



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 1, Part 2

2008, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [2008] 1 F.C.R., 291–545

Renvoi [2008] 1 R.C.F., 290–545

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
LISE LEPAGE

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.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2008.

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

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

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production
LISE LEPAGE

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2008.

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

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

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

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

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: 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

Judgments	291-545
Digests	D-3
Canada (Attorney General) v. Envoy Relocation Services (F.C.A.)	291

Crown—Contracts—Judicial review of revised decision of Canadian International Trade Tribunal (CITT) recommending respondent be awarded half of cost of preparing unsuccessful bids for two government contracts—Respondent filing complaint under *Canadian International Trade Tribunal Act* (CITT Act) with CITT which found Public Works and Government Services Canada (PWGSC) had breached Request for Proposals (RFP)—Recommended re-evaluation of specific section of bidders' proposals—Federal Court of Appeal upholding finding of breach but remitting matter for redetermination of remedy, which was to be limited to monetary relief sought—Application dismissed, Ryer J.A. dissenting—As administrative tribunal, CITT performing regulatory role in administrative process, not exercising remedial powers in same way as courts resolving private law disputes—However, CITT must exercise powers with view to maintaining potential bidders' confidence in integrity of procurement system—In recommending appropriate remedy under Act, s. 30.15(2), CITT required to consider factors listed

Continued on next page

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

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

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : 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

Jugements	291-545
Fiches analytiques	F-3
Canada (Procureur général) c. Envoy Relocation Services (C.A.F.)	291

Couronne—Contrats—Contrôle judiciaire de la décision révisée dans laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a recommandé que l'on accorde à la défenderesse la moitié des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions, qui n'ont pas été retenues, concernant deux marchés publics—La défenderesse a déposé, en vertu de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* (la Loi sur le TCCE), une plainte auprès du TCCE, qui a déclaré que Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) avait violé la demande de propositions (la DP)—Le TCCE a recommandé la ré-évaluation d'une disposition particulière des propositions des soumissionnaires—La Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion selon laquelle il y avait eu violation, mais a renvoyé l'affaire pour que le TCCE fixe la nouvelle mesure réparatrice, déclarant qu'elle devait s'en tenir à la réparation pécuniaire demandée—Demande rejetée, le juge Ryer, J.C.A., dissident—À titre de tribunal administratif, le TCCE joue un rôle de réglementation dans le cadre du processus administratif, mais il n'exerce pas

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

in s. 30.15(3), which are different from common-law principles for breach of contract—CITT not precluded from recommending respondent be compensated simply because loss of expectation bids would be evaluated in accordance with RFP not compensable in damages at common law—CITT’s power under Act, s. 30.15(4) to award, not merely recommend, reasonable costs incurred by complainant in preparing response to RFP supporting conclusion not patently unreasonable or erroneous in law for CITT to determine partial reimbursement of respondent’s bid preparation costs appropriate remedy in unique circumstances of case.

Chevez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 354

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Visitors—Judicial review of Minister of Citizenship and Immigration delegate’s decision to issue exclusion order against applicant—Applicant arrested, detained, asking for legal counsel prior to interview with delegate—Told duty counsel unavailable, interview to proceed anyway—Charter, s. 10(b) infringed—Applicant’s access to legal counsel prior to issuance of exclusion order not adequately facilitated—Application allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Arrest, Detention, Imprisonment—Applicant arrested, detained, asking to speak with lawyer prior to interview with Minister of Citizenship and Immigration’s delegate— Delegate informing applicant duty counsel unavailable, proceeding with interview anyway—Obligation to give detainee reasonable opportunity to obtain counsel inherent in Charter, s. 10(b) right to retain, instruct counsel—Failure to facilitate applicant’s access to legal counsel not consistent with s. 10(b).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ses pouvoirs de réparation de la même façon que les tribunaux réglant des différends régis par le droit privé—Cependant, le TCCE doit exercer ses pouvoirs en vue de préserver la confiance des soumissionnaires éventuels en l’intégrité du système de passation des marchés publics—Lorsqu’il fait une recommandation de mesure corrective en vertu de l’art. 30.15(2) de la Loi, le TCCE est tenu de prendre en compte les facteurs énumérés à l’art. 30.15(3), qui diffèrent des principes de common law relatifs à la rupture de contrat—Le fait que la perte de l’attente de la défenderesse à ce que ses propositions soient examinées de manière conforme à la DP ne soit pas indemnisable en dommages-intérêts en common law n’empêche pas le TCCE de recommander que la défenderesse soit indemnisée—Le pouvoir du TCCE qui lui est conféré par l’art. 30.15(4) de la Loi d’accorder, et non de recommander simplement, le remboursement des frais raisonnables qu’engage le plaignant en préparant sa réponse à une DP étaye la conclusion qu’il n’était pas manifestement déraisonnable ou erroné en droit de statuer que le remboursement partiel des frais engagés par la défenderesse pour la préparation de ses soumissions était une mesure corrective appropriée dans les circonstances uniques de l’affaire.

Chevez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 354

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de visiteurs—Contrôle judiciaire de la décision d’un représentant du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de prendre une mesure d’exclusion contre le demandeur—Le demandeur, qui a été arrêté et détenu, a demandé à parler à un avocat avant d’être interrogé par le représentant—On lui a indiqué que l’avocat de service n’était pas disponible, mais que l’entrevue aurait lieu malgré tout—Atteinte à l’art. 10(b) de la Charte—Personne n’a aidé le demandeur à obtenir l’assistance d’un avocat avant que la mesure d’exclusion ne soit prise contre lui—Demande accueillie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Arrestation, détention, emprisonnement—Le demandeur, qui a été arrêté et détenu, a demandé à parler à un avocat avant d’être interrogé par un représentant du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration—Le représentant a dit au demandeur que l’avocat de service n’était pas disponible et il a décidé de procéder à l’entrevue malgré tout—L’obligation d’accorder à la personne détenue la possibilité de choisir son avocat est inhérente au droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat tel que le garantit l’art. 10(b) de la Charte—L’omission d’aider le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Elezi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 365

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Pre-removal risk assessment (PRRA)—Judicial review of decision rejecting pre-removal risk assessment application—PRRA officer refusing to consider 20 of 30 documents submitted in support of application on basis not “new evidence” under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 113(a)—PRRA officer’s application of s. 113(a) unreasonable—Evidence submitted extremely probative—Officer should have considered at least some of evidence as it went beyond mere repetition of what was before Immigration and Refugee Board—Application allowed.

Construction of Statutes—*Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s.113(a) providing which information may be submitted in pre-removal risk assessment (PRRA) application—S. 113(a) consisting of three parts to be read disjunctively, providing separate alternatives—Fact document created after Immigration and Refugee Board decision not sufficient to characterize it as “new”—Nature, significance, credibility of information can be considered in determining whether “new evidence”—Narrow interpretation of s. 113(a) allowing PRRA officer to exclude evidence on basis of technical inadmissibility incompatible with Parliament’s objectives re : construction, application of IRPA.

G.D. Searle & Co. v. Novopharm Ltd. (F.C.) 477

Patents—Practice—Application to prohibit Minister of Health from issuing notice of compliance to respondent Novopharm permitting it to sell capsules of medicine known as celecoxib in Canada—Novopharm alleging Canadian patent No. 2177576, dealing with compounds treating inflammation

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

demandeur à obtenir l’assistance d’un avocat portait atteinte à l’art. 10*b*).

Elezi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 365

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—Évaluation des risques avant renvoi (ERAR)—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la demande d’évaluation des risques avant renvoi a été rejetée—L’agent d’ERAR a refusé de tenir compte de 20 des 30 documents produits au soutien de la demande parce qu’il ne s’agissait pas d’éléments de preuve nouveaux au sens de l’art. 113*a* de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—L’agent d’ERAR a appliqué l’art. 113*a*) d’une manière déraisonnable—Les éléments de preuve produits étaient très probants—L’agent aurait dû prendre en compte au moins certains éléments de preuve parce qu’ils contenaient des renseignements qui allaient au-delà d’une simple répétition de ce que la Commission de l’immigration et du statut de réfugié avait déjà devant elle—Demande accueillie.

Interprétation des lois—L’art. 113*a*) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) précise quels renseignements peuvent être produits dans le cadre d’une demande d’évaluation des risques avant renvoi (ERAR)—L’art. 113*a*) comporte trois volets qui doivent être lus en tant que propositions disjonctives et être considérés comme trois éventualités distinctes—Le fait qu’un document soit apparu après la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié ne suffira pas à en faire un élément de preuve nouveau au sens de l’art. 113*a*)—La nature, l’utilité et la crédibilité des renseignements peuvent être prises en compte pour déterminer s’ils peuvent être considérés comme de nouveaux éléments de preuve—Une interprétation étroite de l’art. 113*a*) de façon à permettre à l’agent d’ERAR d’exclure des éléments de preuve au motif qu’ils sont techniquement irrecevables serait incompatible avec les objectifs du législateur quant à la façon dont la LIPR doit être interprétée et mise en œuvre.

G.D. Searle & Co. c. Novopharm Ltd. (C.F.) 477

Brevets—Pratique—Demande visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer à la défenderesse Novopharm un avis de conformité l’autorisant à vendre au Canada des capsules contenant un médicament dénommé célécoxib—Novopharm soutenait que le brevet canadien n° 2177576 concernant des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

without troubling gastric system, abandoned, invalid—*Patent Act*, s. 73 requiring applicant for patent to reply in good faith to requisitions by Patent Office examiner within stipulated time—Failure to do so will result in abandonment of application—Applicants not demonstrating allegations as to abandonment, obviousness not justified—Allegations as to lack of utility, sufficiency not justified—Application dismissed.

G.D. Searle & Co. v. Novopharm Ltd. (F.C.A.) . . . 529

Patents—Appeal from Federal Court decision dismissing application to prohibit Minister of Health from issuing notice of compliance to Novopharm—Patent at issue treating inflammation while reducing undesirable gastric side effects—Applications Judge correctly finding claim date for patent Canadian filing date (November 14, 1994)—But not affording procedural fairness to appellant Searle in holding Searle not applicant on claim date—Issue not raised by parties—Also erred in law in limiting definition of applicant “to a legal representative of the named inventors Talley et al.”—Documentary evidence showing Searle as applicant—Searle thus falling within grace period provided for in *Patent Act*, s. 28.3(a)—No deemed abandonment of patent—Appeal allowed.

Garcia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 322

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of decision refusing stay of removal order against respondent child Rodolfo—Whether Court of Appeal of Quebec judgment refusing to return Rodolfo to Mexico following application by father having effect of directly, indefinitely preventing enforcement of removal order—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 50(a) providing removal order stayed if decision in judicial proceeding directly contravened by enforcement of order—Court of Appeal’s decision not directly contravened by enforcement of removal order as not containing express provision inconsistent, irreconcilable with order—Distinction between judgment, decision—Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

composés qui traitent l’inflammation sans causer de troubles gastriques avait été abandonné et était invalide—L’art. 73 de la *Loi sur les brevets* prévoit qu’une partie présentant une demande de brevet doit répondre de bonne foi aux demandes faites par l’examineur du bureau des brevets dans le délai prévu, à défaut de quoi la demande sera abandonnée—Les demanderessees n’ont pas démontré l’absence de fondement des allégations d’abandon et d’évidence—Les allégations d’absence d’utilité et d’insuffisance n’étaient pas fondées—Demande rejetée.

G.D. Searle & Co. c. Novopharm Ltd. (C.A.F.) . . . 529

Brevets—Appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Novopharm—Le brevet en question traitait l’inflammation tout en réduisant les effets gastriques indésirables—Le juge des demandes a conclu à juste titre que la date de la revendication concernant le brevet était la date de dépôt au Canada (le 14 novembre 1994)—Toutefois, le juge a privé l’appelante Searle de l’équité procédurale en concluant qu’elle n’était pas le demandeur à la date de la revendication—La question n’a pas été soulevée par les parties—Le juge a aussi commis une erreur de droit en limitant le sens de la définition de demandeur à celui de «représentant légal des inventeurs nommés, Talley et al.»—La preuve documentaire indiquait que Searle était demandeur—Searle pouvait donc tirer profit du délai de grâce prévu à l’art. 28.3(a) de la *Loi sur les brevets*—Il n’y a pas eu d’abandon présumé—Appel accueilli.

Garcia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) 322

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Appel de la décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision refusant de surseoir à la mesure de renvoi prise contre l’enfant Rodolfo, l’intimé—Il s’agissait de savoir si la décision de la Cour d’appel du Québec, qui a rejeté la requête du père pour le retour de Rodolfo au Mexique, pouvait avoir pour effet d’empêcher directement et indéfiniment l’exécution de la mesure de renvoi—L’art. 50(a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* précise qu’il y a sursis de la mesure de renvoi si une décision judiciaire a pour effet direct d’empêcher l’exécution de la mesure de renvoi—La décision de la Cour d’appel n’avait pas pour effet direct d’empêcher l’exécution de la mesure de renvoi parce qu’elle ne comportait

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 385

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal from Federal Court decision setting aside decision of Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board (IRB) dismissing respondent’s claim for refugee protection—Cross-appeal from Federal Court’s finding Guideline 7 of Guidelines Issued by the Chairperson pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) s. 159(1)(h) not invalid on ground depriving refugee claimants of right to fair hearing—Guideline 7 providing that, except in exceptional circumstances, Refugee Protection Officer (RPO) to start questioning claimant in refugee protection claim—Per Evans J.A. (Décary J.A. concurring): (1) Refugee claimants deserving high degree of procedural protection but tailored to fit inquisitorial, informal nature of hearing—Fair adjudication of individual rights compatible with inquisitorial process—Procedure in Guideline 7 not breaching IRB’s duty of fairness—(2) Administrative agency not requiring express grant of statutory authority to issue guidelines, policies to structure exercise of discretion or interpretation of enabling legislation—Although language of Guideline 7 more than “recommended but optional process”, not unlawful fetter on discretion, as long as deviation from normal practice in exceptional circumstances not precluded—Evidence not establishing reasonable person would think RPD members’ independence unduly constrained by Guideline 7—(3) Power granted by IRPA, s. 159(1)(h) to Chairperson to issue guidelines broad enough to include guideline concerning exercise of members’ discretion in procedural, evidential or substantive matters—Chairperson’s guideline-issuing, rule-making powers overlapping—Not unreasonable for Chairperson to choose to implement standard order of questioning through guideline rather than rule of procedure—Appeal allowed, cross-appeal dismissed—Per Sharlow J.A. (concurring): Chairperson’s powers under IRPA to issue guidelines, make rules respecting activities, practice, procedure of Board not interchangeable—Standard procedure outlined in Guideline 7 should have been implemented by means of a rule, but neither procedurally unfair nor unlawfully fettering IRB members’ discretion.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pas de disposition expresse qui était incompatible ou inconciliable avec le renvoi—Distinction entre le jugement et l’arrêt—Appel accueilli.

Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) 385

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Appel de la décision de la Cour fédérale annulant la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (CISR), qui a rejeté la demande d’asile de l’intimé—Appel incident de la conclusion de la Cour fédérale, qui a déclaré que les Directives n° 7 des Directives données par le président en application de l’art. 159(1)h de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) ne sont pas invalides puisqu’elles ne privent pas les demandeurs d’asile du droit à une audience équitable—Les Directives n° 7 prévoient que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, c’est l’agent de protection des réfugiés (l’APR) qui commence à interroger le demandeur d’asile dans toute demande d’asile—Le juge Evans, J.C.A. (le juge Décary, J.C.A., souscrivant à ses motifs): 1) Les demandeurs d’asile méritent un degré élevé de protection procédurale, mais les caractéristiques de la procédure doivent être adaptées à la nature inquisitoire et informelle de l’audience—La résolution équitable de demandes fondées sur des droits individuels est compatible avec un processus inquisitoire—La procédure prescrite par les Directives n° 7 ne contrevient pas à l’obligation d’agir équitablement de la CISR—2) Un organisme administratif peut, sans disposer d’une autorisation législative expresse, donner des directives et définir des politiques visant à structurer l’exercice de son pouvoir discrétionnaire ou l’interprétation de sa loi habilitante—Bien que le libellé des Directives n° 7 « ne recommande pas un processus facultatif » mais suggère une norme d’observation plus stricte, il ne constitue pas une entrave illicite pour autant que les directives n’excluent pas la possibilité de déroger à la pratique générale dans des circonstances exceptionnelles—La preuve ne démontrait pas qu’une personne raisonnable estimerait l’indépendance des commissaires de la SPR indûment limitée par les Directives n° 7—3) Le pouvoir conféré au président à l’art. 159(1)h de la LIPR de donner des directives est suffisamment large pour comprendre des directives concernant l’exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires relativement à la procédure, à la preuve et aux questions de fond—Les pouvoirs du président de donner des directives et de prendre des règles se recoupent—Il n’était pas déraisonnable de la part du président de choisir d’instituer l’ordre normalisé

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Tourki v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.) 331

Customs and Excise—Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act—Appeal from Federal Court decision dismissing Act, s. 30 action challenging decision of Minister of Public Safety and Emergency Preparedness that s. 12 (requiring report to customs officer importation or exportation of currency exceeding prescribed amount) violated, and decision confirming forfeiture of currency because of failure to report—S. 30 permitting appeal by way of action of Minister’s decision under s. 27 as to whether s. 12 contravened—Appellant seeking to appeal Minister’s decision under s. 29 relating to penalty or seizure—Judicial review only remedy available with respect to s. 29 decision—Appeal dismissed.

Federal Court Jurisdiction—Action brought under *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, s. 30 challenging Minister of Public Safety and Emergency Preparedness’ decision to confirm forfeiture of currency seized for failure to report exportation of currency contrary to s. 12—S. 30 permitting appeal by way of action in Federal Court of Minister’s decision under s. 27 as to whether s. 12 contravened—Appellant challenging Minister’s decision under s. 29 to confirm forfeiture of currency—Federal Court’s jurisdiction under s. 12 limited to reviewing Minister’s decision under s. 27—S. 29 decision should be challenged by application for judicial review.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des interrogatoires en ayant recours à des directives plutôt qu’à une règle de procédure—Appel accueilli, appel incident rejeté—La juge Sharlow, J.C.A. (motifs concourants) : Les pouvoirs que la LIPR confère au président de donner des directives et de prendre des règles visant les travaux, la procédure et la pratique de la Commission ne sont pas interchangeables—La procédure normalisée prescrite dans les Directives n° 7 aurait dû être établie au moyen d’une règle mais elle n’est pas inéquitable sur le plan de la procédure et elle n’entrave pas de manière illicite le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la CISR.

Tourki c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.A.F.) 331

Douanes et Accise—Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant l’action instituée en vertu de l’art. 30 de la Loi pour contester la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile portant que l’appelant avait contrevenu à l’art. 12 (obligation de déclarer à l’agent des douanes l’importation ou l’exportation d’espèces d’une valeur supérieure au montant réglementaire) et la décision confirmant la confiscation des espèces parce que l’appelant a négligé de faire la déclaration requise—L’art. 30 permet d’interjeter appel de la décision du ministre prise en vertu de l’art. 27 par voie d’une action relative à l’existence ou non d’une contravention à l’art. 12—L’appelant tentait d’interjeter appel de la décision du ministre rendue en application de l’art. 29 quant à la pénalité ou la saisie—Le contrôle judiciaire est le seul recours applicable relativement à une décision rendue en application de l’art. 29—Appel rejeté.

Compétence de la Cour fédérale—Action instituée en vertu de l’art. 30 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* pour contester la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de confirmer la confiscation des espèces saisies parce que l’appelant a négligé d’en déclarer l’exportation, contrairement à l’art. 12—L’art. 30 permet d’interjeter appel de la décision du ministre prise en vertu de l’art. 27 par voie d’une action devant la Cour fédérale quant à l’existence ou non d’une contravention à l’art. 12—L’appelant contestait la décision que le ministre a prise en vertu de l’art. 29 pour confirmer la confiscation des espèces—La compétence de la Cour fédérale en vertu de l’art. 30 est restreinte à la révision de la décision prise en vertu de l’art. 27—La décision rendue en application de l’art. 29 devrait être contestée au moyen d’une demande de contrôle judiciaire.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, s. 30 providing person requesting decision of Minister under section 25 as to whether s. 12 contravened may within 90 days after being notified of decision, appeal decision by way of action in Federal Court—“Decision” referring to decision under s. 27 as to whether s. 12 contravened.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Duty imposed by *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* to report importation, exportation of currency, monetary instruments of value equal to or greater than prescribed amount not engaging Charter, s. 7 as purely economic interests, property rights involved.

Constitutional Law—Charter of Rights—Unreasonable Search or Seizure—*R. v. Simmons*, [1998] 2 S.C.R. 495 authorizing search of individual where “reasonable grounds for supposing” prohibited goods secreted about his or her person applied—Impugned provisions of *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* not violating Charter, s. 8.

Constitutional Law—Charter of Rights—Criminal Process—Seizure and forfeiture process established by *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* civil collection mechanism not intended to punish individual—Charter, s. 11(d) (presumption of innocence) therefore not engaged as applying only to penal proceedings.

Ventocilla v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 431

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of Immigration and Refugee Board decision applicant excluded from refugee protection under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(a) on basis serious grounds to believe applicant committed, complicit in commission of war crimes—Board erred in assuming war crimes could be committed during internal conflict—At time of alleged war crimes (1985-1992), war crimes definition limited to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Interprétation des lois—L’art. 30 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* dispose que toute personne qui a demandé une décision du ministre en vertu de l’art. 25 relative à l’existence ou non d’une contravention à l’art. 12 peut en appeler de la décision par voie d’action devant la Cour fédérale dans les 90 jours suivant la communication de la décision—Le terme « décision » renvoie à la décision prise en application de l’art. 27 quant à l’existence ou non d’une contravention à l’art. 12.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—L’obligation imposée par la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* de déclarer l’importation ou l’exportation d’espèces ou d’effets d’une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire n’engage pas l’art. 7 puisqu’il s’agit d’intérêts purement économiques ou de droits de propriété.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Fouilles, perquisitions ou saisies abusives—Application de l’arrêt *R. c. Simmons*, [1998] 2 R.C.S. 495 permettant la fouille d’un individu s’il y a « raisonnablement lieu de supposer » que des articles prohibés sont cachés sur lui—Les dispositions contestées de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* ne portent pas atteinte à l’art. 8 de la Charte.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Procédures criminelles et pénales—Le processus relatif à la saisie et la confiscation mis en place par la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* est un mécanisme de recouvrement civil qui ne vise pas à punir l’individu—L’art. 11(d) de la Charte (présomption d’innocence) n’a donc pas été engagé puisqu’il ne vise que des procédures pénales.

Ventocilla c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 431

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a refusé l’asile au demandeur par application de la section Fa) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, parce qu’il y avait des motifs sérieux de croire qu’il avait commis des crimes de guerre ou s’était rendu complice de crimes de guerre—La Commission a commis une erreur lorsqu’elle a supposé que des crimes de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

international conflicts—*Rome Statute of the International Criminal Court* recognizing war crimes not limited to international armed conflicts, but coming into force only on July 1, 2002—Not possible to apply Rome Statute retroactively—Board's conclusion applicant complicit in commission of war crimes unreasonable as based on inferences, negative credibility findings—Application allowed.

International Law—Immigration and Refugee Board concluding applicant excluded from refugee protection under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(a) on basis serious grounds to believe that between 1985 and 1992 applicant committed, complicit in commission of war crimes in internal Peruvian conflict—*Rome Statute of the International Criminal Court*, recognizing war crimes not limited to armed international conflicts, coming into force July 1, 2002—Not possible to apply definitions in Rome Statute retroactively in light of, inter alia, international criminal law principle of non-retroactivity, definition of “war crime” in *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*—As such, not possible to refer to Rome Statute definition of “war crimes” with respect to acts attributed to applicant as Statute not part of international law when acts committed.

Wyeth Canada v. ratiopharm inc. (F.C.A.) 447

Patents—Appeal from Federal Court decision dismissing ratiopharm inc.'s motion under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 6(5)(a) to dismiss Wyeth, Wyeth Canada's (Wyeth) prohibition order application—ratiopharm alleging Wyeth's patent ('778 patent) not eligible for listing on patent register in respect of Wyeth's “Effexor XR” drug—Review, exposition of law governing marketing of drugs in Canada—Federal Court erred in deferring to Minister's decision '778 patent could be listed—Should have made own determinations, on basis of evidence presented in s. 6(5)(a) motion, as to whether patent eligible for listing—

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

guerre pouvaient être commis au cours d'un conflit interne—À l'époque de la perpétration des crimes de guerre allégués (1985 à 1992), l'expression « crimes de guerre » s'entendait uniquement dans le cadre de conflits internationaux—Le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* reconnaît que les crimes de guerre ne se limitent pas aux conflits armés internationaux, mais il n'est entré en vigueur que le 1^{er} juillet 2002—Le Statut de Rome ne peut s'appliquer rétroactivement—La conclusion de la Commission selon laquelle le demandeur s'était rendu complice de crimes de guerre était déraisonnable parce qu'elle était fondée sur des inférences et des conclusions négatives quant à la crédibilité—Demande accueillie.

Droit international—La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé l'asile au demandeur par application de l'art. 1Fa) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, parce qu'il y avait des motifs sérieux de croire que, de 1985 à 1992, il avait commis des crimes de guerre ou s'était rendu complice de crimes de guerre commis au cours d'un conflit interne au Pérou—Le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* reconnaît que les crimes de guerre ne se limitent pas aux conflits armés internationaux, mais il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002—Les définitions données dans le Statut de Rome ne peuvent s'appliquer rétroactivement, notamment en raison du principe de la non-rétroactivité qui existe en droit pénal international et de la définition de « crimes de guerre » qui est donnée dans la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*—Par conséquent, s'agissant des faits reprochés au demandeur, il n'était pas possible d'appliquer la définition des « crimes de guerre » prévue par le Statut de Rome parce que celui-ci ne faisait pas encore partie du droit international au moment pertinent.

Wyeth Canada c. ratiopharm inc. (C.A.F.) 447

Brevets—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête que ratiopharm inc. a déposée en vertu de l'art. 6(5)a) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* pour faire rejeter la demande en interdiction présentée par Wyeth et Wyeth Canada (Wyeth)—ratiopharm a allégué que le brevet de Wyeth (le brevet '778) n'était pas admissible à l'inscription à l'égard de l'« Effexor XR »—Présentation et examen du droit régissant la commercialisation de drogues au Canada—La Cour fédérale a commis une erreur en s'en remettant à la décision du ministre portant que le brevet '778 pouvait être inscrit—La Cour fédérale aurait dû

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Matter considered de novo—'778 patent ineligible for listing, but should not have been de-listed as ratiopharm's motion not seeking such order—Appeal allowed; cross-appeal allowed in part.

SOMMAIRE (Fin)

décider, sur le fondement de la preuve produite dans le cadre de la requête formée sous le régime de l'art. 6(5)a), si le brevet était admissible ou non à l'inscription—La question a fait l'objet d'un examen de novo—Le brevet '778 était inadmissible à l'inscription, mais il n'aurait pas dû être radié puisque la requête de ratiopharm ne tendait pas à faire rendre une telle ordonnance—Appel accueilli; appel incident accueilli en partie.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc., (T-156-05, T-787-05, 2007 FC 455) has been affirmed on appeal (A-261-07, 2008 FCA 44), reasons for judgment handed down 4/2/08.

Pelletier v. Canada (Attorney General), [2007] 4 F.C.R. 471 (F.C.) has been reversed on appeal (A-221-07, 2008 FCA 1). The reasons for judgment handed down 9/1/08, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Songhees Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), [2007] 3 F.C.R. 464 (F.C.) has been affirmed on appeal (A-414-06, 2008 FCA 46), reasons for judgment handed down 6/2/08.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

1346687 Ontario Inc. v. M.N.R., A-471-05, 2007 FCA 262, Ryer J.A., judgment dated 27/7/07, leave to appeal to S.C.C. refused 21/1/08.

Anchor Pointe Energy Ltd. v. Canada, A-329-06, 2007 FCA 188, Létourneau J.A., judgment dated 15/5/07, leave to appeal to S.C.C. refused 17/1/08.

Bédirian v. Canada (Attorney General), A-505-06, 2007 FCA 221, Desjardins J.A., judgment dated 8/6/07, leave to appeal to S.C.C. refused 17/1/08.

Jordan Financial Ltd. v. M.N.R., A-472-05, 2007 FCA 263, Ryer J.A., judgment dated 27/7/07, leave to appeal to S.C.C. refused 21/1/08.

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health), A-109-07, 2007 FCA 244, Pelletier J.A., judgment dated 20/6/07, leave to appeal to S.C.C. refused 17/1/08.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Bande indienne de Songhees c. Canada (Ministre des affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2007] 3 R.C.F. 464 (C.F.) a été confirmée en appel (A-414-06, 2008 CAF 46), les motifs du jugement ayant été prononcés le 6-2-08.

La décision *Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, (T-156-05, T-787-05, 2007 CF 455) a été confirmée en appel (A-261-07, 2008 CAF 44), les motifs du jugement ayant été prononcés le 4-2-08.

La décision *Pelletier c. Canada (Procureur général)*, [2007] 4 R.C.F. 471 (C.F.) a été infirmée en appel (A-221-07, 2008 CAF 1). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 9-1-08, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

1346687 Ontario Inc. c. M.R.N., A-471-05, 2007 CAF 262, le juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 27-7-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-1-08.

Anchor Pointe Energy Ltd. c. Canada, A-329-06, 2007 CAF 188, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 15-5-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-1-08.

Bédirian c. Canada (Procureur général), A-505-06, 2007 CAF 221, la juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 8-6-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-1-08.

Jordan Financial Ltd. c. M.R.N., A-472-05, 2007 CAF 263, le juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 27-7-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-1-08.

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), A-109-07, 2007 CAF 244, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 20-6-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-1-08.

Sachs v. Air Canada, A-290-06, 2007 FCA 279, Sharlow J.A., judgment dated 11/1/07, leave to appeal to S.C.C. refused 31/1/08.

Smith v. Canadian Railway Office of Arbitration, A-73-07, 2007 FCA 286, Nadon J.A., judgment dated 13/9/07, leave to appeal to S.C.C. refused 21/1/08.

Tomasson v. Canada (Attorney General), A-346-05, 2007 FCA 265, Nadon J.A., judgment dated 9/8/07, leave to appeal to S.C.C. refused 21/1/08.

Veffer v. Canada (Minister of Foreign Affairs), A-252-06, 2007 FCA 247, the Court, judgment dated 25/6/07, leave to appeal to S.C.C. refused 14/2/08.

Wyeth Canada v. ratiopharm inc., A-194-07, 2007 FCA 264, Sharlow J.A., judgment dated 1/8/07, leave to appeal to S.C.C. refused 7/2/08.

Zhang v. Canada (Attorney General), A-135-06, 2007 FCA 201, Ryer J.A., judgment dated 25/5/07, leave to appeal to S.C.C. refused 7/2/08.

Sachs c. Air Canada, A-290-06, 2007 CAF 279, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 11-1-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31-1-08.

Smith c. Bureau d'Arbitrage et de Médiation des Chemins de Fer du Canada, A-73-07, 2007 CAF 286, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 13-9-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-1-08.

Tomasson c. Canada (Procureur général), A-346-05, 2007 CAF 265, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 9-8-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-1-08.

Veffer c. Canada (Ministre des Affaires étrangères), A-252-06, 2007 CAF 247, la Cour, jugement en date du 25-6-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 14-2-08.

Wyeth Canada c. ratiopharm inc., A-194-07, 2007 CAF 264, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 1-8-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 7-2-08.

Zhang c. Canada (Procureur général), A-135-06, 2007 CAF 201, le juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 25-5-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 7-2-08.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 1, Part 2

2008, Vol. 1, 2^e fascicule

A-243-06
2007 FCA 176

A-243-06
2007 CAF 176

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Envoy Relocation Services (*Respondent*)

Envoy Relocation Services (*défenderesse*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ENVOY RELOCATION SERVICES (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) c. ENVOY RELOCATION SERVICES (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Evans and Ryer J.J.A.—Ottawa, March 28; May 3, 2007.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Evans et Ryer, J.C.A.—Ottawa, 28 mars; 3 mai 2007.

Crown — Contracts — Judicial review of revised decision of Canadian International Trade Tribunal (CITT) recommending respondent be awarded half of cost of preparing unsuccessful bids for two government contracts — Respondent filing complaint under Canadian International Trade Tribunal Act (CITT Act) with CITT which found Public Works and Government Services Canada (PWGSC) had breached Request for Proposals (RFP) — Recommended re-evaluation of specific section of bidders' proposals — Federal Court of Appeal upholding finding of breach but remitting matter for redetermination of remedy, which was to be limited to monetary reliefsought — Application dismissed, Ryer J.A. dissenting — As administrative tribunal, CITT performing regulatory role in administrative process, not exercising remedial powers in same way as courts resolving private law disputes — However, CITT must exercise powers with view to maintaining potential bidders' confidence in integrity of procurement system — In recommending appropriate remedy under Act, s. 30.15(2), CITT required to consider factors listed in s. 30.15(3), which are different from common-law principles for breach of contract — CITT not precluded from recommending respondent be compensated simply because loss of expectation bids would be evaluated in accordance with RFP not compensable in damages at common law — CITT's power under Act, s. 30.15(4) to award, not merely recommend, reasonable costs incurred by complainant in preparing response to RFP supporting conclusion not patently unreasonable or erroneous in law for CITT to determine partial reimbursement of respondent's bid preparation costs appropriate remedy in unique circumstances of case.

