hearing. The court of appeal may, if it sets aside an order of discharge, order a new extradition hearing or order the committal of the person.

56. (1) The Supreme Court may defer, until the Minister makes a decision with respect to the surrender of the person under section 40, the hearing of an application for leave to appeal, or the hearing of an appeal, from a decision of the court of appeal on an appeal taken under section 49, or on any other appeal in respect of a matter arising under this Act.

(2) The Supreme Court may also, if an application for judicial review is made under section 57 or otherwise, defer the hearing until the court of appeal makes its determination on the application.

57. (1) Despite the *Federal Court Act*, the court of appeal of the province in which the committal of the person was ordered has exclusive original jurisdiction to hear and determine applications for judicial review under this Act, made in respect of the decision of the Minister under section 40.

(2) An application for judicial review may be made by the person.

(3) An application for judicial review shall be made, in accordance with the rules of court of the court of appeal, within 30 days after the time the decision referred to in subsection (1) was first communicated by the Minister to the person, or within any further time that the court of appeal, either before or after the expiry of those 30 days, may fix or allow.

(4) Section 679 of the *Criminal Code* applies, with any modifications that the circumstances require, to an application for judicial review.

mentionnés aux sous-alinéas 53a)(i), (ii) ou (iii), l'appelant n'aurait pas dû être incarcéré.

55. (1) Dans le cas d'un appel de la décision de libérer l'intéressé ou d'arrêter la procédure, la cour d'appel peut:

a) accueillir l'appel et annuler l'ordonnance lorsqu'elle estime:

(i) qu'elle est déraisonnable ou n'est pas justifiée par les éléments de preuve,

(ii) qu'une décision erronée, concernant la libération ou l'arrêt, a été rendue sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) sinon, rejeter l'appel.

(2) La cour peut en outre, si elle annule l'arrêt de la procédure, ordonner une nouvelle audition, et, si elle annule la libération, une nouvelle audition ou l'incarcération de l'intéressé.

56. (1) La Cour suprême du Canada peut reporter l'audition soit d'une demande d'autorisation d'interjeter appel ou de l'appel d'une décision de la cour d'appel au titre de l'article 49, soit de tout autre appel fondé sur la présente loi jusqu'à ce que le ministre rende une décision en application de l'article 40.

(2) Dans le cas d'une demande de révision judiciaire présentée en vertu de l'article 57 ou autrement, elle peut reporter l'audition jusqu'à ce que la cour d'appel rende sa décision.

57. (1) Malgré la *Loi sur la Cour fédérale*, la cour d'appel de la province où l'incarcération a été ordonnée a compétence exclusive pour connaître, conformément au présent article, de la demande de révision judiciaire de l'arrêté d'extradition pris au titre de l'article 40.

(2) La demande peut être présentée par l'intéressé.

(3) La demande est faite, en conformité avec les règles de pratique et de procédure de la cour d'appel, dans les trente jours suivant la première communication de l'arrêté à l'intéressé par le ministre, ou dans le délai supérieur que la cour d'appel peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer.

(4) L'article 679 du *Code criminel* s'applique, avec les adaptations nécessaires, aux demandes présentées en application du présent article.

(5) An application for judicial review shall be scheduled for hearing by the court of appeal at an early date whether that date is in or out of the prescribed sessions of that court.

(6) On an application for judicial review, the court of appeal may

(a) order the Minister to do any act or thing that the Minister has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, quash, set aside, set aside and refer back for determination in accordance with any directions that it considers appropriate, prohibit or restrain the decision of the Minister referred to in subsection (1).

(7) The court of appeal may grant relief under this section on any of the grounds on which the Trial Division of the Federal Court of Canada may grant relief under subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act*.

(8) If the sole ground for relief established in an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the court of appeal may

(a) refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(b) in the case of a defect in form or a technical irregularity in the decision, make an order validating the order, to have effect from the time and on the terms that it considers appropriate.

(9) If an appeal under section 49 or any other appeal in respect of a matter arising under this Act is pending, the court of appeal may join the hearing of that appeal with the hearing of an application for judicial review.

(5) La demande est inscrite pour audition dans les meilleurs délais que la cour soit ou non en session.

(6) Saisie de la demande, la cour d'appel peut:

a) ordonner au ministre d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, annuler, infirmer, ou infirmer et renvoyer pour décision suivant ses instructions, l'arrêté d'extradition, en restreindre la portée ou en interdire la prise.

(7) Elle peut prendre les mesures prévues au présent article pour les mêmes motifs que la Section de première instance de la Cour fédérale peut le faire en application du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

(8) Elle peut rejeter toute demande fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun tort grave ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision entachée de vice et lui donner effet selon les modalités qu'elle estime indiquées.

(9) En cas d'appel en instance interjeté dans le cadre de l'article 49 ou fondé sur la présente loi, elle peut joindre l'audition de l'appel à celle d'une demande de révision judiciaire.

SCHEDULE "B"

Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America

Article 2

(1) Extradition shall be granted for conduct which constitutes an offense punishable by the laws of both Contracting Parties by imprisonment or other form of detention for a term exceeding one year or any greater punishment.

(2) An offense is extraditable notwithstanding

(i) that conduct such as interstate transportation or use of the mails or of other facilities affecting interstate or foreign commerce, required for the purpose of establishing jurisdiction, forms part of the offense in the United States, or

(ii) that it relates to taxation or revenue or is one of the purely fiscal character.

...

Article 4

(1) Extradition shall not be granted in any of the following circumstances:

(i) When the person whose surrender is sought is being proceeded against, or has been tried and discharged or punished in the territory of the requested State for the offense for which his extradition is requested.

(ii) When the prosecution for the offense has become barred by lapse of time according to the laws of the requesting State.

(iii) When the offense in respect of which extradition is requested is of a political character, or the person whose extradition is requested proves that the extradition request has been made for the purpose of trying or punishing him for an offense of the above-mentioned character. If any question arises as to whether a case comes within the provisions of this subparagraph, the authorities of the Government on which the requisition is made shall decide.

...

Article 8

The determination that extradition should or should not be granted shall be made in accordance with the law of the requested State and the person whose extradition is sought shall have the right to use all remedies and recourses provided by such law.

ANNEXE «B»

Traité d'extradition entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique

Article 2

(1) Sera extradité tout auteur de faits qui constituent une infraction punissable par les lois des deux Parties contractantes d'une peine d'emprisonnement ou de détention d'autre nature de plus d'un an ou de toute autre peine plus sévère.

(2) Une infraction est passible d'extradition même si

(i) les faits attributifs de compétence tels que le transport entre les États ou l'utilisation de la poste ou autres moyens de communication touchant le commerce extérieur ou entre les États, constituent un élément de l'infraction aux États-Unis, ou

(ii) elle constitue une infraction en matière d'impôt ou de revenu ou de nature purement fiscale.

[...]

Article 4

(1) L'extradition n'est accordée dans aucun des cas suivants:

(i) Lorsque l'individu dont l'extradition est demandé ou bien fait l'objet de poursuites ou bien a été jugé et acquitté ou puni, sur le territoire de l'État requis, pour l'infraction motivant la demande d'extradition.

(ii) Lorsque la poursuite relative à l'infraction est frappée de prescription selon les lois de l'État requérant.

(iii) Lorsque l'infraction motivant la demande d'extradition revêt un caractère politique ou que l'individu dont l'extradition est demandée prouve que la demande d'extradition vise à le mettre en jugement ou à le punir pour une infraction revêtant un caractère politique. Si la question se pose de savoir si une affaire tombe sous le coup des dispositions du présent alinéa, il appartient aux autorités gouvernementales de l'État auquel la demande est présentée d'en décider.

[...]

Article 8

La décision d'accorder ou de refuser l'extradition doit être prise conformément à la loi de l'État requis et l'individu dont l'extradition est demandée aura droit à tous les recours prévus par ladite loi.

Article 9

(1) The request for extradition shall be made through the diplomatic channel

(2) The request shall be accompanied by a description of the person sought, a statement of the facts of the case, the text of the laws of the requesting State describing the offense and prescribing the punishment for the offense, and a statement of the law relating to the limitation of the legal proceedings.

(3) When the request relates to a person who has not yet been convicted, it must also be accompanied by a warrant of arrest issued by a judge or other judicial officer of the requesting State and by such evidence as, according to the laws of the requested State, would justify his arrest and committal for trial if the offense had been committed there, including evidence proving the person requested is the person to whom the warrant of arrest refers.

(4) When the request relates to a person already convicted, it must be accompanied by the judgment of conviction and sentence passed against him in the territory of the requesting State, by a statement showing how much of the sentence has not been served, and by evidence proving that the person requested is the person to whom the sentence refers.

...

Article 10

(1) Extradition shall be granted only if the evidence be found sufficient, according to the laws of the place where the person sought shall be found, either to justify his committal for trial if the offense of which he is accused had been committed in its territory or to prove that he is the identical person convicted by the courts of the requesting State.

(2) The documentary evidence in support of a request for extradition or copies of these documents shall be admitted in evidence in the examination of the request for extradition when, in the case of a request emanating from Canada, they are authenticated by an officer of the Department of Justice of Canada and are certified by the principal diplomatic or consular officer of the United States in Canada, or when, in the case of a request emanating from the United States, they are authenticated by an officer of the Department of State of the United States and are certified by the principal diplomatic or consular officer of Canada in the United States.

Article 11

(1) In case of urgency a Contracting Party may apply for the provisional arrest of the person sought pending the presentation of the request for extradition through the

Article 9

(1) La demande d'extradition doit se faire par la voie diplomatique.

(2) La demande doit être accompagnée du signalement de l'individu recherché, d'un énoncé des faits, du texte des dispositions des lois de l'État requérant décrivant l'infraction et stipulant la peine à infliger à cet égard ainsi que d'un énoncé de la loi relative à la prescription en matière de procédures judiciaires.

(3) Lorsque la demande vise un individu qui n'a pas encore été déclaré coupable, elle doit en outre être accompagnée d'un mandat d'arrêt émis par un juge ou une autre autorité judiciaire de l'État requérant et de tout élément de preuve qui, selon les lois de l'État requis, justifierait l'arrestation et la mise en jugement dudit individu si l'infraction y avait été commise, notamment la preuve que l'individu dont on demande l'extradition est bien celui qui est visé par le mandat d'arrêt.

(4) Lorsque la demande vise un individu déjà déclaré coupable, elle doit être accompagnée du jugement de culpabilité et de la sentence prononcés contre lui dans le territoire de l'État requérant, d'une déclaration indiquant quelle partie de la peine reste à purger et de la preuve que l'individu dont l'extradition est demandée est bien celui qui doit purger la peine.

[. . .]

Article 10

(1) L'extradition ne doit être accordée que si la preuve est jugée suffisante, selon les lois du lieu où l'individu recherché est trouvé, soit pour justifier une mise en jugement si l'infraction dont il est accusé avait été commise sur le territoire dont ce lieu fait partie, soit pour établir qu'il est bien l'individu condamné par les tribunaux de l'État requérant.

(2) Les preuves documentaires à l'appui d'une demande d'extradition, qu'il s'agisse d'originaux ou de copies, doivent être admises en preuve lors de l'examen de la demande d'extradition lorsque, dans le cas d'une demande émanant du Canada, elles sont légalisées par un fonctionnaire du Ministère de la Justice du Canada et certifiées par le principal agent diplomatique ou consulaire des États-Unis au Canada, ou que, dans le cas d'une demande émanant des États-Unis, elles sont légalisées par un fonctionnaire du Département d'État des États-Unis et certifiées par le principal agent diplomatique ou consulaire du Canada aux États-Unis.

Article 11

(1) En cas d'urgence, une Partie contractante peut demander l'arrestation provisoire de l'individu recherché en attendant la présentation de la demande d'extradition par la voie

diplomatic channel. Such application shall contain a description of the person sought, an indication of intention to request the extradition of the person sought and a statement of the existence of a warrant of arrest or a judgment of conviction against that person, and such further information, if any, as would be necessary to justify the issue of a warrant of arrest had the offense been committed, or the person sought been convicted, in the territory of the requested State.

(2) On receipt of such an application the requested State shall take the necessary steps to secure the arrest of the person claimed.

(3) A person arrested shall be set at liberty upon the expiration of sixty days from the date of arrest pursuant to such application if a request for extradition and the documents specified in Article 9 have not been received. This stipulation shall not prevent the institution of proceedings with a view to extraditing the person sought if the request and documents are subsequently received.

Article 12

(1) A person extradited under the present Treaty shall not be detained, tried or punished in the territory of the requesting State for an offense other than that for which extradition has been granted nor be extradited by that State to a third State unless:

(i) He has left the territory of the requesting State after his extradition and has voluntarily return to it;

(ii) He has not left the territory of the requesting State within thirty days after being free to do so; or

(iii) The requested State has consented to his detention, trial, punishment for an offense other than that for which extradition was granted or to his extradition to a third State, provided such other offense is covered by Article 2.

(2) The foregoing shall not apply to offenses committed after the extradition.

diplomatique. La demande d'arrestation doit donner le signalement de l'individu recherché, indiquer qu'on se propose, de demander l'extradition de cet individu, indiquer si un mandat d'arrêt a été émis contre lui ou s'il a été déclaré coupable aux termes d'un jugement et fournir, le cas échéant, les autres renseignements qui seraient nécessaires pour justifier l'émission d'un mandat d'arrêt si l'infraction avait été commise dans le territoire de l'État requis ou si l'individu recherché y avait été condamné.