Couronne — Contrats — Contrôle judiciaire de la décision révisée dans laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a recommandé que l'on accorde à la défenderesse la moitié des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions, qui n'ont pas été retenues, concernant deux marchés publics — La défenderesse a déposé, en vertu de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur (la Loi sur le TCCE), une plainte auprès du TCCE, qui a déclaré que Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) avait violé la demande de propositions (la DP) — Le TCCE a recommandé la ré-évaluation d'une disposition particulière des propositions des soumissionnaires — La Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion selon laquelle il y avait eu violation, mais a renvoyé l'affaire pour que le TCCE fixe la nouvelle mesure réparatrice, déclarant qu'elle devait s'en tenir à la réparation pécuniaire demandée — Demande rejetée, le juge Ryer, J.C.A., dissident — À titre de tribunal administratif, le TCCE joue un rôle de réglementation dans le cadre du processus administratif, mais il n'exerce pas ses pouvoirs de réparation de la même façon que les tribunaux réglant des différends régis par le droit privé — Cependant, le TCCE doit exercer ses pouvoirs en vue de préserver la confiance des soumissionnaires éventuels en l'intégrité du système de passation des marchés publics — Lorsqu'il fait une recommandation de mesure corrective en vertu de l'art. 30.15(2) de la Loi, le TCCE est tenu de prendre en compte les facteurs énumérés à l'art. 30.15(3), qui diffèrent des principes de common law relatifs à la rupture de contrat — Le fait que la perte de l'attente de la défenderesse à ce que ses propositions soient examinées de manière conforme à la DP ne soit pas indemnisable en dommages-intérêts en common law n'empêche pas le TCCE de recommander que la défenderesse soit indemnisée — Le pouvoir du TCCE qui lui est conféré par l'art. 30.15(4) de la Loi d'accorder, et non de recommander simplement, le remboursement des frais raisonnables qu'engage le plaignant en préparant sa réponse à une DP étaye la conclusion qu'il n'était pas manifestement déraisonnable ou erroné en droit de statuer que le

This was an application for judicial review to set aside a revised decision of the Canadian International Trade Tribunal (CITT) recommending that the respondent be awarded half the cost of preparing its unsuccessful bids for two government contracts for the provision of relocation services to the Canadian Forces, Royal Canadian Mounted Police and the Government of Canada. Public Works and Government Services Canada (PWGSC) awarded both contracts to another bidder. The respondent filed a complaint with the CITT under subsection 30.11 of the *Canadian International Trade Tribunal Act* (CITT Act), alleging that PWGSC had breached the Request for Proposals (RFP) by deducting points when it evaluated section 2.2.4.2 of the respondent's proposals because the information provided by the respondent therein was not consistent with that which it provided in the same section of its proposal for the other contract. The CITT upheld the respondent's complaint and recommended that section 2.2.4.2 of all bidders' proposals be re-evaluated by a new evaluation team. On judicial review, the Federal Court of Appeal upheld the CITT's finding that there had been a breach of the RFP in the evaluation of section 2.2.4.2 in the respondent's proposals, but set aside the remedy the CITT had recommended and remitted the matter for a redetermination thereof, stating that the scope of the remedy had to be limited to monetary relief sought, which included compensation for loss of profits, reimbursement of its bid preparation costs and the costs of preparing and proceeding with the complaint. In its redetermination, the CITT reiterated its earlier finding that the serious breach of evaluation procedures had prejudiced the integrity of the government procurement system and that the remedy should reflect the seriousness of the impact of PWGSC's breach in accordance with subsection 30.15(3) of the Act. It also stated that it wanted to put the respondent into the same position in which it would have been had it known how PWGSC was going to evaluate section 2.2.4.2 and awarded the respondent an amount equal to 50 percent of the respondent's bid preparation costs in compensation. The issue was whether the CITT's decision was patently unreasonable.

remboursement partiel des frais engagés par la défenderesse pour la préparation de ses soumissions était une mesure corrective appropriée dans les circonstances uniques de l'affaire.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vue de faire annuler la décision révisée dans laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a recommandé que l'on accorde à la défenderesse la moitié des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions, qui n'ont pas été retenues, concernant deux marchés publics qui avaient trait à la prestation de services de réinstallation aux Forces canadiennes ainsi qu'à la Gendarmerie royale du Canada et au gouvernement du Canada. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) a adjugé les deux marchés à un autre soumissionnaire. La défenderesse a déposé une plainte auprès du TCCE en vertu de l'article 30.11 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* (la Loi sur le TCCE), alléguant que TPSGC avait violé une clause de la demande de propositions (la DP) en soustrayant des points au moment d'évaluer la section 2.2.4.2 des propositions de la défenderesse parce que les informations que cette dernière avait données dans cette section ne concordaient pas avec celles qu'elle avait données dans la même section de sa proposition relative à l'autre contrat. Le TCCE a accueilli la plainte de la défenderesse et a recommandé qu'une nouvelle équipe d'évaluation réévalue la section 2.2.4.2 des propositions de tous les soumissionnaires. Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion du TCCE selon laquelle il y avait eu violation d'une clause de la DP au stade de l'évaluation de la section 2.2.4.2 figurant dans les propositions de la défenderesse, mais elle a annulé la mesure de réparation que le TCCE avait recommandée et a renvoyé l'affaire pour que le TCCE fixe la nouvelle mesure réparatrice, déclarant que l'étendue du recours devait s'en tenir à la réparation pécuniaire demandée, ce qui comportait une indemnité pour perte de profits, le remboursement des frais liés à la préparation des propositions de même que les dépens liés à la préparation et à l'instruction de la plainte. À l'issue de son réexamen, le TCCE a réitéré la conclusion qu'il avait tirée dans sa décision précédente, à savoir que l'infraction grave des méthodes d'évaluation avait porté préjudice à l'intégrité de la procédure de passation de marchés publics dans son ensemble et que la mesure corrective devait refléter la gravité des conséquences de l'infraction de TPSGC conformément au paragraphe 30.15(3) de la Loi. Il a aussi statué qu'il voulait placer la défenderesse dans la position dans laquelle elle se serait trouvée si elle avait su de quelle manière TPSGC évaluerait la section 2.2.4.2 et a accordé à la défenderesse un montant égal à 50 % des frais qu'elle a engagés pour la préparation de sa soumission à titre d'indemnité. La question à trancher était celle de savoir si la décision du TCCE était manifestement déraisonnable.

Held (Ryer J.A. dissenting), the application should be dismissed.

Per Evans J.A. (Richard C.J. concurring): As an administrative tribunal, the CITT performs a regulatory role in the administrative process. Reviewing courts should not assume that the legislature intended the agency under review to exercise its remedial powers exactly the same way as courts exercise analogous powers to resolve disputes governed exclusively by private law. Although performing essentially adjudicative functions when it inquires into complaints of unfair treatment by disappointed bidders on government contracts, the CITT must exercise its powers with a view to maintaining potential bidders' confidence in the integrity of the procurement system. It should therefore not be assumed that the CITT's powers to recommend compensation is exercisable exclusively on the basis of common-law principles. Parliament's use of the generic "compensated" instead of the legal term "damages" was relevant.

The Federal Court of Appeal had determined that monetary relief was the appropriate remedy and the CITT had only to quantify the award. In so doing, the CITT was engaged in recommending "an appropriate remedy under subsection 30.15(2)" of the Act and was thus obliged to consider the factors listed in subsection 30.15(3), which bear little resemblance to the principles on which courts award damages for breach of contract. In recommending the appropriate remedy, the CITT must have regard to the prejudice of the complainant and to systemic concerns. The fact that the respondent's loss of expectation that its bids would be evaluated in accordance with the terms of the RFP would not be compensable in damages at common law does not necessarily mean that the CITT could not recommend that the respondent be compensated. PWGSC's failure to comply with the RFP was the kind of error which, if left substantially uncompensated, might reasonably deter bidders from responding to future RFP's. The fact that the respondent may not have lost the contracts because of the breach did not necessarily make it patently unreasonable for the CITT to have concluded that the breach was serious. Finally, although the CITT did not base its decision on subsection 30.15(4), that subsection gives it power to award and not merely to recommend, the reasonable costs incurred by a complainant in the preparation of its response to an RFP. In exercising this power, it is not required to consider the factors in subsection 30.15(3). The presence of this specific yet unstructured discretion in the CITT's remedial arsenal supported the conclusion that it was not patently unreasonable or erroneous

Arrêt (juge Ryer, J.C.A., dissident) : la demande doit être rejetée.

Le juge Evans, J.C.A. (le juge en chef Richard souscrivant à ses motifs) : À titre de tribunal administratif, le TCCE joue un rôle de réglementation dans le cadre du processus administratif. Les tribunaux appelés à exercer le contrôle judiciaire ne devraient pas présumer que le législateur voulait que l'organisme faisant l'objet d'un contrôle exerce ses pouvoirs de réparation en se fondant sur les mêmes bases que celles sur lesquelles les tribunaux exercent des pouvoirs analogues pour régler des différends exclusivement régis par le droit privé. Bien qu'il exerce des fonctions de nature essentiellement juridictionnelle lorsqu'il fait enquête sur les plaintes de soumissionnaires de marchés publics dont la proposition n'a pas été retenue et qui disent avoir été traités inéquitablement, le TCCE doit exercer ses pouvoirs en vue de préserver la confiance des soumissionnaires éventuels en l'intégrité du système de passation des marchés publics. Il ne faut donc pas postuler que le pouvoir qu'a le TCCE de recommander l'indemnisation ne peut être exercé qu'en fonction des principes de common law. Il est pertinent de noter que le législateur a employé le terme générique « indemnité » et non le terme « dommages-intérêts ».

La Cour d'appel fédérale avait décidé que la mesure corrective qui convenait était une réparation pécuniaire et que le TCCE n'avait qu'à quantifier l'indemnité. En faisant ce calcul, le TCCE faisait une recommandation « de mesure corrective en vertu du paragraphe 30.15(2) » de la Loi et était donc tenu de prendre en compte les facteurs énumérés au paragraphe 30.15(3), qui étaient assez éloignés des principes selon lesquels les tribunaux accordent des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Le TCCE, lorsqu'il recommande la mesure corrective indiquée, doit tenir compte du préjudice causé au plaignant et de considérations systémiques. Le fait que la perte de l'attente de la défenderesse à ce que ses propositions soient examinées de manière conforme aux clauses de la DP ne soit pas indemnisable en dommages-intérêts en common law ne veut pas forcément dire que le TCCE ne peut pas recommander que la défenderesse soit indemnisée. Le fait que TPSGC ne se soit pas conformé à la DP constituait le genre d'erreur qui devait donner lieu à une indemnisation importante, faute de quoi cela pourrait raisonnablement dissuader les soumissionnaires de répondre à des DP ultérieures. Le fait que la défenderesse n'a peut-être pas perdu les marchés à cause de l'entorse commise ne veut pas nécessairement dire qu'il était manifestement déraisonnable que le TCCE ait conclu que l'entorse était grave. Enfin, bien que la décision du TCCE ne repose pas sur le paragraphe 30.15(4), cette disposition lui confère le pouvoir d'accorder—et non de recommander simplement—le remboursement des frais raisonnables qu'engage le plaignant en préparant sa réponse à une DP. Lorsqu'il exerce ce pouvoir, le TCCE n'est

in law for it to determine that partial reimbursement of the respondent's bid preparation costs was an appropriate remedy in the unique circumstances of this case.

Per Ryer J.A. (dissenting): The subject-matter of a complaint pursuant to subsection 30.11(1) is inherently contractual in that the complaint must concern aspects of the procurement process that relate to "designated contracts" as defined in section 30.1. Because the Federal Court of Appeal had determined the "appropriate" remedy that the CITT was permitted to grant to the respondent before the redetermination, no further consideration of subsection 30.15(3) was warranted. The remedy of compensation is contained in paragraph 30.15(2)(e). "Compensated" as used in paragraph 30.15(2)(e) means given compensation, a term with an established legal meaning. The legal principles of compensation in the law relating to damages for breach of contract applied since the procurement process that underlies the complaint in issue was essentially contractual and the complaint related to "designated contracts." The dictionary definition, CITT's *Procurement Compensation Guidelines* and case law on compensation supported an interpretation of paragraph 30.15(2)(e) that adopts the common-law principles regarding the determination of compensation. While the CITT may well perform a regulatory role in the overall procurement process, there is nothing in paragraph 30.15(2)(e) that suggests that the CITT has the power to go beyond the provision of the remedy of compensation, as understood in the context of its established meaning at common law. Therefore, it would be a reviewable error on the part of the CITT to order the payment of an amount as compensation, under paragraph 30.15(2)(e) unless all of the common-law elements of that term were present (i.e. actual injury). The breach by PWGSC did not cause the respondent to lose the contracts sought. Thus, the award by the CITT of half of the respondent's bid costs resulted in the respondent being in a better position than it would have been if PWGSC's breach had not occurred and was an award tantamount to punitive damages. Although the CITT did not attempt to do so in its decision, awarding punitive damages would have been inappropriate since there was no indication of bad faith on the part of PWGSC. The CITT's decision was thus patently unreasonable. Compensation was awarded to redress a harm to potential bidders. It would have been more appropriate for the CITT to have expressed its concerns to a senior government official through the mechanism provided in section 30.19. Finally, the power conferred on the CITT under subsection 30.15(4) did not provide a justification for an interpretation of the term

pas tenu de prendre en considération la liste des facteurs énumérés au paragraphe 30.15(3). L'existence de ce pouvoir discrétionnaire spécifique mais non encore organisé dans l'arsenal des mesures correctives dont dispose le TCCE était la conclusion qu'il n'était pas manifestement déraisonnable ou erroné en droit de statuer que le remboursement partiel des frais engagés par la défenderesse pour la préparation de ses soumissions était une mesure corrective appropriée dans les circonstances uniques de l'affaire.

Le juge Ryer, J.C.A. (dissident) : L'objet de la plainte déposée en vertu du paragraphe 30.11(1) est de nature essentiellement contractuelle en ce sens que la plainte doit porter sur des aspects de la procédure de passation de marchés publics qui se rapportent à un « contrat spécifique » au sens de l'article 30.1. Comme la Cour d'appel fédérale a fixé les mesures correctives « opportunes » que le TCCE pouvait accorder à la défenderesse avant le réexamen, il n'était plus justifié de prendre en considération le paragraphe 30.15(3). L'indemnisation figure dans l'alinéa 30.15(2)e. Le terme « indemnité » dans l'alinéa 30.15(2)e résulte de l'indemnisation, terme qui a un sens juridique établi. Les principes juridiques d'indemnisation en matière de droit relatif aux dommages-intérêts pour rupture de contrat s'appliquaient car la procédure de passation de marchés publics qui est à l'origine de la plainte en litige était essentiellement de nature contractuelle, et cette plainte était liée à un « contrat spécifique ». La définition énoncée dans les dictionnaires, les *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public* du TCCE et la jurisprudence sur l'indemnisation vont dans le sens de l'interprétation de l'alinéa 30.15(2)e qui correspond aux principes de la common law régissant la fixation de l'indemnité. Bien que le TCCE puisse jouer un rôle de réglementation dans la procédure générale de passation de marchés publics, rien à l'alinéa 30.15(2)e ne donne à penser que le TCCE a le pouvoir de faire plus qu'accorder une réparation sous forme d'indemnisation, telle qu'on la conçoit dans le contexte de son sens bien reconnu en common law. Le TCCE commettrait donc une erreur susceptible de contrôle en ordonnant le paiement d'une somme à titre d'indemnité, aux termes de l'alinéa 30.15(2)e, à moins que tous les éléments de common law que comporte ce terme ne soient présents (c'est-à-dire un préjudice réel). Ce n'est pas à cause du manquement de TPSGC que la défenderesse a perdu les contrats qu'elle brigait. Cependant, par suite de l'attribution, par le TCCE, de la moitié des frais liés à ces propositions, la défenderesse s'est retrouvée dans une situation meilleure que si le manquement de TPSGC n'avait pas eu lieu et cela équivalait à une attribution de dommages-intérêts punitifs. Bien que le TCCE n'ait pas tenté de le faire dans sa décision, l'octroi de dommages-intérêts punitifs n'aurait pas été indiqué parce que rien ne démontrait que TPSGC avait agi de mauvaise foi. La décision du TCCE était donc manifestement déraisonnable.

“compensation” that was inconsistent with the ordinary legal meaning of that term. The CITT erred in law and exceeded its discretion under paragraph 30.15(2)(e) by awarding half its bid preparation costs to the respondent.

L’indemnité a été attribuée pour accorder réparation d’un préjudice causé aux soumissionnaires éventuels. Il aurait été nettement préférable que le TCCE exprime ses préoccupations à un haut responsable du gouvernement en recourant à la voie prévue à l’article 30.19. Enfin, le pouvoir conféré au TCCE en vertu du paragraphe 30.15(4) ne justifiait pas que l’on interprète le terme « indemnité » d’une manière qui soit incompatible avec son sens juridique ordinaire. En accordant à la défenderesse la moitié des frais que celle-ci a engagés pour la préparation de ses propositions, le TCCE a commis une erreur de droit et a excédé la compétence que lui confère l’alinéa 30.15(2)e).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, ss. 30.1 “complaint” (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44), “designated contracts” (as enacted *idem*), “government institution” (as enacted *idem*), 30.11(1) (as enacted *idem*), 30.15 (as enacted *idem*), 30.16(1) (as enacted *idem*), 30.19 (as enacted *idem*).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Envoy Relocation Services (Re), [2005] C.I.T.T. No. 32 (QL); *Canada (Attorney General) v. Envoy Relocation Services*, 2006 FCA 13; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20; *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; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Conair Aviation, A division of Conair Aviation Ltd. (Re)*, [1997] C.I.T.T. No. 8 (QL); *Cougar Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 26 Admin. L.R. (3d) 30; 264 N.R. 49 (F.C.A.); *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860; (2000), 193 D.L.R. (4th) 1; 3 C.C.L.T. (3d) 1; 5 C.L.R. (3d) 161; 262 N.R. 285; 36 R.P.R. (3d) 175; 2000 SCC 60; *Med-Emerg International Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)* (2006), 348 N.R. 55; 2006 FCA 147; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 30.1 « contrat spécifique » (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44), « institution fédérale » (édicte, *idem*), « plainte » (édicte, *idem*), 30.11(1) (édicte, *idem*), 30.15 (édicte, *idem*), 30.16(1) (édicte, *idem*), 30.19 (édicte, *idem*).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Envoy Relocation Services (Re), [2005] T.C.C.E. n° 32 (QL); *Canada (Procureur général) c. Envoy Relocation Services*, 2006 CAF 13; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Conair Aviation, A division of Conair Aviation Ltd. (Re)*, [1997] T.C.C.E. n° 8 (QL); *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 1946 (C.A.) (QL); *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860; 2000 CSC 60; *Med-Emerg International Inc. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2006 CAF 147; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085.

B.C.L.R. (2d) 273; 42 B.L.R. 111; 25 C.C.E.L. 81; 90 CLLC 14,035; 94 N.R. 321.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. McNally Construction Inc., [2002] 4 F.C. 633; (2002), 214 D.L.R. (4th) 478; 42 Admin. L.R. (3d) 1; 291 N.R. 139; 2002 FCA 184; *Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2002] 1 F.C. 292; (2001), 202 D.L.R. (4th) 610; 36 Admin. L.R. (3d) 171; 274 N.R. 69; 2001 FCA 241; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-011; 193 N.R. 81; *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; 2001 SCC 36; *Mechron Energy Ltd. (Re)*, [1995] C.I.T.T. No. 59 (QL); *Spacesaver Corp. (Re)*, [1999] C.I.T.T. No. 32 (QL).

AUTHORS CITED

Attwater, David M. *Procurement Review: A Practitioner's Guide*, looseleaf. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West, 1999 "compensation".
 Canadian International Trade Tribunal. *Procurement Compensation Guidelines*, Revised (June 2001).
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991.

APPLICATION for judicial review of a revised decision of the Canadian International Trade Tribunal ([2006] C.I.T.T. No. 55 (QL)) recommending that the respondent be awarded half the cost of preparing its unsuccessful bids for two government contracts. Application dismissed, Ryer J.A. dissenting.

APPEARANCES:

Derek Rasmussen for applicant.
Ronald D. Lunau and *Catherine Beaudoin* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Procureur général) c. McNally Construction Inc., [2002] 4 C.F. 633; 2002 CAF 184; *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 1 C.F. 292; 2001 CAF 241; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100; 2001 CSC 36; *Société d'énergie Mechron Ltée (Re)*, [1995] T.C.C.E. n° 59 (QL); *Spacesaver Corp. (Re)*, [1999] T.C.C.E. n° 32 (QL).

DOCTRINE CITÉE

Attwater, David M. *Procurement Review : A Practitioner's Guide*, feuilles mobiles. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
Black's Law Dictionary, 7^e éd. St. Paul, Minn. : West, 1999 « compensation ».
 Tribunal canadien du commerce extérieur. *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public*, révisé (juin 2001).
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2^e éd. Toronto : Canada Law Book, 1991.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision révisée ([2006] T.C.C.E. n° 55 (QL)) dans laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur a recommandé que l'on accorde à la défenderesse la moitié des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions, qui n'ont pas été retenues, concernant deux marchés publics. Demande rejetée, le juge Ryer, J.C.A., dissident.

ONT COMPARU :

Derek Rasmussen pour le demandeur.
Ronald D. Lunau et *Catherine Beaudoin* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

EVANS J.A.

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

A. INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review by the Attorney General of Canada to set aside a revised decision of the Canadian International Trade Tribunal (CITT [or Tribunal]), dated April 26, 2006 [*Envoy Relocation Services (Re)*, [2006] C.I.T.T. No. 55 (QL)]. In that decision, the CITT recommended that Envoy Relocation Services be awarded half the cost of preparing its unsuccessful bids for two government contracts.

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général du Canada en vue de faire annuler la décision révisée, datée du 26 avril 2006 [*Envoy Relocation Services (Re)*, [2006] T.C.C.E. n° 55 (QL)], dans laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE ou le Tribunal) a recommandé que l'on accorde à Envoy Relocation Services (Envoy) la moitié des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions, qui n'ont pas été retenues, concernant deux marchés publics.

[2] The Attorney General says that a decision to recommend that any compensation should be paid to Envoy, other than the cost of making its complaint to the Tribunal, would be patently unreasonable. The mistake made by Public Works and Government Services Canada (PWGSC) in evaluating section 2.2.4.2 of Annex "D" of Envoy's proposals did not result in its failing to obtain the contracts. Consequently, since PWGSC's breach of a contractual term in the Request for Proposals (RFP) caused Envoy no loss, it was not entitled to compensation for the cost of preparing its bids, an expense which unsuccessful bidders have to bear as part of the normal cost of doing business.

[2] Au dire du procureur général, la décision de recommander d'accorder à Envoy une indemnité quelconque, à part les dépens découlant de la présentation de sa plainte au Tribunal, est manifestement déraisonnable. Ce n'est pas à cause de l'erreur que Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) a commise en évaluant l'article 2.2.4.2 de l'annexe « D » de ses propositions qu'Envoy n'a pas obtenu les marchés en question. En conséquence, vu que la violation, par TPSGC, d'une clause contractuelle figurant dans la demande de propositions (la DDP) n'a causé aucune perte à Envoy, celle-ci n'avait pas droit à une indemnité couvrant les frais liés à la préparation de ses propositions, une dépense que sont tenus de supporter les soumissionnaires non retenus et qui doit passer aux profits et pertes.

[3] In my opinion, the CITT's decision cannot be said to be patently unreasonable, in light of the broad remedial discretion conferred by statute, not only to do justice between the parties, but also to support its regulatory role in the procurement process. Nor am I persuaded that the CITT committed any reviewable error in its interpretation of its enabling legislation. I would dismiss the application for judicial review.

[3] À mon avis, on ne peut pas dire que la décision du TCCE est manifestement déraisonnable, vu que la loi lui confère un large pouvoir d'appréciation en matière de mesures réparatrices; il s'agit non seulement de rendre justice entre les parties, mais aussi d'appuyer le rôle de réglementation que joue le TCCE dans la procédure de passation des marchés publics. Je ne suis pas convaincu non plus que le TCCE a commis une erreur susceptible de contrôle dans la façon dont il a interprété sa loi

habilitante. Je rejetterais la demande de contrôle judiciaire.

B. BACKGROUND OF THE APPLICATION

[4] This matter has a substantial history which it will be helpful to explain briefly. The two contracts in question were for the provision of relocation services to the Canadian Forces, and to the Royal Canadian Mounted Police and the Government of Canada. According to Envoy, the assessed value of these two contracts is over \$563 million, while PWGSC puts their value at only just over \$154 million. On November 2, 2004, PWGSC awarded both contracts to Royal LePage Relocation Services Limited.

[5] On February 18, 2005, Envoy filed a complaint with the CITT under subsection 30.11 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 (CITT Act), alleging three errors in the bid evaluation process. The only complaint that the CITT accepted was that PWGSC had breached the RFP by deducting points when it evaluated section 2.2.4.2 of Envoy's proposal, because the information provided by Envoy in section 2.2.4.2 of its proposal for one contract was not consistent with that which it provided in the same section of its proposal for the other contract. Section 2.2.4.2 carried a maximum of 80 points out of a total of 1,000.

[6] In a decision dated May 16, 2005 [*Envoy Relocation Services (Re)*, [2005] C.I.T.T. No. 32 (QL)], the CITT upheld Envoy's complaint, on the ground that the RFP did not contemplate that the evaluation of proposals would be based on a comparison of the proposals made by a bidder for the contracts. To remedy the breach, the CITT recommended, pursuant to subsections 30.15(2) [as enacted *idem*] and (3) [as enacted *idem*] of the CITT Act, that section 2.2.4.2 of all bidders' proposals be re-evaluated by a new evaluation team. It explained its rationale in its reasons as follows, at paragraphs 34 and 36:

B. FAITS ET PROCÉDURE

[4] La présente affaire comporte de nombreux faits qu'il est utile d'explorer brièvement. Les deux marchés en question avaient trait à la prestation de services de réinstallation aux Forces canadiennes, ainsi qu'à la Gendarmerie royale du Canada et au gouvernement du Canada. D'après Envoy, la valeur estimée de ces deux marchés est de plus de 563 millions de dollars, tandis que TPSGC cite un chiffre un peu supérieur à 154 millions de dollars. Le 2 novembre 2004, TPSGC a adjudgé les deux marchés à Services de relogement Royal LePage Limitée.

[5] Le 18 février 2005, Envoy a déposé une plainte auprès du TCCE en vertu du paragraphe 30.11(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47 (la Loi sur le TCCE), alléguant que trois erreurs avaient été commises au cours du processus d'évaluation des propositions. La seule plainte que le TCCE a retenue était que TPSGC avait violé une clause de la DDP en soustrayant des points au moment d'évaluer la section 2.2.4.2 des propositions d'Envoy parce que les informations que cette dernière avait données dans cette section de sa proposition concernant l'un des deux marchés ne concordaient pas avec celles qu'elle avait données dans la même section de sa proposition relative à l'autre contrat. L'article 2.2.4.2 avait une indication maximale de 80 points sur un total de 1 000.

[6] Dans la décision datée du 16 mai 2005 [*Envoy Relocation Services (Re)*, [2005] T.C.C.E. n° 32 (QL)], le TCCE a accueilli la plainte d'Envoy, au motif que la DDP n'envisageait pas que l'évaluation des propositions serait fondée sur la comparaison des propositions faites par un soumissionnaire pour les marchés en question. À titre de réparation, le TCCE a recommandé, conformément aux paragraphes 30.15(2) [édicte, *idem*] et (3) [édicte, *idem*] de la Loi sur le TCCE, qu'une nouvelle équipe d'évaluation réévalue l'article 2.2.4.2 des propositions de tous les soumissionnaires. Dans ses motifs, il a justifié cette recommandation en ces termes aux paragraphes 34 et 36 :

In this case, although the evidence does not indicate a lack of good faith, a serious breach of evaluation procedures did occur, and the consequences of that breach potentially affected the award of two contracts, thus potentially prejudicing all parties involved in the solicitation. PWGSC, through the drafting of the Statement of Work and the selection of the specific clauses of the RFP, is able to determine the detailed rules that govern each procurement process beyond the general contracting framework established by the trade agreements. When it does not follow its own rules, it prejudices the integrity of government procurement as a whole.

...

The Tribunal does not grant Envoy's request for costs relating to the preparation of its proposals. In recommending the [re-evaluation of section 2.2.4.2 in all bidders' proposals], the Tribunal's objective is to put Envoy in the position where its proposals receive the benefit of the evaluation process that it contemplated when it incurred the costs of preparing its proposals. [Emphasis added.]

[7] Allowing an application for judicial review by the Attorney General, this Court upheld the CITT's finding that there had been a breach of the RFP in the evaluation of section 2.2.4.2 in Envoy's proposals. However, it set aside the remedy recommended by the CITT: *Canada (Attorney General) v. Envoy Relocation Services*, 2006 FCA 13.

[8] The Court reasoned that, since the only error identified by the CITT was in the evaluation of section 2.2.4.2 of Envoy's proposals, there was no justification for requiring the re-evaluation of this same section in other bidders' proposals. Moreover, since a re-evaluation of this section in Envoy's proposals would still leave Royal LePage with more points than Envoy, a re-evaluation of section 2.2.4.2 in Envoy's proposals would serve no purpose. As a result, the Court said (at paragraph 3):

... the scope of the remedy must be limited to the monetary relief sought by Envoy in its complaint.

Accordingly, the Court set aside the CITT's order and remitted the matter for a redetermination of the remedy

En l'espèce, la preuve ne dénote pas l'absence de bonne foi, mais il y a eu une entorse grave aux méthodes d'évaluation, et cette entorse a peut-être influé sur l'adjudication des deux contrats et pourrait donc avoir porté préjudice à toutes les parties en cause dans l'invitation. TPSGC, de par sa responsabilité de rédiger l'énoncé de travail et de choisir les clauses particulières à inclure dans la DDP, est en mesure de déterminer les règles détaillées qui, outre le cadre général de passation de marchés défini par les accords commerciaux, régissent chaque procédure de passation des marchés publics. Lorsqu'il ne suit pas ses propres règles, il porte préjudice à l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics dans son ensemble.

[. . .]

Le Tribunal n'accueille pas la demande de remboursement des dépenses engagées par Envoy pour la préparation de ses propositions. En recommandant [de réévaluer la section 2.2.4.2 dans toutes les propositions des soumissionnaires], le Tribunal vise à faire en sorte que les propositions d'Envoy soient soumises au processus d'évaluation qui était prévu lorsqu'elle a engagé les frais liés à leur préparation. [Non souligné dans l'original.]

[7] En faisant droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général, la Cour a confirmé la conclusion du TCCE selon laquelle il y avait eu violation d'une clause de la DDP au stade de l'évaluation de la section 2.2.4.2 figurant dans les propositions d'Envoy. Cependant, la Cour a annulé la mesure de réparation que le TCCE avait recommandée : *Canada (Procureur général) c. Envoy Relocation Services*, 2006 CAF 13.

[8] Le raisonnement de la Cour était le suivant : étant donné que la seule erreur relevée par le TCCE résidait dans l'évaluation de la section 2.2.4.2 des propositions d'Envoy, il n'était pas justifié d'exiger que l'on réévalue cette même section dans les propositions des autres soumissionnaires. En outre, étant donné que la réévaluation de cette section dans les propositions d'Envoy laisserait de toute façon à Royal LePage plus de points qu'à Envoy, il était inutile de réévaluer la section 2.2.4.2 dans les propositions d'Envoy. La Cour s'est donc exprimée en ces termes (au paragraphe 3) :

L'étendue du recours doit donc s'en tenir à la réparation pécuniaire qu'Envoy demande dans sa plainte.

En conséquence, la Cour a annulé l'ordonnance du TCCE et a renvoyé l'affaire pour que le Tribunal fixe la

in accordance with the above reasons.

[9] The monetary relief requested by Envoy in its complaint comprised compensation for loss of profits, reimbursement of its bid preparation costs (including experts and lawyers) and the costs of preparing and proceeding with the complaint.

C. DECISION UNDER REVIEW

[10] After setting out the submissions of the parties, the CITT reiterated (at paragraph 24 of its reasons) the finding in its earlier determination (at paragraph 34) that “there had been a serious breach of evaluation procedures that prejudiced the integrity of the government procurement system as a whole”, factors that the CITT must consider under paragraphs 30.15(3)(a) and (c), and that “the remedy should reflect the seriousness of the impact of PWGSC’s breach.”

[11] In the decision now under review, the CITT noted (at paragraph 25) that this Court’s decision prevented it from recommending a remedy “that gives Envoy the benefit of the evaluation process that it expected when it prepared its three proposals”. Instead, the CITT stated that it would pursue “the alternative approach of trying to put Envoy into the same position in which it would have been if it had known how PWGSC was going to evaluate section 2.2.4.2”: at paragraph 26.

[12] The CITT concluded that, in view of the heavy weighting (75%) given to the technical aspects of the proposals, including section 2.2.4.2, Envoy would reasonably have taken this section very seriously, not knowing if the evaluation of it would make the difference between winning or losing the contracts. Further, the CITT held that, if Envoy had known that its bids would be compared by the evaluators in breach of the RFP, it would still have bid on the contracts, but would have avoided the appearance of inconsistency, either by structuring its proposals differently or submitting only one.

nouvelle mesure réparatrice conformément aux motifs susmentionnés.

[9] La réparation pécuniaire demandée par Envoy dans sa plainte comportait une indemnité pour perte de profits, le remboursement des frais liés à la préparation de ses propositions (experts et avocats compris), de même que les dépens liés à la préparation et à l’instruction de la plainte.

C. LA DÉCISION CONTESTÉE

[10] Après avoir exposé les observations des parties, le TCCE a réitéré (au paragraphe 24 de ses motifs) la conclusion qu’il avait tirée dans sa décision précédente (au paragraphe 34), à savoir « qu’il y avait eu une infraction grave des méthodes d’évaluation, laquelle avait porté préjudice à l’intégrité de la procédure de passation de marchés publics dans son ensemble », des facteurs dont le TCCE se doit de tenir compte aux termes des alinéas 30.15(3)a) et c), et que « la mesure corrective devrait refléter la gravité des conséquences de l’infraction de TPSGC ».

[11] Dans la décision contestée en l’espèce, le TCCE a fait remarquer (au paragraphe 25) que la décision de la présente Cour l’empêchait de recommander une mesure corrective « qui procure à Envoy l’avantage du processus d’évaluation auquel elle s’attendait au moment de préparer ses trois propositions ». Le TCCE a dit qu’il appliquerait plutôt « l’autre possibilité de démarche pour placer Envoy dans la position où elle se serait trouvée si elle avait su de quelle manière TPSGC évaluerait la section 2.2.4.2 » (au paragraphe 26).

[12] Le TCCE a conclu qu’au vu de la pondération élevée (75 %) accordée aux aspects techniques des propositions, y compris à la section 2.2.4.2, Envoy aurait raisonnablement tenu compte de cette section avec beaucoup de sérieux, ignorant si l’évaluation de cette dernière ferait la différence entre remporter les marchés ou les perdre. En outre, le TCCE a conclu que si Envoy avait su que les évaluateurs compareraient les soumissions d’une manière contraire aux clauses de la DDP, elle aurait quand même soumissionné mais elle aurait évité toute apparence d’incohérence, soit en structurant différemment ses propositions, soit en n’en présentant qu’une seule.

[13] The CITT summarized its decision as follows (at paragraph 30):

. . . given the seriousness of the breach of evaluation procedures, which deserves significant compensation, the Tribunal considers that an amount equal to 50 percent of Envoy's bid preparation costs is an appropriate amount of compensation.

Reasonable costs were to be determined after the parties had had an opportunity to file submissions with the CITT. Counsel for Envoy indicated at the hearing before us that his client estimated that it had spent a total of \$1.4 million on its bid preparation. In addition, the CITT awarded \$500 to Envoy for the costs of preparing for the reconsideration of the original decision.

D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[14] The remedial powers of the CITT relevant to this case are contained in section 30.15 of the CITT Act:

30.15 . . .

(2) Subject to the regulations, where the Tribunal determines that a complaint is valid, it may recommend such remedy as it considers appropriate, including any one or more of the following remedies:

- (a) that a new solicitation for the designated contract be issued;
- (b) that the bids be re-evaluated;
- (c) that the designated contract be terminated;
- (d) that the designated contract be awarded to the complainant; or
- (e) that the complainant be compensated by an amount specified by the Tribunal.

(3) The Tribunal shall, in recommending an appropriate remedy under subsection (2), consider all the circumstances relevant to the procurement of the goods or services to which the designated contract relates, including

- (a) the seriousness of any deficiency in the procurement process found by the Tribunal;
- (b) the degree to which the complainant and all other interested parties were prejudiced;

[13] Le TCCE a résumé comme suit sa décision (au paragraphe 30) :

[. . .] compte tenu de la gravité de l'infraction des méthodes d'évaluation, qui justifie une indemnisation importante, le Tribunal est d'avis qu'un montant égal à 50 p.100 des frais engagés par Envoy pour la préparation de sa soumission est le montant d'indemnisation qui s'impose.

Les frais raisonnables devaient être calculés après que les parties aient eu la possibilité de présenter leurs observations au TCCE. L'avocat d'Envoy a indiqué à l'audience tenue devant nous que sa cliente estimait avoir dépensé une somme totale de 1,4 million de dollars pour la préparation de ses propositions. En outre, le TCCE a accordé à Envoy la somme de 500 \$ pour les frais qu'elle avait engagés en prévision du réexamen de la décision originale.

D. LE CADRE LÉGISLATIF APPLICABLE

[14] Les pouvoirs de réparation dont dispose le TCCE en rapport avec la présente espèce sont énoncés à l'article 30.15 de la Loi sur le TCCE :

30.15 [. . .]

(2) Sous réserve des règlements, le Tribunal peut, lorsqu'il donne gain de cause au plaignant, recommander que soient prises des mesures correctives, notamment les suivantes :

- a) un nouvel appel d'offres;
- b) la réévaluation des soumissions présentées;
- c) la résiliation du contrat spécifique;
- d) l'attribution du contrat spécifique au plaignant;
- e) le versement d'une indemnité, dont il précise le montant, au plaignant.

(3) Dans sa décision, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché de fournitures ou services visé par le contrat spécifique, notamment des suivants :

- a) la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure des marchés publics;
- b) l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé;

(c) the degree to which the integrity and efficiency of the competitive procurement system was prejudiced;

(d) whether the parties acted in good faith; and

(e) the extent to which the contract was performed.

(4) Subject to the regulations, the Tribunal may award to the complainant the reasonable costs incurred by the complainant in preparing a response to the solicitation for the designated contract.

30.16 (1) Subject to the regulations, the Tribunal may award costs of, and incidental to, any proceedings before it in relation to a complaint on a final or interim basis and the costs may be fixed at a sum certain or may be taxed.

E. ISSUES AND ANALYSIS

1. Standard of review

[15] Questions of statutory interpretation not within the CITT's area of expertise are subject to judicial review on a standard of correctness: *Canada (Attorney General) v. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 F.C. 633 (C.A.), at paragraph 16. I shall assume for the purpose of this application that the CITT's interpretation of subsections 30.15(2) and (3) are reviewable on this standard.

[16] However, patent unreasonableness is the standard of review applicable to the CITT's findings of fact (*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27]) and to other matters within its expertise: see, for example, *Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2002] 1 F.C. 292 (C.A.), at paragraph 15.

[17] A specialist tribunal's exercise of a broad grant of remedial discretion falls directly within the area of its expertise: see *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at paragraph 58. In my opinion, this is also true of the CITT.

[18] It is trite that an applicant has a heavy burden to discharge in order to satisfy a reviewing court that the

c) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;

d) la bonne foi des parties;

e) le degré d'exécution du contrat.

(4) Le Tribunal peut, sous réserve des règlements, accorder au plaignant le remboursement des frais entraînés par la préparation d'une réponse à l'appel d'offres.

30.16 (1) Les frais relatifs à l'enquête—même provisionnels—sont, sous réserve des règlements, laissés à l'appréciation du Tribunal et peuvent être fixés ou taxés.

E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

1. La norme de contrôle

[15] Les questions d'interprétation des lois qui ne relèvent pas du champ de compétence du TCCE sont susceptibles d'un contrôle judiciaire; la norme est celle de la décision correcte : arrêt *Canada (Procureur général) c. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 C.F. 633 (C.A.), au paragraphe 16. Aux fins de la présente demande, je postulerais que cette norme s'applique à l'interprétation du TCCE quant aux paragraphes 30.15(2) et (3).

[16] Cependant, la décision manifestement déraisonnable est la norme de contrôle qui s'applique aux conclusions de fait que tire le TCCE (*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], alinéa 18.1(4)d)[édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27]) de même qu'aux autres questions qui relèvent de sa compétence : voir, par exemple, *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [2002] 1 C.F. 292 (C.A.), au paragraphe 15.

[17] L'exercice par le tribunal administratif spécialisé du large pouvoir discrétionnaire de réparation qui lui est conféré relève directement de son champ de compétence : voir l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, au paragraphe 58. À mon avis, cela vaut également pour le TCCE.

[18] Le droit est bien fixé : le demandeur qui veut convaincre le tribunal saisi de la demande de contrôle

decision of a specialist administrative tribunal is patently unreasonable. This standard of review, Iacobucci J. said in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 52, connotes an administrative decision “so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.”

2. Was the CITT’s decision patently unreasonable?

[19] Counsel for the Attorney General submitted that, because there was no causal connection between PWGSC’s “inconsequential” breach of the RFP and any loss suffered by Envoy, the recommendation of any compensation (other than the costs of the complaint) would represent a windfall to Envoy. Consequently, it was patently unreasonable for the CITT to recommend that PWGSC compensate Envoy for half of the substantial sum that it had spent on the preparation of its bids.

[20] The argument, in effect, is that, as a matter of law, the CITT could only award “compensation” under subsection 30.15(2) for any loss caused to Envoy by PWGSC when it failed to evaluate section 2.2.4.2 of its proposals in accordance with the RFP. Since, except for the modest cost of pursuing its complaint, Envoy had suffered no loss attributable to PWGSC’s breach, the CITT should not have recommended any compensation.

[21] I do not agree. Counsel’s argument assumes that, in recommending monetary relief, the CITT must determine the amount payable, if any, by reference to common-law principles applicable to the award of damages for breach of contract. However, this argument overlooks the fact that, like many other specialist tribunals, the CITT performs a regulatory role in the administrative process. In order that an agency may discharge the mandate entrusted to it in the public interest, reviewing courts should not assume that the legislature intended the agency under review to exercise its remedial powers on exactly the same bases as those

que la décision du tribunal administratif spécialisé est manifestement déraisonnable a un lourd fardeau. Selon cette norme de contrôle, a dit le juge Iacobucci dans l’arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, au paragraphe 52, il doit établir que la décision administrative « est à ce point viciée qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir ».

2. La décision du TCCE était-elle manifestement déraisonnable?

[19] L’avocat du procureur général a soutenu qu’étant donné l’absence de lien de causalité entre le manquement [TRADUCTION] « sans conséquence » de TPSGC à la DDP et la perte qu’Envoy est censée avoir subie, la recommandation d’accorder une indemnité quelconque (à part les dépens liés à la plainte) donnerait lieu à un profit inattendu pour Envoy. Il était donc manifestement déraisonnable que le TCCE recommande que TPSGC indemnise Envoy de la moitié de la somme considérable que celle-ci avait engagée dans le cadre de la préparation de ses propositions.

[20] En fin de compte, on fait valoir que, en droit, le TCCE ne pouvait pas accorder une « indemnité » en vertu du paragraphe 30.15(2) pour quelque perte que ce soit que TPSGC avait causée à Envoy en négligeant d’évaluer l’article 2.2.4.2 de ses propositions d’une manière conforme à la DDP. Étant donné qu’Envoy n’avait subi aucune perte en raison du manquement de TPSGC, à l’exception du coût minime du maintien de sa plainte, le TCCE n’aurait pas dû recommander quelque indemnité que ce soit.

[21] Je rejette cette prétention. L’argument du procureur général suppose qu’en recommandant une réparation pécuniaire, le TCCE doit fixer le montant à payer, si montant il y a, en se reportant aux principes de common law en matière de dommages-intérêts pour rupture de contrat. Cet argument fait toutefois abstraction du fait que le TCCE, à l’instar de nombreux autres tribunaux administratifs spécialisés, joue un rôle de réglementation dans le cadre du processus administratif. Pour que l’organisme puisse s’acquitter de la mission qui lui est confiée dans l’intérêt public, les tribunaux appelés à exercer le contrôle judiciaire ne

on which courts exercise analogous powers to resolve disputes governed exclusively by private law.

[22] Although performing essentially adjudicative functions when it inquires into complaints by disappointed bidders on government contracts that they were unfairly treated, the CITT must exercise its powers with a view to, among other things, maintaining potential bidders' confidence in the integrity of the procurement system. An erosion of confidence would have a detrimental impact on the competitiveness of bidding. Hence, it should not be assumed that the CITT's power to recommend compensation is exercisable exclusively on the basis of common-law principles.

[23] It is relevant in this context that Parliament used the generic word "compensated" in subsection 30.15(2), not the more distinctively legal term "damages." Nor did it specify that a complainant is only to be "compensated" for a loss caused to it by breaches of contract, or other improper conduct, by PWGSC.

[24] Further, Parliament directed the CITT, when recommending the appropriate relief listed in subsection 30.15(2), to take into consideration all the relevant circumstances, including the non-exhaustive list of considerations in subsection 30.15(3). In the present case, this Court had already determined that monetary relief was the appropriate remedy. Thus, when the matter was remitted to the CITT for a redetermination of the remedy, it only had to quantify the award.

[25] In quantifying the compensation, the CITT was engaged in recommending "an appropriate remedy under subsection 30.15(2)" and was thus obliged to consider the factors listed in subsection 30.15(3). The "appropriate remedy" as described in paragraph

doivent pas présumer que le législateur voulait que l'organisme faisant l'objet d'un contrôle exerce ses pouvoirs de réparation en se fondant sur les mêmes bases que celles sur lesquelles les tribunaux exercent des pouvoirs analogues pour régler des différends exclusivement régis par le droit privé.

[22] Bien qu'il exerce des fonctions de nature essentiellement juridictionnelle lorsqu'il fait enquête sur les plaintes de soumissionnaires de marchés publics dont la proposition n'a pas été retenue et qui disent avoir été traités inéquitablement, le TCCE doit exercer ses pouvoirs en vue de, notamment, préserver la confiance des soumissionnaires éventuels en l'intégrité du système de passation des marchés publics. La perte de confiance aurait un effet préjudiciable sur l'aspect concurrentiel du processus d'appel d'offres. Il ne faut donc pas postuler que le pouvoir qu'a le TCCE de recommander l'indemnisation ne peut être exercé qu'en fonction des principes de common law.

[23] Il est pertinent de noter à cet égard que le législateur a employé le terme générique « indemnité » au paragraphe 30.15(2), et non le terme « dommages-intérêts », qui a une connotation nettement plus juridique. Il n'a pas non plus précisé que le plaignant a droit seulement à une « indemnité » pour une perte due à une rupture de contrat, ou une autre conduite irrégulière, de la part de TPSGC.

[24] Par ailleurs, le législateur impose au TCCE, lorsque celui-ci recommande la mesure corrective appropriée qui figure au paragraphe 30.15(2), de tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris de ceux qui sont énumérés au paragraphe 30.15(3), cette liste n'étant pas exhaustive. En l'espèce, la Cour avait déjà décidé que la mesure corrective qui convenait était une réparation pécuniaire. Par conséquent, lorsque l'affaire a été renvoyée au TCCE pour réexamen de la mesure de réparation, il lui suffisait seulement de quantifier l'indemnité.

[25] En faisant ce calcul, le TCCE faisait par là une recommandation de mesure corrective en vertu du paragraphe 30.15(2) et était donc tenu de prendre en compte les facteurs énumérés au paragraphe 30.15(3). La mesure corrective indiquée définie à l'alinéa

30.15(2)(e) is that the complainant be compensated “by an amount specified by the [CITT].”

[26] The factors to be considered under subsection 30.15(3) bear little resemblance to the principles on which courts award damages for breach of contract, in the sense that, in recommending the appropriate remedy, the CITT must have regard, not only to the prejudice of the complainant, but also to systemic concerns.

[27] It is particularly evident from paragraph (c) of subsection 30.15(3) that the CITT must fashion its relief with a view to, among other things, ensuring that potential bidders are not deterred from incurring the non-recoverable costs of preparing bids in response to future RFPs. This paragraph requires the CITT to have regard to “the degree to which the integrity and efficiency of the competitive procurement system was prejudiced” by the deficiency in the procurement process.

[28] In my view, other factors, namely the seriousness of the deficiency (paragraph 30.15(3)(a)), prejudice to other interested parties (paragraph 30.15(3)(b)), and the good faith of the parties (paragraph 30.15(3)(d)), also indicate an approach to the recommendation of an appropriate remedy different from the principles motivating the choice of the appropriate relief at common law, including damages, for remedying a breach of contract. This is not to say, of course, that when a complainant alleges a loss of profit or opportunity the CITT should not also have regard to principles familiar in the private law of contract in order to quantify the compensation appropriate: see the CITT’s *Procurement Compensation Guidelines*, Revised (June 2001).

[29] Nor was Envy altogether unscathed by the erroneous evaluation. It had invested its resources in preparing bids in reliance on the RFP, and had the reasonable expectation that they would be evaluated in accordance with the terms of the RFP. It was denied this expectation as a result of PWGSC’s error and this Court’s decision that the CITT’s recommendation of a

30.15(2)e) veut que le plaignant obtienne une indemnité « dont il [le TCCE] précise le montant ».

[26] Les facteurs qui sont énumérés au paragraphe 30.15(3) et dont il faut tenir compte sont assez éloignés des principes selon lesquels les tribunaux accordent des dommages-intérêts pour rupture de contrat, en ce sens que le TCCE, lorsqu’il recommande la mesure corrective indiquée, doit tenir compte non seulement du préjudice causé au plaignant, mais aussi de considérations systémiques.

[27] Il ressort très clairement de l’alinéa 30.15(3)c) que le TCCE doit fixer la mesure corrective de façon à, notamment, s’assurer que l’on ne dissuade pas les soumissionnaires éventuels d’engager dorénavant les frais non recouvrables relatifs à la préparation de propositions. Cet alinéa impose au TCCE de tenir compte de « l’ampleur du préjudice causé à l’intégrité ou à l’efficacité du mécanisme d’adjudication » par les irrégularités constatées dans la procédure de passation des marchés publics.

[28] À mon avis, d’autres facteurs, à savoir la gravité des irrégularités (alinéa 30.15(3)a)), l’ampleur du préjudice causé à tout autre intéressé (alinéa 30.15(3)b)) et la bonne foi des parties (alinéa 30.15(3)d)), indiquent aussi que la manière de recommander la mesure corrective appropriée diffère des principes qui motivent le choix de la mesure réparatrice indiquée en common law, y compris des dommages-intérêts, dans le cas de rupture de contrat. Bien sûr, cela ne veut pas dire que lorsque le plaignant allègue une perte de profits ou un manque à gagner, le TCCE ne doit pas tenir compte aussi des principes bien connus du droit privé en matière de contrats en vue de quantifier l’indemnité qui convient : voir les *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public*, révisé (juin 2001) du TCCE.

[29] L’évaluation erronée a tout de même causé à Envy quelques égratignures. Elle avait investi ses ressources dans la préparation des propositions en se fiant à la DDP, et elle s’attendait raisonnablement à ce que ces dernières soient évaluées de manière conforme aux clauses de la DDP. L’erreur de TPSGC, de même que la décision de la Cour, à savoir que la

re-evaluation of section 2.2.4.2 in all bidders' proposals was not appropriate. That the loss of this expectation would not be compensable in damages at common law does not necessarily mean that the CITT cannot recommend that Envoy be compensated. In the exercise of its remedial powers, the CITT requires flexibility to enable it to respond to the particular problem before it.

[30] Counsel submitted that the CITT's decision cannot be supported on the basis of the statutory criteria. In particular, he said, given that the deficiency in the procurement process was unrelated to Envoy's failure to win the contracts, there was no basis in the evidence for the CITT's conclusion that the deficiency was "serious" for the purpose of paragraph 30.15(3)(b).

[31] I disagree. While its reasons are not very full, the CITT maintained since its original decision that the breach of the evaluation procedure in this case was serious. It noted in its earlier decision (at paragraph 34) that the breach was potentially capable of affecting the award of the contracts: the wrongly evaluated section represented 8% of the total points, a percentage which, in other situations, could well determine the outcome of a competition. Moreover, the error occurred at the core of the evaluation process.

[32] In other words, PWGSC's failure to comply with the RFP was the kind of error which, if left substantially uncompensated, might reasonably be regarded as deterring bidders from responding to future RFPs. As the CITT concluded in its earlier decision (at paragraph 34), the error identified in the evaluation process "prejudices the integrity of government procurement as a whole." In my opinion, the fact that Envoy may not, in fact, have lost the contracts because of the breach does not necessarily make it patently unreasonable for the CITT to have concluded that the breach was serious.

[33] Nor, in the circumstances of this case, am I persuaded that it was patently unreasonable for the

recommandation du TCCE de réévaluer l'article 2.2.4.2 dans les propositions de tous les soumissionnaires n'était pas appropriée, ont trahi cette attente. Le fait que la perte de cette chance ne soit pas indemnisable en dommages-intérêts en common law ne veut pas forcément dire que le TCCE ne peut pas recommander qu'Envoy soit indemnisée. Dans l'exercice de ses pouvoirs de réparation, le TCCE a besoin de souplesse s'il veut pouvoir répondre au problème particulier qui lui est soumis.

[30] On fait valoir que les critères législatifs n'étaient pas la décision du TCCE. En particulier, dit-on, vu l'absence de lien entre les irrégularités dans la procédure de passation des marchés publics et le fait qu'Envoy n'a pas emporté les marchés, rien dans la preuve ne confirmait la conclusion du TCCE selon laquelle les irrégularités étaient « graves » au sens de l'alinéa 30.15(3)(b).

[31] Je rejette cette prétention. Les motifs du TCCE ne sont pas très étoffés, mais depuis sa décision originale ce dernier a maintenu que, dans la présente affaire, l'« entorse » à la procédure d'évaluation était grave. Il a signalé dans sa décision antérieure (au paragraphe 34) que cette entorse avait peut-être influé sur l'adjudication des contrats : la section mal évaluée constituait 8 % du pointage total, un pourcentage qui, en d'autres circonstances, pouvait fort bien être décisif quant à l'issue du concours. Par ailleurs, l'erreur était survenue au cœur même des méthodes d'évaluation.

[32] Autrement dit, le fait que TPSGC ne se soit pas conformé à la DDP constituait le genre d'erreur qui devait donner lieu à une indemnisation importante, faute de quoi cela dissuaderait les soumissionnaires de répondre à des DDP ultérieures. Comme l'a conclu le TCCE dans sa décision antérieure (au paragraphe 34), l'erreur constatée dans la méthode d'évaluation « porte préjudice à l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics dans son ensemble ». À mon avis, le fait qu'Envoy n'a peut-être pas perdu les marchés à cause de l'entorse commise ne veut pas nécessairement dire qu'il était manifestement déraisonnable que le TCCE ait conclu que l'entorse était grave.

[33] Dans les circonstances, je ne suis pas convaincu non plus qu'il était manifestement déraisonnable que le

CITT, when considering if it was appropriate to recommend the reimbursement of all or part of the bid preparation expense, to ask itself whether Envoy would have submitted a bid if it had known that the error was going to occur.

[34] On the other hand, I do not accept the submission of Envoy that, when this Court remitted the matter to the CITT on the basis that the remedy must be limited to “the monetary relief sought by Envoy” (at paragraph 3), it was thereby directing the CITT to recommend a monetary award over and beyond the costs incurred by Envoy in making the complaint. The amount of any monetary award was not at issue before the Court at that time: rather, the question was whether bid re-evaluation was an appropriate remedy.

[35] Finally, I note that subsection 30.15(4) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] confers a power on the CITT to award, and not merely to recommend, the reasonable costs incurred by a complainant in the preparation of its response to an RFP. In exercising this power, the CITT is not required to consider the list of factors in subsection 30.15(3). This power has been used in the past by the CITT to award bid preparation costs to a successful complainant when the procurement has been cancelled and the contract re-tendered: David M. Attwater, *Procurement Review: A Practitioner’s Guide*, looseleaf (Scarborough, Ont.: Carswell, 2001), section 2.27.1.

[36] For reasons not apparent to me, the CITT did not base its decision in this case on subsection 30.15(4). Nonetheless, the presence of this specific yet unstructured discretion in the CITT’s remedial arsenal supports me in my conclusion that it was not patently unreasonable or otherwise erroneous in law for it to determine that partial reimbursement of Envoy’s bid preparation costs was an appropriate remedy in the particular and, to date, unique circumstances of this case.

TCCE, en examinant s’il convenait de recommander le remboursement de la totalité ou d’une partie des dépenses liées à la préparation des propositions, se poser la question de savoir si Envoy aurait présenté une proposition si elle avait su que l’erreur allait se produire.

[34] Par contre, je ne souscris pas à l’argument d’Envoy voulant que lorsque la Cour a renvoyé l’affaire au TCCE en précisant que la mesure corrective (« le recours ») s’en tienne « à la réparation pécuniaire qu’Envoy demande dans sa plainte » (au paragraphe 3), elle a ainsi imposé au TCCE de recommander une indemnité pécuniaire excédant les frais qu’Envoy avait engagés en déposant sa plainte. À ce moment-là, la Cour n’avait pas à se prononcer sur une indemnité pécuniaire quelconque; la question consistait plutôt à savoir si la réévaluation des propositions constituait la mesure corrective indiquée.

[35] Enfin, je remarque que le paragraphe 30.15(4) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] confère au TCCE le pouvoir d’accorder—et non de recommander simplement—le remboursement des frais raisonnables qu’engage le plaignant en préparant sa réponse à une DDP. Lorsqu’il exerce ce pouvoir, le TCCE n’est pas tenu de tenir compte de la liste des facteurs énumérés au paragraphe 30.15(3). Le TCCE s’est déjà prévalu de ce pouvoir par le passé pour accorder le remboursement des frais liés à la préparation d’une proposition au plaignant qui avait obtenu gain de cause après annulation du marché en question et reprise du processus d’appel d’offres : David M. Attwater, *Procurement Review : A Practitioner’s Guide*, édition à feuilles mobiles (Scarborough, Ont. : Carswell, 2001), section 2.27.1.

[36] Pour des raisons non évidentes à mes yeux, le TCCE ne s’est pas appuyé, pour rendre sa décision dans cette affaire sur le paragraphe 30.15(4). Quoi qu’il en soit, l’existence de ce pouvoir discrétionnaire spécifique mais non encore organisé dans l’arsenal des mesures correctives dont dispose le TCCE me conforte dans ma conclusion qu’il n’était pas manifestement déraisonnable ou, par ailleurs, erroné en droit de statuer que le remboursement partiel des frais engagés par Envoy pour la préparation de ses soumissions était une mesure corrective appropriée dans les circonstances particulières et, à ce jour, uniques de l’affaire.

F. CONCLUSION

[37] For these reasons, I would dismiss the application for judicial review with costs.

RICHARD C.J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

RYER J.A. (dissenting):

Introduction

[38] This judicial review deals with the complaint provisions of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 (the CITT Act) that relate to the procurement process with respect to contracts for the supply of goods or services that have been or will be awarded by certain government institutions. The relevant provisions of the CITT Act are reproduced in Appendix "A". Unless otherwise indicated, all statutory references in these reasons are to the corresponding provisions of the CITT Act.

[39] I have had the benefit of reviewing the reasons of Evans J.A. and with respect, I have come to a different conclusion. For the reasons that follow, it is my view that Envoy should only be awarded costs in the amount of \$500.

[40] The description of the history of Envoy's complaint before the Tribunal and this Court has been well summarized in the reasons of Evans J.A.

[41] It is important to note that the subject-matter of a complaint pursuant to subsection 30.11(1), such as the complaint made by Envoy in the present circumstances, is inherently contractual in that the complaint must concern aspects of the procurement process that relate to "designated contracts", as defined in section 30.1 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44]. There is no issue as to whether the underlying contracts fell in this case

F. CONCLUSION

[37] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire avec dépens.

LE JUGE EN CHEF RICHARD : Je souscris aux présents motifs.

* * *

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

LE JUGE RYER, J.C.A. (dissident) :

Introduction

[38] Le présente procédure de contrôle judiciaire a trait aux dispositions visant les plaintes de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47 (la Loi sur le TCCE) qui se rapportent à la procédure de passation de marchés publics de fournitures ou de services qui ont été ou seront accordés par certaines institutions gouvernementales. Les dispositions applicables de la Loi sur le TCCE sont reproduites ci-après à l'annexe « A ». Sauf indication contraire, toutes les dispositions législatives mentionnés dans les présents motifs sont tirées de cette Loi.

[39] J'ai lu avec intérêt les motifs du juge Evans et, ceci dit avec tout le respect que je lui dois, je suis arrivé à une conclusion différente. Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis qu'il ne convient d'accorder à Envoy que des frais de 500 \$.

[40] Dans ses motifs, le juge Evans a bien résumé l'historique de la plainte d'Envoy devant le Tribunal et la présente Cour.

[41] Il est important de signaler que l'objet de la plainte déposée en vertu du paragraphe 30.11(1), comme celle d'Envoy dans les circonstances de l'espèce, est de nature essentiellement contractuelle en ce sens que la plainte en question doit porter sur des aspects de la procédure de passation de marchés publics qui se rapportent à un « contrat spécifique », une expression définie à l'article 30.1 [édicé par L.C. 1993,

within that definition. If they did not, the complaint could not have been considered by the Tribunal.

[42] As a general proposition, when the Tribunal has made a determination, pursuant to subsection 30.15(2), that a complaint is valid and decides to recommend a remedy, subsection 30.15(3) obligates the Tribunal, in recommending an appropriate remedy pursuant to subsection 30.15(2), to consider all of the circumstances relevant to the procurement that gave rise to the complaint, including those matters discussed under paragraphs 30.15(3)(a) to (e).

[43] In my view, this Court determined the type of remedy that the Tribunal was permitted to grant to Envoy when it stated, in *Canada (Attorney General) v. Envoy Relocation Services*, 2006 FCA 13 (*Envoy 2006*), that [at paragraph 3] “the remedy must be limited to the monetary relief sought by Envoy in its complaint.” Accordingly, I disagree with Evans J.A. when he states that in making the decision that is the subject of this application for judicial review the Tribunal was still engaged in recommending an appropriate remedy for the purposes of subsection 30.15(2). It follows, in my view, that because the “appropriate remedy” had already been determined, no further consideration of subsection 30.15(3) was warranted.

[44] The remedy of compensation is contained in paragraph 30.15(2)(e). Evans J.A. appears to agree that paragraph 30.15(2)(e) is applicable to the circumstances under review. However, we appear to disagree as to how the amount of compensation is to be determined.

[45] With respect, I do not agree with Evans J.A. when he states that the term “compensated,” as used in relation to paragraph 30.15(2)(e), is a generic word. In my view, compensated means given compensation and compensation is a term with an established legal meaning. The principles of compensation are well understood in the law relating to damages for breach of contract. In my view, it is appropriate to have general reliance on those principles, since, after all, the

ch. 44, art. 44]. Nul ne conteste qu’en l’espèce les marchés sous-jacents correspondent à cette définition. Sans cela, le Tribunal n’aurait pas pu examiner la plainte.

[42] En règle générale, lorsque le Tribunal, aux termes du paragraphe 30.15(2), donne gain de cause au plaignant et qu’il recommande la prise de mesures correctives, le paragraphe 30.15(3) l’oblige à tenir compte de tous les facteurs intervenant dans le marché qui a donné lieu à la plainte, y compris les facteurs énumérés aux alinéas 30.15(3)a) à e).

[43] À mon avis, la Cour a fixé le genre de mesures correctives que le Tribunal pouvait accorder à Envoy quant elle a déclaré, dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Envoy Relocation Services*, 2006 CAF 13 (*Envoy 2006*), que [au paragraphe 3] « [l’]étendue du recours doit donc s’en tenir à la réparation pécuniaire qu’Envoy demande dans sa plainte ». Je ne suis donc pas d’accord avec le juge Evans lorsqu’il dit qu’en rendant la décision visée par la présente demande de contrôle judiciaire, le Tribunal ne faisait toujours que « recommander que soient prises des mesures correctives » pour l’application du paragraphe 30.15(2). Il s’ensuit selon moi qu’étant donné que les « mesures correctives » avaient déjà été fixées, il n’était plus justifié de prendre en considération le paragraphe 30.15(3).

[44] L’indemnisation figure dans l’alinéa 30.15(2)e). Le juge Evans semble convenir que cette disposition s’applique en l’espèce, mais nous ne semblons toutefois pas nous entendre sur le mode de fixation du montant de l’indemnisation.

[45] En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec le juge Evans lorsqu’il indique que le terme « indemnité », dans l’alinéa 30.15(2)e), est de nature générique. Selon moi, l’« indemnité » résulte de l’« indemnisation », et « indemnisation » est un terme qui a un sens juridique établi. Les principes juridiques d’« indemnisation » sont bien établis en matière de droit relatif aux dommages-intérêts pour rupture de contrat. Je suis d’avis qu’il convient de se fonder sur ces principes

procurement process that underlies the complaint in issue is essentially contractual in nature and the complaint at issue relates to “designated contracts.”