(2) Dès réception d'une telle demande, l'État requis prend les mesures nécessaires pour assurer l'arrestation de l'individu réclamé.

(3) Un individu arrêté est mis en liberté soixante (60) jours après son arrestation en vertu de la demande si une demande d'extradition accompagnée des documents visés à l'article 9 n'a pas été reçue. Cette disposition n'empêche pas l'introduction des procédures d'extradition de l'individu si demande et documents sont reçus par la suite.

Article 12

(1) Un individu extradé en vertu du présent Traité ne doit être ni détenu, ni jugé, ni puni sur le territoire de l'État requérant pour une infraction autre que celle ayant motivé l'extradition et ne peut non plus être livré par ledit État à un État tiers, sauf:

(i) S'il a quitté le territoire de l'État requérant après son extradition et y est revenu volontairement;

(ii) S'il n'a pas quitté le territoire de l'État requérant dans un délai de trente jours après être devenu libre de le faire; ou

(iii) Si l'État requis a consenti soit à ce qu'il soit détenu, jugé et puni pour une infraction autre que celle ayant motivé son extradition, soit à ce qu'il soit livré à un État tiers, à condition que cette autre infraction soit couverte par l'Article 2.

(2) Les dispositions qui précèdent ne s'appliquent pas aux infractions commises après l'extradition.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Refugees

Judicial review of decision by adjudicator of Immigration Division of Immigration and Refugee Board (IRB), ordering release of Junior Mwamba (respondent)—Whether adjudicator committed error justifying Court’s intervention when ordered respondent’s release—Adjudicator erred in ordering release of respondent because reasons for decision showed that in addition to considering part of factors set out in Immigration and Refugee Protection Regulations, adjudicator took irrelevant factor into account—Fact adjudicator considered removal order as establishing IRB accepted respondent’s identity patently unreasonable error (excess of jurisdiction)—No basis for undue weight accorded to fact removal order presumption that person’s identity had been established—Immigration and Refugee Protection Act, s. 228 allowing removal order to be made once person considered inadmissible: officer has no discretion as such—Removal order issued automatically, even when claimant’s identity or credibility not yet finally established—In circumstances, scope given removal order by adjudicator, going so far as to suggest could be presumption identity established, entirely unreasonable—For adjudicator to base decision on criterion other than those set out in Regulations, so as to offset arguments put forward by applicant, and regardless of Act and Regulations, patently unreasonable—Application for judicial review allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 228—Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227.

CANADA (DEPARTMENT OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. MWAMBA (IMM-4190-02, 2003 FC 1042, Blais J., order dated 8/9/03, 12 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Principal proceeding application for judicial review of decision by Lise Gignac, Director, Investigations and Removals Division, Citizenship and Immigration Canada, of Montréal Centre, dated April 26, 2002, denying application

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

for non-execution of performance bond in amount of \$60,000 signed by applicant in case of Alphonse Chemali, her husband, who had violated condition of liberation—Following change by respondent, claiming not \$60,000 but \$120,000, in letter dated April 29, 2003, this application became motion to amend, asking that letter of April 26, 2002 be cancelled and replaced by that of April 29, 2003—Preliminary question to be answered whether René D’Aoust, new Director, Investigations and Removals Division, signed letter of August 29, 2003 when *functus officio* as to exercise of discretion conferred by Immigration Act (Act), s. 104, since Lise Gignac had signed decision on same matter in her letter of April 26, 2002—Kind of decision under review one of decisions taken daily by public servants acting for and on behalf of Minister—In any given case, circumstances may change and consequently decisions have to be amended or changed completely—Although no provision for power of review, Parliament has not made this kind of decision subject to any system of appeal—Use by Parliament of verb “may” in Act, s. 104 implying discretion and possibility of reviewing if circumstances warrant—Administrator may change mind, and that is what appears to have had happened in case at bar—Thus, when René D’Aoust replaced Lise Gignac on April 29, 2003, not *functus officio*—There cannot be two administrative decisions differing in content on same matter from same official decision-maker—Court asked to conclude decision of April 26, 2002 void—Decision of April 29, 2003 cancelled decision of April 26, 2002—Writer took trouble to refer to it, contradict certain parts of it and provide exhaustive reasons—Brief decision of April 26, 2002 did not provide sufficient information about reasons justifying request for payment of \$60,000 bond or about exercise of discretion mentioned in Act, s. 104—As decision of April 26, 2002, subject to this judicial review, void, what becomes of proceeding?—Respondent asked Court to maintain this proceeding and replace decision of April 26, 2002 by that of April 29, 2003 and to allow proceeding to take normal course of applications for leave and judicial review, thus enabling parties to refer to pleadings and documents already filed—For sake of fairness to applicant, Court authorizing use of this

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

pleading in same case, replacing decision subject to judicial review by that of April 29, 2003, by amendment, if applicant should so request within 15 days of receipt of this judgment—For these reasons, decision of Lise Gignac on April 26, 2002, decision subject to this judicial review, cancelled by decision of René D’Aoust on April 29, 2003, and in Court file No. IMM-2190-02 Court authorized applicant to substitute decision of April 29, 2003 for that of April 26, 2002, within 15 days of receipt of this judgment, informing Court of agreement in writing, otherwise proceeding would cease—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 104.

BCHERRAWY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2190-02, 2003 FC 1045, Noël J., judgment dated 8/9/03, 20 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Judicial review of Immigration and Refugee Board (Board) decision, dated May 31, 2002 applicant not Convention refugee—Numerous aspects of decision give rise to possible error but it stands on way Board handled sequence of events following demonstration at Tehran University and applicant’s not leaving Iran sooner than he did—Applicant points out Board does not really confront and deal with evidence presented on aftermath of demonstration—Board merely rejects that evidence in vague and general terms as being “unsatisfactory” or uses its own hypothetical speculation about what might have happened—Difficult to understand why Board found applicant’s description of how he went back to look for his cousin after demonstration to be incredible—Plausible applicant feared for his cousin’s safety more than his own, and that bonds of family loyalty may have led him to engage in risky behaviour that might otherwise be indicative of lack of subjective fear—Also possible applicant’s political convictions led him to engage in risky behaviour that may seem incredible to Canadian observer—Board does not do very good job of explaining why applicant’s testimony unconvincing in this respect—Negative decisions on person’s credibility properly made as long as tribunal gives reasons for so doing in “clear and unmistakable terms”—Board does not articulate credibility finding as well as it might have done, but sufficient explanation in decision on this point and sufficient evidentiary basis in form of inconsistencies in applicant’s narrative to avoid reviewable error—Implausibility findings have to be based upon reasonable inferences from evidence actually before Board—In case at bar, Board never really makes kind of clear and unmistakable credibility findings that case law says are required for Board to reject applicant’s testimony—Board’s principal reason for rejecting applicant’s account regarding issue of lack of subjective fear of persecution is that, if he and his family had suffered what

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

applicant said they had suffered, they would have left Iran much sooner—Where Board finds lack of credibility based on inferences, including inferences concerning plausibility of testimony, there must be basis in evidence to support inferences—In case at bar, Board fails to articulate sufficient basis on evidence for this key point—Behind Board’s conclusions in this regard lie host of assumptions and speculations for which no real evidentiary basis—For Board to have proceeded in this way was reviewable error—Judicial review allowed.

MOHAMMADI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3219-02, 2003 FC 1028, Russell J., order dated 5/9/03, 20 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Division (Board) decision, applicant not Convention refugee—Applicant submits Board erred in law and exceeded jurisdiction in determining applicant excluded despite prior finding by Adjudicator applicant not described as person inadmissible to Canada in relation to same facts and same parties and essentially same allegation—Applicant submits issue could not be relitigated and Board erred in law in determining Adjudicator’s decision not “final”—First, as matter of law, distinction between “cause of action estoppel” and “issue estoppel”—Main distinction resides in respective meanings of “question” and “cause of action”: first being broader than second—In case at bar, “issue estoppel” really describes motion made by applicant—However, not clear in reading Board’s interlocutory decision whether it understood fundamental distinction—Moreover, in case at bar, Board focussed solely on second criteria (finality of Adjudicator’s decision) and failed to specifically address first and third criteria (same question and same parties)—In case at bar, three pre-conditions for raising issue estoppel exist—Here, Board based its finding decision of Adjudicator not final on purported effects of former Immigration Act, s. 34—While s. 34 does not prevent holding of further inquiry, this can only occur “by reason of making of another report under s. 20(1)(a) or s. 27(1) or (2) or by reason of arrest and detention for inquiry pursuant to s. 103”—Assuming s. 34 displaces principle of *res judicata*, it can only be with respect to actions specifically mentioned in this provision—In this case, no further reports under s. 20(1)(a) or s. 27(1) or (2) were made—In addition, no proof applicant arrested or detained for inquiry pursuant to s. 103—Accordingly, Board erred in law in finding Adjudicator’s decision not final—Second, as matter of discretion, tribunal may refuse to apply estoppel—No doubt Board and Adjudicator both have discretion to refuse to apply estoppel, and that this is “broad” discretion—In case at bar, since Board concluded *res judicata* or issue of estoppel did not apply, Board did not address question of discretion—Considering this Court sits on judicial review of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

decision of Board, Court's jurisdiction is to determine whether Board's decision correct—Therefore, Court's available remedy is to order redetermination of case by Board—Court refrained from exercising discretion vested in Board—Judicial review allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 20(1)(a), 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16, 123), 34, 103 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94; 1995, c. 15, s. 19).

CHOWDHURY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4195-02, 2003 FC 1050, Martineau J., order dated 9/9/03, 20 pp.)

Judicial review of decision by Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (Tribunal) that applicant not Convention refugee under Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 96 or person in need of protection under Act, s. 97—Applicant citizen of Republic of Guinea, born on January 1, 1977, in Conakry—Whether panel made error warranting intervention of Court in finding applicant not Convention refugee—In order to determine whether panel erred in finding applicant not credible or finding based on inconsistencies, alleged contradictions, documentary evidence in record must be reviewed—From transcript, appears applicant answered to best of his knowledge—Answers, for most part, consistent and clear—Tribunal, rather, appeared not to understand and even to misconstrue applicant's answers—Certain points misinterpreted or contradicted, without reason, by Tribunal—Nothing implausible about applicant's claim member of Party for Renewal and Progress (PRP) since 1997, although this party merged with second one, Union for the New Republic (UNR), to form third, Union for Progress and Renewal (UPR) in 1998—Applicant gave credible explanation—Tribunal determined that applicant did not answer questions regarding his uncle, namely that, according to panel, uncle member of Party for Unity and Progress (PUP) rather than UPR—Seems completely plausible that Boubacar Diallo, listed as member of PUP in electoral document different person—This statement even more relevant in light of number of people with same name on list—From reading transcript of hearing and documentary evidence, seems clear that panel made enough unreasonable inferences from applicant's testimony to attract intervention of this Court—Further, panel found it implausible that applicant could have passed through airport inspections without difficulty—Applicant alleged travelled with French passport—Says he destroyed passport on advice of individual who gave it to him—Hugessen J.A., in *Attakora v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 99 N.R. 168 (F.C.A.), stated that "I can only conclude that the Board's insistence upon its significance is founded upon some erroneous view of the law. Does the Board think that only persons who arrive here with their travel documents in order can be refugees? Or

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

that those who arrive with false documents have some obligation to preserve them?"—With regard to panel's finding that applicant "not subject either to risk to his life or to risk of cruel and unusual treatment or punishment" and that "no danger of torture in the Republic of Guinea," passage from the U.S. Department of State Report, issued March 4, 2002, establishing opposite—Application for judicial review allowed, file to be returned to IRB for reconsideration by differently constituted Tribunal, in light of this decision—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.

ISMAEL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4724-02, 2003 FC 1038, Blais J., order dated 8/9/03, 16 pp.)

Judicial review of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (IRB) decision that applicant not "Convention Refugee" or "person in need of protection" under Immigration and Refugee Protection Act (Act), ss. 96, 97—Applicant, stateless person of Palestinian origin, born on July 28, 1981, in Abu Dhabi in the United Arab Emirates (U.A.E.)—His parents, also stateless, lived in Lebanon before going to U.A.E., where applicant's father found work—First, with respect to IRB's findings on issue of applicant's habitual residence, under ss. 96(b), 97(1)(a), terms "refugee" and "person in need of protection" apply in particular to persons without country of nationality and finding themselves outside country of their "former habitual residence"—According to case law of this Court, if claimant resided in more than one country, not necessary that he prove persecuted in each of those countries—However, claimant must show was persecuted in at least one of these countries and that unable or unwilling to return to countries where had his habitual residence—Requirement of "habitual residence" presupposing existence of relationship with State comparable to that which exists between citizen and country of nationality—Therefore situation such that stateless person admitted into given country with view to establishing continuous residence there for certain time, without requiring minimum period of residence—Definition of "country of habitual residence" should not be so unduly restrictive as to pre-empt providing shelter to stateless person who has demonstrated well-founded fear of persecution on any of grounds listed in Convention—Applicant not having to be legally able to return to country of habitual residence—Denial of right to return, in fact, may in itself constitute act of persecution by State—Conceded that U.A.E. "habitual residence" of applicant—But what about Lebanon?—Herein, Board finding that applicant cannot raise reasonable fear of persecution with respect to Lebanon as not country where applicant had his "habitual residence" seems reasonable under circumstances—In fact, according to evidence in record, applicant born in U.A.E. where always lived and where completed all of his pre-university

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

studies—His parents still live in U.A.E. with his brother and sister—Applicant did not habitually reside in Lebanon as father then working in U.A.E.—Finally, travel documents and other documents in applicant's possession issued by Lebanese authorities not conclusive—Even if applicant has right to reside in Lebanon, has never actually resided there—As for fear of persecution, denying right to return to country can in itself amount to act of persecution—Here, IRB's finding to effect that applicant had not established serious possibility that would be persecuted in country of his habitual residence (U.A.E.) supported by evidence in record and also seems to be reasonable under circumstances—IRB could reasonably find that legal restrictions imposed by U.A.E. did not breach any of applicant's fundamental rights and did not constitute persecution—Applicant admitted that could still return to his country of habitual residence, U.A.E., but that would only be able to obtain temporary visitor's visa—Direct consequence of decision made voluntarily by applicant, who preferred to leave U.A.E. to come and study in Canada—Cancellation or non-issuance of applicant's residence permit not, therefore, constituting act of persecution—Conditions imposed on applicant have no connection with any of grounds listed in Convention—Consequently, no grounds to intervene herein—Application for judicial review dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.

KADOURA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4835-02, 2003 FC 1057, Martineau J., order dated 10/9/03, 12 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of decision of Canadian visa officer in London, England (visa officer) refusing application for permanent residence—Applicant seeking order quashing decision and directing that redetermination be made by different visa officer—Whether visa officer restricted definition of entrepreneur, as that term defined in Immigration Regulations, 1978, in assessing previous business experience of applicant—Applicant submitting visa officer fettered discretion and unlawfully restricted definition of entrepreneur by importing requirement applicant be proficient in bookkeeping—Definition of entrepreneur set out in Immigration Regulations, 1978, s. 2(1)—Applicant submitting visa officer did not make determination in accordance with own department's express policy, but rather, placed undue emphasis on applicant's bookkeeping abilities—In addition, visa officer made determination applicant's business experience of no value to Canadian market—In doing so, applicant submitting visa officer fettered discretion by unduly and unlawfully restricting definition of entrepreneur and by importing requirement applicant be proficient in bookkeeping, thereby committing reviewable error—Reasons of decision look decidedly thin—Third reason given no reason at

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

all—Merely bald assertion applicant has not met definition of entrepreneur to satisfaction of visa officer—Reason doesn't explain why applicant's years of business experience in Pakistan have not satisfied visa officer concerning ability to establish commercial venture in Canada that will make significant contribution to economy and create employment opportunities—Only real reasons given that applicant did not file accurate tax returns and did not keep proper accounting records in Pakistan—This may have influenced visa officer against applicant, and certainly deplorable conduct from Canadian perspective, but not adequately explaining or justifying why applicant failed to meet entrepreneur definition—Akin to importing requirements not contained in definition—Onus on applicant to satisfy visa officer he meets various aspects of definition of entrepreneur—Visa officer just not satisfied, on basis of information provided, applicant could establish viable business in Canada—Visa officer looked at various factors and decided that, on weight of evidence, she was not convinced applicant had satisfied definition and, in particular, that he could establish viable business in Canada—This constitutes sufficient basis to deny application for permanent residence—Judicial review dismissed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) (as am. by SOR/79-851, s. 1; 88-517, s. 1).

WADHERA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3931-01, 2003 FC 1034, Russell J., order dated 9/8/03, 13 pp.)

Judicial review of visa officer's decision at Canadian Consulate General in Hong Kong refusing application for permanent residence in Canada as provincial nominee—Applicant citizen of Taiwan and applied for nomination under Newfoundland and Labrador Provincial Nominee Program—On August 31, 2001, province issued provincial nominee certificate to applicant—Whether respondent had jurisdiction to assess applicant's selection criteria relating to financial affairs, including his source of funds—Applicant submitted visa officer did not have jurisdiction to consider his financial affairs, including source of his personal funds, as factor of assessment—Federal Court of Appeal rejected similar argument in *Biao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 212 F.T.R. 317—*Biao* stands for proposition that under Canada-Québec Accord, provincial authorities may examine source of applicant's funds for purpose of selection and federal immigration authorities may examine source of applicant's funds for purpose of determining admissibility—Based on similarity of language found in Canada-Québec Accord, as analysed in *Biao* and Canada-Newfoundland and Labrador Agreement at issue, visa officer had jurisdiction to assess source of applicant's funds—Whether respondent exercised powers correctly or not—No evidence funds raised or accumulated illegally—Difference

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

between lack of documentation for accumulation of funds and funds being raised illegally or not accumulated legally—Visa officer did not state that she did not believe applicant's explanation but instead concluded funds were not accumulated legally—Visa officer must deal with explanation offered by applicant and either accept or reject explanations—Thus, visa officer made reviewable error—Judicial review allowed—*Canada-Newfoundland and Labrador Agreement on Provincial Nominees*. Citizenship and Immigration Canada, September 1, 1999.

CHING V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3096-02, 2003 FC 1090, O'Keefe J., order dated 24/9/03, 13 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW**CHARTER OF RIGHTS**

Crown moving to strike plaintiff's claim for \$13 million, in compensatory, general and punitive damages, for alleged violations of Charter rights by servants of Crown in course of prosecuting plaintiff on narcotic-related charges—Crown Liability and Proceedings Act, s. 32 providing action against Crown subject to time bars prescribed by law of province where cause of action arose—Assuming claim action to enforce personal right, and subject to other relevant articles of Civil Code, period of limitation three years pursuant to Civil Code of Quebec, art. 2925—Crown maintaining material facts relied upon in statement of claim exclusively in respect of 1991 trial, and accordingly, action long prescribed when commenced in Court—Plaintiff arguing breach of rights ongoing, and continuing disclosure of documents, including in context of present action, serve to nourish his claim—Plaintiff's principal argument in response: provincial time limitations cannot apply to bar his claim as grounded in Charter—Hugessen J., in *St-Onge v. Canada* (1999), 178 F.T.R. 104 (F.C.T.D.), concluded provincial limitation, applicable to tort, does act to bar action in tort based on delicts which are at same time infringements of rights guaranteed by Charter—Hugessen J. noted "it does not follow . . . that the Charter has completely destroyed existing systems and created a system in which no procedure or prescription exists. On the contrary, existing legislation and procedures continued to apply except where they were clearly inconsistent with the Charter itself"—Even assuming provincial period of prescription applies, motion to strike not appropriate venue for determination and application of time bar—In *Kibale v. Canada* (1990), 123 N.R. 153, Federal Court of Appeal held statute limitations not valid ground to strike statement of claim for failure to disclose cause of action—Accordingly, prescription will not avail Crown in this instance, even though limitations have been pleaded, all the more so where issue appears to be joined in reply—Motion denied—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

by S.C. 1990, c. 8, s. 21), s. 32 (as am. *idem*, s. 31)—Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2925.

PEARSON V. CANADA (T-290-99, 2003 FC 1058, Aronovitch P., order dated 9/11/03, 13 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Motion by plaintiff asking Trial Division judge to quash order by Morneau P., on August 12, 2003 dismissing motion for confidentiality and for *in camera* hearing made by plaintiff—Counsel for plaintiff suggested inconsistency between immigration rules providing for confidentiality and Federal Court Rules providing immigration cases be heard publicly—No contradiction: Immigration and Refugee Protection Act provides for automatic confidentiality, while Federal Court Rules 1998, provide hearings and documents public unless *in camera* hearing ordered on motion, and documents treated as confidential—Decision accordingly discretionary one by Court based on facts and arguments submitted to it, as herein—Counsel for plaintiff further suggested prothonotary had no jurisdiction to make decision as this jurisdiction conferred on judge, not prothonotary—Counsel for plaintiff did not persuade Court application filed for hearing to be *in camera* and for documents to be kept confidential constituting "interim order" pursuant to r. 50(1)(j) and Federal Court's Act, s. 18.2—Order made by prothonotary actually "interlocutory order" and, as such, prothonotaries make significant number of interlocutory decisions every day—Prothonotaries regularly act on behalf of Federal Court and render significant number of interlocutory decisions in areas falling within their jurisdiction—Prothonotaries seldom act in immigration matters except to make interlocutory decisions—R. 50(1)(j) applying to decision made pursuant to motion for interim order, not to motion for interlocutory decision—In view of significant difference between two definitions, counsel for plaintiff did not persuade Court prothonotary exceeded his jurisdiction and accordingly this argument should be dismissed—Must still consider if order appealable—In *Yogalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 27 Imm. L.R. (3d) 198 (F.C.T.D.), held motions judge did not have jurisdiction to hear appeal from interlocutory decision by prothonotary—In case at bar judge did not have jurisdiction to hear appeal, pursuant to preemptory provisions of Act, s. 72(2)(e)—Motion dismissed for want of jurisdiction—Immigration and Refugee Protection Act, R.S.C. 2001, c. 27, s. 72(2)—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7 ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Federal Court Rules 1998, SOR/98-106, r. 50(1) (as am. by SOR/2002-487, s. 8).

MABROUKI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3704-03, 2003 FC 1104, Blais J., order dated 25/9/03, 10 pp.)

INCOME TAX**CORPORATIONS**

Two appeals involving same facts and issues (A-539-02 and A-540-02)—Both appellants attorneys and represented themselves—Single argument made for both cases—Appellants challenging decision by Tax Court of Canada (T.C.C.) refusing deduction of their capital loss as allowable business investment loss within the meaning of Income Tax Act, s. 39(1)(c)—Act not defining concept of “active business”—Lack of organizational structure in appellants’ business not sole evidence considered by T.C.C. to demonstrate absence of carrying on active business—Court examined certain key *indicia* of active business—Court concluded that during period in question, corporation was unable to conduct any major transaction with respect to type of business it was supposed to carry on—Corporation did not have any employees and had not done any market research or cost-benefit analysis—These findings supported by evidence—Furthermore, in 1994 and 1995 corporation derived no income from allegedly active business, while in 1993 it reported only modest income from property—Absence of business income not in itself determinative, but relevant—In context, T.C.C. justified in considering additional factor—Record disclosing that at time of disposition by appellants in 1996, corporation’s only assets since 1992 had consisted of portion of vacant lot and residual balance from selling price of close to half property originally intended for operation of business—Difficult to understand how these two assets satisfy definition in Act, s. 248 as assets market value of which attributable to assets used in active business carried on in Canada—Appeals dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985, 5th Supp., c. 1, ss. 39 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 22), 248 (as am. *idem*, s. 192; *idem*, Sch. VIII, s. 139).

BLOUANGER V. CANADA (A-539-02, 2003 FCA 332, Létourneau J.A., judgment dated 12/9/03, 5 pp.)

LABOUR RELATIONS

Pursuant to judgment by Federal Court of Appeal on January 20, 2003, purpose of this judgment to determine whether refusal to reinstate defendant, in accordance with arbitrator’s conclusion to that effect based on unjustified or unlawful grounds, and if so, to set compensation accordingly—Court concluding plaintiff never intended to reinstate defendant, since changes within plaintiff company which resulted in abolishing trucker’s position occurred in days following receipt by employer of arbitral decision ordering reinstatement, and made without defendant’s knowledge—Without consulting its counsel, plaintiff deliberately tried to get around decision regarding reinstatement of employee, thus acting contrary to arbitral decision—As refusal to reinstate

LABOUR RELATIONS—Concluded

Mr. Leblanc unjustified, necessary to calculate compensation accordingly—First, it should be recalled plaintiff already paid defendant compensation for period preceding May 1, 1999—Compensation ordered by arbitrator in decision of August 18, 1999 covered four months in 1999, i.e. up to April 1999 inclusive—Logical to calculate compensation for non-reinstatement from May 1, 1999 to August 1, 2002, not inclusive, since Régie des rentes du Québec awarded plaintiff disability pension beginning in August 2000—Accordingly, compensation of \$4,000 a month for 15 months, amounting to \$60,000, should be paid to defendant with interest at 5 % of May 1, 1999—Action allowed.

EXPRESS HÂVRE ST-PIERRE LTÉE V. LEBLANC (T-792-00, 2003 FC 1064, Noël J., judgment dated 16/9/03, 16 pp.)

Applicant employed by travel agency from September 1997 to December 1999—On November 15, 1999, applicant filled out application for employment with Dylan Ryan Telemarketing (employer)—Applicant attended what he thought was training session that day—Later, same day, applicant left premises and did not return—Then, applicant applied for employment insurance—Applicant denies that he was ever employed by employer—Respondent argues applicant was indeed employed for day he attended—Record of employment as well as pay cheque introduced in evidence demonstrates applicant in fact employed by employer on day he attended training—Umpire did not err in holding there was no just cause for leaving—Board in advantageous position to make factual findings, owing to its exposure to evidence and benefit of hearing testimony *viva voce*—Umpire did not commit any reviewable error—As for penalty imposed for providing false information, no reasons given by Board upon which Board could base its finding applicant knowingly misled Commission, even though Umpire, also without reasons, upheld that finding—Applicant, though technically employed, not shown to have knowingly lied about it—Applicant never picked up salary cheque, probably because he did not believe he had earned anything—In conclusion, application on issue of disqualification dismissed—On issue of penalty for false statements imposed, and notice of violation, application allowed.