[46] Paragraph 1.2 of the Canadian International Trade Tribunal’s *Procurement Compensation Guidelines*, Revised (June 2001) (the “Compensation Guidelines”), which have been adopted by the Tribunal, states that where the Tribunal has decided to recommend the payment of compensation, neither the CITT Act nor the regulations thereunder provide guidance as to how the precise amount of compensation is to be determined. For that reason, the Tribunal adopted the Compensation Guidelines to inform parties as to the principles that it will adopt in making an award of compensation. While not so stated, the Compensation Guidelines adopt a number of long-standing principles of law that have been developed in the area of contractual damages. Notably absent from the Compensation Guidelines is any indication that the provisions of subsection 30.15(3) are to be relied upon in the determination of the amount of any award of compensation.

[47] While the Compensation Guidelines are not binding upon this Court, in my view, they are a useful tool in the determination of the proper interpretation of the term compensation for the purposes of paragraph 30.15(2)(e), which is the essential issue to be determined in this application for judicial review.

Standard of Review

[48] Although Evans J.A. agrees that the construction of subsections 30.15(2) and (3) is reviewable on a correctness standard, he indicates that at issue in this case is a specialist tribunal’s exercise of a broad grant of remedial discretion. He consequently finds that the decision of the Tribunal should be reviewed on a standard of patent unreasonableness.

[49] In my view, the issue in this appeal is the legal characterization of the amount that can be provided

de façon générale car, après tout, la procédure de passation de marchés publics qui est à l’origine de la plainte en litige est essentiellement de nature contractuelle, et cette plainte est liée à un « contrat spécifique ».

[46] Selon le paragraphe 1.2 des *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public*, révisé (juin 2001) du Tribunal canadien du commerce extérieur (les Lignes directrices sur les indemnités), que le Tribunal a adoptées, lorsque celui-ci a décidé de recommander le versement d’une indemnité, ni la Loi sur le TCCE ni son règlement d’application ne lui indiquent de quelle façon en fixer le montant précis. Le Tribunal a donc adopté les Lignes directrices sur les indemnités afin d’informer les parties des principes dont il tiendrait compte pour accorder l’indemnité. Bien qu’elles ne le disent pas de cette manière, les Lignes directrices sur les indemnités reprennent un certain nombre de principes juridiques bien établis qui ont été construits en matière de dommages-intérêts dans les causes contractuelles. Dans les Lignes directrices sur les indemnités, absolument rien n’indique qu’il faut se fonder sur les dispositions du paragraphe 30.15(3) pour fixer le montant d’une indemnité quelconque.

[47] Les Lignes directrices sur les indemnités ne lient pas la présente Cour, mais il s’agit selon moi d’un instrument utile pour déterminer la juste façon d’interpréter le terme « indemnité » au regard de l’alinéa 30.15(2)e); telle est la question centrale que la Cour est appelée à trancher dans la présente procédure de contrôle judiciaire.

La norme de contrôle

[48] Le juge Evans convient que, en ce qui concerne l’interprétation des paragraphes 30.15(2) et (3) la norme de la décision correcte est applicable, mais il signale que la question en litige en l’espèce a trait à l’exercice, par un tribunal administratif spécialisé, d’un vaste pouvoir discrétionnaire en matière de mesures réparatrices. Il conclut donc que la décision du Tribunal doit être contrôlée selon la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[49] À mon avis, la question en litige dans le présent appel est la qualification juridique du montant qui peut

under paragraph 30.15(2)(e) to a complainant whose complaint has been found to be valid. This preliminary determination is an extricable question of law that is neither scientific, nor technical and is intrinsic to the general law of remedies. This determination does not fall within the specialized expertise of the Tribunal and is one that has traditionally fallen within the province of the courts. Consequently, in my view, this determination is reviewable on the standard of correctness (*Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, at paragraph 33).

Analysis

[50] It is trite law that statutory interpretation should be done according to the approach adopted by the Supreme Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 [at paragraph 21], namely that:

... the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[51] Paragraph 30.15(2)(e) provides the remedy of compensation to a complainant whose complaint has been found to be valid. In paragraph 23 of his reasons, Evans J.A. states:

It is relevant in this context that Parliament used the generic word “compensated” in subsection 30.15(2), not the more distinctively legal term “damages.” Nor did it specify that a complainant is only to be “compensated” for a loss caused to it by breaches of contract, or other improper conduct, by PWGSC.

With respect, the suggested interpretation of the term “compensation” ignores the well established meaning of that term at common law. *Black’s Law Dictionary* [7th edition, St. Paul, Minn.: West 1999] defines “compensation” as follows :

2. Payment of damages, or any other act that a court orders to be done by a person who has caused injury to another and must therefore make the other whole.

It is clear from this definition that an amount will not constitute a payment of compensation unless the amount

être accordé en vertu de l’alinéa 30.15(2)e) au plaignant qui obtient gain de cause. Cette décision préliminaire est une question de droit tout à fait distincte qui n’est ni scientifique, ni technique et qui relève simplement du droit général des mesures réparatrices. Cette décision ne relève pas du champ de compétence spécialisé du Tribunal, mais habituellement de celui des tribunaux. C’est donc dire, selon moi, que cette décision est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 33).

Analyse

[50] Le droit est bien fixé : en matière d’interprétation des lois, il faut suivre l’approche que la Cour suprême a exposée dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 [au paragraphe 21] :

[...] il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[51] L’alinéa 30.15(2)e) prévoit le versement d’une indemnité au plaignant à qui le Tribunal donne gain de cause. Au paragraphe 23 de ses motifs, le juge Evans a fait les observations suivantes :

Il est pertinent de noter à cet égard que le législateur a employé le terme générique « indemnité » au paragraphe 30.15(2), et non le terme « dommages-intérêts », qui a une connotation nettement plus juridique. Il n’est pas non plus précisé que le plaignant a droit seulement à une « indemnité » pour une perte due à une rupture de contrat, ou une autre conduite irrégulière, de la part de TPSGC.

En toute déférence, l’interprétation proposée du terme « indemnité » fait abstraction du sens bien établi qu’a ce mot en common law. Le *Black’s Law Dictionary* [7^e éd., St-Paul, Minn. : West, 1999] définit le mot « indemnisation » (en anglais : *compensation*) comme suit :

[TRADUCTION] 2. Paiement de dommages-intérêts ou toute autre mesure qu’un tribunal ordonne de faire à une personne ayant causé préjudice à autrui. En principe, l’indemnisation dédommage pleinement la victime.

Il ressort clairement de cette définition que le montant ne constitue une indemnisation que s’il peut être montré

can be shown to have been made by the payor to the payee to make the payee whole in relation to an injury that the payor caused the payee to suffer.

[52] This interpretation of the term compensation is consistent with the approach that would be taken by a court where damages were determined to be the appropriate remedy for a breach of contract at common law. (See Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. (Toronto: Canada Law Book, 1991).) This interpretation is also consistent with the Compensation Guidelines, in particular paragraphs 3.1.2 and 3.2.2, which read as follows:

3.1.2 In determining the amount of compensation to recommend, the Tribunal will attempt, insofar as is appropriate in the circumstances and bearing in mind any other relief that it recommended, to place the complainant in the position in which it would have been, but for the government's breaches.

...

3.2.2. Remoteness of Damages-A complainant may not receive compensation for a loss that is considered too remote by the Tribunal. A breach may cause the complainant to lose some anticipated gain which is not the immediate result of the breach and which arises from a separate transaction. In general, a loss may be considered too remote where it does not flow naturally from the government's breach or breaches or where the government could not reasonably have been expected to know that a loss of that kind would be suffered by the complainant in the event of the government's breach of its obligations.

Although not binding or determinative in and of themselves, the Compensation Guidelines form part of the legal context in which the subsection operates and therefore are an important factor to consider. In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, Dickson J. [as he then was] of the Supreme Court of Canada stated, at page 37:

Administrative policy and interpretation are not determinative but are entitled to weight and can be an "important factor" in case of doubt about the meaning of legislation.

[53] The case law also supports an interpretation of subsection 30.15(2)(e) that adopts the common-law

qu'il a été versé par le payeur au bénéficiaire dans le but de dédommager pleinement ce dernier du préjudice que le payeur lui a causé.

[52] Cette interprétation du terme « indemnisation » cadre avec l'approche que suit le tribunal qui décide que des dommages-intérêts constituent la réparation appropriée pour une rupture de contrat en common law. (Voir Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2^e éd. (Toronto : Canada Law Book, 1991).) Cette interprétation concorde également avec les Lignes directrices sur les indemnités, et plus particulièrement les paragraphes 3.1.2 et 3.2.2, dont voici le texte :

3.1.2 Pour déterminer le montant de l'indemnité à recommander, le Tribunal tentera, dans la mesure qu'il estime indiqué dans les circonstances et compte tenu de toute autre mesure corrective qu'il a recommandée, de placer la partie plaignante dans la position où cette dernière se serait trouvée, n'eût été l'infraction du gouvernement.

[. . .]

3.2.2 Caractère lointain des dommages-intérêts- Aucune indemnité n'est accordée à la partie plaignante relativement à une perte que le Tribunal estime trop lointaine. Une infraction peut causer à la partie plaignante une perte d'un gain prévu qui ne découle pas de façon immédiate de l'infraction et qui se rattache à une transaction distincte. D'une façon générale, une perte peut être considérée comme trop lointaine lorsqu'elle ne découle pas naturellement d'une infraction du gouvernement ou lorsque le gouvernement ne pouvait raisonnablement pas savoir que l'infraction causerait une telle perte à la partie plaignante.

Bien qu'elles ne soient pas contraignantes ou décisives en soi, les Lignes directrices sur les indemnités font partie du cadre juridique de la disposition et elles constituent donc un important facteur dont il faut tenir compte. Dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, le juge Dickson [tel était alors son titre] de la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit, à la page 37 :

Les politiques et l'interprétation administratives ne sont pas déterminantes, mais elles ont une certaine valeur et, en cas de doute sur le sens de la législation, elles peuvent être un « facteur important ».

[53] La jurisprudence va aussi dans le sens d'une interprétation de l'alinéa 30.15(2)(e) qui correspond aux

principles with respect to the determination of compensation. The application of the common-law principles for remedying a breach of contract can be found throughout the Tribunal's jurisprudence. For example, the following passage from *Conair Aviation, A division of Conair Aviation Ltd. (Re)*, [1997] C.I.T.T. No. 8 (QL), is often included in the Tribunal's reasons for judgment [at paragraph 10]:

In considering what principles should guide the Tribunal in assessing compensation, reference will be made to those which govern the assessment of damages in the common law. It is evident that damages may be assessed in cases involving tenders, which of course parallel the procurement process at issue in this case.

(See also, *Mechron Energy Ltd. (Re)*, [1995] C.I.T.C. No. 59 (QL) and *Spacesaver Corp. (Re)*, [1999] No. 32 (QL) C.I.T.T.

[54] Further, in *Cougar Aviation Ltd v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 26 Admin. L.R. (3d) (F.C.A.), a decision of this Court in an application for judicial review of a decision of the Tribunal, Evans J.A. stated, at paragraph 27 of the decision, that the tendering process for federal government procurement contracts remains in part governed by the private law of contract. At paragraph 42 of that decision, he states the following :

In my opinion, therefore, there is nothing in the nature of the decision-making context to exclude the normal requirement of the common law that those to whom the duty of fairness applies must avoid conduct that gives rise to a reasonable apprehension of bias. And, since the text of the Agreement is capable of being interpreted in a manner consistent with the common law, it should be so construed.

[55] In my view, this reasoning is as applicable to the issue under consideration namely, the appropriate interpretation of the term compensation, as it was in relation to the application of the common-law duty of fairness in *Cougar Aviation*. While the Tribunal may well perform a regulatory role in the overall

principes de la common law qui régissent la fixation de l'indemnité. L'application des principes de common law concernant l'octroi d'une réparation pour rupture de contrat se retrouve dans toute la jurisprudence du Tribunal. Par exemple, le passage suivant, extrait de *Conair Aviation, A division of Conair Aviation Ltd. (Re)*, [1997] T.C.C.E. n° 8 (QL), est souvent repris par le Tribunal dans ses motifs de jugement [au paragraphe 10] :

En se demandant selon quels principes le montant du dédommagement devrait être établi, le Tribunal a décidé d'invoquer ceux qui régissent l'évaluation des dommages-intérêts dans la common law. Il est évident que des dommages peuvent être évalués dans des causes portant sur des appels d'offres, auxquels ressemblent bien entendu les procédures de passation des marchés publics en question dans la présente affaire.

(Voir aussi les décisions *Société d'énergie Mechron Ltée (Re)*, [1995] T.C.C.E. n° 59 (QL), et *Spacesaver Corp. (Re)*, [1999] T.C.C.E. n° 32 (QL).)

[54] En outre, dans la décision *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 1946 (C.A.) (QL), une décision rendue par la Cour concernant une demande de contrôle judiciaire consécutive à une décision du Tribunal, le juge Evans a dit, au paragraphe 27 de cette décision, que la procédure d'adjudication des marchés publics du gouvernement fédéral demeure en grande partie régie par le droit privé des contrats. Au paragraphe 42 de cette même décision, il a fait les observations suivantes :

J'estime donc qu'il n'y a rien dans la nature du contexte décisionnel qui justifie d'exclure l'obligation habituelle de la common law suivant laquelle ceux à qui s'appliquent l'obligation d'agir avec équité doivent éviter tout comportement qui suscite une crainte raisonnable de partialité. Et, comme le texte de l'Accord se prête à une interprétation qui est compatible avec la common law, c'est cette interprétation qui devrait être retenue.

[55] Je suis d'avis que ce raisonnement s'applique autant à la question qui est en jeu en l'espèce, c'est-à-dire l'interprétation appropriée du terme « indemnité », qu'en rapport avec l'application de l'obligation d'équité en common law dont il était question dans l'arrêt *Cougar Aviation*. Il se peut fort

procurement process, there is nothing in paragraph 30.15(2)(e) that suggests that the Tribunal has the power to go beyond the provision of the remedy of compensation, as understood in the context of its well-understood meaning at common law. Moreover, because the term compensation, the remedy provided by paragraph 30.15(2)(e), is capable of being interpreted in a manner consistent with the common law, as Evans J.A. points out in *Cougar Aviation*, it should be so construed. Accordingly, it would be a reviewable error on the part of the Tribunal to order the payment of an amount as compensation, pursuant to paragraph 30.15(2)(e), unless all of the common-law elements of that term were present. In particular, it would be an error to order a party to pay the amount to a complainant for something other than an actual injury caused by that party to the complainant.

[56] In *Envoy 2006*, this Court held that while PWGSC had breached one of its obligations in the procurement process, the breach could not possibly have affected the outcome of the bidding process. In other words, the breach by PWGSC did not cause Envoy to lose the contracts that it sought. As a result of its failure to obtain those contracts Envoy, like all the other unsuccessful bidders, was left with nothing to show for the bid costs that it had incurred. However, the award by the Tribunal of half of those bid costs, resulted in Envoy being in a better position than it would have been in if the breach by PWGSC had not occurred. Accordingly, this award went beyond the provision of compensation and was therefore beyond the power of the Tribunal.

[57] The decision of the Supreme Court in *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, is supportive of my conclusion. In that case, the Court held that even though the particular government department, in the course of a tendering process, had breached its duty to treat all bidders fairly, the unsuccessful bidder, Martel, was not entitled to damages. At paragraph 102, the Court stated:

bien que le Tribunal joue un rôle de réglementation dans la procédure générale de passation de marchés publics, mais il n'y a rien à l'alinéa 30.15(2)e) qui donne à penser que le Tribunal a le pouvoir de faire plus qu'accorder une réparation sous forme d'indemnisation, telle qu'on la conçoit dans le contexte de son sens bien reconnu en common law. En outre, comme le terme « indemnité »—la réparation prévue à l'alinéa 30.15(2)e)—est susceptible d'être interprété d'une manière conforme à la common law, ainsi que le signale le juge Evans dans l'arrêt *Cougar Aviation*, c'est de cette façon qu'il convient de l'interpréter. Le Tribunal commettrait donc une erreur susceptible de contrôle en ordonnant le paiement d'une somme à titre d'indemnité, aux termes de l'alinéa 30.15(2)e), à moins que tous les éléments de common law que comporte ce terme ne soient présents. En particulier, il serait erroné d'ordonner à une partie de payer un montant au plaignant pour quelque chose d'autre que le préjudice réel que cette partie lui cause.

[56] Dans l'arrêt *Envoy 2006*, la présente Cour a dit que TPSGC avait manqué à l'une de ses obligations dans la procédure de passation de marchés publics, mais que ce manquement n'avait pas pu avoir d'incidence sur l'issue de la procédure d'appel d'offres. Autrement dit, ce n'est pas à cause du manquement de TPSGC qu'Envoy a perdu les contrats qu'elle briguait. N'étant pas parvenue à décrocher ces contrats, Envoy, à l'instar de tous les autres soumissionnaires non retenus, n'a rien obtenu en échange des frais qu'elle avait engagés en préparant les propositions. Cependant, par suite de l'attribution, par le Tribunal, de la moitié des frais liés à ces propositions, Envoy s'est retrouvée dans une situation meilleure que si le manquement de TPSGC n'avait pas eu lieu. En conséquence, cette attribution allait au-delà du versement d'une indemnité et excédait donc le pouvoir du Tribunal.

[57] La décision que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, va dans le sens de ma conclusion. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que même si le ministère en question, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, avait manqué à son obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires, le soumissionnaire non retenu—Martel—n'avait pas droit à des

To be recoverable, a loss must be caused by the contractual breach in question. As noted above, the only breach of Contract A is limited to the addition of the security system costs to Martel's bid. However, we conclude that damages for this breach of Contract A are precluded for want of causation. We also find that the Department's breach did not cause Martel to lose a reasonable expectation of receiving Contract B. Even if the costs for a security system were deducted from Martel's bid (or also added to the Standard Life bid), the difference between the two bids would remain significant.

It will be recalled that the Tribunal, in *Conair Aviation*, concluded that tendering cases were similar and relevant to procurement cases that came before the Tribunal (see paragraph 53).

[58] A conclusion similar to *Martel* was reached more recently by Sharlow J.A. in *Med-Emerg International Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)* (2006), 348 N.R. 55 (F.C.A.), which was also a judicial review of a decision of the Tribunal. In that case, the Tribunal found that PWGSC had breached an obligation relating to the procurement process. However, the Tribunal did not grant the complainant a remedy because it concluded that the complainant would not have been able to overcome the successful bidder in any event and therefore would not have been awarded the contract.

[59] Of particular note are the comments of Sharlow J.A. with respect to the alternative remedies that were claimed in *Med-Emerg*, namely, lost profits and bid preparation costs, which are the remedies that are presently under consideration. At paragraph 29 of her reasons, Sharlow J.A. stated that:

... given the CITT's determination that Med-Emerg was not prejudiced by any of the errors in the procurement process,

dommages-intérêts. Au paragraphe 102, la Cour a déclaré ce qui suit :

Pour être susceptible d'indemnisation, la perte doit avoir été causée par le manquement à l'obligation contractuelle en cause. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la seule inexécution du contrat A consiste dans l'ajout à la soumission de Martel des coûts d'installation du système de sécurité. Toutefois, nous arrivons à la conclusion que l'absence d'un lien de causalité exclut l'adjudication de dommages-intérêts relativement à cette inexécution du contrat A. Nous concluons également que le manquement du ministère n'est pas la cause de la perte, par Martel, de son attente raisonnable de se voir adjuger le contrat B. Même si les coûts afférents au système de sécurité étaient soustraits du montant de la soumission de Martel (ou également ajoutés à celui de la soumission de la Standard Life), l'écart entre les deux soumissions demeurerait important.

On se souviendra que, dans la décision *Conair Aviation*, le Tribunal a conclu que les causes d'appel d'offres étaient semblables et pertinentes aux causes relatives à la passation de marchés publics dont elle était saisie (voir le paragraphe 53).

[58] Plus récemment, la juge Sharlow, dans l'arrêt *Med-Emerg International Inc. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2006 CAF 147 (il s'agissait là aussi d'une procédure de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal), s'est prononcée dans le même sens que la jurisprudence *Martel*. Dans cette affaire, le Tribunal avait jugé que TPSGC avait manqué à une obligation concernant le processus de passation de marchés publics. Cependant, le Tribunal n'avait pas accordé de réparation au plaignant car il avait conclu que, de toute manière, le plaignant n'aurait pas été capable de l'emporter sur le soumissionnaire retenu et ne se serait donc pas vu adjuger le contrat.

[59] Plus précisément, il convient de relever les observations de la juge Sharlow au sujet des mesures réparatrices subsidiaires demandées dans l'affaire *Med-Emerg*, c'est-à-dire les profits perdus et les frais liés à la préparation de la soumission, qui sont les mesures dont il est question en l'espèce. Au paragraphe 29 de ses motifs, la juge Sharlow a indiqué ce qui suit :

[...] étant donné la conclusion du TCCE comme quoi aucune des erreurs commises dans le processus d'adjudication n'avait

there would have been no foundation for any of the alternative remedies sought by Med-Emerg.

[60] The decisions in *Martel* and *Med-Emerg* are supportive of my view that compensation for a breach of a requirement in the procurement process should not be awarded to a complainant who has not suffered a loss as a result of that breach.

[61] In the decision under review, the Tribunal reiterated [at paragraph 24] its belief that the breach of evaluation procedures by PWGSC prejudiced (which I will assume to mean caused harm to) the “integrity of the government procurement system as a whole.” The Tribunal then went on, in paragraph 32 of its decision, to “compensate Envoy”, not for any harm that was done by PWGSC to Envoy, but apparently for the harm that was done by PWGSC to the “integrity of the government procurement system as a whole.” In my view, it is incongruous and therefore patently unreasonable, to provide money to Envoy, a party uninjured by a breach, to redress an injury that the breach apparently caused to the “integrity of the government procurement system as a whole.”

[62] In paragraph 22 of his reasons, Evans J.A. justifies the award on the basis that in so doing, the Tribunal was exercising its powers:

... with a view to, among other things, maintaining potential bidders, confidence in the integrity of the procurement system. An erosion of confidence would have a detrimental impact on the competitiveness of bidding. Hence, it should not be assumed that the CITT’s power to recommend compensation is exercisable exclusively on the basis of common-law principles.

With respect, this appears to say that the compensation is awarded to Envoy to redress a harm to “potential bidders.” To that extent, I disagree that such an award could be properly considered to be an award of compensation.

porté préjudice à Med-Emerg, aucune des mesures subsidiaires demandées par elle n’aurait pu se justifier.

[60] Les jurisprudences *Martel* et *Med-Emerg* vont dans le sens de mon opinion : dans le cas d’un manquement à une exigence de la procédure de passation de marchés publics, il ne convient pas d’indemniser un plaignant qui n’a pas subi de perte à cause de ce manquement.

[61] Dans la décision visée en l’espèce, le Tribunal a réitéré [au paragraphe 24] sa conviction que le manquement de TPSGC aux méthodes d’évaluation avait porté préjudice (et je présume que cela veut dire : « fait du tort ») à « l’intégrité de la procédure de passation de marchés publics dans son ensemble ». Ensuite, au paragraphe 32 de sa décision, le Tribunal a recommandé que l’on « verse à Envoy une indemnisation », non pas pour le préjudice que TPSGC aurait causé à Envoy, mais apparemment pour le préjudice que TPSGC a causé à « l’intégrité de la procédure de passation de marchés publics dans son ensemble ». À mon avis, il est incongru et donc manifestement déraisonnable d’accorder de l’argent à Envoy, une partie non lésée par un manquement, pour l’indemniser d’un préjudice que ce manquement a manifestement causé à « l’intégrité de la procédure de passation de marchés publics dans son ensemble ».

[62] Au paragraphe 22 de ses motifs, le juge Evans a justifié l’indemnisation en faisant valoir que le Tribunal, en agissant de la sorte, exerçait ses pouvoirs :

[...] en vue de, notamment, préserver la confiance des soumissionnaires éventuels en l’intégrité du système de passation de marchés publics. La perte de confiance aurait un effet préjudiciable sur l’aspect concurrentiel du processus d’appel d’offres. Il ne faut donc pas postuler que le pouvoir qu’a le TCCE de recommander l’indemnisation ne peut être exercé qu’en fonction des principes de common law.

En toute déférence, cela semble vouloir dire que l’indemnité est accordée à Envoy pour accorder réparation d’un préjudice causé aux « soumissionnaires éventuels ». Je ne peux donc dire qu’une telle mesure puisse être considérée à juste titre comme une indemnité.

[63] In my view, the award made by the Tribunal provides Envoy with an amount which exceeds the amount of any loss that Envoy suffered as a result of the breach of bid evaluation procedures that PWGSC was found to have committed. Such an award is, therefore, tantamount to an award of punitive damages.

[64] The nature of punitive damages has been described by McIntyre J. of the Supreme Court of Canada in *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085. At pages 1104 and 1105 he stated:

Problems arise for the common law wherever the concept of punitive damages is posed. The award of punitive damages requires that:

. . . a civil court . . . impose what is in effect a fine for conduct it finds worthy of punishment, and then to remit the fine, not to the State Treasury, but to the individual plaintiff who will, by definition, be over-compensated. [Waddams, p. 563.]

...

But all authorities accept the proposition that an award of punitive damages should always receive the most careful consideration and the discretion to award them should be most cautiously exercised. As has been mentioned earlier, punitive damages are not compensatory in nature.

And at pages 1107 and 1108, he further stated:

Moreover, punitive damages may only be awarded in respect of conduct which is of such nature as to be deserving of punishment because of its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. I do not suggest that I have exhausted the adjectives which could describe the conduct capable of characterizing a punitive award, but in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment.

[65] Whether or not the Tribunal is empowered to award punitive damages, in my view, the Tribunal did not, in fact, attempt to do so in its decision, and such an award would not have been appropriate in any event. This is so for several reasons. First, as indicated in *Vorvis*, punitive damages are not “compensatory in

[63] Je suis d’avis que la décision du Tribunal accorde à Envoy un montant qui excède le montant de toute perte qu’Envoy a subie par suite du manquement aux méthodes d’évaluation des propositions que TPSGC, a-t-il été conclu, a commis. Une telle décision équivaut donc à une attribution de dommages-intérêts punitifs.

[64] Le juge McIntyre, de la Cour suprême du Canada, a défini la nature des dommages-intérêts punitifs dans l’arrêt *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, et plus précisément aux pages 1104 et 1105 :

Il se pose des problèmes en *common law* chaque fois qu’on fait appel au concept des dommages-intérêts punitifs. L’attribution de dommages-intérêts punitifs exige que :

[TRADUCTION] . . . un tribunal civil . . . impose ce qui constitue en fait une amende pour un comportement qui, selon lui, mérite d’être puni, pour ensuite remettre cette amende non pas au trésor public, mais au demandeur particulier qui, par définition, sera « surindemnisé ». [Waddams, p. 563.]

[. . .]

Cependant, tous les tribunaux et les auteurs de doctrine reconnaissent que l’attribution de dommages-intérêts punitifs doit toujours se faire après mûre réflexion et que le pouvoir discrétionnaire de les accorder doit être exercé avec une très grande prudence. Comme je l’ai déjà mentionné, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas de nature indemnitaire.

Et, ajoute-t-il aux pages 1107 et 1108 :

De plus, il n’est possible d’accorder des dommages-intérêts punitifs qu’à l’égard d’un comportement qui justifie une peine parce qu’il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Je ne prétends pas avoir énuméré tous les qualificatifs aptes à décrire un comportement susceptible de justifier l’attribution de dommages-intérêts punitifs, mais de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d’être condamné et puni.

[65] Peu importe que le Tribunal soit habilité ou non à accorder des dommages-intérêts punitifs, je suis d’avis que ce dernier n’a pas tenté de le faire dans sa décision, et de toute façon, une telle mesure n’était pas indiquée, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, comme il est dit dans l’arrêt *Vorvis*, les dommages-intérêts punitifs

nature” and therefore an award of “compensation” could not be said to encompass punitive damages. Secondly, *Vorvis* illustrates that punitive damages are to be awarded only in relation to conduct that is harsh, vindictive, reprehensible and malicious in nature. In the present circumstances, while the Tribunal indicated that the breach was serious, there was no indication of bad faith on the part of the PWGSC. Accordingly, it would be incongruous to conclude that conduct that did not amount to bad faith was nonetheless harsh, vindictive, reprehensible and malicious in nature. It follows, in my view, that the decision of the Tribunal to award what can only be characterized as punitive damages to Envoys, in the absence of conduct on the part of PWGSC that is worthy of punishment or otherwise harsh, vindictive, reprehensible or malicious in nature, must be patently unreasonable and therefore unsustainable.

[66] Where the Tribunal has concerns with respect to the integrity of the procurement system as a result of what it may believe to be inappropriate conduct on the part of any government procurement agency, the Tribunal is specifically mandated by section 30.19 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] to express its concerns to a senior official of the applicable government department. That provision reads as follows :

30.19 (1) The Tribunal may provide the deputy head of a government institution with its comments and observations on any matter that the Tribunal considers should be brought to the attention of the deputy head in connection with the procurement process.

(2) In subsection (1) “deputy head” means

(a) where the government institution is a department or ministry of state, the person having by law the status of deputy head; and

(b) where the government institution is any other body or an office, the chief executive officer of that body or the person holding that office.

In my view, in the circumstances under review, it would have been far more appropriate for the Tribunal to express its concerns with respect to the breach of the procurement procedures by PWGSC through the mechanism provided by section 30.19, rather than by

« ne sont pas de nature indemnitaire » et on ne pourrait donc pas dire que l’attribution d’une « indemnisation » englobe des dommages-intérêts punitifs. Deuxièmement, cet arrêt enseigne que des dommages-intérêts punitifs ne peuvent être accordés qu’en cas de conduite dure, vengeresse, répréhensible et malicieuse. En l’espèce, même si le Tribunal a indiqué que le manquement était grave, rien n’indique que TPSGC a agi de mauvaise foi. Il serait donc incongru de conclure qu’une conduite qui n’équivalait pas à de la mauvaise foi était néanmoins dure, vengeresse, répréhensible et malicieuse. Il s’ensuit, selon moi, que la décision du Tribunal d’attribuer ce qui ne peut être qualifié que de dommages-intérêts punitifs à Envoys, en l’absence d’une conduite de TPSGC qui justifie l’imposition d’une peine ou qui soit par ailleurs dure, vengeresse, répréhensible ou malicieuse, ne peut être que manifestement déraisonnable et donc indéfendable.

[66] Lorsque le Tribunal a des doutes quant à l’intégrité du système de passation de marchés publics à la suite de ce qui est, selon lui, une conduite irrégulière de la part d’un organisme de passation de marchés publics, l’article 30.19 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] lui donne expressément le pouvoir d’en faire part à un haut responsable du ministère compétent. Le texte de cet article est le suivant :

30.19 (1) Le Tribunal peut faire des commentaires ou des observations à l’administrateur général d’une institution fédérale concernant toute question qui, à son avis, requiert l’attention de celui-ci en ce qui touche la procédure des marchés publics.

(2) L’« administrateur général » d’une institution fédérale est, dans le cas d’un ministère ou d’un département d’État, la personne en ayant de plein droit le statut et, dans celui de tout autre organisme, le premier dirigeant en titre ou en fonction.

Je suis d’avis que, dans les circonstances, il aurait été nettement préférable que le Tribunal exprime ses préoccupations à l’égard du manquement, par TPSGC, à la procédure de passation de marchés publics en recourant à la voie prévue à l’article 30.19, plutôt que

awarding an amount to Envoy as compensation for a loss that it did not suffer as a result of that breach.

[67] The action taken by the Tribunal is unfair to other unsuccessful bidders who participated in the same process as Envoy. Moreover, such action may well serve to encourage litigation on the part of unsuccessful bidders who will be motivated to try to demonstrate some slight imperfection in the procurement process, in an attempt to salvage some or all of the costs incurred in the preparation of their unsuccessful bids.

[68] I agree with Evans J.A. that the amount awarded by the Tribunal to Envoy was not an amount determined under subsection 30.15(4). This is apparent from paragraph 32 of the Tribunal's decision in which the Tribunal states its recommendation "as a remedy, that PWGSC compensate Envoy" [emphasis added] for one half of its bid preparation costs. Accordingly, the proper interpretation of subsection 30.15(4) is not a matter that is relevant to this judicial review. However, in my view, the power that is conferred upon the Tribunal under that particular provision does not provide a justification for an interpretation of the term "compensation" that is inconsistent with the ordinary legal meaning of that term that is discernible from the jurisprudence under the applicable provisions of the CITT Act, the relevant administrative practices of the Tribunal and the common-law principles with respect to damages for breach of contract.