BAJWA V. CANADA (A-89-02, 2003 FCA 341, Linden J.A., judgment dated 17/9/03, 4 pp.)

PENSIONS

At hearing in this Court, parties agreed Pension Appeals Board had committed error of law in applying wrong legal test—Proper test involves determining whether applicant “incapable regularly of pursuing any substantially gainful

PENSIONS—Concluded

occupation”—Parties agreed to set aside decision applying wrong legal test—Judicial review allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. LEMOINE (A-717-02, 2003 FCA 330, Sexton J.A., judgment dated 9/9/03, 2 pp.)

PRACTICE**DISCOVERY***Examination for Discovery*

Appeal on motion to compel answers—Motion for order reversing, in part, order of Lafrenière, P. dated May 21, 2003—Defendants argue Rules and case law requiring relevant and proper questions must be answered during examinations for discovery—Defendants say Lafrenière P. erred in dismissing request that subject questions be answered—Furthermore, defendants say they will be irreparably prejudiced in preparation of their defence if not permitted to obtain answers to subject questions—Granting order sought in appeal will secure just, most expeditious and least expensive determination of proceeding on merits—Court may limit examination for discovery if examination considered oppressive, vexatious or unnecessary—Court may also refuse further discovery where it finds discovery closed or that party has waived its rights to ask further questions—In conclusion, plaintiffs say Lafrenière P. exercised discretion properly after careful consideration of transcripts and evidence and based on experience as Case Management Prothonotary for present action with intimate knowledge of history of action and discovery—This appeal motion brings into play competing interests embodied in Federal Court Rules, 1998, rr. 240(a), 243—R. 243 allowing Court to limit discovery process where it considers examination to be oppressive, vexatious or unnecessary—In case at bar, decision of Prothonotary to limit discovery process in way he did as regards questions at issue not clearly wrong or based upon wrong principle of law or misapprehension of facts—Appeal dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 240, 243.

TERRA NOVA SHOES LTD. V. NIKE INC. (T-778-01, 2003 FC 1052, Russell J., order dated 10/9/03, 11 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Reversal or Variation*

Appeal on motion to strike—Motion for order reversing, in part, order of Prothonotary Lafrenière dated May 21, 2003—Defendants argue close examination of relevant documents showing *prima facie* use of word “terra” in association with third party footwear and/or related items, and also indicates these products available for sale in Canada—Documents amount to list of dealers and products—Word “terra” does

PRACTICE—Continued

appear, but no link between word “terra” and any products available in Canada—Even on basis of relevant documents produced in this appeal motion, defendants have offered no facts, only assumptions and speculation in support of allegations of third party uses, as Prothonotary Lafrenière concluded in decision which was not, therefore, clearly wrong in this regard—Defendants argue further, as matter of law, Prothonotary erred in ordering impugned pleadings be struck out—Discretion to strike out pleadings should only be exercised in plain and obvious cases where Court satisfied beyond doubt allegation cannot be supported and certain to fail because it contains radical defect—Claim that does not sufficiently reveal facts upon which cause of action based makes it impossible for opposing party to answer claim or Court to regulate action—Hence, action frivolous, vexatious—As defendants have not yet offered evidence on impugned paragraphs of claim, paragraphs remain frivolous and vexatious—Issue raised by defendants whether this clear rule continues to apply where other party has pleaded over pleadings at issue—In case at bar, plaintiffs have not pleaded over—In their reply, plaintiffs have simply asked defendants to prove assertions of third party usage and have waited to give defendants sufficient time to produce details concerning third party products sold in Canada—As discovery process substantially complete and defendants have still not produced such details, now appropriate time in proceedings to strike impugned paragraphs—Nothing wrong with Prothonotary Lafrenière’s decision, and exercise of discretion not based upon wrong principle of law or misapprehension of facts—Appeal dismissed.

TERRA NOVA SHOES LTD. V. NIKE INC. (T-778-01, 2003 FC 1053, Russell J., order dated 10/9/03, 11 pp.)

Stay of Execution

Motion for order staying Justice Rouleau’s order of June 13, 2003 pending hearing of appeal and for order enjoining Minister of Indian and Northern Affairs from proceeding, on September 8, 2003, with election for Chief and Council of Sandy Bay Ojibway First Nation pending outcome of appeal—Appellant has obviously moved from attack on Minister’s decision to hold election on June 16, 2003, to attack on Minister’s decision to hold election on September 8, 2003—Such attacks, as appellant itself acknowledged by filing motion in Trial Division on August 21, 2002, cannot be made in Appeal Division—Within motion disguised attempt to obtain from this Court expedited hearing of motion which filed in Trial Division and which is yet to be heard—Court noted affidavit filed in this Court is very one filed in Trial Division—Motion for stay dismissed.

SANDY BAY OJIBWAY FIRST NATION V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (A-392-03, 2003 FCA 328, Décaré J.A., order dated 9/5/03, 3 pp.)

PRACTICE—Continued**PARTIES**

Motion for order that within application and application in Court file No. T-122-02 be set down for hearing at same time, on same date, and before same hearing Judge, to be dealt with at discretion of hearing Judge and alternatively, order that within application be set down for hearing on October 21 and 22, 2003 during hearing scheduled for Court file No. T-135-02—If parties in cases T-122-02 and T-1652-02 already need two days to present their case to Court on September 16 and 17, 2003 and this case heard at same time, consolidation of all these hearings would require three days—Moreover, parties in other files have requested to be added to other parties, for same reasons—One such request denied because not sufficient time at hearing to add another party to proceedings—Counsel for applicants suggested there would simply not be enough time to hear all matters—Since hearing scheduled for two days, applicants and Genpharm would have to reduce their time and share with other parties time provided to them one year ago—Consolidation might have been right thing to do six months or even one year ago—Consolidation should have been done before cross-examination of experts and would have allowed parties and Court, through hearing conferences to clearly identify, common legal and factual issues in each proceeding—Now too late for that and obvious time that has been set aside for hearing on September 16 and 17, 2003 cannot allow more than applications in Court file No. T-122-02 and T-1652-02 to proceed—Possibility different judges render different decisions and discrepancies between those decisions has not been demonstrated in the circumstances—Not reasonable to add more to what already scheduled at this stage—Harm that would be suffered by parties involved in Court files No. T-122-02 and T-1652-02 would not be compensated by any benefits for other side—Motion for consolidation dismissed.

H. LUNDBECK A/S v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-2112-02, 2003 FC 1030, Blais J., order dated 4/9/03, 8 pp.)

SERVICE

Motion by plaintiffs for order validating service of statement of claim on February 22, 2001 on defendant Maritime Freight America (MFA) or, in alternative, for extension of time for making such service—Notwithstanding changes in MFA's contact information, letter of November 3, 2000 reached MFA, and Mr. Sapp was replying to this specific letter through e-mail of December 13—Fact that Mr. Sapp states needs further information surprising in circumstances—In December 13 e-mail, Mr. Sapp does not inform plaintiffs' counsel that MFA has new address and new telephone numbers—MFA thereby directly leading plaintiffs to believe

PRACTICE—Concluded

November 3 mailing coordinates valid—It was to these coordinates that plaintiffs proceeded to serve statement of claim against MFA, on February 22, 2001—So plaintiffs cannot be criticized for contact information they used, or fact that service made one day later than deadline of February 21, 2001 imposed by order of this Court dated January 22, 2001—One-day delay independent of intention of plaintiffs and attributable only to slowness of postal system in question—Plaintiffs then thought their service of February 2001 valid and were expecting reaction or defence from MFA—Plaintiffs cannot be criticized for fact that they did not try to contact MFA immediately after deadline for filing of MFA's statement of defence had arrived—On December 2, 2001, plaintiffs' counsel sent MFA statement of claim herein, with all relevant documentation—Date of December 2, 2001 should be adopted for ordering that period for service of plaintiffs' statement of claim extended to December 2, 2001 and for declaring MFA validly given such service as of that date—Four criteria for fulfilling test all met by plaintiffs—Motion allowed; ordered that deadline for service of plaintiff's statement of claim extended to December 2, 2001 and that MFA, as of that date, validly served.

FINLANDIA CHEESE INC. v. SHORELINE SHIPPING S.A. (T-2214-00, 2003 FC 969, Morneau P., order dated 11/8/03, 8 pp.)

TRADE-MARKS**INFRINGEMENT**

Plaintiffs seek order under Federal Court Rules, 1998, r. 377, for preservation of merchandise bearing, or depicting, representation of one or more of trade-marks of plaintiffs, Gianni Versace S.p.A. (Versace), seized by Peel Regional Police (Police) from business premises of defendant, 1154979 Ontario Limited, under search warrant as part of criminal investigation—In addition, plaintiffs seek production of documents seized by police, and order authorizing plaintiffs to inspect merchandise, to take photographs, or make videotapes or digital images, of merchandise, and to obtain and retain samples of merchandise—Motion arising in action where plaintiffs seek declaratory and injunctive relief, and damages, along with order authorizing destruction of merchandise subject of actual motion, by virtue of defendants' distribution and sale of allegedly counterfeit merchandise infringing Versace's intellectual properties—R. 377(1) providing the Court may make order for custody or preservation of property subject-matter of proceeding or as to which question may arise therein—As part of requested relief in action, plaintiffs seek order authorizing destruction of jackets seized by Police bearing or depicting unauthorized reproduction of Versace intellectual properties—Defendants have admitted that if they obtain possession of merchandise,

TRADE-MARKS—Continued

it is their intention to sell it—Merchandise itself, and disposition thereof, accordingly at issue in present action—Since plaintiffs seek order authorizing destruction of merchandise, plaintiffs have clearly satisfied “subject-matter of proceeding” element of r. 377(1)—As stated in *Diamant Toys Ltd. v. Jouets Bo-Jeux Toys Inc.* (2002), 19 C.P.R. (4th) 43 (F.C.T.D.) (*Diamant*), party seeking preservation order under r. 377(1) need not meet tripartite test applicable to interlocutory injunctions—Logic dictating that by operation of Trade-marks Act, ss. 6, 7, 19, 20, 52 and, in particular, s. 53, and r. 377(1), this Court can entertain motion by applicant to preserve infringing goods before judgment—Plaintiffs have established merchandise seized by Police from premises bears or depicts counterfeit reproductions of certain Versace intellectual properties, including Versace Medusa trade-marks—Plaintiffs have also shown Versace has not authorized, either expressly or impliedly, defendants or any of them to offer for sale and/or sell products and merchandise bearing depictions of any of Versace intellectual properties—Plaintiffs’ affidavit evidence also establishes defendants have dealt in or have caused others to deal in unauthorized, or counterfeit, Versace merchandise, without consent, authorization or licence of plaintiffs—In fact, defendants have not contradicted plaintiffs’ evidence in this regard—Plaintiffs have established *prima facie* case of trade-mark infringement

TRADE-MARKS—Concluded

—Turning to issue of irreparable harm, based on reasoning of Nadon J. in *Diamant*, plaintiffs need not establish that they will suffer irreparable harm in order to obtain injunction—Damage to reputation by virtue of inferior quality of counterfeit products has been recognized as establishing sufficient harm to meet serious damage threat—Moreover, loss of quality control over unauthorized and counterfeit merchandise has been found to satisfy irreparable harm component of tripartite injunction test—Sale of inferior counterfeit Versace merchandise damages Versace’s reputation for production of quality merchandise, and diminishes value goodwill associated with Versace intellectual properties—Balance of convenience, favour of plaintiffs—Taking all circumstances into account, unconscionable to allow defendants’ *prima facie* infringement to continue until such time as trial may be heard—Therefore, plaintiffs entitled to order which they seek—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 377—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-10, ss. 6, 7, 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60), 20 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196), 52 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 234), 53 (as am. *idem*).

GIANNI VERSACE S.P.A. v. 1154979 ONTARIO LTD.
(T-993-03, 2003 FC 1015, Lafrenière P., order dated 29/8/03, 17 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/caff/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Renvoi de réfugiés

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) ordonnant la libération sous certaines conditions de Junior Mwamba (défendeur)—L'arbitre a-t-elle commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour en ordonnant la libération du défendeur?—L'arbitre a erré en ordonnant la libération du défendeur parce que les motifs de la décision démontrent qu'en plus de considérer une partie des facteurs énoncés dans le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, l'arbitre aurait tenu compte d'un facteur non pertinent—Le fait pour l'arbitre d'avoir considéré la mesure de renvoi comme un élément démontrant que la CISR acceptait l'identité du défendeur est une erreur manifestement déraisonnable (soit un excès de juridiction)—Le poids inconsidéré accordé au fait que la mesure de renvoi constitue une présomption de l'établissement de l'identité de la personne ne trouve aucun fondement—L'art. 228 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés permet qu'une mesure de renvoi soit émise dès qu'une personne est considérée inadmissible; en soi, l'agent n'a pas de discrétion—La mesure de renvoi est émise de façon automatique, soit même lorsque l'identité du revendicateur ou sa crédibilité n'ont pas encore été établies de façon définitive—La portée que l'arbitre a accordée à la mesure de renvoi, allant jusqu'à suggérer que cela puisse être une présomption que l'identité a été établie, est tout à fait déraisonnable dans les circonstances—Que l'arbitre se base sur un critère autre que ceux énumérés au Règlement afin de contrebalancer les arguments avancés par le demandeur, et ce au mépris de la Loi et du Règlement, est manifestement déraisonnable—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 228—Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227.

CANADA (MINISTÈRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. MWAMBA (IMM-4190-02, 2003 CF 1042, juge Blais, ordonnance en date du 8-9-03, 12 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

L'instance principale est une demande de contrôle judiciaire de la décision de la directrice de la Citoyenneté et de l'Immigration Canada, M^{me} Lise Gignac, Section des Investigations Renvois du Centre de Montréal, datée du 26 avril 2002, refusant à la demanderesse sa demande de non exécution du bon de garantie au montant de 60,000\$ qu'elle a souscrit dans le dossier de M. Alphonse Chemali, son mari, qui n'avait pas respecté les conditions de sa libération—Suite à un changement du défendeur de ne pas réclamer 60,000\$ mais plutôt 120,000\$ dans une lettre en date du 29 avril 2003, la présente demande est devenue une requête en amendement demandant l'annulation de la lettre du 26 avril 2002 pour la remplacer par celle du 29 avril 2003—La question préliminaire à laquelle il faut répondre consiste à se demander si M. René D'Aoust en signant la lettre du 29 août 2003, était *functus officio* quant à l'exercice de la discrétion prévue à l'art. 104 de la Loi sur l'immigration (Loi) étant donné que M^{me} Lise Gignac avait signé une décision concernant le même sujet dans sa lettre en date du 26 avril 2002—Le type de décision sous étude fait partie des décisions journalières que prennent les fonctionnaires, en autorité, pour et au nom du ministre—Selon l'évolution du dossier, il se peut que les circonstances changent et en conséquence que les décisions doivent être amendées ou encore totalement changées—Bien qu'il n'y a pas de pouvoir de révision prévu, le législateur n'a pas assujéti ce type de décisions à un système d'appel—L'utilisation par le législateur du verbe «peut» à l'art. 104 de la Loi implique une discrétion et la possibilité de réviser la décision si les circonstances le justifient—Donc, l'administrateur peut changer d'idée et c'est ce qui semble être arrivé au présent dossier—Ainsi, en date du 29 avril 2003, M. René d'Aoust, remplaçant de M^{me} Lise Gignac, n'était pas *functus officio*—Il ne peut pas y avoir deux décisions administratives à contenu différent concernant le même sujet provenant du même décideur en titre—On demande de conclure à la caducité de la décision du 26 avril 2002—La décision du 29 avril 2003 annule la décision du 26 avril 2002—On prend la peine de s'y référer, de la contredire à l'égard de certains éléments et de la motiver de façon exhaustive—La succincte

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

décision du 26 avril 2002 n'informe pas suffisamment quant aux raisons justifiant la demande de paiement de la caution de 60,000\$ ni quant à l'exercice de la discrétion prévu à l'art. 104 de la Loi—Étant donné la caducité de la décision du 26 avril 2002 assujettie au présent contrôle judiciaire, qu'advient-il de la procédure?—Le défendeur demande de préserver la présente procédure et de remplacer la décision du 26 avril 2002 par celle du 29 avril 2003 et de laisser la procédure suivre le cours normal des demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire permettant ainsi aux parties de se référer aux procédures et documents déjà produits—Dans un but d'équité à l'endroit de la demanderesse, la Cour autorise l'utilisation de la présente procédure dans le même dossier, en remplaçant par amendement la décision assujettie au contrôle judiciaire par celle du 29 avril 2003 si la demanderesse le demande, dans les 15 jours de la réception du présente jugement—Pour ces motifs, la décision de M^{me} Lise Gignac du 26 avril 2002, décision soumise au présent contrôle judiciaire, est annulée par la décision de M. René D'Aoust en date du 29 avril 2003 et la Cour permet à la demanderesse de substituer dans le dossier de Cour No. IMM-2190-02, la décision du 26 avril 2002 par celle du 29 avril 2003 et ce, dans les 15 jours de la réception du présent jugement, le tout en informant la Cour de son accord par écrit, à défaut, le présent recours s'éteindra—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2 art. 104.

BCHERRAWY C. CANADA (MINISTÈRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2190-02, 2003 CF 1045, juge Noël, jugement en date du 8-9-03, 20 p.)

STATUT AU CANADA*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision datée du 31 mai 2002 par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—De nombreux aspects de la décision présentent une possibilité qu'une erreur ait été commise, mais l'erreur provient de la manière selon laquelle la Commission a traité de la question des événements qui ont suivi la manifestation à l'université de Téhéran et de la question de l'omission du demandeur d'avoir quitté l'Iran plus tôt—Le demandeur fait remarquer que la Commission ne traite pas vraiment de son témoignage à l'égard des conséquences de la manifestation—La Commission ne fait que rejeter ce témoignage dans des termes vagues et généraux en disant qu'il n'est «pas satisfaisant» ou elle fait ses propres hypothèses quant à ce qui a pu se produire—Il est difficile de comprendre les motifs pour lesquels la Commission a conclu que la description faite par le demandeur à l'égard de la façon selon laquelle il est allé à la recherche de son cousin après la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

manifestation était peu crédible—Il semble vraisemblable que la crainte qu'éprouvait le demandeur pour la sécurité de son cousin ait été plus importante que celle qu'il éprouvait pour lui-même et que la loyauté familiale puisse avoir entraîné un comportement à risque qui aurait autrement dénoté un manque de crainte subjective—Il est en outre possible que les convictions politiques du demandeur l'aient amené à avoir un comportement à risque qui semblerait invraisemblable pour un observateur canadien—La Commission n'explique pas très bien les motifs pour lesquels le témoignage du demandeur n'était pas convaincant à cet égard—Des décisions défavorables quant à la crédibilité d'une personne sont rendues à bon droit dans la mesure où le tribunal énonce les motifs de sa décision dans des «termes clairs et explicites»—La Commission n'énonce pas sa conclusion quant à la crédibilité d'une façon aussi claire qu'elle aurait pu le faire, mais à cet égard les explications contenues dans la décision sont suffisantes et les incohérences contenues dans le récit du demandeur constituent un fondement probatoire suffisant pour éviter qu'il y ait une erreur susceptible de contrôle—Des conclusions quant à l'invraisemblance doivent être fondées sur des inférences raisonnables tirées des éléments de preuve dont la Commission dispose—En l'espèce, la Commission ne tire pas vraiment des conclusions quant à la crédibilité dans des termes clairs et explicites qui, selon ce qu'exige la jurisprudence, sont nécessaires pour qu'elle puisse rejeter le témoignage du demandeur—Le principal motif de la Commission pour le rejet du récit du demandeur à l'égard de la question du manque de crainte subjective de persécution est que si le demandeur et sa famille avaient subi ce que le demandeur affirme qu'ils ont subi, ils auraient quitté l'Iran beaucoup plus tôt—Lorsque la Commission tire une conclusion quant au manque de crédibilité fondée sur des inférences, y compris sur des inférences à l'égard de la vraisemblance du témoignage, ces inférences doivent s'appuyer sur des éléments de preuve—En l'espèce, la Commission a omis d'énoncer des motifs suffisants, fondés sur la preuve, à l'égard de ce point important—Les conclusions de la Commission à cet égard s'appuient sur un nombre important d'hypothèses pour lesquelles il n'existe pas de véritable fondement probatoire—La Commission, en tirant ses conclusions de cette manière, a commis une erreur susceptible de contrôle—Demande de contrôle judiciaire accueillie.

MOHAMMADIC. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3219-02, 2003 CF 1028, juge Russell, ordonnance en date du 5-9-03, 23 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur soutient que la Commission a commis une erreur de droit et qu'elle a excédé

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sa compétence en concluant à son exclusion même si un arbitre avait déjà conclu, alors que les faits et les parties étaient les mêmes et que les allégations étaient essentiellement identiques, qu'il n'était pas une personne qui n'était pas admissible au Canada—Le demandeur affirme que cette question ne pouvait pas être de nouveau débattue et que la Commission a commis une erreur de droit en concluant que la décision de l'arbitre n'était pas «finale»—Premièrement, il existe une distinction à faire en droit entre «l'irrecevabilité pour identité des causes d'action» et «l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige»—La principale distinction découle des sens respectifs des mots «question» et «cause d'action», l'un étant plus général que l'autre—En l'espèce, «l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige» décrit réellement la requête présentée par le demandeur—Toutefois, la lecture de la décision interlocutoire de la Commission ne montre pas clairement si celle-ci a compris cette distinction fondamentale—En outre, en l'espèce, la Commission a uniquement mis l'accent sur le deuxième critère (le caractère final de la décision de l'arbitre) et n'a pas examiné expressément les premier et troisième critères (la même question et les mêmes parties)—Trois conditions s'appliquent dans ce cas-ci lorsqu'il s'agit d'invoquer l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige—En l'espèce, la Commission a fondé la conclusion selon laquelle la décision de l'arbitre n'était pas finale sur les présumés effets de l'art. 34 de l'ancienne Loi sur l'immigration—L'art. 34 n'empêche pas la tenue d'une autre enquête, mais cette enquête peut uniquement avoir lieu «par suite d'un autre rapport fait en vertu de l'art. 20(1)a) ou de l'art. 27(1) ou (2) ou par suite d'une arrestation et d'une garde effectuées à cette fin en vertu de l'art. 103»—À supposer que l'art. 34 écarte le principe de la chose jugée, cela ne peut être que dans le cas des actions expressément mentionnées dans cette disposition—Dans ce cas-ci, aucun autre rapport n'a été fait en vertu de l'art. 20(1)a) ou de l'art. 27(1) ou (2)—De plus, il n'est pas établi que le demandeur ait été arrêté ou détenu pour une enquête en vertu de l'art. 103—La Commission a donc commis une erreur de droit en concluant que la décision de l'arbitre n'était pas finale—Deuxièmement, le tribunal peut dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire refuser d'appliquer la doctrine de la fin de non-recevoir—La Commission et l'arbitre ont sans doute le pouvoir discrétionnaire voulu pour refuser d'appliquer la doctrine de la fin de non-recevoir, et il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire «étendu»—En l'espèce, étant donné que la Commission a conclu que la doctrine de la chose jugée ou de l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige ne s'appliquait pas, elle n'a pas examiné la question du pouvoir discrétionnaire—Étant donné que la présente Cour siège dans le cadre d'un contrôle judiciaire de la décision de la Commission, la compétence de la Cour consiste à déterminer si la décision de la Commission est correcte—Par conséquent,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

la réparation que la Cour peut accorder consiste à ordonner à la Commission de rendre une nouvelle décision—La Cour s'est abstenue d'exercer le pouvoir discrétionnaire conféré à la Commission—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 20(1)a), 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16, 123), 34, 103 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19).

CHOWDHURY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4195-02, 2003 CF 1050, juge Martineau, ordonnance en date du 9-9-03, 24 p.)

Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de Lamine Diallo (tribunal) de la Section de la protection des réfugiés au sens de la Convention de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) selon l'art. 96 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (loi) ni une personne à protéger selon l'art. 97 de cette Loi—Le demandeur est citoyen de la République de la Guinée—Il est né le 1^{er} janvier 1977 à Conakry—Le tribunal a-t-il commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour en concluant que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention?—Afin de déterminer si le tribunal a commis une erreur en arrivant à sa conclusion que le demandeur n'était pas crédible, conclusions fondées sur les incohérences et les contradictions qu'il allègue, il est nécessaire que la preuve documentaire au dossier soit examinée—Il appert du procès-verbal que le demandeur a répondu au mieux de ses connaissances—Ses réponses sont en majorité conséquentes et claires—C'est plutôt le tribunal qui semblait ne pas comprendre et même détourner les réponses du demandeur—Certains éléments ont mal été interprétés ou contredits sans fondement de la part du tribunal—Il n'y a rien d'in vraisemblable dans le fait que le demandeur, étant membre d'un parti, Parti pour le renouveau et le progrès (PRP), depuis 1997, alors que ce parti fusionne avec un second, l'Union pour la nouvelle République (UNR), pour en créer un troisième, l'Union pour le progrès et le renouveau (UPR) en 1998, se dise membre de l'UPR depuis 1997—Le demandeur a fourni une explication crédible—Le tribunal détermine que le demandeur n'a pas répondu aux questions concernant son oncle, à savoir que selon le tribunal, l'oncle serait un membre du Parti de l'unité et du progrès (PUP) plutôt que de l'UPR—Or, il semble tout à fait vraisemblable que ce soit un autre Boubacar Diallo, qui soit énuméré comme membre du PUP dans un document électoral—Cette affirmation est encore plus pertinente lorsqu'on constate le grand nombre de personnes portant le même nom sur la liste—À la lecture du procès-verbal de l'audience et de la preuve documentaire, il semble clair que le tribunal a tiré des inférences déraisonnables du témoignage du demandeur, au point d'attirer l'intervention de la Cour—Par ailleurs, le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

tribunal trouve invraisemblable que le demandeur ait pu passer sans problème les contrôles de l'aéroport—Or, ce dernier affirme avoir voyagé avec un passeport français—Il aurait détruit ce passeport sous les conseils de celui qui le lui a fourni—Le juge Hugessen, dans *Attakora c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 99 N.R. 168 (C.A.F.), nous indique que: «Je puis seulement conclure que l'insistance mise par la Commission sur son importance est fondée sur une conception erronée du droit. La Commission croit-elle que seules les personnes qui arrivent au pays avec des documents de voyage en règle peuvent être des réfugiés? Ou que les personnes arrivant avec de faux documents ont quelque obligation de les préserver?»—En ce qui a trait à la conclusion du tribunal que le demandeur «n'est pas exposé ni à une menace à sa vie ni au risque de subir des traitements ou peines cruels et inusités» et qu'il n'y a «aucun risque qu'il soit soumis à de la torture en République de la Guinée», un passage du U.S. Department of State Report, émis le 4 mars 2002, démontrent le contraire—La Cour accueille la demande de contrôle judiciaire, le dossier est retourné à la CISR afin qu'il soit reconsidéré par un tribunal différemment constitué, à la lumière de la présente décision—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.