Conclusion

[69] By awarding Envoy half of its bid preparation costs, the Tribunal erred in law and exceeded the discretion granted to it under paragraph 30.15(2)(e). Moreover, if the standard of review of the decision of the Tribunal is not correctness, I conclude that the decision of the Tribunal to award Envoy half of its bid preparation costs is patently unreasonable. Accordingly, I would set aside the decision of the Tribunal and refer the matter back to the Tribunal for a new determination

d'attribuer un montant à Envoy à titre d'indemnisation d'une perte que celle-ci n'a pas subie à cause de ce manquement.

[67] La mesure que le Tribunal a prise est injuste pour les autres soumissionnaires non retenus qui ont pris part au même processus qu'Envoy. En outre, une telle mesure peut fort bien avoir pour effet d'encourager ces soumissionnaires à engager une poursuite pour tenter de démontrer que le processus de passation de marchés publics est entachée d'une légère imperfection et, ainsi, récupérer en tout ou en partie la totalité des frais engagés dans la préparation de leurs propositions infructueuses.

[68] Je conviens, avec le juge Evans, que le montant que le Tribunal a accordé à Envoy n'était pas un montant fixé en vertu du paragraphe 30.15(4). C'est ce qui ressort du paragraphe 32 de la décision du Tribunal, où il indique qu'il recommande « à titre de mesure corrective, que TPSGC verse à Envoy une indemnisation » [non souligné dans l'original] égale à la moitié des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions. C'est donc dire que la juste interprétation du paragraphe 30.15(4) n'est pas une question qui s'avère pertinente à l'égard du présent contrôle judiciaire. Cependant, je suis d'avis que le pouvoir que cette disposition particulière confère au Tribunal ne justifie pas que l'on interprète le terme « indemnité » d'une manière qui soit incompatible avec son sens juridique ordinaire consacré par la jurisprudence relative aux dispositions pertinentes de la Loi sur le TCCE, les méthodes administratives pertinentes du Tribunal et les principes de common law qui ont trait aux dommages-intérêts pour rupture de contrat.

Conclusion

[69] En accordant à Envoy la moitié des frais que celle-ci a engagés pour la préparation de ses propositions, le Tribunal a commis une erreur de droit et a excédé la compétence que lui confère l'alinéa 30.15(2)(e). Par ailleurs, si la norme de contrôle de la décision du Tribunal n'est pas la décision correcte, je conclus que la décision du Tribunal d'accorder à Envoy la moitié des frais qu'elle a engagés pour préparer ses propositions est manifestement déraisonnable. De ce

on the basis of these reasons, that is to say, that Envoy should only be awarded the amount of \$500 for costs incurred in relation to the submissions made to the Tribunal after the decision of this Court in *Envoy 2006*.

fait, j'annulerais la décision du Tribunal et je renverrais l'affaire à ce dernier pour qu'il rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs, à savoir qu'il ne faut accorder à Envoy que la somme de 500 \$ pour les frais engagés en rapport avec les observations faites au Tribunal après la décision que la présente Cour a rendue dans *Envoy 2006*.

APPENDIX "A"

[s. 30.1 "complaint" (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44), "government institution" (as enacted *idem*)]

30.1 In this section and in sections 30.11 to 30.19,

"complaint" means a complaint filed with the Tribunal under subsection 30.11(1);

"designated contract" means a contract for the supply of goods or services that has been or is proposed to be awarded by a government institution and that is designated or of a class of contracts designated by the regulations;"

"government institution" means any department or ministry of state of the Government of Canada, or any other body or office, that is designated by the regulations.

...

30.11 (1) Subject to the regulations, a potential supplier may file a complaint with the Tribunal concerning any aspect of the procurement process that relates to a designated contract and request the Tribunal to conduct an inquiry into the complaint.

...

30.15 (1) . . .

(2) Subject to the regulations, where the Tribunal determines that a complaint is valid, it may recommend such remedy as it considers appropriate, including any one or more of the following remedies:

- (a) that a new solicitation for the designated contract be issued;
- (b) that the bids be re-evaluated;
- (c) that the designated contract be terminated;

ANNEXE « A »

[art. 30.1 « institution fédérale » (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44), « plainte » (édicte, *idem*)]

30.1 Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 30.11 à 30.19.

« contrat spécifique » Contrat relatif à un marché de fournitures ou services qui a été accordé par une institution fédérale—ou pourrait l'être—, et qui soit est précisé par règlement, soit fait partie d'une catégorie réglementaire.

« institution fédérale » Ministère ou département d'État fédéral, ainsi que tout autre organisme, désigné par règlement.

« plainte » Plainte déposée auprès du Tribunal en vertu du paragraphe 30.11(1).

[. . .]

30.11 (1) Tout fournisseur potentiel peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte.

[. . .]

30.15 (1) [. . .]

(2) Sous réserve des règlements, le Tribunal peut, lorsqu'il donne gain de cause au plaignant, recommander que soient prises des mesures correctives, notamment les suivantes :

- a) un nouvel appel d'offres;
- b) la réévaluation des soumissions présentées;
- c) la résiliation du contrat spécifique;

(d) that the designated contract be awarded to the complainant; or

(e) that the complainant be compensated by an amount specified by the Tribunal.

(3) The Tribunal shall, in recommending an appropriate remedy under subsection (2), consider all the circumstances relevant to the procurement of the goods or services to which the designated contract relates, including

(a) the seriousness of any deficiency in the procurement process found by the Tribunal;

(b) the degree to which the complainant and all other interested parties were prejudiced;

(c) the degree to which the integrity and efficiency of the competitive procurement system was prejudiced;

(d) whether the parties acted in good faith; and

(e) the extent to which the contract was performed. [Emphasis added.]

d) l'attribution du contrat spécifique au plaignant;

e) le versement d'une indemnité, dont il précise le montant, au plaignant.

(3) Dans sa décision, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché de fournitures ou services visé par le contrat spécifique, notamment des suivants :

a) la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure des marchés publics;

b) l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé;

c) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;

d) la bonne foi des parties;

e) le degré d'exécution du contrat. [Non souligné dans l'original.]

A-142-06
2007 FCA 75

A-142-06
2007 CAF 75

**Minister of Citizenship and Immigration and
Minister of Public Safety and Emergency
Preparedness** (*Appellants*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et
Le ministre de la Sécurité publique et de la
Protection civile** (*appelants*)

v.

c.

**Maria Bonnie Arias Garcia, Roberto Salgado-Arias
and Rodolfo Valdes-Arias (a.k.a. Rodolfo
Arias-Garcia)** (*Respondents*)

**Maria Bonnie Arias Garcia, Roberto Salgado-Arias
et Rodolfo Valdes-Arias (alias Rodolfo Arias-Garcia)**
(*intimés*)

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

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

Federal Court of Appeal, Desjardins, Noël and Pelletier
J.J.A.—Montréal, February 7; Ottawa, March 16, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Noël et
Pelletier, J.C.A.—Montréal, 7 février; Ottawa, 16 mars
2007.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal
— Removal of Refugees — Appeal from Federal Court
decision allowing judicial review of decision refusing stay of
removal order against respondent child Rodolfo — Whether
Court of Appeal of Quebec judgment refusing to return
Rodolfo to Mexico following application by father having
effect of directly, indefinitely preventing enforcement of
removal order — Immigration and Refugee Protection Act, s.
50(a) providing removal order stayed if decision in judicial
proceeding directly contravened by enforcement of order —
Court of Appeal's decision not directly contravened by
enforcement of removal order as not containing express
provision inconsistent, irreconcilable with order —
Distinction between judgment, decision — Appeal allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi —
Renvoi de réfugiés — Appel de la décision de la Cour
fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la
décision refusant de surseoir à la mesure de renvoi prise
contre l'enfant Rodolfo, l'intimé — Il s'agissait de savoir si
la décision de la Cour d'appel du Québec, qui a rejeté la
requête du père pour le retour de Rodolfo au Mexique,
pouvait avoir pour effet d'empêcher directement et
indéfiniment l'exécution de la mesure de renvoi — L'art. 50a)
de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés
précise qu'il y a sursis de la mesure de renvoi si une décision
judiciaire a pour effet direct d'empêcher l'exécution de la
mesure de renvoi — La décision de la Cour d'appel n'avait
pas pour effet direct d'empêcher l'exécution de la mesure de
renvoi parce qu'elle ne comportait pas de disposition expresse
qui était incompatible ou inconciliable avec le renvoi —
Distinction entre le jugement et l'arrêt — Appel accueilli.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court allowing an application for judicial review of the decision refusing to stay the removal order against the respondent child Rodolfo. Rodolfo was the subject of a judgment of the Court of Appeal of Quebec dismissing his father's application to have him returned to Mexico forthwith. Quoting from the Court of Appeal's judgment, the Federal Court held that Rodolfo should not be returned to Mexico because he had "settled into his new environment." It also held that the removal officer was bound to abide by the temporary stay provided for by paragraph 50(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), since the Court of Appeal of

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision refusant de surseoir à la mesure de renvoi prise contre l'enfant Rodolfo, l'intimé. Rodolfo a fait l'objet d'un jugement de la Cour d'appel du Québec, qui a rejeté la requête du père pour son retour immédiat au Mexique. En citant un extrait du jugement de la Cour d'appel, la Cour fédérale a statué que le retour de Rodolfo au Mexique ne devrait pas avoir lieu puisqu'il s'était « intégré dans son nouveau milieu ». Elle a aussi déclaré que l'agent de renvoi ne pouvait refuser le sursis temporaire prévu à l'alinéa 50a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) puisque la décision de

Quebec judgment had a direct effect on the removal order.

At issue was the certified question as to whether the judgment of a provincial court refusing to return a child pursuant to the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* and to the *Act respecting the Civil Aspects of International and Interprovincial Child Abduction* of Quebec has the effect of directly and indefinitely preventing the enforcement of a removal order which has taken effect pursuant to the IRPA.

Held, the appeal should be allowed.

Paragraph 50(a) of the IRPA provides that a removal order is stayed "if a decision that was made in a judicial proceeding . . . would be directly contravened by the enforcement of the removal order". The Court of Appeal of Quebec's judgment was not "directly contravened" by the enforcement of the removal order. Direct contravention requires an express provision that is inconsistent or irreconcilable with the removal order. The determination of the Court of Appeal of Quebec that Rodolfo should not be removed because he had settled into his new environment was part of the majority's judgment and not of the decision itself. The dismissal of the father's application was a judicial decision that did not contain a specific order. This decision could not be inconsistent or irreconcilable with the removal order. The certified question was therefore answered in the negative.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Act respecting the Civil Aspects of International and Interprovincial Child Abduction, R.S.Q., c. A-23.01, s. 20.

Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, The Hague, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35, Art. 12.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 36(1), 42(b), 48, 50(a).

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 224(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Alexander v. Canada (Solicitor General), [2006] 2 F.C.R. 681; (2005), 49 Imm. L.R. (3d) 5; 2005 FC 1147; aff'd (2006), 57 Imm. L.R. (3d) 1; 360 N.R. 167; 2006 FCA 386.

la Cour d'appel du Québec avait un effet direct sur la mesure de renvoi.

La question certifiée à trancher était celle de savoir si le jugement d'un tribunal provincial refusant d'ordonner le retour d'un enfant en conformité avec la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* et la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants* du Québec pouvait avoir pour effet d'empêcher directement et indéfiniment l'exécution d'une mesure de renvoi qui a pris effet conformément à la LIPR.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

L'alinéa 50a) de la LIPR précise qu'il y a sursis de la mesure de renvoi si « une décision judiciaire a pour effet direct d'en empêcher l'exécution ». La décision de la Cour d'appel du Québec n'avait pas pour « effet direct » d'empêcher l'exécution de la mesure de renvoi. Pour qu'une décision ait pour effet direct d'empêcher l'exécution d'une mesure de renvoi, il faut qu'une disposition expresse soit incompatible ou inconciliable avec le renvoi. La conclusion de la Cour d'appel du Québec selon laquelle Rodolfo ne devait pas être renvoyé parce qu'il s'était intégré dans son nouveau milieu faisait partie des motifs du jugement des juges majoritaires et non de l'arrêt lui-même. Le rejet de la requête du père était une décision judiciaire qui ne comportait aucune ordonnance spécifique. Cette décision ne pouvait pas être incompatible ou inconciliable avec la mesure de renvoi. La Cour a donc répondu par la négative à la question certifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, La Haye, 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35, art. 12.

Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q., ch. A-23.01, art. 20.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1), 42b), 48, 50a).

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 224(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Alexander c. Canada (Solliciteur général), [2006] 2 R.C.F. 681; 2005 CF 1147; conf. par 2006 CAF 386.

CONSIDERED:

M.B.G.A. c. R.V.M., [2004] R.D.F. 500 (Que. C.A.); *Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1317; *Cuskic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 3; (2000), 148 C.C.C. (3d) 541; 9 Imm. L.R. (3d) 5; 261 N.R. 73 (C.A.); *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.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33.

APPEAL from a decision of the Federal Court ([2006] 4 F.C.R. 455; (2006), 271 D.L.R. (4th) 565; 289 F.T.R. 77; 57 Imm. L.R. (3d) 23; 2006 FC 311) allowing the application for judicial review of the decision refusing to stay the removal of the respondent Rodolfo. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Ian Demers for appellants.
Jean El Masri for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellants.
El Masri Dugal, Montréal, for respondents.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] DESJARDINS J.A.: Maria Bonnie Arias Garcia, her son Roberto Salgado-Arias, as well as her second son Rodolfo Valdes-Garcia (a.k.a. Rodolfo Arias-Garcia), two minor children, are subject to a removal order enforceable as of January 19, 2005. Through the operation of subsection 224(2) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, this removal order has now become a deportation order. Ms.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

M.B.G.A. v. R.V.M., [2004] R.D.F. 500 (C.A. Qué.); *Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1317; *Cuskic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 3 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISION CITÉE :

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33.

APPEL de la décision de la Cour fédérale ([2006] 4 R.C.F. 455; 2006 CF 311) accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision refusant de surseoir à la mesure de renvoi prise contre Rodolfo, l'intimé. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Ian Demers pour les appelants.
Jean El Masri pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants.
El Masri Dugal, Montréal, pour les intimés.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : M^{me} Maria Bonnie Arias Garcia, son fils Roberto Salgado-Arias, ainsi que son second fils Rodolfo Valdes-Garcia (alias Rodolfo Arias-Garcia), deux enfants mineurs, font l'objet d'une mesure de renvoi exécutoire depuis le 19 janvier 2005. Par l'effet du paragraphe 224(2) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, cette mesure est maintenant devenue

Arias Garcia is a person contemplated by subsection 36(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act), and her children are inadmissible to Canada based on an inadmissible family member pursuant to paragraph 42(b) of the Act.

[2] Although they are all named as respondents in the style of cause, the child Rodolfo is the only respondent.

[3] Rodolfo was the subject of a judgment by the Court of Appeal of Quebec, dated June 8, 2004 [*M.B.G.A. c. R.V.M.*, [2004] R.D.F. 500], following an application by the father to have him returned to Mexico forthwith. This application was made in accordance with the *Act respecting the Civil Aspects of International and Interprovincial Child Abduction*, R.S.Q., c. A-23.01, the Act giving effect to the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* [October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35] (the Hague Convention). The Court of Appeal of Quebec dismissed the father's application.

[4] A Mexican judgment, dated October 6, 2004, granted the divorce of the two parents. The mother was given custody of Rodolfo and parental authority was conferred on both parents.

[5] On May 26, 2005, a pre-removal risk assessment (PRRA) officer made a negative finding on the PRRA application filed by Ms. Arias Garcia on the grounds that there was no personal risk to her or her children in Mexico and that State protection was available to them. The application for judicial review of this decision was dismissed on March 9, 2006 (A.B., page 272).

[6] An application to stay the removal order was filed pursuant to paragraph 50(a) of the Act. It was dismissed on June 17, 2005.

[7] The enforcement of this removal order was suspended until the final decision on the application for

une mesure d'expulsion. M^{me} Arias Garcia est une personne visée au paragraphe 36(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), et ses enfants sont interdits de territoire pour inadmissibilité familiale en vertu de l'alinéa 42b) de la Loi.

[2] Bien qu'ils soient tous trois désignés intimés dans l'intitulé de cause, l'enfant Rodolfo est la seule personne qui soit l'intimé.

[3] Rodolfo a fait l'objet d'un jugement de la Cour d'appel du Québec, rendu le 8 juin 2004 [*M.B.G.A. c. R.V.M.*, [2004] R.D.F. 500], suite à une requête du père pour son retour immédiat au Mexique. Cette requête fut présentée en vertu de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q., ch. A-23.01, laquelle loi met en vigueur la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* [25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35] (la Convention de La Haye). La Cour d'appel du Québec rejeta la requête du père.

[4] Un jugement mexicain, en date du 6 octobre 2004, prononça le divorce entre les deux parents. La garde de Rodolfo fut confiée à la mère et l'autorité parentale fut confiée aux deux parents.

[5] Le 26 mai 2005, une agente préposée à l'examen des risques avant renvoi (ERAR) rendit une décision négative à l'encontre de la demande d'ERAR présentée par M^{me} Arias Garcia aux motifs qu'il n'y a pas de risque personnel pour elle et ses enfants au Mexique et que la protection de l'État leur est disponible. La demande de contrôle judiciaire de cette décision fut rejetée le 9 mars 2006 (D.A., page 272).

[6] Une demande de sursis de la mesure de renvoi fut présentée en vertu de l'alinéa 50a) de la Loi. Elle fut rejetée le 17 juin 2005.

[7] L'exécution de cette mesure de renvoi fut suspendue jusqu'à la disposition finale de la demande de

judicial review of the decision dated June 17, 2005, filed with the Federal Court of Canada.

[8] The application for judicial review was allowed: [2006] 4 F.C.R. 455 (F.C.). Madam Justice Tremblay-Lamer relied on the case law factors elaborated in *Alexander v. Canada (Solicitor General)*, [2006] 2 F.C.R. 681 (F.C.) (*Alexander*) (appeal dismissed, as the issue had become moot (2006 FCA 386); adopted in *Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1317). She noted the decision in *Cuskic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 3 (C.A.), then she stated at paragraph 33:

In my analysis, I have been guided by those factors. In the case at bar, the Quebec Court of Appeal held, I think quite unequivocally, that the return of the child Rodolfo to Mexico should not take place since he had settled into his new environment. I quote the finding of Justice Louise Mailhot in full, at paragraph 41:

[TRANSLATION] I find that the evidence shows that the child has settled into his new environment and, for these reasons, I would allow the appeal, quash the trial judgment and dismiss the motion for the immediate return of the child Rodolfo to Mexico, each party to pay its own costs.

[9] Tremblay-Lamer J. determined, at paragraphs 48-49:

In short, the removal officer was bound to abide by the temporary stay provided for by paragraph 50(a), since the court judgment had a direct effect on the removal order. However, the Court of Appeal's judgment has to be narrowly read. It cannot be interpreted as having the effect of giving Rodolfo permanent resident status, status which would have to be given or withheld by the proper authority.

The fact that the child Rodolfo may be the subject of a statutory stay is not a bar to removal of the mother, since the child's best interests cannot in any way be a bar to the removal of a parent who is illegally in Canada (*Legault*). As Dawson J. suggested in *Alexander*, parental custody does not imply physical custody of the child at all times, but the right to control its place of residence. When faced with removal, the mother may apply to the Court of Appeal for a variance of its order to allow the return of Rodolfo to Mexico or make

contrôle judiciaire de la décision du 17 juin 2005 présentée à la Cour fédérale du Canada.

[8] La demande de contrôle judiciaire fut accueillie : [2006] 4 R.C.F. 455 (C.F.). La juge Tremblay-Lamer s'inspira des facteurs jurisprudentiels élaborés dans l'affaire *Alexander c. Canada (Solliciteur général)*, [2006] 2 R.C.F. 681 (C.F.) (*Alexander*) (appel rejeté, la question étant devenue théorique (2006 CAF 386); repris dans *Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1317). Elle prit note de l'arrêt *Cuskic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 3 (C.A.), puis elle affirma, au paragraphe 33 :

C'est en me guidant sur ces facteurs que j'ai conduit la présente analyse. En l'espèce, la Cour d'appel du Québec a décidé de façon non équivoque quant à moi que le retour de l'enfant Rodolfo au Mexique ne devrait pas avoir lieu puisqu'il s'était intégré dans son nouveau milieu. Je reproduis intégralement la conclusion de la juge Louise Mailhot, au paragraphe 41 :

Je conclus que la preuve démontre l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu et je propose, pour ces raisons, d'accueillir l'appel, de casser le jugement de première instance et de rejeter la requête pour retour immédiat de l'enfant Rodolfo au Mexique, chaque partie payant ses frais.

[9] La juge Tremblay-Lamer conclut, aux paragraphes 48 et 49 :

En résumé, l'agent de renvoi ne pouvait refuser le sursis temporaire prévu à l'alinéa 50a) puisque la décision judiciaire avait un effet direct sur la mesure de renvoi. Le jugement de la Cour d'appel a cependant une portée restreinte. Il ne peut être interprété comme ayant pour effet d'accorder un statut de résident permanent à Rodolfo, statut qui devra être accordé ou non par l'autorité compétente.

Quant à la mère, le fait que l'enfant Rodolfo puisse bénéficier du sursis statutaire n'empêche pas son renvoi puisque l'intérêt supérieur de l'enfant ne fait pas absolument obstacle au renvoi de son parent se trouvant illégalement au Canada (*Legault*). Comme le suggère la juge Dawson dans *Alexander*, la garde parentale n'impose pas la garde physique de l'enfant à tout moment mais le droit de contrôler son lieu de résidence. La mère confrontée au renvoi peut s'adresser à la Cour d'appel pour obtenir une modification de son

provision for leaving him in Canada.

ordonnance afin de permettre le retour de Rodolfo au Mexique ou prendre des dispositions pour le laisser au Canada.

[10] She certified the following question, at paragraph 52:

[10] Elle certifia la question suivante, au paragraphe 52 :

[TRANSLATION] Can the judgment of a provincial court refusing to order the return of a child pursuant to the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, [1989] Can. T.S. No. 35, and s. 20 of the *Act respecting the Civil Aspects of International and Interprovincial Child Abduction*, R.S.Q., c. A-23.01, “the ACAIICA”, have the effect of directly and indefinitely preventing the enforcement of a removal order which has taken effect pursuant to the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, (“the IRPA”)?

Le jugement d’un tribunal provincial refusant d’ordonner le retour d’un enfant en conformité avec la *Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants*, [1989] R.T. Can. n° 35, et l’art. 20 de la *Loi sur les aspects civils de l’enlèvement interprovincial et international d’enfants*, L.R.Q., ch. A-23.01 « LACEE » peut-il avoir pour effet d’empêcher directement et indéfiniment l’exécution d’une mesure de renvoi qui a pris effet conformément à la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 « LIPR »?

ANALYSIS

[11] Since it is essentially a question of law, the trial Judge’s decision had to be correct. The standard of review that we must apply is therefore that of correctness: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8.

ANALYSE

[11] Puisqu’il s’agit essentiellement d’une question de droit, la première juge devait la décider correctement. La norme de contrôle que nous devons appliquer est donc celle de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8.

[12] Paragraph 50(a) of the Act provides the following:

[12] L’alinéa 50a) de la Loi prévoit ce qui suit :

50. A removal order is stayed

50. Il y a sursis de la mesure de renvoi dans les cas suivants :

(a) if a decision that was made in a judicial proceeding— at which the Minister shall be given the opportunity to make submissions—would be directly contravened by the enforcement of the removal order; [Emphasis added.]

a) une décision judiciaire a pour effet direct d’en empêcher l’exécution, le ministre ayant toutefois le droit de présenter ses observations à l’instance; [Je souligne.]

[13] Paragraph 50(a) is an exception to section 48, which provides that a removal order is applied as soon as conditions so permit.

[13] L’alinéa 50a) est une exception à l’article 48 qui prévoit qu’une mesure de renvoi est appliquée dès que les conditions le permettent.

[14] The relevant elements of the Court of Appeal of Quebec’s decision read as follows, at paragraphs 3-5:

[14] L’arrêt de la Cour d’appel du Québec, dans ses éléments pertinents, se lit comme suit, aux paragraphes 3 à 5 :

[TRANSLATION] For the reasons of Mailhot J., with which Chief Justice Robert is in agreement.

Pour les motifs de la juge Mailhot auxquels souscrit le juge en chef Robert.

ALLOW the appeal;

ACCUEILLE l’appel;

SET ASIDE the decision of first instance and DISMISS the application to have the child R . . . returned to Mexico forthwith, each party to pay their own costs.

[15] Tremblay-Lamer J. could not determine that the Court of Appeal of Quebec's decision was a decision made in a judicial proceeding that would be "directly contravened" by the enforcement of the removal order, pursuant to paragraph 50(a) of the Act.

[16] For a decision made in a judicial proceeding to be "directly contravened" by the enforcement of the removal order, an express provision of an order must be inconsistent or irreconcilable with the removal of the person concerned. Therefore, I agree on this point with paragraph 34 of *Alexander*, referred to above.

[17] The trial Judge misunderstood the scope of the Court of Appeal of Quebec's decision when she stated: "the Quebec Court of Appeal held, I think quite unequivocally, that the return of the child Rodolfo to Mexico should not take place since he had settled into his new environment" (paragraph 33 of her reasons).

[18] The determination of the Court of Appeal of Quebec to the effect that the child Rodolfo had settled into his new environment is part of the reasons of the majority's judgment and not of the decision itself. This determination was made during the analysis of whether the child should be returned to Mexico forthwith rather than kept in his new environment, considering the fact that more than one year had elapsed between the time of the wrongful removal of the child and the commencement of the proceedings for his return (section 20 of the *Act respecting the Civil Aspects of International and Interprovincial Child Abduction* and article 12 of the Hague Convention).

[19] The grounds raised by the majority to dismiss the father's application only explain the Court of Appeal's decision. The dismissal of the father's application is a judicial decision that does not contain a specific order. This decision therefore cannot be inconsistent or irreconcilable with the removal order.

CASSE le jugement de première instance et REJETTE la requête pour retour immédiat de l'enfant R [...] au Mexique, chaque partie payant ses frais.

[15] La juge Tremblay-Lamer ne pouvait conclure que la décision de la Cour d'appel du Québec était une décision judiciaire qui avait pour « effet direct » d'empêcher l'exécution de la mesure de renvoi, selon l'alinéa 50a) de la Loi.

[16] Pour qu'une décision judiciaire ait pour « effet direct » d'empêcher l'exécution d'une mesure de renvoi, il faut qu'une disposition expresse de l'ordonnance soit incompatible ou inconciliable avec le renvoi de la personne visée. Ainsi, je suis d'accord sur ce point avec le paragraphe 34 de l'affaire *Alexander* citée plus haut.

[17] La première juge s'est méprise sur la portée de la décision de la Cour d'appel du Québec lorsqu'elle affirme que « la Cour d'appel du Québec a décidé de façon non équivoque quant à moi que le retour de l'enfant Rodolfo au Mexique ne devrait pas avoir lieu puisqu'il s'était intégré dans son nouveau milieu » (paragraphe 33 de ses motifs).

[18] La conclusion de la Cour d'appel du Québec à l'effet que l'enfant Rodolfo s'était intégré dans son nouveau milieu fait partie des motifs du jugement des juges majoritaires et non de l'arrêt lui-même. Cette conclusion fut tirée lors de l'analyse de la question de savoir s'il y avait lieu de retourner immédiatement l'enfant au Mexique plutôt que de le maintenir dans son nouveau milieu, compte tenu du fait qu'il s'était écoulé plus d'un an entre le moment du déplacement illicite de l'enfant et la demande de retour (article 20 de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants* et article 12 de la Convention de La Haye).

[19] Les motifs invoqués par les juges majoritaires pour rejeter la demande du père ne font qu'expliquer l'arrêt de la Cour d'appel. Le rejet de la requête du père est une décision judiciaire qui ne comporte aucune ordonnance spécifique. Cette décision ne peut donc être inconciliable ou incompatible avec la mesure de renvoi.

[20] The respondent submits that in accordance with *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, the child's interest must be considered for the purposes of interpreting and applying paragraph 50(a) of the Act.

[21] It is certain, as Tremblay-Lamer J. noted, that the judgment of the Court of Appeal of Quebec cannot be interpreted as having the effect of conferring permanent resident status on Rodolfo (paragraph 48 of her reasons). The judgment had the effect of dismissing the application for the return of Rodolfo to Mexico forthwith. Therefore, Rodolfo remained in the custody of his mother and with his brother. He could continue to attend the school that had become familiar to him. If the minority opinion of the Court of Appeal had prevailed (Morin J.), the child Rodolfo would have been separated from his mother and his brother and he would have had to leave Canada immediately for Mexico.

[22] Interpreting paragraph 50(a) in the manner proposed by the respondent, i.e. granting the child a right to remain in Canada, would have the effect of separating the young family, keeping Rodolfo in Canada while his mother and brother Roberto were subject to a deportation order. Most importantly, this interpretation would give the judgment of the Court of Appeal of Quebec a scope that it does not have.

[23] I would allow the appeal, set aside the decision by the trial Judge and I would dismiss the application for judicial review.

[24] I would respond to the following certified question [at paragraph 52] in the negative:

[TRANSLATION] Can the judgment of a provincial court refusing to order the return of a child pursuant to the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, [1989] R.T. Can. No. 35, and section 20 of the *Act respecting the Civil Aspects of International and Interprovincial Child Abduction*, R.S.Q., c. A-23.01 "the ACAIICA", have the effect of directly and indefinitely preventing the enforcement of a removal order which has taken effect pursuant to "the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ("the IRPA")?

[20] L'intimé soumet que conformément à l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération pour les fins de l'interprétation ou de l'application de l'alinéa 50a) de la Loi.

[21] Il est certain, comme l'a noté la juge Tremblay-Lamer, que le jugement de la Cour d'appel du Québec ne peut être interprété comme ayant pour effet d'accorder un statut de résident permanent à Rodolfo (paragraphe 48 de ses motifs). L'effet du jugement fut de rejeter la demande de retour immédiat de Rodolfo au Mexique. Ainsi, Rodolfo demeurerait sous la garde de sa mère et en compagnie de son frère. Il pouvait continuer de fréquenter le milieu scolaire auquel il s'était familiarisé. Si l'opinion minoritaire de la Cour d'appel avait prévalu (juge Morin), l'enfant Rodolfo aurait été séparé de sa mère et de son frère et aurait dû quitter le Canada immédiatement pour le Mexique.

[22] Interpréter l'alinéa 50a), comme nous invite à le faire l'intimé, c'est-à-dire en accordant à l'enfant un droit de séjour au Canada, aurait pour effet de séparer la jeune famille, en maintenant Rodolfo au Canada alors que sa mère et son frère Roberto sont l'objet d'une mesure d'expulsion. Mais surtout, cette interprétation donnerait au jugement de la Cour d'appel du Québec une portée qu'il n'a pas.

[23] J'accueillerais cet appel, j'infirmes la décision de la première juge et je rejetterais la demande de contrôle judiciaire.

[24] Je répondrais par la négative à la question certifiée suivante [au paragraphe 52] :

Le jugement d'un tribunal provincial refusant d'ordonner le retour d'un enfant en conformité avec la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, [1989] R.T. Can. n° 35, et l'art. 20 de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement interprovincial et international d'enfants*, L.R.Q., ch. A-23.01 « LACEE » peut-il avoir pour effet d'empêcher directement et indéfiniment l'exécution d'une mesure de renvoi qui a pris effet conformément à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 « LIPR »?

No.

[25] The respondent was seeking to have the enforcement of the deportation order stayed for 60 days if we allow the appeal. The removal officer, not the Court, is responsible for addressing such requests.

NOËL J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I concur.

Non.

[25] L'intimé nous a demandé, si nous accueillons l'appel, de surseoir pendant une période de 60 jours à l'exécution de la mesure d'expulsion. Il appartient à l'agente de renvoi de traiter d'une telle demande et non à la Cour.

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

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

A-71-06
2007 FCA 186

A-71-06
2007 CAF 186

Skander Tourki (*Appellant*)

Skander Tourki (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*intimé*)

INDEXED AS: TOURKI v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : TOURKI c. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Desjardins, Noël and Pelletier JJ.A.—Montréal, February 7; Ottawa, May 11, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Noël et Pelletier, J.C.A.—Montréal, 7 février; Ottawa, 11 mai 2007.

Customs and Excise — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act — Appeal from Federal Court decision dismissing Act, s. 30 action challenging decision of Minister of Public Safety and Emergency Preparedness that s. 12 (requiring report to customs officer importation or exportation of currency exceeding prescribed amount) violated, and decision confirming forfeiture of currency because of failure to report — S. 30 permitting appeal by way of action of Minister's decision under s. 27 as to whether s. 12 contravened — Appellant seeking to appeal Minister's decision under s. 29 relating to penalty or seizure — Judicial review only remedy available with respect to s. 29 decision — Appeal dismissed.