ISMAEL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4724-02, 2003 CF 1038, juge Blais, ordonnance en date du 8-9-03, 16 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, Section de la protection des réfugiés (CISR), que le demandeur n'est pas un «réfugié au sens de la Convention» ni une «personne à protéger» selon les art. 96 et 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (Loi)—Le demandeur, un apatride d'origine palestinienne, est né le 28 juillet 1981 à Abu Dhabi dans les Émirats Arabes Unis (É.A.U.)—Également apatrides, ses parents ont vécu au Liban avant de se rendre aux É.A.U. où le père du demandeur a trouvé du travail—Tout d'abord, en ce qui a trait à la conclusion de la CISR concernant la question de la résidence habituelle du demandeur, selon les art. 96b) et 97(1a), les termes «réfugié» et «personne à protéger» s'appliquent notamment à une personne qui n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle «avait sa résidence habituelle»—Selon la jurisprudence de cette Cour, si le revendicateur a résidé dans plus d'un pays, il n'est pas nécessaire qu'il prouve qu'il a été persécuté dans chacun de ces pays—Cependant, celui-ci doit démontrer qu'il a été persécuté au moins dans l'un de ces pays et qu'il ne peut ou ne veut retourner dans les pays où il a eu sa résidence habituelle—L'exigence de la «résidence habituelle» suppose l'établissement d'une relation avec un État comparable à celle qui existe entre un citoyen et son pays de nationalité—Il s'agit donc d'une situation dans laquelle un apatride a été admis

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

dans un pays donné en vue d'y établir une résidence continue pendant un certain temps, et ce, sans exiger une période minimum de résidence—La définition de «pays de résidence habituelle» ne devrait pas être restrictive au point d'éliminer l'octroi d'un refuge à un apatride qui a démontré une crainte raisonnable d'être persécuté pour l'un des motifs énumérés à la Convention—Le demandeur n'a pas à être légalement capable de retourner dans un pays de résidence habituelle—En effet, la négation du droit de retour peut en soi constituer un acte de persécution de la part de l'État—Or, il est admis que les É.A.U. constituent la «résidence habituelle» du demandeur—Mais qu'en est-il du Liban?—En l'espèce, la conclusion de la Commission que le demandeur ne peut pas soulever une crainte de persécution contre le Liban car il ne s'agit pas d'un pays où le demandeur a eu sa «résidence habituelle» apparaît raisonnable dans les circonstances—En effet, selon la preuve au dossier, le demandeur est né aux É.A.U. où il a toujours vécu et y a complété toutes ses études pré-universitaires—Ses parents vivent toujours aux É.A.U. avec son frère et sa sœur—Le demandeur n'a pas résidé de façon habituelle au Liban car le père de celui-ci travaillait alors aux É.A.U.—Enfin, les documents de voyage et autres en possession du demandeur émanant des autorités libanaises ne sont pas concluants—Même s'il détient un droit de résidence au Liban, dans les faits, le demandeur n'y a jamais résidé—Pour ce qui est de la crainte de persécution, la négation du droit de retourner dans un pays peut constituer en soi un acte de persécution—En l'espèce, la conclusion de la CSIR que le demandeur n'a pas démontré une possibilité sérieuse qu'il serait persécuté dans le pays où il a une résidence habituelle (les É.A.U.) s'appuie sur la preuve au dossier et apparaît également raisonnable dans les circonstances—La CSIR pouvait raisonnablement conclure que les restrictions légales imposées par les É.A.U. ne portaient pas atteinte à un droit fondamental du demandeur et ne constituaient pas de persécution—Le demandeur a admis qu'il lui était toujours possible de retourner dans son pays de résidence habituelle, aux É.A.U., mais qu'il ne pourrait obtenir qu'un visa temporaire à titre de visiteur—Or, il s'agit là d'une conséquence directe de la décision prise volontairement par le demandeur qui a préféré quitter les É.A.U. pour venir étudier au Canada—L'annulation ou la non émission du permis de résidence du demandeur ne constituent donc pas un acte de persécution—Les conditions imposées au demandeur n'ont aucun lien avec l'un des motifs prévus à la Convention—Par conséquent, il n'existe aucun motif d'intervention en l'espèce—Demande de contrôle judiciaire rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.

KADOURA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4835-02, 2003 CF 1057, juge Martineau, ordonnance en date du 10-9-03, 12 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Résidents permanents

Contrôle judiciaire d'une décision d'une agente canadienne des visas à Londres, Angleterre, (l'agente des visas) refusant la demande de résidence permanente—Le demandeur sollicitait une ordonnance annulant la décision et renvoyant l'affaire pour nouvelle décision devant un agent des visas différent—Il s'agissait de savoir si l'agente des visas avait restreint la définition d'entrepreneur figurant dans le Règlement sur l'immigration de 1978 en appréciant l'expérience du demandeur dans les affaires—Le demandeur avait soutenu que l'agente des visas avait porté atteinte à son pouvoir discrétionnaire et avait illicitement restreint la définition d'entrepreneur en incorporant l'exigence voulant qu'il s'y connaisse en matière de tenue de livres—La définition d'entrepreneur est énoncée à l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978—Le demandeur avait affirmé que l'agente des visas n'avait pas pris sa décision conformément à la propre politique expresse du Ministère, mais qu'elle avait plutôt mis l'accent d'une façon inappropriée sur ses aptitudes en matière de tenue de livres—De plus, l'agente des visas avait conclu que l'expérience que le demandeur avait acquise dans les affaires n'était pas valable sur le marché canadien—Le demandeur avait affirmé que, ce faisant, l'agente des visas avait porté atteinte à son pouvoir discrétionnaire en restreignant indûment et illicitement la définition d'entrepreneur et en incorporant l'exigence voulant qu'il s'y connaisse en tenue de livres, de sorte qu'elle avait commis une erreur susceptible de révision—Les motifs de la décision semblaient certes faibles—Le troisième motif n'en était pas un du tout—Il s'agissait simplement d'une assertion selon laquelle le demandeur ne répondait pas à la définition d'entrepreneur à la satisfaction de l'agente des visas—Ce motif n'explique pas pourquoi les années d'expérience que le demandeur avait acquises dans les affaires au Pakistan ne convainquaient pas l'agente des visas qu'il était en mesure d'établir au Canada une entreprise ou un commerce, de façon à contribuer de manière significative à la vie économique et à créer des possibilités d'emploi—Les seuls motifs réels donnés étaient que le demandeur n'avait pas produit de déclarations de revenu exactes et n'avait pas tenu de livres appropriés au Pakistan—Cela peut avoir influencé l'agente des visas à l'encontre du demandeur, il s'agissait certes d'une conduite déplorable selon une perspective canadienne, mais cela n'expliquait ou ne justifiait pas adéquatement pourquoi le demandeur ne satisfaisait pas à la définition de l'entrepreneur—Cela équivalait à incorporer des exigences qui ne figurent pas dans la définition—Il incombe au demandeur de convaincre l'agente des visas qu'il satisfait à la définition de l'entrepreneur sous ses divers aspects—L'agente des visas n'était tout simplement pas convaincue, compte tenu des renseignements fournis, que le demandeur puisse établir une entreprise viable au Canada—L'agente des visas a examiné divers facteurs et a décidé que, compte tenu du poids de la preuve, elle n'était pas convaincue que le demandeur

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

répondait à la définition et, en particulier, qu'il puisse établir une entreprise viable au Canada—Il s'agissait d'un fondement suffisant permettant de rejeter la demande de résidence permanente—Contrôle judiciaire rejeté—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/79-851, art. 1; 88-517, art. 1).

WADHERA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3931-01, 2003 CF 1034, juge Russell, ordonnance en date du 9-8-03, 14 p.)

Contrôle judiciaire de la décision d'une agente des visas du Consulat général du Canada à Hong Kong de rejeter la demande de résidence permanente au Canada en qualité de candidat d'une province—Le demandeur, un citoyen de Taïwan, a présenté une demande de désignation sous le régime du Programme des candidats de la province de Terre-Neuve-et-Labrador—Un certificat de désignation lui a été délivré par la province le 31 août 2001—Le défendeur était-il habilité à évaluer le demandeur en fonction de critères de sélection concernant sa situation financière, notamment l'origine de ses fonds?—Selon le demandeur, l'agente des visas n'était pas habilitée à tenir compte de sa situation financière, notamment l'origine de ses fonds personnels, dans son évaluation—La Cour d'appel fédérale a rejeté un argument similaire dans *Biao c. Canada (Ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté)* (2001), 212 F.T.R. 317—L'arrêt *Biao* appuie la proposition selon laquelle, en vertu de l'Accord Canada-Québec, la source des fonds d'un demandeur peut être examinée par les autorités provinciales aux fins de la sélection et par les autorités fédérales aux fins de la détermination de l'admissibilité—Compte tenu de la similitude des termes utilisés dans l'Accord Canada-Québec, qui ont été analysés dans *Biao*, et dans l'Entente Canada-Terre-Neuve-et-Labrador en cause en l'espèce, l'agente des visas était habilitée à évaluer la source des fonds du demandeur—Le défendeur a-t-il exercé ses pouvoirs correctement?—La preuve n'indique pas que les fonds ont été obtenus ou accumulés illégalement—Il y a une différence entre l'absence de document expliquant l'accumulation des fonds et le fait que ceux-ci ont été obtenus illégalement ou n'ont pas été accumulés légalement—L'agente des visas n'a pas déclaré qu'elle n'ajoutait pas foi à l'explication du demandeur, mais a plutôt conclu que les fonds n'avaient pas été accumulés légalement—L'agente des visas doit examiner les explications données par le demandeur et les accepter ou les rejeter ensuite—En conséquence, elle a commis une erreur susceptible de contrôle—Contrôle judiciaire accueilli—*Entente Canada-Terre-Neuve et Labrador sur les candidats de la province*. Citoyenneté et Immigration Canada, le 1^{er} septembre 1999.

CHING C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3096-02, 2003 CF 1090, juge O'Keefe, ordonnance en date du 24-9-03, 13 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Requête de la demanderesse visant à ce qu'un juge de la Section de première instance casse l'ordonnance prise le 12 août 2003 par le protonotaire Morneau, rejetant la requête en confidentialité et d'instruction de l'audience à huis clos soumise par la demanderesse—Le procureur du demandeur soumet qu'il existe une incompatibilité entre les règles en matière d'immigration qui prévoient la confidentialité et les règles de la Cour fédérale qui prévoient que les dossiers d'immigration sont entendus publiquement—Il n'y a pas de contradiction, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés prévoit la confidentialité de façon automatique, alors que les Règles de la Cour fédérale (1998), prévoient que les audiences et les documents sont publics, à moins que, sur requête, le huis clos soit ordonné, et que les documents soient considérés confidentiels—Il s'agit donc d'une décision discrétionnaire de la Cour basée sur les faits et arguments présentés devant elle, ce qui est le cas en l'espèce—Le procureur du demandeur suggère par ailleurs que le protonotaire n'aurait pas eu compétence pour rendre sa décision, cette compétence étant dévolue à un juge et non à un protonotaire—Le procureur du demandeur n'a pas démontré que la demande déposée pour que l'audition soit entendue à huis clos et pour que les documents soient gardés confidentiels constitue une «mesure provisoire» en vertu de la règle 50(1)) et de l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale—L'ordonnance rendue par le protonotaire est plutôt une «mesure interlocutoire» et à cet effet les protonotaires rendent quotidiennement un nombre considérable de décisions interlocutoires—Les protonotaires agissent régulièrement au nom de la Cour fédérale et rendent un nombre important de décisions interlocutoires dans les domaines qui relèvent de leur compétence—Les protonotaires agissent peu en matière d'immigration si ce n'est pour rendre des décisions interlocutoires—La règle 50(1)) s'applique à une décision rendue suite à une requête pour obtenir des mesures provisoires et non suivant une requête pour obtenir une décision interlocutoire—Suivant la différence notable entre les deux définitions, le procureur du demandeur n'a pas démontré que le protonotaire avait excédé sa compétence et donc ce motif doit être écarté—Il reste à décider si cette ordonnance est susceptible d'appel—Dans *Yogalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 27 Imm. L.R. (3d) 198 (C.F. 1^{re} inst.), il a été décidé que le juge des requêtes n'a pas compétence pour entendre un appel d'un jugement interlocutoire du protonotaire—En l'espèce le juge n'a pas compétence pour entendre le présent appel selon les dispositions impératives de l'art. 72(2)e) de la Loi—La requête est rejetée pour défaut de compétence—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(2)—Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985) ch. F-7 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), art. 18.2 (édicte par L.C.

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin

1990, ch. 8, art. 5)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/106-98, règle 50(1) (mod. par DORS/2002-417, art. 8).

MABROUKI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3704-03, 2003 CF 1104, juge Blais, ordonnance en date du 25-9-03, 10 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

La Couronne avait demandé la radiation de la demande que le demandeur avait présentée en vue d'obtenir un montant de 13 millions de dollars, à titre de dommages-intérêts compensatoires, généraux et punitifs, pour de présumées violations des droits reconnus par la Charte par les préposés de la Couronne dans le cadre de poursuites engagées contre lui à la suite d'accusations relatives à des stupéfiants—L'art. 32 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif prévoit que les poursuites contre l'État sont assujetties aux prescriptions prévues par les règles de droit de la province où le fait générateur est survenu—À supposer qu'il soit possible de dire que la demande est une action qui tend à faire valoir un droit personnel, et sous réserve des autres dispositions pertinentes du Code civil, le délai de prescription est de trois ans conformément à l'art. 2925 du Code civil du Québec—La Couronne avait maintenu que les faits pertinents invoqués dans la déclaration se rapportaient exclusivement au procès de 1991, de sorte que l'action était depuis longtemps prescrite lorsqu'elle avait été intentée devant la Cour—Le demandeur avait affirmé que l'atteinte portée à ses droits était continue et que la communication continue de documents, y compris dans le contexte de la présente action, servait à fonder sa demande—Selon le principal argument invoqué par le demandeur en réponse, les délais de prescription provinciaux ne peuvent pas s'appliquer pour faire obstacle à la demande puisqu'elle est fondée sur la Charte—Dans *St-Onge c. Canada* (1999), 178 F.T.R. 104 (C.F. 1^{re} inst), le juge Hugessen a dit qu'un délai de prescription provincial, applicable à un délit, fait obstacle à une action délictuelle fondée sur des délits qui constituent en même temps des atteintes aux droits garantis par la Charte—Le juge Hugessen a fait remarquer ce qui suit: «Il ne faut pas déduire que la Charte a complètement détruit les systèmes existants et a créé un régime où il n'existe aucune procédure et aucune prescription. Au contraire, les lois et les procédures existantes ont continué à s'appliquer sauf dans la mesure où elles sont clairement incompatibles avec la Charte elle-même»—Même à supposer que le délai provincial de prescription s'applique, une requête en radiation n'est pas un moyen approprié aux fins de la détermination et de l'application d'un délai de prescription—Dans *Kibale*

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

c. Canada (1990), 123 N.R. 153, la Cour d'appel fédérale a statué qu'une loi sur la prescription ne constitue pas un motif valide de radiation d'une déclaration fondée sur l'omission de révéler une cause d'action—La Couronne ne pouvait donc pas invoquer la prescription en l'espèce, même si la prescription avait été plaidée, d'autant plus qu'il semblait y avoir contestation liée dans la réponse—Requête rejetée—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 32 (mod., *idem*, art. 31)—Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2925.

PEARSON C. CANADA (T-290-99, 2003 CF 1058, protonotaire Aronovitch, ordonnance en date du 9-11-03, 15 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**SOCIÉTÉS**

Deux appels impliquant les mêmes faits et les mêmes questions (A-539-02 et A-540-02)—Les deux appelants sont avocats et se sont représentés eux-mêmes—Une seule plaidoirie fut faite pour valoir dans les deux dossiers—Les appelants se portent à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) par laquelle elle a refusé de reconnaître leur perte en capital comme une perte déductible à titre de placement d'entreprise au sens de la Loi de l'impôt, art. 39(1)c)—La Loi ne définit pas le concept d'entreprise exploitée activement—La C.C.I. n'a pas retenu comme seule preuve d'une absence d'exploitation active d'une entreprise le manque de structure organisationnelle de l'entreprise des appelants—Elle a examiné certains des indicateurs principaux de l'existence d'une entreprise activement exploitée—Elle a conclu qu'à la période concernée, aucune opération importante n'a pu être entreprise par la société relativement au genre d'entreprise qu'elle était censée exercer—La société n'avait aucun employé et aucune étude de marché ou de rentabilité n'avait été effectuée—Ces conclusions sont supportées par la preuve—De plus, pour les années 1994 et 1995, la société n'a tiré aucun revenu de l'entreprise qu'elle dit activement exploiter alors que pour l'année 1993, elle n'a déclaré qu'un modeste revenu de biens—L'absence d'un revenu d'entreprise n'est pas un facteur déterminant en soi, mais il est pertinent—Dans le contexte, la C.C.I. était justifiée de considérer ce facteur—La preuve révèle qu'au moment de la disposition de la part des appelants en 1996, la société ne possédait comme seuls actifs depuis 1992 qu'une portion de terrain vacant et un solde de prix de vente pour la vente de près de la moitié du terrain devant à l'origine servir à l'exploitation de l'entreprise—Difficile de voir comment ces deux actifs rencontrent la définition de l'art. 248 de la Loi et sont des actifs dont la valeur marchande est attribuable à des éléments utilisés principalement dans une entreprise que la

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

société exploite au Canada—Appels rejetés—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 39 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 22), 248 (mod. *idem*, art. 192; *idem*, ann. VIII, art. 139).

BOULANGER C. SMR—CANADA (A-539-02, 2003 CAF 332, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 12-9-03, 5 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Les demandereses sollicitent en vertu de la règle 377 des Règles de la Cour fédérale (1998) une ordonnance portant conservation de marchandises arborant ou illustrant une représentation d'une ou de plusieurs des marques de commerce de la demanderesse Gianni Versace S.p.A. (Versace) qui ont été saisies au cours d'une enquête criminelle par la Police de la région de Peel (la police) dans les locaux commerciaux de la défenderesse 1154979 Ontario Limited en vertu d'un mandat de perquisition—Les demandereses réclament aussi la production des documents saisis par la police, ainsi qu'une ordonnance autorisant les demandereses à inspecter les marchandises, à prendre des photographies des marchandises ou à les enregistrer sur magnétoscope ou à en faire des images numériques et à obtenir et à conserver des échantillons des marchandises—La requête est introduite dans le cadre d'une action dans laquelle les demandereses sollicitent un jugement déclaratoire, une injonction et des dommages-intérêts, ainsi qu'une ordonnance autorisant la destruction des marchandises qui font l'objet de la requête, par suite de la distribution et de la vente par les défendeurs de marchandises censément contrefaites qui porteraient atteinte aux droits de propriété intellectuelle de Versace—Selon la règle 377(1), la Cour peut rendre une ordonnance pour la garde ou la conservation de biens qui font l'objet d'une instance ou au sujet desquels une question peut y être soulevée—Au nombre des réparations qu'elles sollicitent dans leur action, les demandereses réclament le prononcé d'une ordonnance autorisant la destruction des blousons saisis par la police portant ou illustrant une reproduction non autorisée des marques de commerce Versace—Les défendeurs ont admis que, s'ils avaient obtenu la possession des marchandises, leur intention aurait été de les vendre—Les marchandises elles-mêmes et leur sort constituent donc des questions en litige dans la présente action—Comme elles sollicitent une ordonnance autorisant la destruction des marchandises, les demandereses ont déjà de toute évidence respecté le volet du critère de la règle 377(1) relatif à «l'objet de l'instance»—Comme la Cour l'a décidé dans *Diamant Toys Ltd. c. Jouets Bo-Jeux Toys Inc.* (2002), 19 C.P.R. (4th) 43 (C.F. 1^{re} inst.) (*Diamant*), la partie qui réclame une ordonnance conservatoire

MARQUES DE COMMERCE—Fin

en vertu de la règle 377 n'est pas tenue de satisfaire au critère à trois volets qui s'applique aux injonctions interlocutoires—La logique exige que, par l'effet des art. 6, 7, 19, 20, 52 et, surtout, de l'art. 53 de la Loi sur les marques de commerce et de la règle 377(1), la Cour puisse statuer sur une requête en conservation d'articles contrefaits avant le jugement—Les demanderesse ont établi que les marchandises saisies dans les locaux par la police portent ou illustrent des reproductions contrefaites de certaines marques de commerce de Versace, y compris les marques de commerce Medusa de Versace—Elles ont également démontré que Versace n'a pas autorisé expressément ou tacitement les défendeurs ou l'un quelconque d'entre eux à offrir en vente et/ou à vendre des produits et des marchandises portant des illustrations de l'une des marques de commerce de Versace—Il ressort également des affidavits des demanderesse que les défendeurs ont fait le commerce de marchandises Versace non autorisées ou contrefaites ou ont permis à d'autres de le faire, sans le consentement, l'autorisation ou la permission des demanderesse—En fait, les défendeurs n'ont pas contredit la preuve des demanderesse à cet égard—Les demanderesse ont établi en l'espèce un cas *prima facie* de contrefaçon de marque de commerce—Pour ce qui est de la question du préjudice irréparable, au vu du raisonnement suivi par le juge Nadon dans le jugement *Diamant*, il n'est pas nécessaire que les demanderesse démontrent qu'elles subiraient un préjudice irréparable pour pouvoir obtenir une injonction—Les tribunaux ont reconnu que l'atteinte causée à la réputation en raison de la qualité inférieure des produits contrefaits constitue un préjudice suffisant pour satisfaire au critère du risque de préjudice grave—Ils ont aussi conclu que la perte du contrôle de la qualité des marchandises non autorisées ou contrefaites satisfaisait au volet du critère à trois volets relatif au préjudice irréparable en matière d'injonctions La vente de produits Versace contrefaits de qualité inférieure nuit à Versace, qui a la réputation de produire des marchandises de qualité et elle diminue la valeur de l'achalandage attaché aux marques de commerce Versace—La prépondérance des inconvénients, penche en faveur des demanderesse—Au vu de l'ensemble des circonstances, il serait inconcevable de permettre aux défendeurs de se livrer à ce qui, à première vue, constitue une contrefaçon tant que l'affaire ne pourra pas être instruite—Donc, les demanderesse ont droit à l'ordonnance qu'elles réclament—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 377—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-10, art. 6, 7, 19 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60), 20 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196), 52 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 234), 53 (mod., *idem*).

GIANNI VERSACE S.P.A. C. 1154979 ONTARIO LTD.
(T-993-03, 2003 CF 1015, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 29-8-03, 17 p.)

PENSIONS

À l'audience devant la Cour, les parties ont convenu que la Commission d'appel des pensions avait commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère juridique—Le critère qu'il fallait appliquer était de savoir si la personne est «régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice»—Les parties ont en outre convenu que cette erreur justifiait l'annulation de la décision—Contrôle judiciaire accueilli.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LEMOINE (A-717-02, 2003 CAF 330, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 9-9-03, 2 p.)

PRATIQUE**COMMUNICATION DE DOCUMENTS
ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Interrogatoire préalable*

Appel d'une requête visant à obtenir des réponses—Requête visant l'obtention d'une ordonnance infirmant, en partie, l'ordonnance du protonotaire Lafrenière rendue le 21 mai 2003—Les défenderesse soutiennent que les Règles et la jurisprudence établissent qu'il faut répondre aux questions pertinentes et appropriées posées lors des interrogatoires—Les défenderesse affirment que le protonotaire Lafrenière a commis une erreur en rejetant la requête pour obtenir des réponses aux questions litigieuses—Elles affirment en outre qu'elles subiront un préjudice irréparable dans la préparation de leur défense si elles ne peuvent obtenir de réponses aux questions litigieuses—L'octroi de l'ordonnance sollicitée permettra de statuer sur le fond du litige de la façon la plus juste, la plus expéditive et la plus économique—La Cour peut limiter un interrogatoire préalable qu'elle estime abusif, vexatoire ou inutile—La Cour peut également refuser la tenue d'autres interrogatoires si elle est d'avis que l'interrogatoire préalable est terminé ou qu'une partie a renoncé à son droit de poser d'autres questions—En conclusion, les demanderesse affirment que le protonotaire Lafrenière a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire, en effectuant un examen minutieux des transcriptions et de la preuve et en s'appuyant sur la connaissance approfondie qu'il avait acquise du déroulement de l'instance et de l'interrogatoire préalable de par sa fonction de protonotaire responsable de la gestion de l'instance—Ainsi, le présent appel fait s'opposer les fins différentes poursuivies par la règles 240a) et 243 des Règles de la Cour fédérale (1998)—La règle 243 permet à la Cour de limiter l'interrogatoire préalable lorsqu'elle estime qu'il est abusif, vexatoire ou inutile—En l'espèce, le protonotaire n'a pas rendu une décision entachée d'erreur flagrante en limitant l'interrogatoire préalable comme il l'a fait à l'égard des questions litigieuses ni cette décision reposait-elle sur un

PRATIQUE—Suite

mauvais principe ou une mauvaise appréciation des faits—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 243.