Douanes et Accise — Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant l'action instituée en vertu de l'art. 30 de la Loi pour contester la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile portant que l'appelant avait contrevenu à l'art. 12 (obligation de déclarer à l'agent des douanes l'importation ou l'exportation d'espèces d'une valeur supérieure au montant réglementaire) et la décision confirmant la confiscation des espèces parce que l'appelant a négligé de faire la déclaration requise — L'art. 30 permet d'interjeter appel de la décision du ministre prise en vertu de l'art. 27 par voie d'une action relative à l'existence ou non d'une contravention à l'art. 12 — L'appelant tenait d'interjeter appel de la décision du ministre rendue en application de l'art. 29 quant à la pénalité ou la saisie — Le contrôle judiciaire est le seul recours applicable relativement à une décision rendue en application de l'art. 29 — Appel rejeté.

Federal Court Jurisdiction — Action brought under Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, s. 30 challenging Minister of Public Safety and Emergency Preparedness' decision to confirm forfeiture of currency seized for failure to report exportation of currency contrary to s. 12 — S. 30 permitting appeal by way of action in Federal Court of Minister's decision under s. 27 as to whether s. 12 contravened — Appellant challenging Minister's decision under s. 29 to confirm forfeiture of currency — Federal Court's jurisdiction under s. 30 limited to reviewing Minister's decision under s. 27 — S. 29 decision should be challenged by application for judicial review.

Compétence de la Cour fédérale — Action instituée en vertu de l'art. 30 de la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes pour contester la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de confirmer la confiscation des espèces saisies parce que l'appelant a négligé d'en déclarer l'exportation, contrairement à l'art. 12 — L'art. 30 permet d'interjeter appel de la décision du ministre prise en vertu de l'art. 27 par voie d'une action devant la Cour fédérale quant à l'existence ou non d'une contravention à l'art. 12 — L'appelant contestait la décision que le ministre a prise en vertu de l'art. 29 pour confirmer la confiscation des espèces — La compétence de la Cour fédérale en vertu de l'art. 30 est restreinte à la révision de la décision prise en vertu de l'art. 27 — La décision rendue en application de l'art. 29 devrait être contestée au moyen d'une demande de contrôle judiciaire.

Construction of Statutes — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, s. 30 providing person requesting decision of Minister under section 25 as to whether s. 12 contravened may within 90 days after being notified of decision, appeal decision by way of action in Federal Court — “Decision” referring to decision under s. 27 as to whether s. 12 contravened.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Duty imposed by Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act to report importation, exportation of currency, monetary instruments of value equal to or greater than prescribed amount not engaging Charter, s. 7 as purely economic interests, property rights involved.

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — R. v. Simmons, [1998] 2 S.C.R. 495 authorizing search of individual where “reasonable grounds for supposing” prohibited goods secreted about his or her person applied — Impugned provisions of Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act not violating Charter, s. 8.

Constitutional Law — Charter of Rights — Criminal Process — Seizure and forfeiture process established by Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act civil collection mechanism not intended to punish individual — Charter, s. 11(d) (presumption of innocence) therefore not engaged as applying only to penal proceedings.

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellant’s action brought under subsection 30(1) of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*. In 2003, the appellant, who boarded a flight from Montréal to Paris, failed to declare that he had more than C\$10,000 on him, contrary to section 12 of the Act. The currency was seized as forfeit pursuant to section 18 by customs officers. The action challenged the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness’ decisions that the appellant had violated section 12, and confirming the forfeiture. The appellant also argued that numerous sections of the Act were inconsistent with sections 7, 8 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Federal Court dismissed the action on the basis that it had no jurisdiction to review the decision by the Minister to confirm the forfeiture of the currency seized as forfeit from the appellant under the Act, the appropriate procedure being an application for judicial review. The Federal Court also held

Interprétation des lois — L’art. 30 de la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes dispose que toute personne qui a demandé une décision du ministre en vertu de l’art. 25 relative à l’existence ou non d’une contravention à l’art. 12 peut en appeler de la décision par voie d’action devant la Cour fédérale dans les 90 jours suivant la communication de la décision — Le terme « décision » renvoie à la décision prise en application de l’art. 27 quant à l’existence ou non d’une contravention à l’art. 12.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L’obligation imposée par la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes de déclarer l’importation ou l’exportation d’espèces ou d’effets d’une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire n’engage pas l’art. 7 puisqu’il s’agit d’intérêts purement économiques ou de droits de propriété.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Application de l’arrêt R. c. Simmons, [1998] 2 R.C.S. 495 permettant la fouille d’un individu s’il y a « raisonnablement lieu de supposer » que des articles prohibés sont cachés sur lui — Les dispositions contestées de la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes ne portent pas atteinte à l’art. 8 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Le processus relatif à la saisie et la confiscation mis en place par la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes est un mécanisme de recouvrement civil qui ne vise pas à punir l’individu — L’art. 11(d) de la Charte (présomption d’innocence) n’a donc pas été engagé puisqu’il ne vise que des procédures pénales.

Il s’agissait d’un appel de la décision de la Cour fédérale rejetant l’action instituée par l’appelant en vertu du paragraphe 30(1) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* (la Loi). En 2003, l’appelant, qui est monté à bord d’un vol Montréal-Paris, n’a pas déclaré qu’il transportait plus de 10 000 \$CAN, contrairement à l’article 12 de la Loi. Les espèces ont été saisies en application de l’article 18 par des agents des douanes. L’appelant a intenté l’action pour contester les décisions du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile portant qu’il avait contrevenu à l’article 12 et confirmant la confiscation. De plus, l’appelant a soutenu que diverses dispositions de la Loi étaient incompatibles avec les articles 7 et 8 et l’alinéa 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour fédérale a rejeté l’action au motif qu’elle n’avait pas compétence pour réviser la décision du ministre de confirmer la confiscation d’une somme d’argent saisie en vertu de la Loi, la procédure appropriée étant la

that the appellant had violated section 12, and that the impugned provisions did not violate the Charter.

Held, the appeal should be dismissed.

Section 30 of the Act allows anyone who has requested a decision of the Minister under section 25, to appeal the decision by way of an action before the Federal Court within 90 days “after being notified of the decision”. The decision referred to is that of the Minister as to whether subsection 12(1) was contravened, and it is rendered pursuant to section 27. If the Minister decides that subsection 12(1) was contravened, he then has to decide, pursuant to section 29, whether any or all of the currency or monetary instruments seized should be returned with or without penalty, whether any penalty or portion of a penalty already paid should be returned, or whether the forfeiture of the currency or monetary instruments should be confirmed. This action under section 30 sought to challenge the Minister’s decision under section 29, but such decisions are not covered by section 30. As stated in *Dokaj v. M.N.R.*, [2006] 2 F.C.R. 152 (F.C.), the decisions of the Minister pursuant to sections 27 and 29 are discrete decisions. The references to “a decision” and “the decision” in section 30 are to the Minister’s determination under section 27 of the Act. Consequently, the Federal Court’s jurisdiction, pursuant to section 30, is limited to reviewing the Minister’s decision made under section 27. The appropriate way to challenge the Minister’s decision made under section 29 is to file an application for judicial review of that decision.

The Federal Court did not err in affirming the Minister’s decision that the appellant violated section 12 of the Act.

The provisions of the Act dealing with: its object (section 3), reporting requirements (section 12), seizures (sections 18 to 20), forfeiture (section 23), and review and appeal (sections 24 to 30) were considered and explained.

The Federal Court should not have commented, in *obiter*, that there were no reasonable grounds to suspect that the currency seized was the proceeds of crime, as that was not its role.

R. v. Simmons, [1988] 2 S.C.R. 495, which held that the search and seizure provisions in the *Customs Act*, which authorized the search of an individual if a customs officer had “reasonable grounds for supposing” that the person had prohibited goods secreted about his or her person, did not violate section 8 of the Charter, applied herein. The provisions of the Act do not violate section 8 of the Charter. The presumption of innocence in paragraph 11(d) of the Charter

demande de contrôle judiciaire. En outre, la Cour fédérale a statué que l’appelant avait contrevenu à l’article 12 et que les dispositions contestées ne portaient pas atteinte à la Charte.

Arrêt : l’appel doit être rejeté.

L’article 30 de la Loi permet à toute personne qui a demandé une décision du ministre en vertu de l’article 25 d’appeler par voie d’action devant la Cour fédérale dans les 90 jours « suivant la communication de la décision ». La décision dont il est question est celle du ministre portant sur l’existence ou non d’une contravention au paragraphe 12(1), et elle est prise en vertu de l’article 27. Si le ministre décide qu’il y a eu contravention au paragraphe 12(1), il doit alors décider, suivant l’article 29, s’il devrait restituer la totalité ou une partie des espèces ou effets saisis, avec ou sans pénalité, s’il devrait restituer la totalité ou une partie de la pénalité versée ou s’il devrait confirmer la confiscation des espèces et effets. Cette action, instituée en vertu de l’article 30, visait à contester la décision que le ministre a rendue en application de l’article 29, mais cette décision n’est pas visée par l’article 30. Comme il ressort de l’affaire *Dokaj c. M.R.N.*, [2006] 2 R.C.F. 152 (C.F.), les décisions rendues par le ministre en application des articles 27 et 29 sont des décisions distinctes. Les termes « une décision » et « cette décision » employés à l’article 30 renvoient à la décision du ministre rendue en application de l’article 27 de la Loi. La compétence de la Cour fédérale en vertu de l’article 30 est donc restreinte à la révision de la décision du ministre rendue en application de l’article 27. Le recours approprié pour contester la décision du ministre rendue en application de l’article 29 est celui de la demande de contrôle judiciaire.

La Cour fédérale n’a commis aucune erreur en confirmant la décision du ministre portant que l’appelant avait contrevenu à l’article 12 de la Loi.

Les dispositions de la Loi traitant de son objet (article 3), l’obligation de déclarer (article 12), les saisies (articles 18 à 20), la confiscation (article 23), et la révision et l’appel (articles 24 à 30) ont été examinées et expliquées.

La Cour fédérale n’aurait pas dû ajouter, en *obiter*, qu’il n’y avait aucun motif raisonnable de soupçonner que les espèces saisis étaient des produits de la criminalité puisque ce rôle n’était pas le sien.

L’arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, où la Cour suprême a statué que les dispositions relatives aux fouilles et aux perquisitions de la *Loi sur les douanes* (qui permettaient la fouille d’un individu si l’agent des douanes avait « raisonnablement lieu de supposer » que des articles prohibés étaient cachés sur lui) ne portaient pas atteinte à l’article 8 de la Charte, s’appliquait aux présentes. Les dispositions de la Loi ne portent pas atteinte à l’article 8 de la Charte. La

did not come into play, as it applies only to penal proceedings where an individual is facing criminal, quasi-criminal or regulatory charges. Here, the appellant was not an accused. The seizure and forfeiture process established by the Act is a civil collection mechanism that is not intended to punish the individual. Finally, the duty to report imposed by the Act and the seizure and forfeiture mechanism it establishes do not engage the right to life, liberty and security of the person guaranteed by section 7 of the Charter. It engages purely economic interests or property rights, which are not protected by section 7.

présomption d'innocence protégée par l'alinéa 11*d*) de la Charte n'a pas été engagée puisqu'elle ne s'applique qu'à des procédures pénales où un individu fait face à des accusations criminelles, quasi-criminelles ou de nature réglementaire. En l'espèce, l'appelant n'était pas un inculpé. Le processus relatif à la saisie et la confiscation mis en place par la Loi est un mécanisme de recouvrement civil qui ne vise pas à punir l'individu. Enfin, l'obligation de déclarer qu'impose la Loi et le mécanisme de saisie et de confiscation qu'elle prévoit n'engagent pas les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont garantis par l'article 7 de la Charte. Ce mécanisme engage des intérêts purement économiques ou des droits de propriété qui ne sont pas protégés par l'article 7.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act and the Income Tax Act and to make a consequential amendment to another Act, S.C. 2006, c. 12, ss. 14, 16.
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, 8, 11(*d*).
Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 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. 72(1) (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 21).
Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, ss. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 48), 3 (as am. *idem*, s. 50), 12 (as am. *idem*, s. 54), 15 (as am. *idem*, s. 55), 16 (as am. *idem*, s. 56), 18 (as am. *idem*, s. 134), 19, 19.1, 20 (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 127), 22 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 60), 23, 24, 25 (as am. *idem*, s. 61), 26 (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 127), 27 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 62), 28, 29, 30 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 161).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dokaj v. M.N.R., [2006] 2 F.C.R. 152; 2005 FC 1437; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; (1988), 67 O.R. (2d) 63; 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; 30 O.A.C. 241; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; (1999), 171 D.L.R. (4th) 1; 133 C.C.C. (3d) 129; 24 C.R. (5th) 97; 61 C.R.R. (2d) 245; 237 N.R. 157.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 11*d*).
Loi modifiant la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, la Loi de l'impôt sur le revenu et une autre loi en conséquence, L.C. 2006, ch. 12, art. 14, 16.
Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17, art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 48), 3 (mod., *idem*, art. 50), 12 (mod., *idem*, art. 54), 15 (mod., *idem*, art. 55), 16 (mod., *idem*, art. 56), 18 (mod., *idem*, art. 134), 19, 19.1, 20 (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 127), 22 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 60), 23, 24, 25 (mod., *idem*, art. 61), 26 (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 127), 27 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 62), 28, 29, 30 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 161).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 72(1) (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 21).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dokaj c. M.N.R., [2006] 2 R.C.F. 152; 2005 CF 1437; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652.

CONSIDERED:

R. v. Ulybel Enterprises Ltd., [2001] 2 S.C.R. 867; (2001), 206 Nfld. & P.E.I.R. 304; 203 D.L.R. (4th) 513; 157 C.C.C. (3d) 353; 45 C.R. (5th) 1; 275 N.R. 201; 2001 SCC 56; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *Time Data Recorder International Ltd. v. M.N.R.* (1997), 211 N.R. 229; 2 T.T.R. (2d) 122 (F.C.A.); affg (1993), 66 F.T.R. 253; 13 T.T.R. 332 (F.C.T.D.); *Nerguizian v. M.N.R.* (1996), 121 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *He v. Canada* (2000), 182 F.T.R. 85; 4 T.T.R. (2d) 253 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v. Pham* (2007), 361 N.R. 245; 2007 FCA 141; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, [2002] 3 S.C.R. 708; (2002), 219 D.L.R. (4th) 723; 169 C.C.C. (3d) 97; 6 C.R. (6th) 272; 99 C.R.R. (2d) 252; 295 N.R. 291; 2002 SCC 72; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; (1993), 145 A.R. 104; [1993] 8 W.W.R. 287; 12 Alta. L.R. (3d) 305; 84 C.C.C. (3d) 203; 24 C.R. (4th) 47; 17 C.R.R. (2d) 297; 157 N.R. 321; 55 W.A.C. 104; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask. R. 105; 28 Admin. L.R. 294; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161; *Canada v. Schmidt*, [1987] 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; *Martineau v. M.N.R.*, [2004] 3 S.C.R. 737; (2004), 192 C.C.C. (3d) 129; 24 C.R. (6th) 207; 125 C.R.R. (2d) 301; 328 N.R. 48; 9 T.T.R. (2d) 487; 2004 SCC 81; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 SCC 44; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 6; (2002), 221 D.L.R. (4th) 90; [2003] 4 W.W.R. 1; 173 Man.R. (2d) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 205; 102 C.R.R. (2d) 345; 34 M.P.L.R. (3d) 163; 299 N.R. 267; 2003 SCC 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. c. Ulybel Enterprises Ltd., [2001] 2 R.C.S. 867; 2001 CSC 56; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Time Data Recorder International Ltd. c. M.R.N.*, [1997] A.C.F. n° 475 (C.A.) (QL); conf. [1993] A.C.F. n° 768 (1^{re} inst.) (QL); *Nerguizian c. M.R.N.*, [1996] A.C.F. n° 866 (1^{re} inst.) (QL); *He c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 93 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) c. Pham*, 2007 CAF 141; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Québec (Procureur général) c. Laroche*, [2002] 3 R.C.S. 708; 2002 CSC 72; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Martineau c. M.R.N.*, [2004] 3 R.C.S. 737; 2004 CSC 81; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; 2000 CSC 44; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6; 2003 CSC 3.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 8th ed., St. Paul, Minn.: West Group, 2004, "forfeiture".

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2006), 205 C.C.C. (3d) 449; 285 F.T.R. 291; 2006 FC 50) dismissing the appellant's action brought under subsection 30(1) of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* on the basis that it did not have jurisdiction to review the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness' decision confirming the forfeiture of the currency seized as forfeit from the appellant. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Jérôme Choquette, Q.C. and *Jean-Stéphane Kourie* for appellant.
Jacques Mimar for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Choquette, Beaupré, Rhéaume, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] DESJARDINS J.A.: This is an appeal from the decision of the Federal Court (Harrington J.), (2006), 205 C.C.C. (3d) 449 (F.C.) dismissing the action brought by the appellant, Mr. Tourki, under subsection 30(1) of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17 [s. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 47)] (the Act). Harrington J. held, *inter alia*, that in an action under section 30 [s. 30(2) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 161)] of the Act, the Federal Court has no jurisdiction to review the decision of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister) to confirm that currency seized under the Act is forfeited, the appropriate procedure being an application for judicial review.

DOCTRINE CITÉE

Black's Law Dictionary, 8^e éd., St. Paul, Minn. : West Group, 2004, « *forfeiture* ».

APPEL de la décision de la Cour fédérale (2006 CF 50) rejetant l'action instituée par l'appelant en vertu du paragraphe 30(1) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* au motif qu'elle n'avait pas compétence pour réviser la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de confirmer la confiscation d'une somme d'argent saisie à l'appelant. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Jérôme Choquette, c.r. et *Jean-Stéphane Kourie* pour l'appelant.
Jacques Mimar pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Choquette, Beaupré, Rhéaume, Montréal, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Il s'agit d'un appel de la décision de la Cour fédérale (le juge Harrington, 2006 FC 50) rejetant l'action instituée par l'appelant, M. Tourki, en vertu du paragraphe 30(1) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17 [art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 47)] (la Loi). Le juge Harrington a conclu entre autres que dans le contexte d'une action fondée sur l'article 30 [art. 30(2) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 161)] de la Loi, la Cour fédérale n'a pas compétence pour réviser la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) de confirmer la confiscation d'une somme d'argent saisie aux termes de la Loi, la procédure appropriée étant la demande de contrôle judiciaire.

Facts

[2] On July 5, 2003, the appellant boarded a flight from Montréal to Paris. The private security corporation that was responsible for the security checkpoint had informed customs that Mr. Tourki had told them that his briefcase contained \$25,000 in currency from the sale of an automobile. Before the plane left, two officers asked Mr. Tourki to disembark. When his person and baggage were searched, a briefcase containing banknotes totalling C\$102,642.33 was found. The notes were seized as forfeit by a customs officer. The Minister subsequently confirmed the forfeiture.

[3] The appellant brought an action under section 30 of the Act. He challenged the Minister's decision that the appellant had violated section 12 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 54] of the Act and the Minister's decision to confirm the forfeiture of the notes. The appellant also challenged the validity of sections 12, 15 [as am. *idem*, s. 55], 16 [as am. *idem*, s. 56], 18 [as am. *idem*, s. 134], 19 and 22 to 29 [ss. 22 (as am. *idem*, s. 60), 25 (as am. *idem*, s. 61), 26 (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 127), 27 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 62)] of the Act on the ground that they were inconsistent with sections 7, 8 and paragraph 11(d) 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).

[4] The trial Judge dismissed the action. He held that, in an action under section 30 of the Act, the Federal Court does not have jurisdiction to review the Minister's decision to confirm the forfeiture of the currency. In addition, the trial Judge was of the opinion that the appellant had violated section 12 of the Act by failing to report to customs the exportation of money of a value greater than \$10,000. He also held that the Act did not violate the rights guaranteed by sections 7, 8 and paragraph 11(d) of the Charter.

Relevant Legislation

[5] I will first set out the relevant sections of the Act [s. 3 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 50)]:

Les faits

[2] Le 5 juillet 2003, l'appelant est monté à bord d'un vol Montréal-Paris. La société privée qui était responsable du point de contrôle de sécurité avait avisé les douanes que M. Tourki leur avait affirmé que sa serviette contenait 25 000 \$ en espèces suite à la vente d'une automobile. Avant le départ de l'avion, deux agents ont prié M. Tourki de descendre. Une fouille de sa personne et de ses bagages a révélé une serviette de billets représentant une somme de 102 642,33 \$CAN. Les billets furent saisis et confisqués par une agente de douanes. Le ministre confirma subséquemment la confiscation.

[3] L'appelant a institué une action fondée sur l'article 30 de la Loi. Il a contesté la décision du ministre selon laquelle l'appelant avait contrevenu à l'article 12 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 54] de la Loi, ainsi que la décision du ministre de confirmer la confiscation des billets. L'appelant a aussi contesté la validité des articles 12, 15 [mod., *idem*, art. 55], 16 [mod., *idem*, art. 56], 18 [mod., *idem*, art. 134], 19 et 22 à 29 [art. 22 (mod., *idem*, art. 60), 25 (mod., *idem*, art. 61), 26 (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 127), 27 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 62)] de la Loi prétendant que ceux-ci sont incompatibles avec les articles 7, 8 et du paragraphe 11d) 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).

[4] Le premier juge a rejeté l'action. Il a conclu que dans le contexte d'une action fondée sur l'article 30 de la Loi, la Cour fédérale n'a pas compétence pour réviser la décision du ministre de confirmer la confiscation des espèces. En plus, le premier juge fut d'avis que l'appelant avait contrevenu à l'article 12 de la Loi en omettant de déclarer aux douanes l'exportation d'une somme d'argent supérieure à 10 000 \$. Il a conclu également que la Loi ne portait pas atteinte aux droits protégés par les articles 7, 8 et le paragraphe 11d) de la Charte.

Les dispositions législatives pertinentes

[5] Je reproduis d'abord les articles pertinents de la Loi [art. 3 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 50)] :

3. The object of this Act is

(a) to implement specific measures to detect and deter money laundering and the financing of terrorist activities and to facilitate the investigation and prosecution of money laundering offences and terrorist activity financing offences, including

(i) establishing record keeping and client identification requirements for financial services providers and other persons or entities that engage in businesses, professions or activities that are susceptible to being used for money laundering or the financing of terrorist activities,

(ii) requiring the reporting of suspicious financial transactions and of cross-border movements of currency and monetary instruments, and

(iii) establishing an agency that is responsible for dealing with reported and other information;

(b) to respond to the threat posed by organized crime by providing law enforcement officials with the information they need to deprive criminals of the proceeds of their criminal activities, while ensuring that appropriate safeguards are put in place to protect the privacy of persons with respect to personal information about themselves; and

(c) to assist in fulfilling Canada's international commitments to participate in the fight against transnational crime, particularly money laundering, and the fight against terrorist activity.

...

12. (1) Every person or entity referred to in subsection (3) shall report to an officer, in accordance with the regulations, the importation or exportation of currency or monetary instruments of a value equal to or greater than the prescribed amount.

...

(3) Currency or monetary instruments shall be reported under subsection (1)

(a) in the case of currency or monetary instruments in the actual possession of a person arriving in or departing from Canada, or that form part of their baggage if they and their baggage are being carried on board the same conveyance, by that person or, in prescribed circumstances, by the person in charge of the conveyance;

3. La présente loi a pour objet :

a) de mettre en œuvre des mesures visant à détecter et décourager le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes et à faciliter les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions de recyclage des produits de la criminalité et aux infractions de financement des activités terroristes, notamment :

(i) imposer des obligations de tenue de documents et d'identification des clients aux fournisseurs de services financiers et autres personnes ou entités qui se livrent à l'exploitation d'une entreprise ou à l'exercice d'une profession ou d'activités susceptibles d'être utilisées pour le recyclage des produits de la criminalité ou pour le financement des activités terroristes,

(ii) établir un régime de déclaration obligatoire des opérations financières douteuses et des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets,

(iii) constituer un organisme chargé de l'examen de renseignements, notamment ceux portés à son attention en application du sous-alinéa (ii);

b) de combattre le crime organisé en fournissant aux responsables de l'application de la loi les renseignements leur permettant de priver les criminels du produit de leurs activités illicites, tout en assurant la mise en place des garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes à l'égard des renseignements personnels les concernant;

c) d'aider le Canada à remplir ses engagements internationaux dans la lutte contre le crime transnational, particulièrement le recyclage des produits de la criminalité, et la lutte contre les activités terroristes.

[...]

12. (1) Les personnes ou entités visées au paragraphe (3) sont tenues de déclarer à l'agent, conformément aux règlements, l'importation ou l'exportation des espèces ou effets d'une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire.

[...]

(3) Le déclarant est, selon le cas :

a) la personne ayant en sa possession effective ou parmi ses bagages les espèces ou effets se trouvant à bord du moyen de transport par lequel elle est arrivée au Canada ou a quitté le pays ou la personne qui, dans les circonstances réglementaires, est responsable du moyen de transport;

...

18. (1) If an officer believes on reasonable grounds that subsection 12(1) has been contravened, the officer may seize as forfeit the currency or monetary instruments.

(2) The officer shall, on payment of a penalty in the prescribed amount, return the seized currency or monetary instruments to the individual from whom they were seized or to the lawful owner unless the officer has reasonable grounds to suspect that the currency or monetary instruments are proceeds of crime within the meaning of subsection 462.3(1) of the *Criminal Code* or funds for use in the financing of terrorist activities.

(3) An officer who seizes currency or monetary instruments under subsection (1) shall

(a) if they were not imported or exported as mail, give the person from whom they were seized written notice of the seizure and of the right to review and appeal set out in sections 25 and 30;

(b) if they were imported or exported as mail and the address of the exporter is known, give the exporter written notice of the seizure and of the right to review and appeal set out in sections 25 and 30; and

(c) take the measures that are reasonable in the circumstances to give notice of the seizure to any person whom the officer believes on reasonable grounds is entitled to make an application under section 32 in respect of the currency or monetary instruments.

...

19. An officer may call on other persons to assist the officer in exercising any power of search, seizure or retention that the officer is authorized under this Part to exercise, and any person so called on is authorized to exercise the power.

19.1 If an officer decides to exercise powers under subsection 18(1), the officer shall record in writing reasons for the decision.

...

22. (1) An officer who retains currency or monetary instruments forfeited under subsection 14(5) shall send the currency or monetary instruments to the Minister of Public Works and Government Services.

(2) An officer who seizes currency or monetary instruments or is paid a penalty under subsection 18(2) shall send the currency or monetary instruments or the penalty, as the case

[...]

18. (1) S'il a des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), l'agent peut saisir à titre de confiscation les espèces ou effets.

(2) Sur réception du paiement de la pénalité réglementaire, l'agent restitue au saisi ou au propriétaire légitime les espèces ou effets saisis sauf s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il s'agit de produits de la criminalité au sens du paragraphe 462.3(1) du *Code criminel* ou de fonds destinés au financement des activités terroristes.

3) L'agent qui procède à la saisie-confiscation prévue au paragraphe (1) :

a) donne au saisi, dans le cas où les espèces ou effets sont importés ou exportés autrement que par courrier, un avis écrit de la saisie et du droit de révision et d'appel établi aux articles 25 et 30;

b) donne à l'exportateur, dans le cas où les espèces ou effets sont importés ou exportés par courrier et son adresse est connue, un avis écrit de la saisie et du droit de révision et d'appel établi aux articles 25 et 30;

c) prend les mesures convenables, eu égard aux circonstances, pour aviser de la saisie toute personne dont il croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle est recevable à présenter, à l'égard des espèces ou effets saisis, la requête visée à l'article 32.

[...]

19. L'agent peut requérir main-forte pour se faire assister dans l'exercice des pouvoirs de fouille, de rétention ou de saisie que lui confère la présente partie. Toute personne ainsi requise est autorisée à exercer ces pouvoirs.

19.1 L'agent qui décide d'exercer les attributions conférées par le paragraphe 18(1) est tenu de consigner par écrit les motifs à l'appui de sa décision.

[...]

22. (1) En cas de confiscation aux termes du paragraphe 14(5) des espèces ou effets retenus, l'agent les remet au ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux.

(2) En cas de saisie d'espèces ou d'effets ou de paiement d'une pénalité réglementaire aux termes du paragraphe 18(2), l'agent les remet au ministre des Travaux publics et des

may be, to the Minister of Public Works and Government Services.

23. Subject to subsection 18(2) and sections 25 to 31, currency or monetary instruments seized as forfeit under subsection 18(1) are forfeited to Her Majesty in right of Canada from the time of the contravention of subsection 12(1) in respect of which they were seized, and no act or proceeding after the forfeiture is necessary to effect the forfeiture.

24. The forfeiture of currency or monetary instruments seized under this Part is final and is not subject to review or to be set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by sections 25 to 30.

25. A person from whom currency or monetary instruments were seized under section 18, or the lawful owner of the currency or monetary instruments, may within 90 days after the date of the seizure request a decision of the Minister as to whether subsection 12(1) was contravened, by giving notice in writing to the officer who seized the currency or monetary instruments or to an officer at the customs office closest to the place where the seizure took place.

26. (1) If a decision of the Minister is requested under section 25, the President shall without delay serve on the person who requested it written notice of the circumstances of the seizure in respect of which the decision is requested.

(2) The person on whom a notice is served under subsection (1) may, within 30 days after the notice is served, furnish any evidence in the matter that they desire to furnish.

27. (1) Within 90 days after the expiry of the period referred to in subsection 26(2), the Minister shall decide whether subsection 12(1) was contravened.

(2) If charges are laid with respect to a money laundering offence or a terrorist activity financing offence in respect of the currency or monetary instruments seized, the Minister may defer making a decision but shall make it in any case no later than 30 days after the conclusion of all court proceedings in respect of those charges.

(3) The Minister shall, without delay after making a decision, serve on the person who requested it a written notice of the decision together with the reasons for it.

28. If the Minister decides that subsection 12(1) was not contravened, the Minister of Public Works and Government Services shall, on being informed of the Minister's decision, return the penalty that was paid, or the currency or monetary instruments or an amount of money equal to their value at the time of the seizure, as the case may be.

29. (1) If the Minister decides that subsection 12(1) was contravened, the Minister shall, subject to the terms and conditions that the Minister may determine,

Services gouvernementaux.

23. Sous réserve du paragraphe 18(2) et des articles 25 à 31, les espèces ou effets saisis en application du paragraphe 18(1) sont confisqués au profit de Sa Majesté du chef du Canada à compter de la contravention au paragraphe 12(1) qui a motivé la saisie. La confiscation produit dès lors son plein effet et n'est assujettie à aucune autre formalité.

24. La confiscation d'espèces ou d'effets saisis en vertu de la présente partie est définitive et n'est susceptible de révision, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 25 à 30.

25. La personne entre les mains de qui ont été saisis des espèces ou effets en vertu de l'article 18 ou leur propriétaire légitime peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la saisie, demander au ministre de décider s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1) en donnant un avis écrit à l'agent qui les a saisis ou à un agent du bureau de douane le plus proche du lieu de la saisie.

26. (1) Le président signifie sans délai par écrit à la personne qui a présenté la demande visée à l'article 25 un avis exposant les circonstances de la saisie à l'origine de la demande.

(2) Le demandeur dispose de trente jours à compter de la signification de l'avis pour produire tous moyens de preuve à l'appui de ses prétentions.

27. (1) Dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'expiration du délai mentionné au paragraphe 26(2), le ministre décide s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1).

(2) Dans le cas où des poursuites pour infraction de recyclage des produits de la criminalité ou pour infraction de financement des activités terroristes ont été intentées relativement aux espèces ou effets saisis, le ministre peut reporter la décision, mais celle-ci doit être prise dans les trente jours suivant l'issue des poursuites.

(3) Le ministre signifie sans délai par écrit à la personne qui a fait la demande un avis de la décision, motifs à l'appui.

28. Si le ministre décide qu'il n'y a pas eu de contravention au paragraphe 12(1), le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il est informé de la décision du ministre, restitue la valeur de la pénalité réglementaire, les espèces ou effets ou la valeur de ceux-ci au moment de la saisie, selon le cas.

29. (1) S'il décide qu'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), le ministre, aux conditions qu'il fixe :

(a) decide that the currency or monetary instruments or, subject to subsection (2), an amount of money equal to their value on the day the Minister of Public Works and Government Services is informed of the decision, be returned, on payment of a penalty in the prescribed amount or without penalty;

(b) decide that any penalty or portion of any penalty that was paid under subsection 18(2) be remitted; or

(c) subject to any order made under section 33 or 34, confirm that the currency or monetary instruments are forfeited to Her Majesty in right of Canada.

The Minister of Public Works and Government Services shall give effect to a decision of the Minister under paragraph (a) or (b) on being informed of it.

(2) The total amount paid under paragraph (1)(a) shall, if the currency or monetary instruments were sold or otherwise disposed of under the *Seized Property Management Act*, not exceed the proceeds of the sale or disposition, if any, less any costs incurred by Her Majesty in respect of the currency or monetary instruments.

30. (1) A person who requests a decision of the Minister under section 25 may, within 90 days after being notified of the decision, appeal the decision by way of an action in the Federal Court in which the person is the plaintiff and the Minister is the defendant.