TERRA NOVA SHOES LTD. C. NIKE INC. (T-778-01, 2003 CF 1052, juge Russell, ordonnance en date du 10-9-03, 11 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Annulation ou modification*

Appel concernant une requête en radiation—Requête visant l'obtention d'une ordonnance infirmant, en partie, l'ordonnance du protonotaire Lafrenière rendue le 21 mai 2003—Les défenderesses soutiennent qu'un examen attentif des documents démontre *prima facie* que le mot «terra» est utilisé par des tiers dans le domaine de la chaussure et autres produits s'y rapportant et que les produits sont vendus au Canada—Il ne s'agit que d'une liste de marchands et de produits—Le mot «terra» s'y trouve mais aucun lien n'est établi entre celui-ci et quelque produit vendu au Canada—Même en tenant compte des documents pertinents produits dans le présent appel, les défenderesses n'ont présenté aucun fait au soutien de leur moyen portant sur l'utilisation par des tiers, seulement des présomptions et hypothèses, comme l'a conclu le protonotaire Lafrenière dans sa décision; celle-ci n'était donc pas clairement erronée à cet égard—Les défenderesses allèguent aussi que le protonotaire a commis une erreur de droit en ordonnant la radiation des paragraphes contestés—Le pouvoir discrétionnaire de radier des actes de procédure ne devrait être exercé que dans les cas évidents, lorsque la cour est persuadée, au-delà de tout doute, que l'allégation est sans fondement et vouée à l'échec parce qu'entachée d'un vice fondamental—Lorsqu'une demande ne comporte pas d'exposé suffisant des faits étayant la cause d'action, il est impossible à la partie adverse d'y répondre ou à la cour de se prononcer—De ce fait, l'action est frivole et vexatoire—Puisque les défenderesses n'ont pas encore offert de preuve concernant les paragraphes contestés, ceux-ci demeurent frivoles et vexatoires—La question soulevée par les défenderesses est de savoir si cette règle claire continue de s'appliquer lorsque la partie adverse a répondu aux paragraphes contestés—En l'instance, les demanderesses n'ont pas répondu aux allégations—Dans leur réponse, elles ont simplement demandé aux défenderesses de prouver leurs allégations concernant l'utilisation par des tiers et elles leur ont laissé suffisamment de temps pour produire les détails concernant la vente des produits par des tiers au Canada—Comme l'interrogatoire préalable est essentiellement terminé et que les défenderesses n'ont toujours pas fourni ces détails, la radiation des paragraphes contestés peut être ordonnée à ce stade—Il n'y a rien d'erroné dans la décision du protonotaire

PRATIQUE—Suite

Lafrenière de rendre une telle ordonnance, et celui-ci n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits—Appel rejeté.

TERRA NOVA SHOES LTD. C. NIKE INC. (T-778-01, 2003 CF 1053, juge Russell, ordonnance en date du 10-9-03, 11 p.)

Sursis d'exécution

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance suspendant l'ordonnance du 13 juin 2003 du juge Rouleau, en attendant l'audition de l'appel, ainsi que d'une ordonnance interdisant au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de procéder, le 8 septembre 2003, à l'élection du chef et du conseil de la Première nation ojibway de Sandy Bay en attendant le résultat de l'appel—L'appelant est de toute évidence passé de la contestation de la décision du ministre de tenir une élection le 16 juin 2003 à une contestation de la décision du ministre de tenir une élection le 8 septembre 2003—Pareille contestation, comme on l'a reconnu en déposant une requête devant la Section de première instance le 21 août 2002, ne peut pas être effectuée devant la Section d'appel—La requête constitue une tentative déguisée visant à obtenir de la présente Cour une audition accélérée de la requête qui a été déposée en première instance et qui n'a pas encore été entendue—La Cour a noté que l'affidavit déposé devant la présente Cour était celui même qui avait été déposé en première instance—Requête en suspension rejetée.

PREMIÈRE NATION OJIBWAY DE SANDY BAY C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (A-392-03, 2003 CAF 328, juge Décary, J.C.A., ordonnance en date du 9-5-03, 4 p.)

PARTIES

Requête visant à obtenir une ordonnance portant que la présente demande et celle introduite dans le dossier de la Cour n° T-122-02 soient entendues à la même date, à la même heure et par le même juge, pour que ce dernier les tranche en vertu de son pouvoir discrétionnaire ou, subsidiairement, une ordonnance portant que la présente requête soit entendue les 21 et 22 octobre 2003 lors de l'audience fixée relativement au dossier T-135-02—Si les parties en litige dans les dossiers T-122-02 et T-1652-02 ont déjà besoin de deux jours pour présenter leur preuve à la Cour les 16 et 17 septembre 2003 et que la présente affaire est entendue au même moment, la réunion de toutes ces audiences exigerait trois jours—De plus, des parties dans d'autres dossiers ont demandé à être ajoutées aux autres parties pour les mêmes raisons—Une de ces demandes a été rejetée parce que l'audience ne durerait pas assez longtemps pour permettre qu'une autre partie s'y fasse

PRATIQUE—Suite

entendre—L'avocat des demanderesse a laissé entendre qu'il n'y aurait tout simplement pas assez de temps pour entendre toutes les affaires—Comme deux journées ont été réservées pour la tenue de l'audience, les demanderesse et Genpharm seraient obligées de renoncer à une portion du temps qui leur est imparti et de partager avec d'autres parties la période qui leur a été allouée il y a un an—La réunion des affaires aurait été opportune il y a six mois ou même un an—La réunion aurait dû avoir lieu avant le contre-interrogatoire des experts, ce qui aurait permis aux parties et à la Cour, au moyen d'audiences par voie de conférence téléphonique, de clairement définir les questions de droit et de fait que chacune des instances ont en commun—Il est maintenant trop tard pour procéder ainsi et il est manifeste que le temps réservé pour l'audience des 16 et 17 septembre 2003 est insuffisant pour instruire davantage que les demandes introduites dans les dossiers T-122-02 et T-1652-02—La possibilité que des juges différents rendent des décisions différentes et qu'il en découle des incompatibilités n'a pas été établie dans les circonstances de l'espèce—Il ne serait pas raisonnable, à ce stade-ci, d'ajouter à ce qui est déjà prévu—Le préjudice susceptible d'être causé aux parties visées par les dossiers T-122-02 et T-1652-02 ne saurait être compensé par un quelconque avantage pour la partie adverse—Requête pour réunion d'instances rejetée.

H. LUNDBECK A/S C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ)
(T-2112-02, 2003 CF 1030, juge Blais, ordonnance en date du 4-9-03, 8 p.)

SIGNIFICATION

Requête des demanderesse aux fins d'obtenir une ordonnance validant la signification de leur déclaration d'action le 22 février 2001 auprès de la défenderesse Maritime Freight America (MFA) ou, alternativement, pour une prorogation du délai pour effectuer telle signification—Nonobstant les changements de coordonnées de MFA, la lettre du 3 novembre 2000 parvint à MFA et c'est à cette lettre précise que M. Sapp répondait par son courriel du 13 décembre suivant—Le fait que ce dernier indique qu'il lui faut plus d'informations est surprenant compte tenu des circonstances—M. Sapp, dans son courriel du 13 décembre 2000 n'informe point le procureur des demanderesse que MFA a de nouvelles coordonnées—Or, en ne procédant pas ainsi, MFA laisse directement croire aux demanderesse que les coordonnées d'envoi du 3 novembre 2000 sont valables—Or, c'est à ces mêmes coordonnées que le 22 février 2001 les demanderesse procédèrent à la signification de leur déclaration d'action auprès de MFA—On ne saurait donc reprocher ici aux demanderesse les coordonnées qu'elles ont retenues pas plus que le fait que cette signification fut effectuée un jour en retard en fonction de la date butoir du 21 février 2001 imposée par une ordonnance de cette Cour datée du 22 janvier 2001—Ce retard d'un jour est indépendant de la volonté des demanderesse et ne peut être attribuable qu'à la

PRATIQUE—Fin

lenteur du système postal impliqué—Les demande-resses concevaient alors que leur signification de février 2001 était valable et elles attendaient une réaction ou défense de MFA—On ne peut reprocher aux demanderesse le fait qu'elles n'aient pas cherché à contacter MFA dès après que le délai pour la production de la défense de MFA fut atteint—Le 2 décembre 2001, les procureurs des demanderesse font parvenir à MFA la déclaration d'action dans le présent dossier avec toute la documentation pertinente—La date du 2 décembre 2001 doit être retenue pour ordonner que le délai de signification de la déclaration des demanderesse est prorogé au 2 décembre 2001 et pour déclarer que MFA, à cette date, a reçu valablement telle signification—Les quatre éléments requis pour remplir le test ont été tous rencontrés par les demanderesse—Requête accueillie et il est ordonné que le délai de signification de la déclaration d'action des demanderesse est prorogé au 2 décembre 2001 et que MFA, à cette date, a reçu valablement telle signification.

FINLANDIA CHEESE INC. C. SHORELINE SHIPPING S.A.
(T-2214-00, 2003 CF 969, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 11-8-03, 8 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Suite à une décision de la Cour d'appel fédérale en date du 20 janvier 2003, le présent jugement a pour objet de déterminer si le refus de réintégrer le défendeur suite à la conclusion de réintégration de l'arbitre était fondé ou non sur des motifs injustifiés ou illégaux, et dans l'affirmative, fixer l'indemnité réparatrice en conséquence—La Cour conclut que la demanderesse n'a jamais voulu réintégrer le défendeur puisque les changements au sein de la compagnie demanderesse visant à abolir le poste de camionneur, sont survenus dans les jours qui ont suivi la réception par l'employeur de la décision arbitrale ordonnant la réintégration du défendeur et ce à l'insu du défendeur—La demanderesse, sans consulter son avocat, a délibérément tenté de contourner la décision de réintégration de l'employé, agissant ainsi à l'encontre de la décision arbitrale—Étant d'avis que le refus de réintégrer M. Leblanc était fondé sur des motifs injustifiés, il faut maintenant calculer l'indemnité réparatrice en conséquence—D'abord, il importe de rappeler que la demanderesse a déjà payé au défendeur l'indemnité pour la période précédant le 1^{er} mai 1999—L'indemnité ordonnée par l'arbitre Fortier dans sa décision du 18 août 1999 couvrait quatre mois de l'année 1999, donc jusqu'en avril 1999 inclusivement—Il est logique de calculer l'indemnité de non-réintégration à partir du 1^{er} mai 1999 jusqu'au 1^{er} août 2002 non inclusivement, puisque la Régie des rentes du Québec a accordé au défendeur une rente d'invalidité débutant en août 2000—Ainsi une indemnité réparatrice de 4 000\$ par mois couvrant 15 mois équivalant à 60 000\$ devra être payée au

RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

défendeur, avec intérêts au taux de 5 % à compter du 1^{er} mai 1999—Action accueillie.

EXPRESS HÂVRE ST-PIERRE LTÉE C. LEBLANC (T-792-00, 2003 CF 1064, juge Noël, jugement en date du 16-9-03, 16 p.)

Le demandeur a été à l'emploi d'une agence de voyage de septembre 1997 à décembre 1999—Le 15 novembre 1999, le demandeur a rempli une demande d'emploi chez Dylan Ryan Telemarketing (l'employeur)—Le demandeur a assisté ce jour-là à ce qu'il croyait être une séance de formation—Plus tard le même jour, le demandeur a quitté les lieux et n'y est pas retourné—Ensuite, le demandeur a fait une demande d'assurance-emploi—Le demandeur nie avoir été, à quelque moment que ce soit, à l'emploi de l'employeur—La défenderesse soutient que le demandeur était vraiment un employé le jour où il s'est présenté—Le relevé d'emploi ainsi que le chèque de paie déposés en preuve démontrent que le demandeur était effectivement à l'emploi de l'employeur le jour où il a assisté à la formation—Le juge-arbitre n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait aucune

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

justification pour le départ—Le conseil se trouvait dans une position avantageuse pour tirer des conclusions de fait, étant donné qu'il a eu l'occasion d'examiner la preuve et d'entendre les témoignages de vive voix—Le juge-arbitre n'a pas commis d'erreur susceptible de révision—En ce qui a trait à la pénalité imposée pour avoir fourni de faux renseignements, le conseil n'a donné aucun motif sur lequel il aurait pu fonder sa conclusion selon laquelle le demandeur avait sciemment trompé la Commission, même si le juge-arbitre a, également sans motif, confirmé cette conclusion—Il n'a pas été démontré que le demandeur, quoiqu'il ait été techniquement employé, avait sciemment menti à ce sujet—Le demandeur n'a jamais touché le chèque de paie, probablement parce qu'il ne croyait pas avoir gagné quelque chose—En conclusion, la demande concernant la question relative à l'exclusion est rejetée—Concernant la question relative à la pénalité pour faux renseignements imposée et concernant l'avis de violation, la demande est accueillie.

BAJWA C. CANADA (A-89-02, 2003 CAF 341, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 17-9-03, 5 p.)

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services, Canada
Ottawa, Ontario Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5

Available from :
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>