(2) The *Federal Courts Act* and the rules made under that Act that apply to ordinary actions apply to actions instituted under subsection (1) except as varied by special rules made in respect of such actions.

(3) The Minister of Public Works and Government Services shall give effect to the decision of the Court on being informed of it. [Emphasis added.]

Standard of Review

[6] The jurisdiction of the Federal Court under section 30 of the Act is a question of statutory construction that is reviewable on the correctness standard. The question of whether the appellant contravened subsection 12(1) of the Act is a question of mixed fact and law that is reviewable on the palpable and overriding error standard: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235.

a) soit décide de restituer les espèces ou effets ou, sous réserve du paragraphe (2), la valeur de ceux-ci à la date où le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux est informé de la décision, sur réception de la pénalité réglementaire ou sans pénalité;

b) soit décide de restituer tout ou partie de la pénalité versée en application du paragraphe 18(2);

c) soit confirme la confiscation des espèces ou effets au profit de Sa Majesté du chef du Canada, sous réserve de toute ordonnance rendue en application des articles 33 ou 34.

Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il en est informé, prend les mesures nécessaires à l'application des alinéas a) ou b).

(2) En cas de vente ou autre forme d'aliénation des espèces ou effets en vertu de la *Loi sur l'administration des biens saisis*, le montant de la somme versée en vertu de l'alinéa (1)a) ne peut être supérieur au produit éventuel de la vente ou de l'aliénation, duquel sont soustraits les frais afférents exposés par Sa Majesté; à défaut de produit de l'aliénation, aucun paiement n'est effectué.

30. (1) La personne qui a présenté une demande en vertu de l'article 25 peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la communication de la décision, en appeler par voie d'action devant la Cour fédérale à titre de demandeur, le ministre étant le défendeur.

(2) La *Loi sur les Cours fédérales* et les règles prises aux termes de cette loi applicables aux actions ordinaires s'appliquent aux actions intentées en vertu du paragraphe (1), avec les adaptations nécessaires occasionnées par les règles propres à ces actions.

(3) Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il en a été informé, prend les mesures nécessaires pour donner effet à la décision de la Cour. [Je souligne.]

La norme de contrôle

[6] La compétence de la Cour fédérale selon l'article 30 de la Loi est une question d'interprétation de la Loi laquelle est révisable selon la norme de la décision correcte. La question de savoir si l'appelant a contrevenu au paragraphe 12(1) de la Loi est une question mixte de fait et de droit révisable selon la norme de l'erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235.

Jurisdiction of the Federal Court under Section 30 of the Act

[7] Section 24 of the Act contains the following privative clause:

24. The forfeiture of currency or monetary instruments seized under this Part is final and is not subject to review or to be set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by sections 25 to 30.

[8] That section provides that the forfeiture of currency seized may be reviewed by way of an action under section 30 of the Act. The French version of section 24 is also very clear on this point.

[9] The word “forfeiture” (*confiscation*) means, in law, “a divestiture of specific property without compensation” (*Black’s Law Dictionary*, 8th ed., 2004, at page 667). That definition was cited by the Supreme Court of Canada in *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, at paragraph 44, which dealt with the word “forfeiture” (*confiscation*) in subsection 72(1) [as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 21] of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.

[10] Section 30 of the Act, however, provides as follows:

30. (1) A person who requests a decision of the Minister under section 25 may, within 90 days after being notified of the decision, appeal the decision by way of an action in the Federal Court in which the person is the plaintiff and the Minister is the defendant.

(2) The *Federal Courts Act* and the rules made under that Act that apply to ordinary actions apply to actions instituted under subsection (1) except as varied by special rules made in respect of such actions.

(3) The Minister of Public Works and Government Services shall give effect to the decision of the Court on being informed of it. [Emphasis added.]

[11] That section allows anyone who has made a request under section 25 to appeal by way of an action before the Federal Court in which the person is the

La compétence de la Cour fédérale selon l’article 30 de la Loi

[7] L’article 24 de la Loi contient la clause privative suivante :

24. La confiscation d’espèces ou d’effets saisis en vertu de la présente partie est définitive et n’est susceptible de révision, de rejet ou de toute autre forme d’intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 25 à 30.

[8] Cet article prévoit que la confiscation d’espèces saisies peut être révisée, par voie d’action, selon l’article 30 de la Loi. La version anglaise de l’article 24 est également très explicite à ce sujet.

[9] Le mot « confiscation » (*forfeiture*) s’entend légalement du [TRADUCTION] « retranchement d’un bien ou droit de propriété particulière sans indemnité » (*a divestiture of specific property without compensation*) (*Black’s Law Dictionary*, 8^e éd. 2004, à la page 667). Cette définition fut retenue par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, au paragraphe 44, qui traitait du mot « confiscation » (*forfeiture*) aux termes du paragraphe 72(1) [mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 21] de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.

[10] L’article 30 de la Loi, pour sa part, stipule cependant :

30. (1) La personne qui a présenté une demande en vertu de l’article 25 peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la communication de la décision, en appeler par voie d’action devant la Cour fédérale à titre de demandeur, le ministre étant le défendeur.

(2) La *Loi sur les Cours fédérales* et les règles prises aux termes de cette loi applicables aux actions ordinaires s’appliquent aux actions intentées en vertu du paragraphe (1), avec les adaptations nécessaires occasionnées par les règles propres à ces actions.

(3) Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu’il en a été informé, prend les mesures nécessaires pour donner effet à la décision de la Cour. [Je souligne.]

[11] Cet article permet à toute personne qui a présenté une demande en vertu de l’article 25 d’en appeler par voie d’action devant la Cour fédérale à titre de

plaintiff, within 90 days “after being notified of the decision”. The Act does not specify which decision. Subsection 30(1), however, refers to a request under section 25, which provides as follows:

25. A person from whom currency or monetary instruments were seized under section 18, or the lawful owner of the currency or monetary instruments, may within 90 days after the date of the seizure request a decision of the Minister as to whether subsection 12(1) was contravened, by giving notice in writing to the officer who seized the currency or monetary instruments or to an officer at the customs office closest to the place where the seizure took place. [Emphasis added.]

[12] Section 25 refers to the decision of the Minister as to whether subsection 12(1) of the Act was contravened. It is therefore that decision that is at issue in subsection 30(1). The Minister makes that decision under section 27 of the Act, which provides:

27. (1) Within 90 days after the expiry of the period referred to in subsection 26(2), the Minister shall decide whether subsection 12(1) was contravened.

(2) If charges are laid with respect to a money laundering offence or a terrorist activity financing offence in respect of the currency or monetary instruments seized, the Minister may defer making a decision but shall make it in any case no later than 30 days after the conclusion of all court proceedings in respect of those charges.

(3) The Minister shall, without delay after making a decision, serve on the person who requested it a written notice of the decision together with the reasons for it. [Emphasis added.]

[13] There is no doubt that the action that may be brought relates to the decision made by the Minister under section 27.

[14] If the Minister decides that subsection 12(1) of the Act was contravened, the Minister must then, on his own initiative, make another decision. Section 29 provides as follows:

29. (1) If the Minister decides that subsection 12(1) was contravened, the Minister shall, subject to the terms and conditions that the Minister may determine,

(a) decide that the currency or monetary instruments or, subject to subsection (2), an amount of money equal to

demandeur dans les 90 jours « suivant la communication de la décision ». La Loi ne précise pas laquelle décision. Le paragraphe 30(1) se réfère cependant à une demande en vertu de l'article 25, lequel déclare :

25. La personne entre les mains de qui ont été saisis des espèces ou effets en vertu de l'article 18 ou leur propriétaire légitime peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la saisie, demander au ministre de décider s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1) en donnant un avis écrit à l'agent qui les a saisis ou à un agent du bureau de douane le plus proche du lieu de la saisie. [Je souligne.]

[12] L'article 25 se rapporte à la décision du ministre portant sur l'existence ou non d'une contravention au paragraphe 12(1) de la Loi. C'est donc de cette décision dont il est question au paragraphe 30(1). Cette décision du ministre est prise en vertu de l'article 27 de la Loi, qui stipule :

27. (1) Dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'expiration du délai mentionné au paragraphe 26(2), le ministre décide s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1).

(2) Dans le cas où des poursuites pour infraction de recyclage des produits de la criminalité ou pour infraction de financement des activités terroristes ont été intentées relativement aux espèces ou effets saisis, le ministre peut reporter la décision, mais celle-ci doit être prise dans les trente jours suivant l'issue des poursuites.

(3) Le ministre signifie sans délai par écrit à la personne qui a fait la demande un avis de la décision, motifs à l'appui. [Je souligne.]

[13] Il ne fait aucun doute que le recours par voie d'action vise la décision du ministre prise en vertu de l'article 27.

[14] S'il décide qu'il y a contravention au paragraphe 12(1) de la Loi, le ministre doit ensuite, *proprio motu*, prendre une autre décision. L'article 29 prévoit en effet ce qui suit :

29. (1) S'il décide qu'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), le ministre, aux conditions qu'il fixe :

a) soit décide de restituer les espèces ou effets ou, sous réserve du paragraphe (2), la valeur de ceux-ci à la date où

their value on the day the Minister of Public Works and Government Services is informed of the decision, be returned, on payment of a penalty in the prescribed amount or without penalty;

(b) decide that the penalty or portion of any penalty that was paid under subsection 18(2) be remitted; or

(c) subject to any order made under section 33 or 34, confirm that the currency or monetary instruments are forfeited to Her Majesty in right of Canada.

The Minister of Public Works and Government Services shall give effect to a decision of the Minister under paragraph (a) or (b) on being informed of it.

(2) The total amount paid under paragraph (1)(a) shall, if the currency or monetary instruments were sold or otherwise disposed of under the *Seized Property Management Act*, not exceed the proceeds of the sale or disposition, if any, less any costs incurred by Her Majesty in respect of the currency or monetary instruments. [Emphasis added.]

[15] Is this second decision also covered by section 30?

[16] In *Dokaj v. M.N.R.*, [2006] 2 F.C.R. 152 (F.C.), Layden-Stevenson J. answered this question in the negative. She stated, at paragraphs 35 and 37:

The decisions of the Minister pursuant to sections 27 and 29 are discrete decisions. One deals with contravention; the other deals with penalty and forfeit. Section 27 stipulates that the Minister shall decide whether subsection 12(1), i.e. the requirement to report, was contravened. The wording is unequivocal and leaves no room for doubt. Section 29 provides that, in circumstances where the Minister determines that there was a failure to report, the Minister is to review the quantum of the sanction imposed by the customs official under subsection 18(2), i.e. full forfeiture or a penalty ranging from \$250 to \$5,000. The Minister will either confirm the customs official's determination with respect to sanction or reduce it to some lesser penalty.

...

There is no ambiguity in the language. The Act authorizes an appeal in relation to a decision of the Minister under

le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux est informé de la décision, sur réception de la pénalité réglementaire ou sans pénalité;

b) soit décide de restituer tout ou partie de la pénalité versée en application du paragraphe 18(2);

c) soit confirme la confiscation des espèces ou effets au profit de Sa Majesté du chef du Canada, sous réserve de toute ordonnance rendue en application des articles 33 ou 34.

Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il en est informé, prend les mesures nécessaires à l'application des alinéas a) ou b).

(2) En cas de vente ou autre forme d'aliénation des espèces ou effets en vertu de la *Loi sur l'administration des biens saisis*, le montant de la somme versée en vertu de l'alinéa (1)a) ne peut être supérieur au produit éventuel de la vente ou de l'aliénation, duquel sont soustraits les frais afférents exposés par Sa Majesté; à défaut de produit de l'aliénation, aucun paiement n'est effectué. [Je souligne.]

[15] Cette seconde décision est-elle aussi couverte par l'article 30?

[16] Dans *Dokaj c. M.R.N.*, [2006] 2 R.C.F. 152 (C.F.), la juge Layden-Stevenson a répondu à cette question par la négative. Elle affirme aux paragraphes 35 et 37 :

Les décisions rendues par le ministre en application des articles 27 et 29 sont des décisions distinctes. L'une a trait à la contravention, tandis que l'autre porte sur la pénalité et la confiscation. L'article 27 énonce que le ministre doit décider s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), c'est-à-dire à l'obligation de déclarer les espèces ou effets. Le libellé est non équivoque et ne laisse aucun doute quant à sa signification. L'article 29 prévoit que, dans le cas où le ministre détermine que la personne a négligé de faire la déclaration requise, le ministre doit décider si le montant de la pénalité imposée par l'agent des douanes en application du paragraphe 18(2) était approprié, à savoir la confiscation entière des espèces ou une pénalité allant de 250 à 5 000 \$. Le ministre peut confirmer la décision de l'agent des douanes eu égard à la pénalité ou ordonner la restitution d'une partie plus ou moins importante de celle-ci.

[...]

Le libellé des dispositions est clair. La Loi permet d'interjeter appel de la décision du ministre fondée sur

section 25. Section 25 relates only to a decision as to whether subsection 12(1) was contravened (the provision that imposes the obligation to report). It necessarily follows that the references to “a decision” and “the decision” in subsection 30(1) refer to the Minister’s determination under section 27 of the Act. In my view, it cannot reasonably be construed in any other way. Consequently, the Federal Court’s jurisdiction, pursuant to section 30 of the Act, is limited to reviewing the decision under section 27 of the Act. That decision is with respect to whether or not there was a contravention of the Act under subsection 12(1).

[17] I am of the same opinion. The distinction she made between a decision under section 27 (the contravention or report) and a decision under section 29 (the penalty and forfeiture) is, as she demonstrated, based on the case law of this Court dealing with the seizure review and appeal mechanism provided for in the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, a mechanism similar to what is found in the Act (see *Time Data Recorder International Ltd v. M.N.R.* (1997), 211 N.R. 229 (F.C.A.); affirming (1993), 66 F.T.R. 253 (F.C.T.D.); *Nerguizian v. M.N.R.* (1996), 121 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *He v. Canada* (2000), 182 F.T.R. 85.

[18] Accordingly, any decision relating to a penalty and seizure cannot be challenged by way of an action under section 30 of the Act. The appropriate remedy is an application 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 Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)].

[19] The respondent drew our attention to the *Act to amend the Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act and the Income Tax Act and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2006, c. 12, sections 14 and 16 of which, inter alia, came into force on February 10, 2007 (Order in Council P.C. 2007-142 (Registration SI/2007-18)). Those amendments are not effective retroactively and are not relevant for the purposes of this appeal. It is not for the Court, in the context of this case, to make pronouncements on the effect of the amendments for the future. This Court commented on them in *Canada*

l’article 25. Cet article vise uniquement une décision sur la question de savoir s’il y a eu contravention au paragraphe 12(1), qui énonce l’obligation de faire une déclaration. Il s’ensuit que les termes « une demande » et « la décision » employés à l’article 30 renvoient à la décision du ministre en application de l’article 27. À mon avis, il s’agit de la seule interprétation raisonnable. La compétence de la Cour fédérale en vertu de l’article 30 de la Loi est donc restreinte à la révision de la décision rendue en application de l’article 27 de la Loi. Cette décision vise à déterminer s’il y a eu contravention au paragraphe 12(1).

[17] Je partage cette opinion. La distinction qu’elle fait entre la décision en application de l’article 27 (la contravention ou la déclaration) et celle en application de l’article 29 (la pénalité et la confiscation) se fonde, comme elle l’a démontré, sur la jurisprudence entérinée par notre Cour concernant le processus de révision et d’appel des saisies que l’on retrouve dans la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, processus similaire à celui que l’on retrouve dans la Loi (voir *Time Data Recorder International Ltd. c. M.R.N.*, [1997] A.C.F. n° 475 (C.A.) (QL), confirmant [1993] A.C.F. n° 768 (1^{re} inst.) (QL); *Nerguizian c. M.R.N.*, [1996] A.C.F. n° 866 (1^{re} inst.) (QL); *He c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 93 (1^{re} inst.) (QL).

[18] Il s’ensuit que toute contestation de la décision portant sur la pénalité et la confiscation ne peut se faire par voie d’action suivant l’article 30 de la Loi. Le recours approprié est celui de la demande de contrôle judiciaire selon 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., *idem*, art. 14)].

[19] L’intimé a porté à notre connaissance la *Loi modifiant la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, la Loi de l’impôt sur le revenu et une autre loi en conséquence*, L.C. 2006, ch. 12, dont les articles 14 et 16, entre autres, sont entrés en vigueur le 10 février 2007 (décret C.P. 2007-142 (enregistrement TR/2007-18)). Ces modifications n’ont aucun caractère rétroactif et ne sont pas pertinentes pour les fins de cet appel. Il n’appartient pas à la Cour, dans le contexte de cette affaire, de se prononcer sur l’effet des modifications pour l’avenir. Dans l’affaire *Canada (Ministre de la*

(Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v. Pham (2007), 361 N.R. 245 (F.C.A.) (at paragraph 23).

Subsection 12(1) of the Act

[20] The appellant argues that he has not contravened subsection 12(1) of the Act. He says, and customs officer J. C. Prémont acknowledged at the hearing before the trial Judge, that he had signed a declaration before leaving the airport in the early hours of July 6, 2003.

[21] The trial Judge clearly took note of that statement. He nonetheless held that the form signed by Mr. Tourki did not constitute a report under subsection 12(1) of the Act. It was too late to do so, because he was sitting on a plane on the tarmac when he was intercepted.

[22] The trial Judge did not err in deciding that the Minister was correct in determining that the appellant had contravened subsection 12(1) of the Act.

Connection between a Forfeiture and a Declaration

[23] One of the objects of the Act is to require the “reporting of suspicious financial transactions and of cross-border movements of currency and monetary instruments” (subparagraph 3(a)(ii)). As Layden-Stevenson J. explained, at paragraph 26 of her reasons, the implementation of this objective is achieved through Part 2 of the Act which requires that importers and exporters make a report to a customs official whenever they import or export large quantities of currency or monetary instruments into or out of Canada. The reporting requirement is the cornerstone of the system established for monitoring cross-border movements.

[24] It is therefore important to note that a review of the Minister’s decision, regarding both the contravention and the penalty or forfeiture, is necessarily initiated by a request under section 25 of the Act. It is also important to note that subsection 26(2), which is related to the request under section 25, is the only section of the Act

Sécurité publique et la Protection civile) c. Pham, 2007 CAF 141, notre Cour y a apporté des commentaires (au paragraphe 23).

Le paragraphe 12(1) de la Loi

[20] L’appelant plaide qu’il n’a pas contrevenu au paragraphe 12(1) de la Loi. Il affirme, et l’agent de douane J. C. Prémont l’a reconnu à l’audience devant le premier juge, avoir signé une déclaration avant de quitter l’aéroport tôt le matin du 6 juillet 2003.

[21] Le premier juge a pris bonne note de cette affirmation. Il a néanmoins conclu que le formulaire signé par M. Tourki ne constituait pas une déclaration pouvant satisfaire à l’obligation que lui imposait le paragraphe 12(1) de la Loi. Il était trop tard pour ce faire puisqu’il était installé dans l’avion, au sol, lorsqu’il fut intercepté.

[22] Le premier juge n’a commis aucune erreur en décidant que le ministre avait raison de conclure que l’appelant avait contrevenu au paragraphe 12(1) de la Loi.

Lien entre la confiscation et la déclaration

[23] Un des objets de la Loi est d’établir « un régime de déclaration obligatoire des opérations financières douteuses et des mouvements transfrontaliers d’espèces et d’effets » (sous-alinéa 3a)(ii)). Comme l’a expliqué la juge Layden-Stevenson au paragraphe 26 de ses motifs, cet objet est mis en œuvre à la partie 2 de la Loi qui établit un régime en vertu duquel les importateurs et les exportateurs doivent déclarer aux agents des douanes toute importation ou exportation de quantités importantes d’espèces ou d’effets à destination ou au départ du Canada. L’obligation de déclarer constitue la pierre angulaire du régime de surveillance des mouvements transfrontaliers.

[24] Il importe ainsi de noter que la révision de la décision du ministre, autant sur la contravention que sur la pénalité ou la confiscation, passe nécessairement par l’article 25 de la Loi. Il importe également de noter que le paragraphe 26(2), qui est relié à la demande suivant l’article 25, est le seul article de la Loi qui donne au

that gives the person whose property has been seized an opportunity to offer evidence regarding both the contravention and the forfeiture.

[25] Sections 18 to 20 of the Act are under the heading “*Seizures*”. The Act provides that “[i]f an officer believes on reasonable grounds that subsection 12(1) has been contravened, the officer may seize as forfeit the currency or monetary instruments” [emphasis added] (subsection 18(1) of the Act). “If an officer decides to exercise powers under subsection 18(1), the officer shall record in writing reasons for the decision” (section 19.1 of the Act). An officer who seizes currency or monetary instruments under subsection 18(1) of the Act must give the person from whom they were seized written notice of the seizure and of the right to review and appeal set out in sections 25 and 30 of the Act (paragraph 18(3)(a) of the Act). “The officer shall, on payment of a penalty in the prescribed amount, return the seized currency or monetary instruments to the individual from whom they were seized . . . unless the officer has reasonable grounds to suspect that the currency or monetary instruments are proceeds of crime within the meaning of subsection 462.3(1) of the *Criminal Code* or funds for use in the financing of terrorist activities” [emphasis added] (subsection 18(2) of the Act). If the currency or monetary instruments have been seized under section 18, the officer who seized them shall without delay report the circumstances of the seizure to the President of the Canada Border Services Agency and to the Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (section 20 [as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 127]).

[26] Under the heading “*Forfeiture*”, section 23 of the Act provides that “[s]ubject to subsection 18(2) and sections 25 to 31, currency or monetary instruments seized as forfeit under subsection 18(1) are forfeited to Her Majesty in right of Canada from the time of the contravention of subsection 12(1) in respect of which they were seized, and no act or proceeding after the forfeiture is necessary to effect the forfeiture.”

[27] The Act then provides, under the heading “*Review and Appeal*”, that the forfeiture is final and is not subject to review except to the extent and in the manner provided for by sections 25 to 30 of the Act (section 24 of the Act).

saisi l’occasion de présenter sa preuve à la fois sur la question de la contravention et sur celle de la confiscation.

[25] Les articles 18 à 20 de la Loi se trouvent au titre « *Saisie* ». La Loi dispose que « [s]’il a des motifs raisonnables de croire qu’il y a eu contravention au paragraphe 12(1), l’agent peut saisir à titre de confiscation les espèces ou effets » [je souligne] (paragraphe 18(1) de la Loi). « L’agent qui décide d’exercer les attributions conférées par le paragraphe 18(1) est tenu de consigner par écrit les motifs à l’appui de sa décision » (article 19.1 de la Loi). L’agent qui procède à la saisie-confiscation prévue au paragraphe 18(1) de la Loi donne au saisi un avis écrit de la saisie et du droit de révision et d’appel établi aux articles 25 et 30 de la Loi (alinéa 18(3)a) de la Loi). « Sur réception du paiement de la pénalité réglementaire, l’agent restitue au saisi [. . .] les espèces ou effets saisis sauf s’il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu’il s’agit de produits de la criminalité au sens du paragraphe 462.3(1) du *Code criminel* ou de fonds destinés au financement des activités terroristes » [je souligne] (paragraphe 18(2) de la Loi). L’agent qui a saisi les espèces ou effets en vertu de l’article 18 fait aussitôt un rapport au président de l’Agence des services frontaliers du Canada et au Centre d’analyse des opérations et déclarations financières du Canada sur les circonstances de la saisie (article 20 [mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 127]).

[26] Au titre « *Confiscation* », l’article 23 de la Loi prévoit que, « [s]ous réserve du paragraphe 18(2) et des articles 25 à 31, les espèces ou effets saisies en application du paragraphe 18(1) sont confisquées au profit de Sa Majesté du chef du Canada à compter de la contravention au paragraphe 12(1) qui a motivé la saisie. La confiscation produit dès lors son plein effet et n’est assujettie à aucune formalité ».

[27] La Loi prévoit alors, au titre « *Révision et appel* », que la confiscation est définitive et n’est susceptible de révision que dans la mesure et selon les formalités prévues aux articles 25 à 30 de la Loi (article 24 de la Loi).

[28] The Act then provides that a person from whom currency or monetary instruments were seized, or the lawful owner, “may within 90 days after the date of the seizure request a decision of the Minister as to whether subsection 12(1) was contravened, by giving notice in writing to the officer who seized the currency or monetary instruments or to an officer at the customs office closest to the place where the seizure took place” (section 25). “If a decision of the Minister is requested under section 25, the President shall without delay serve on the person who requested it written notice of the circumstances of the seizure in respect of which the decision is requested” (subsection 26(1)). “The person on whom a notice is served under subsection (1) may, within 30 days after the notice is served, furnish any evidence in the matter that they desire to furnish” [emphasis added] (subsection 26(2)). The Minister shall decide, within 90 days after the expiry of the period referred to in subsection 26(2), whether subsection 12(1) was contravened (subsection 27(1)). The Minister has more time if criminal charges are laid (subsection 27(2)). When the time allowed by the Act expires, the Minister shall, “without delay after making a decision, serve on the person who requested it a written notice of the decision together with the reasons for it” (subsection 27(3)).

[29] If the Minister decides that subsection 12(1) of the Act was contravened, the Minister shall (a) “decide that the currency or monetary instruments . . . be returned” (paragraph 29(1)(a)); (b) “decide that any penalty or portion of any penalty that was paid under subsection 18(2) be remitted” (paragraph 29(1)(b)); or (c) “confirm that the currency or monetary instruments are forfeited to Her Majesty in right of Canada” (paragraph 29(1)(c)). The Act does not require that the Minister give reasons for the decision, nor does it state the basis on which the Minister decides. No doubt, however, the Minister has before him the reasons recorded by the officer who exercised the powers provided for in subsection 18(1). The Minister also has the evidence offered by the person from whom currency or monetary instruments were seized under subsection 26(2).

[30] The Minister’s decision to confirm the forfeiture makes the forfeiture final, subject to judicial review as noted earlier.

[28] La Loi prévoit ensuite que le saisi ou le « propriétaire légitime peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la saisie, demander au ministre de décider s’il y a eu contravention au paragraphe 12(1) en donnant un avis écrit à l’agent qui a saisi ou à un agent du bureau de douane le plus proche du lieu de la saisie » (article 25). « Le président signifie sans délai par écrit à la personne qui a présenté la demande visée à l’article 25 un avis exposant les circonstances de la saisie à l’origine de la demande » (paragraphe 26(1)). « Le demandeur dispose de trente jours à compter de la signification de l’avis pour produire tous les moyens de preuve à l’appui de ses prétentions » [je souligne] (paragraphe 26(2)). Le ministre, dans les 90 jours qui suivent, décide s’il y a eu contravention au paragraphe 12(1) (paragraphe 27(1)). Il dispose de plus de temps si des poursuites pénales ont été intentées (paragraphe 27(2)). À l’expiration des délais prévus par la Loi, le ministre, par écrit, « signifie sans délai à la personne qui a fait la demande un avis de la décision, motifs à l’appui » (paragraphe 27(3)).

[29] Le ministre, s’il décide qu’il y a eu contravention au paragraphe 12(1) de la Loi, soit : a) « décide de restituer les espèces ou effets » (alinéa 29(1)a)); b) « soit décide de restituer tout ou partie de la pénalité versée en application du paragraphe 18(2) » (alinéa 29(1)b)); c) « soit confirme la confiscation des espèces ou effets au profit de Sa Majesté du chef du Canada » (alinéa 29(1)c)). La Loi n’oblige pas le ministre à motiver sa décision. Elle ne dit pas non plus sur quelle base il décide. Il est certain qu’il a cependant devant lui les motifs consignés par l’agent qui a exercé les attributions conférées par le paragraphe 18(1). Il a également la preuve que lui a présentée le saisi en application du paragraphe 26(2).

[30] La décision du ministre de confirmer la confiscation rend celle-ci définitive sujet à la révision judiciaire tel que dit précédemment.

[31] In this case, the Minister's decision under section 27 and section 29 was as follows (A.B., Vol. II, at page 273):

[TRANSLATION]

Decision

After examining all of the circumstances of the case, I conclude, under section 27 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, that the contravention was validly determined to have occurred and the seizure of the currency was justified.

Under section 29 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, the currency seized is retained as forfeit.

Reasons

Because the currency was not properly reported to Customs, it was seized as forfeit. Forfeiture of the currency without conditions for return is in accordance with the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*.

Forfeiture of Monetary Instruments in this Case

[32] The appellant argues that the trial Judge found that the property seized did not constitute proceeds of crime.

[33] At paragraph 59 of his reasons, Harrington J. added, in *obiter*:

That being said, in the event that I am wrong and the Minister's decision to confirm the forfeiture is also the subject of this appeal, I am of the opinion, based on the evidence at trial, that there are no reasonable grounds to suspect that the \$102,642.33 or any part thereof are the proceeds of crime within the meaning of Section 462.3(1) of the *Criminal Code*. In reaching that opinion, it was not necessary to consider the burden of proof and the threshold which must be reached before it can be said that suspicions are supported by reasonable grounds.

[34] Having regard to his ruling that any review of the Minister's decision to confirm the forfeiture had to be done by way of an application for judicial review, the trial Judge did not need to consider the "reasonable grounds to suspect that". That was not his role.

[31] En l'espèce, la décision du ministre sur l'article 27 et sur l'article 29 fut la suivante (D.A., vol. II, page 273) :

Décision

Après avoir étudié toutes les circonstances de l'affaire, j'en conclus qu'en vertu de l'article 27 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, le motif d'infraction a valablement été retenu pour justifier la saisie des espèces.

En vertu de l'article 29 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, les espèces saisies sont retenues à titre de confiscation.

Motifs

Comme les espèces n'ont pas été dûment déclarées aux Douanes, elles ont été saisies à titre de confiscation. La confiscation des espèces sans conditions de mainlevées est en accord avec la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*.

La confiscation des effets en l'espèce

[32] L'appelant plaide que le premier juge a reconnu que les biens saisis n'étaient pas le produit de la criminalité.

[33] Le juge Harrington a en effet ajouté en *obiter*, au paragraphe 59 de ses motifs :

Cela dit, s'il advenait que j'aie tort et que la décision du ministre de confirmer la confiscation fasse également l'objet du présent appel, je suis d'avis, compte tenu de la preuve produite au procès, qu'il n'y a aucun motif raisonnable de soupçonner que la somme de 102 642,33 \$ était, en tout ou en partie, des produits de la criminalité au sens du paragraphe 462.3(1) du *Code criminel*. En formulant cette opinion, je n'ai examiné ni le fardeau de la preuve, ni la valeur probante que doit avoir une telle preuve pour qu'on puisse dire que les soupçons sont fondés sur des motifs raisonnables.

[34] Vu la conclusion à laquelle il en arrivait, à savoir que la révision de la décision du ministre de confirmer la confiscation devait se faire par voie de contrôle judiciaire, le premier juge n'avait pas à s'interroger sur le « motif raisonnable de soupçonner que ». Ce rôle n'était pas le sien.

Sections 7, 8 and paragraph 11(d) of the Charter

[35] Before the trial Judge, the appellant challenged the constitutional validity of sections 12, 15, 16, 18, 19 and 22 to 29 of the Act, and more specifically: (1) the duty imposed on an individual under section 12 of the Act to report money or currency that do not constitute proceeds of crime or that are not intended to be used to finance terrorist activities; (2) the right of an officer to seize as forfeit, on mere suspicion, currency that does not constitute proceeds of crime or that is not intended to be used to finance terrorist activities; and (3) the powers to order the seizure and forfeiture of currency solely because of a failure to report, based on mere suspicion, without further proof of its origin or illegal destination.

[36] In the appellant's submission, section 12 of the Act creates a presumption whereby unreported currency of a value greater than \$10,000 constitutes proceeds of crime or is intended to be used to finance terrorist activities, so that the currency may then be seized and forfeited. That presumption is unconstitutional, *ultra vires*, null and void, in the appellant's submission, as contrary to section 8 and paragraph 11(d) of the Charter. Its effect is a reverse onus of proof. As well, it is inconceivable that the right to declare forfeit should be based on a mere suspicion.

[37] Before the trial Judge, the appellant also invoked section 7 of the Charter, referring to *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606. In that decision, the Supreme Court of Canada recognized the existence of a principle of fundamental justice whereby laws must not so lack in precision as not to give sufficient guidance for legal debate. In this Court, the appellant submits that the Act creates a presumption that is abusive, extreme and illogical by using the expressions "proceeds of crime" and "terrorist financing," which are [TRANSLATION] "too vague and too general."

[38] Section 8 of the Charter protects reasonable expectations of privacy: *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. That provision is intended to

Les articles 7, 8 et l'alinéa 11d) de la Charte

[35] Devant le premier juge, l'appelant a contesté la validité constitutionnelle des articles 12, 15, 16, 18, 19 et 22 à 29 de la Loi, et plus particulièrement : 1) l'obligation faite à une personne en vertu de l'article 12 de la Loi de déclarer des sommes ou devises qui ne sont pas des produits de la criminalité ou destinées au financement des activités terroristes; 2) le droit pour un agent de saisir et confisquer sur des simples soupçons des espèces qui ne constituent pas un produit de la criminalité ou qui ne doivent pas servir au financement d'activités terroristes; et 3) les pouvoirs d'ordonner la saisie et la confiscation de devises pour le seul défaut de déclarer, sur la base de simples soupçons, sans autre preuve de leur origine ou de leur destination illégale.

[36] Selon l'appelant, l'article 12 de la Loi crée une présomption selon laquelle les devises non déclarées dépassant une valeur de 10 000 \$ sont des produits de la criminalité ou destinées au financement d'activités terroristes, permettant que celles-ci fassent l'objet de saisie et confiscation. Cette présomption est inconstitutionnelle, *ultra vires*, nulle et non avenue, selon l'appelant, comme étant contraire à l'articles 8 et à l'alinéa 11d) de la Charte. Elle a pour effet d'opérer un renversement du fardeau de la preuve. De plus, il est inconcevable que le droit de confisquer puisse reposer sur de simples soupçons.

[37] Devant le premier juge, l'appelant a aussi soulevé l'article 7 de la Charte en se référant à *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606. Dans cette décision, la Cour suprême du Canada a reconnu l'existence d'un principe de justice fondamentale selon lequel les lois ne doivent pas être imprécises au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. Devant nous, l'appelant soumet que la Loi crée une présomption qui a caractère abusif, excessif et illogique de par l'utilisation des désignations « produits de la criminalité » et de « financement d'activités terroristes », expressions qui sont « trop vagues et trop générales ».

[38] L'article 8 de la Charte protège les attentes raisonnables en matière de vie privée : *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Il s'agit d'une

protect individual privacy and is not a constitutional guarantee of property rights: *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, [2002] 3 S.C.R. 708, at paragraph 52. See also *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at page 291.

[39] In *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, the Supreme Court of Canada held that the search and seizure provisions in the *Customs Act*, which authorized the search of an individual if a customs officer had “reasonable grounds for supposing” that the person had prohibited goods secreted about his or her person, did not violate section 8 of the Charter. At page 528 of its reasons, the Court explained:

I accept the proposition advanced by the Crown that the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations. People do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role. Without the ability to establish that all persons who seek to cross its borders and their goods are legally entitled to enter the country, the state would be precluded from performing this crucially important function. Consequently, travellers seeking to cross national boundaries fully expect to be subject to a screening process. This process will typically require the production of proper identification and travel documentation and involve a search process beginning with completion of a declaration of all goods being brought into the country. Physical searches of luggage and of the person are accepted aspects of the search process where there are grounds for suspecting that a person has made a false declaration and is transporting prohibited goods. [Emphasis added.]

[40] The Supreme Court of Canada has further confirmed, in *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at paragraph 37, that the reasoning in *Simmons* applies notwithstanding the amendments to the *Customs Act* that authorizes a search on the basis of reasonable grounds to suspect.

[41] The provisions of the Act in question therefore do not violate section 8 of the Charter. The trial Judge did not err in finding that [at paragraph 55] “[p]hysical

disposition axée sur la protection de la vie privée de la personne et non d’une garantie constitutionnelle du droit de propriété : *Québec (Procureur général) c. Laroche*, [2002] 3 R.C.S. 708, au paragraphe 52. Voir aussi *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, à la page 291.

[39] La Cour suprême du Canada, dans *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, a statué que les dispositions relatives aux fouilles et aux perquisitions de la *Loi sur les douanes*, dispositions qui permettaient la fouille d’un individu si l’agent des douanes a « raisonnablement lieu de supposer » que des articles prohibés sont cachés sur lui, ne portent pas atteinte à l’article 8 de la Charte. La Cour a expliqué, à la page 528 de ses motifs :

J’accepte la proposition de la poursuite que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. En effet, les gens ne s’attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l’objet d’une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s’attend à ce que l’État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. Or, s’il était incapable d’établir que tous ceux qui cherchent à traverser ses frontières ainsi que leurs effets peuvent légalement pénétrer dans son territoire, l’État ne pourrait pas remplir cette fonction éminemment importante. Conséquemment, les voyageurs qui cherchent à traverser des frontières internationales s’attendent parfaitement à faire l’objet d’un processus d’examen. Ce processus se caractérise par la production des pièces d’identité et des documents de voyage requis, et il implique une fouille qui commence par la déclaration de tous les effets apportés dans le pays concerné. L’examen des bagages et des personnes est un aspect accepté du processus de fouille lorsqu’il existe des motifs de soupçonner qu’une personne a fait une fausse déclaration et transporte avec elle des effets prohibés. [Je souligne.]

[40] La Cour suprême du Canada a de plus confirmé, dans *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, au paragraphe 37, que le raisonnement dans *Simmons* s’applique malgré des amendements portés à la *Loi sur les douanes* qui permettent la fouille sur la base de motifs raisonnables de soupçonner.

[41] Les dispositions de la Loi en question ne portent donc pas atteinte à l’article 8 de la Charte. Le premier juge n’a fait aucune erreur en constatant que [au

searches of luggage and of the person are accepted aspects of that process where they are grounds for suspecting that a person has made a false declaration or is transporting prohibited goods” and holding that the provisions in issue are not unreasonable.

[42] Moreover, the presumption of innocence guaranteed by paragraph 11(d) of the Charter applies only to an accused, that is, an individual who is facing criminal, quasi-criminal or regulatory charges: see, for example, *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, at page 554; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500.

[43] The appellant is not an accused. He is not charged with any criminal, quasi-criminal or regulatory offence. The fact that his conduct may result in criminal prosecutions does not mean that the forfeiture procedure set out in the Act can be characterized as a penal proceeding. The appropriate test is the nature of the proceeding, and not the nature of the act: *Martineau v. M.N.R.*, [2004] 3 S.C.R. 737, at paragraph 31. The seizure and forfeiture process established by the Act is a civil collection mechanism that is not intended to punish the individual: see *Martineau*, at paragraphs 22-23; *Wigglesworth*, at page 560.

[44] Paragraph 11(d) of the Charter therefore does not come into play. The trial Judge did not err in describing the forfeiture provided for in the Act as civil proceedings against a thing, not proceedings against a person, and holding that this provision does not apply because no charge has been laid against Mr. Tourki.

[45] Section 7 is also not engaged. Even before addressing the issue of whether section 7 rights have been infringed in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice, one must first establish that there has been an infringement of the right to life, liberty and security of the person: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 47.

[46] The duty to report imposed by the Act and the seizure and forfeiture mechanism it establishes do not

paragraphe 55] « [l]’examen des bagages et des personnes est un aspect accepté du processus de fouille lorsqu’il existe des motifs de soupçonner qu’une personne a fait une fausse déclaration ou transporte avec elle des effets prohibés » et en concluant que les dispositions en cause ne sont pas déraisonnables.

[42] Par ailleurs, la présomption d’innocence protégée par l’alinéa 11d) de la Charte ne s’applique qu’à un inculpé, c’est-à-dire, un individu qui fait face à des accusations criminelles, quasi-criminelles ou de nature réglementaire : voir, par exemple, *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, à la page 554; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

[43] L’appellant n’est pas un inculpé. Il n’est accusé d’aucune infraction criminelle, quasi-criminelle ou de nature réglementaire. Que sa conduite puisse entraîner des poursuites criminelles ne permet pas pour autant de qualifier de recours pénal le mécanisme de confiscation prévu par la Loi. Le critère approprié est celui de la nature des procédures et non celui de la nature de l’acte : *Martineau c. M.R.N.*, [2004] 3 R.C.S. 737, au paragraphe 31. Le processus relatif à la saisie et la confiscation mis en place par la Loi est un mécanisme de recouvrement civil qui ne vise pas à punir l’individu : voir *Martineau*, aux paragraphes 22 et 23; *Wigglesworth*, à la page 560.

[44] L’alinéa 11d) de la Charte n’est donc pas engagé. Le premier juge n’a commis aucune erreur en décrivant la confiscation prévue à la Loi comme étant un mécanisme civil qui vise un objet et non une personne et en concluant que cette disposition n’a aucune application puisqu’aucune accusation n’a été portée contre M. Tourki.

[45] L’article 7 n’est pas engagé non plus. Avant même que l’on puisse se demander si les droits garantis par l’article 7 ont fait l’objet d’une atteinte non conforme aux principes de justice fondamentale, il faut d’abord démontrer qu’il y a eu atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, au paragraphe 47.

[46] L’obligation de déclarer qu’impose la Loi et le mécanisme de saisie et de confiscation qu’elle prévoit

engage the right to life, liberty and security of the person. The right to life, liberty and security of the person encompass a person's fundamental life choices, and not purely economic interests or property rights: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pages 1003-1004; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 6, at paragraph 45.

[47] At paragraph 56 of his reasons, the trial Judge concluded that "the law is crystal clear. If you do not declare, the Customs officer is entitled to forfeit that which should have been declared. It is as simple as that." It was not necessary to examine the appellant's argument based on the vagueness of the Act, because the appellant's situation does not engage section 7.

Conclusion

[48] I would dismiss the appeal with costs.

NOËL J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

n'engagent pas le droit à la vie, liberté et sécurité de la personne. Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne englobe les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie, et non des intérêts purement économiques ou des droits de propriété : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pages 1003 et 1004; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 45.

[47] Le premier juge, au paragraphe 56 de ses motifs, a conclu que « la Loi [. . .] est tout à fait claire. Si le voyageur ne fait pas de déclaration, l'agent des douanes peut confisquer ce qui aurait dû être déclaré. C'est aussi simple que cela ». Il n'était pas nécessaire d'examiner l'argument de l'appelant basé sur l'imprécision de la Loi puisque la situation de l'appelant n'engage pas l'article 7.

Conclusion

[48] Je rejetterais l'appel avec dépens.

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

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

IMM-4145-06
2007 FC 709

IMM-4145-06
2007 CF 709

Cristhian Andres Rodriguez Chevez (*Applicant*)

Cristhian Andres Rodriguez Chevez (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: CHEVEZ v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

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

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Vancouver, July 3 and 5, 2007.

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Vancouver, 3 et 5 juillet 2007.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Visitors — Judicial review of Minister of Citizenship and Immigration delegate's decision to issue exclusion order against applicant — Applicant arrested, detained, asking for legal counsel prior to interview with delegate — Told duty counsel unavailable, interview to proceed anyway — Charter, s. 10(b) infringed — Applicant's access to legal counsel prior to issuance of exclusion order not adequately facilitated — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de visiteurs — Contrôle judiciaire de la décision d'un représentant du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de prendre une mesure d'exclusion contre le demandeur — Le demandeur, qui a été arrêté et détenu, a demandé à parler à un avocat avant d'être interrogé par le représentant — On lui a indiqué que l'avocat de service n'était pas disponible, mais que l'entrevue aurait lieu malgré tout — Atteinte à l'art. 10b) de la Charte — Personne n'a aidé le demandeur à obtenir l'assistance d'un avocat avant que la mesure d'exclusion ne soit prise contre lui — Demande accueillie.

Constitutional Law — Charter of Rights — Arrest, Detention, Imprisonment — Applicant arrested, detained, asking to speak with lawyer prior to interview with Minister of Citizenship and Immigration's delegate — Delegate informing applicant duty counsel unavailable, proceeding with interview anyway — Obligation to give detainee reasonable opportunity to obtain counsel inherent in Charter, s. 10(b) right to retain, instruct counsel — Failure to facilitate applicant's access to legal counsel not consistent with s. 10(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Arrestation, détention, emprisonnement — Le demandeur, qui a été arrêté et détenu, a demandé à parler à un avocat avant d'être interrogé par un représentant du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration — Le représentant a dit au demandeur que l'avocat de service n'était pas disponible et il a décidé de procéder à l'entrevue malgré tout — L'obligation d'accorder à la personne détenue la possibilité de choisir son avocat est inhérente au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat tel que le garantit l'art. 10b) de la Charte — L'omission d'aider le demandeur à obtenir l'assistance d'un avocat portait atteinte à l'art. 10b).

This was an application for judicial review of the decision by a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration whereby an exclusion order was issued against the applicant for his failure to leave Canada at the end of his authorized period of stay.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un représentant du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration dans laquelle une mesure d'exclusion a été prise contre le demandeur du fait qu'il n'avait pas quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisée.

The applicant was arrested and detained at a Canada Border Services Agency facility, where he was interviewed by the delegate. He asked to speak to a lawyer, and was informed by the delegate that duty counsel was unavailable. The

Le demandeur a été arrêté et détenu dans un établissement de l'Agence des services frontaliers du Canada, où il a été interrogé par le représentant. Il a demandé à parler à un avocat, mais le représentant lui a indiqué que l'avocat de

applicant did not meet with a lawyer until after the exclusion order had been issued thus precluding a refugee claim.

The issue was whether the applicant's right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right under paragraph 10(b) of the Charter was infringed.

Held, the application should be allowed.

The obligation to give a reasonable opportunity to obtain counsel is inherent in the right to retain and instruct counsel guaranteed by paragraph 10(b) of the Charter. While the applicant was properly informed of his right to counsel, his arrest also triggered the duty to provide him with advice about, or facilitate his access to, legal counsel, which was not done. The failure to do so was not consistent with the applicant's rights under paragraph 10(b) of the Charter, and constituted a legal error. In particular, the delegate did not inform the applicant that he could wait for duty counsel to become available before proceeding, nor did he provide the applicant with information about any alternative recourse, such as legal aid.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 10.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 103.1(14) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 12).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 72(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dragosin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2003), 106 C.R.R. (2d) 92; 227 F.T.R. 16; 26 Imm. L.R. (3d) 119; 2003 FCT 81.

DISTINGUISHED:

Rebmann v. Canada (Solicitor General), [2005] 3 F.C.R. 285; (2005), 128 C.R.R. (2d) 276; 270 F.T.R. 249; 2005 FC 310.

service n'était pas disponible. Le demandeur a seulement rencontré un avocat après que la mesure d'exclusion a été prise contre lui et il ne pouvait donc pas demander l'asile.

La question à trancher était celle de savoir s'il y a eu atteinte au droit du demandeur d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit tel que le garantit l'alinéa 10b) de la Charte.

Jugement : la demande doit être accueillie.

L'obligation de se voir accorder la possibilité de choisir son avocat est inhérente au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat tel que le garantit l'alinéa 10b) de la Charte. Bien que le demandeur ait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat, son arrestation a aussi déclenché l'obligation de l'aider à obtenir cette assistance, ce qui n'a pas été fait. Cette omission portait atteinte aux droits du demandeur garantis par l'alinéa 10b) de la Charte et constituait une erreur de droit. Plus particulièrement, le représentant n'a pas indiqué au demandeur qu'il pouvait attendre que l'avocat de service soit disponible avant d'aller de l'avant et il n'a pas non plus offert d'autres solutions au demandeur, notamment un service d'aide juridique.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 10.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 103.1(14) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 12).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Dragosin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CFPI 81.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Rebmann c. Canada (Solliciteur général), [2005] 3 R.C.F. 285; 2005 CF 310.

CONSIDERED:

Cardinal et al. v. Director of Kent Institution, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

REFERRED TO:

Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 1 S.C.R. 1053; (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; 10 Admin. L.R. (2d) 1; 20 C.R. (4th) 34; 14 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (2d) 245; 150 N.R. 241; *Huang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 3 F.C. 266; (2002), 216 F.T.R. 124; 2002 FCT 149; *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 143 C.R.R. (2d) 369; 2006 FC 910; *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Manual (ENF)*. Chapter ENF 7: Investigation and Arrests, online <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/enf/enf07e.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of the decision by a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration issuing an exclusion order against the applicant. Application allowed.

APPEARANCES:

Adrian D. Huzel for applicant.
Sandra E. Weafer for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Embarkation Law Group, Vancouver, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and*

DÉCISION EXAMINÉE :

Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent, [1985] 2 R.C.S. 643.

DÉCISIONS CITÉES :

Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 1 R.C.S. 1053; *Huang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 3 C.F. 266; 2002 CFPI 149; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 910; *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide d'exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 7 : Investigations et arrestations, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/français/ressources/guides/enf/enf07f.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un représentant du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de prendre une mesure d'exclusion contre le demandeur. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Adrian D. Huzel pour le demandeur.
Sandra E. Weafer pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Embarkation Law Group, Vancouver, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Ce qui suit est la version française du jugement et du jugement rendus par

[1] LA JUGE TREMBLAY-LAMER : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, présentée en vertu du

Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27 (the Act), for judicial review of a decision by a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration Canada (the delegate), dated July 10, 2006, whereby an exclusion order was issued against the applicant (the exclusion order), for his failure to leave Canada at the end of his authorized period of stay.

[2] Cristhian Andres Rodriguez Chevez (the applicant) is a citizen of Costa Rica.

[3] The applicant entered Canada as a visitor on January 25, 2004, and was authorized to remain until April 26, 2004. Prior to the expiration of this visa, his authorized stay was extended until May 28, 2004. He did not apply to further extend his stay in Canada beyond that time.

[4] On July 8, 2006, the RCMP [Royal Canadian Mounted Police] detained the applicant for causing a disturbance. Realizing he had no status in Canada, an enforcement officer of Canada Border Services Agency (the CBSA officer) was contacted.

[5] While still detained by the RCMP, the CBSA officer interviewed the applicant. He told her that he had been convicted of rape in Costa Rica, and had been incarcerated for a period of time before finally being exonerated. The CBSA officer arrested the applicant in anticipation of an immigration proceeding, believing that he was otherwise unlikely to appear. He was transferred to the CBSA detention facility on July 8, 2006. The CBSA officer prepared a “Subsection 44(2) and 55 Highlights” document as well as a separate declaration outlining her exchanges with the applicant, both dated July 8, 2006.

[6] On July 10, 2006, after reviewing the CBSA officer’s documents, the delegate interviewed the applicant at the CBSA detention facility. The applicant

paragraphe 72(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), d’une décision d’un représentant du ministre de Citoyenneté et Immigration Canada (le représentant), rendue le 10 juillet 2006, dans laquelle une mesure d’exclusion a été prise contre le demandeur (la mesure d’exclusion) du fait qu’il n’avait pas quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisée.

[2] Le demandeur, Cristhian Andres Rodriguez Chevez, est citoyen du Costa Rica.

[3] Le 25 janvier 2004, le demandeur est arrivé au Canada en tant que visiteur et était autorisé à y demeurer jusqu’au 26 avril 2004. Avant l’expiration de ce visa, sa période de séjour autorisée a été prolongée jusqu’au 28 mai 2004. Le demandeur n’a pas demandé que cette période de séjour au Canada soit prolongée après cette date.

[4] Le 8 juillet 2006, la GRC [Gendarmerie royale du Canada] a mis en détention le demandeur au motif qu’il avait causé du désordre. Lorsqu’elle s’est rendu compte que le demandeur n’avait pas de statut au Canada, la GRC a communiqué avec une agente d’exécution de l’Agence des services frontaliers du Canada (l’agente de l’ASFC).

[5] Pendant qu’il était toujours détenu par la GRC, le demandeur a été interrogé par l’agente de l’ASFC. Il lui a dit qu’il avait été déclaré coupable de viol au Costa Rica et qu’il avait été incarcéré pendant un certain temps avant d’être enfin innocenté. L’agente de l’ASFC a mis le demandeur en état d’arrestation en prévision d’une instance en immigration, car elle croyait que sinon il n’y comparaitrait probablement pas. Le 8 juillet 2006, le demandeur a été transféré à l’établissement de détention de l’ASFC. L’agente de l’ASFC a préparé un document exposant « les grandes lignes en vertu du paragraphe 44(2) et de l’article 55 » et une déclaration résumant sa discussion avec le demandeur, tous deux en date du 8 juillet 2006.

[6] Le 10 juillet 2006, après avoir examiné les documents de l’agente de l’ASFC, le représentant a interrogé le demandeur à l’établissement de détention de

asked to speak with a lawyer, but the delegate responded that duty counsel was unavailable, and asked the applicant if he wished to contact another lawyer; not knowing of any lawyers, and not having the means to afford one, the applicant did not contact counsel.

[7] Whether or not the delegate issued the exclusion order on July 10, 2006, is disputed by the parties.

[8] The following day, on July 11, 2006, the delegate met with the applicant again and requested that he sign the written exclusion order that had been prepared. The applicant refused to sign the exclusion order without first speaking to a lawyer; not being informed that duty counsel was available, he did not sign the order.

[9] The applicant did not meet with a lawyer until shortly before his detention hearing on July 11, 2006, when he met with duty counsel. At that time, the lawyer informed the applicant that because the exclusion order had already been issued, he was precluded from claiming refugee status. The applicant was released from detention later that day.

[10] The applicant challenges the validity of the issuance of the exclusion order due to the circumstances of the matter, and claims that his right to counsel under section 10 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) was infringed.

[11] While there is no right to counsel *per se* at an immigration assessment (*Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053), where a person's liberty is significantly constrained, for instance over a period of days, he or she has the right to retain and instruct counsel without delay, and to be informed of that right (*Dragosin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 106 C.R.R. (2d) 92; *Huang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 3 F.C. 266 (T.D.);

l'ASFC. Le demandeur a demandé à parler à un avocat, mais le représentant lui a indiqué que l'avocat de service n'était pas disponible et lui a demandé s'il désirait communiquer avec un autre avocat. Le demandeur, qui ne connaissait pas d'avocat et qui n'avait pas les moyens de s'en payer un, n'a pas communiqué avec un avocat.

[7] Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si la mesure d'exclusion du représentant a été prise le 10 juillet 2006 contre le demandeur.

[8] Le jour suivant, soit le 11 juillet 2006, le représentant a rencontré de nouveau le demandeur et exigé qu'il signe l'ordonnance d'exclusion écrite. Le demandeur a refusé de signer la mesure d'exclusion du fait qu'il n'avait pas eu d'abord l'occasion de parler à un avocat et qu'il n'avait pas été informé qu'un avocat de service était disponible.

[9] Le demandeur n'a rencontré aucun avocat, sauf peu avant son audience relative à la détention tenue le 11 juillet 2006, date à laquelle il a rencontré l'avocat de service. À ce moment, l'avocat a avisé le demandeur qu'il ne pouvait pas demander l'asile, puisque la mesure d'exclusion avait déjà été prise contre lui. Plus tard le même jour, le demandeur a été mis en liberté.

[10] Le demandeur conteste la validité de la mesure d'exclusion prise contre lui en raison des faits en l'espèce, et il allègue qu'il y a eu atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'article 10 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).

[11] Bien qu'il n'existe pas en tant que tel un droit à l'assistance d'un avocat lors d'une entrevue menée par un agent d'immigration (*Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053), lorsque la liberté d'une personne est entravée de façon importante, par exemple pour une période de plusieurs jours, cette dernière a le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit (*Dragosin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 81; *Huang*

Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2006), 143 C.R.R. (2d) 369 (F.C.).

c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 3 C.F. 266 (1^{re} inst.); *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 910).

[12] The parties do not dispute that the applicant was detained. Thus, it is clear that his liberty was restrained, such that his section 10 Charter rights were engaged (*R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613, at page 641) at the time he was interviewed by the delegate on July 10, 2006.

[12] Les parties ne contestent pas le fait que le demandeur a été détenu. Il est donc clair que la liberté de ce dernier a été entravée au moment où il a été interrogé par le représentant, le 10 juillet 2006, ce qui a entraîné le déclenchement des droits que lui garantit l'article 10 de la Charte (*R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la page 641).

[13] The applicant alleges that he asked to speak with a lawyer on July 10, 2006, before the exclusion order was issued, but was informed by the delegate that duty counsel was not available that day. He was not given information with regard to alternatives, such as legal aid, through which he might have been able to access legal counsel, nor was he told they could wait for duty counsel to become available before proceeding.

[13] Le demandeur allègue qu'il a demandé, le 10 juillet 2006, à parler à un avocat avant que la mesure d'exclusion soit prise, mais que le représentant l'a avisé que l'avocat de service n'était pas disponible ce jour-là. Il n'a ni reçu de renseignements au sujet d'autres options possibles, telles que l'aide juridique, par laquelle il aurait peut-être pu obtenir l'assistance d'un avocat, ni été avisé qu'il pouvait attendre à ce que l'avocat de service soit disponible avant d'aller de l'avant.

[14] The applicant particularly relies on *Dragosin*, above, where it was held that an applicant had the right to counsel the moment he was detained and that immigration officers had an obligation to provide advice about, and to facilitate access to, counsel. In that case, the exclusion order was set aside as the applicant had requested to speak with counsel before the issuance of the order, but officials had failed to facilitate access. The applicant submits that the facts of the present matter are indistinguishable from those in *Dragosin*: he repeatedly asked to speak with counsel but was not able to speak with a lawyer until after the exclusion order had been issued.

[14] Le demandeur se fonde principalement sur la décision *Dragosin*, précité, dans laquelle il a été établi que le droit du demandeur à l'assistance d'un avocat naît dès sa détention et que les agents d'immigration ont l'obligation de l'informer de ce droit et de l'aider à obtenir cette assistance. Dans cette affaire, la mesure d'exclusion a été annulée du fait que le demandeur avait demandé à parler à un avocat avant que la mesure soit prise contre lui, mais que les agents avaient omis de l'aider à obtenir l'assistance d'un avocat. Le demandeur soutient que les faits de la présente affaire ne peuvent pas être distingués de ceux de la décision *Dragosin* : il a demandé à maintes reprises à parler à un avocat, mais a seulement été en mesure de le faire après que la mesure d'exclusion eut été prise contre lui.

[15] The respondent submits that the applicant was read his rights when he was detained by the CBSA officer, and could have contacted counsel as he had access to a telephone while in detention. He was also asked if he knew particular counsel that he wished to contact for the interview. The respondent relies on *Rebmann v. Canada (Solicitor General)*, [2005] 3

[15] Le défendeur soutient que le demandeur a été informé de ses droits par l'agente de l'ASFC pendant sa détention, et qu'il aurait pu communiquer avec un avocat puisqu'il avait accès à un téléphone durant sa détention. Le demandeur s'est aussi fait demander s'il connaissait un avocat en particulier avec qui il désirait communiquer aux fins de l'entrevue. Le défendeur se

F.C.R. 285 (F.C.), asserting that it is factually similar to the present matter. Thus, as in *Rebmann*, the applicant's right to counsel under the Charter was not breached.

[16] Firstly, the present matter is easily distinguished on its facts from *Rebmann*, above. In that case, Mr. Rebmann actually met with duty counsel before the exclusion order was issued. Such was not the case for Mr. Chevez in the circumstances of this matter.

[17] The applicant emphasizes that Citizenship and Immigration Canada's *Enforcement Manual (ENF)* (Chapter ENF 7: Investigation and Arrests, sections 16.2 and 16.3) requires that immigration officials inform detained persons of their right to counsel. If he had been properly informed of his right to counsel, and consulted a lawyer, he would have been informed of his right to formally claim refugee status before the issuance of the exclusion order. He also relies upon *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643 that there should be no causal speculation as to the results or merits of such a claim if such a procedural fairness breach had not occurred; such a breach is a legally sufficient error in itself.

[18] The sections of the CIC's *Enforcement Manual (ENF)* cited by the applicant only require that the detainee be read his or her Charter rights. According to uncontested evidence of the CBSA officer's affidavit, she did in fact read the applicant his rights upon arrest. I find no reason to hold that his Charter rights were infringed in this regard.

[19] However, more significantly, the applicant alleges that he was not able to exercise his right to counsel within a reasonable time; specifically, that he

fonde sur la décision *Rebmann c. Canada (Solliciteur général)*, [2005] 3 R.C.F. 285 (C.F.), et fait valoir que les faits de cette dernière sont semblables à ceux en l'espèce. Ainsi, comme dans la décision *Rebmann*, il n'y a pas eu atteinte au droit du demandeur à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte.

[16] En premier lieu, les faits de l'affaire qui nous occupe peuvent facilement être distingués de ceux de la décision *Rebmann*, précité. Dans cette affaire, M. Rebmann avait en fait rencontré l'avocat de service avant que la mesure d'exclusion ait été prise contre lui. En l'espèce, ce n'était pas le cas de M. Chevez.

[17] Le demandeur met l'accent sur le fait que le *Guide d'exécution de la loi (ENF)* de Citoyenneté et Immigration Canada (Chapitre ENF 7 : Investigations et arrestations, aux articles 16.2 et 16.3) exige que les agents d'immigration informent les personnes détenues de leur droit à l'assistance d'un avocat. Le demandeur soutient que s'il avait été bien informé de son droit à l'assistance d'un avocat, et que s'il avait demandé l'avis d'un avocat, il aurait été informé de son droit de déposer une demande d'asile officielle avant que la mesure d'exclusion soit prise contre lui. Il se fonde aussi sur l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643 pour ce qui est de l'argument selon lequel il ne devrait pas y avoir d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat d'une telle demande ou sur son bien-fondé si le manquement à l'équité procédurale n'avait pas eu lieu. Un tel manquement constitue en soi une erreur de droit suffisante.

[18] Les articles du *Guide d'exécution de la loi (ENF)* de CIC citées par le demandeur exigent seulement que la personne détenue soit informée de ses droits garantis par la Charte. Selon la preuve non contestée fournie par l'agente de l'ASFC dans son affidavit, celle-ci a en fait informé le demandeur de ses droits dès sa mise en état d'arrestation. À cet égard, je ne trouve aucun motif pour conclure qu'il y a eu atteinte aux droits du demandeur garantis par la Charte.

[19] Cependant, le demandeur allègue surtout qu'il n'a pas été en mesure de se prévaloir de son droit à l'assistance d'un avocat dans un délai raisonnable. Plus

was effectively denied access to counsel until after the issuance of the exclusion order.

[20] In *Dragosin*, above, at paragraph 16, Justice Andrew MacKay concluded:

In my opinion, the applicant's right to counsel in this case arose from the moment he was ordered to be detained at the regional correctional centre. The immigration officers who arranged his detention had the responsibility under s-s. 103.1(14) to provide advice about and to facilitate access to counsel. It was an error in law not to do so, and, without finally determining the matter it appears that failure to facilitate access to counsel in the circumstances was not in accord with the right to counsel upon detention which is assured to everyone in Canada, including the applicant, under s. 10 of the Charter.

[21] I recognize that subsection 103.1(14) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 12] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act) specifically provided that a detainee be given a reasonable opportunity to obtain counsel, while the Act in question does not make such a specific reference. Nevertheless, such an obligation is inherent in the right to retain and instruct counsel as guaranteed by paragraph 10(b) of the Charter. As such, I believe that Justice MacKay's reasoning in *Dragosin*, above, applies equally to the present matter.

[22] I am persuaded that, on a balance of probabilities, the evidence supports the applicant's position that his paragraph 10(b) Charter rights were infringed. While he was properly informed of his right to counsel, none of the immigration officials adequately facilitated the applicant's access to legal counsel before the exclusion order was issued.

[23] The Legal Services Society of British Columbia funds private immigration lawyers to act as duty counsel before the Immigration Division and part of their responsibilities include providing advice to anyone in

précisément, il allègue qu'il s'est vu refuser l'assistance d'un avocat jusqu'à ce que la mesure d'exclusion soit prise contre lui.

[20] Dans la décision *Dragosin*, précité, le juge Andrew MacKay a conclu ce qui suit au paragraphe 16 :

À mon avis, en l'espèce, le droit du demandeur à l'assistance d'un avocat est né au moment où une mesure a été prise afin qu'il soit retenu au centre correctionnel régional. Les agents d'immigration qui ont pris des dispositions afin qu'il soit retenu avaient l'obligation suivant le paragraphe 103.1(14) de l'informer qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat et de l'aider à obtenir cette assistance. L'omission à cet égard constitue une erreur de droit et, sans trancher définitivement l'affaire, il appert que l'omission d'avoir aidé le demandeur à obtenir l'assistance d'un avocat dans les circonstances ne respectait pas le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat en cas de détention qui est un droit garanti à chacun au Canada, y compris au demandeur, suivant l'article 10 de la Charte.

[21] Je reconnais que le paragraphe 103.1(14) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 12] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi) prévoyait expressément que toute personne détenue devait se voir accorder la possibilité de choisir son avocat, alors que la Loi en question ne fait aucune mention expresse de ce genre. Néanmoins, une telle obligation est inhérente au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat tel que le garantit l'alinéa 10b) de la Charte. À ce titre, je crois que le raisonnement du juge MacKay dans la décision *Dragosin*, précité, s'applique également aux faits en l'espèce.

[22] Je suis convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, la preuve étaye la position du demandeur selon laquelle il y a eu atteinte à ses droits garantis par l'alinéa 10b) de la Charte. Bien que le demandeur ait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat, aucun des agents d'immigration ne l'a aidé à obtenir cette assistance avant que la mesure d'exclusion ne soit prise contre lui.

[23] La Legal Services Society de la Colombie-Britannique finance des avocats du secteur privé en matière d'immigration pour qu'ils agissent en tant qu'avocats de service à la Section de l'immigration, et

detention at the CBSA detention area in question. Duty counsel is normally available for consultation prior to the issuance of exclusion orders at the detention centre.

[24] In the present case, the evidence shows that the delegate summarily informed the applicant that despite his request to speak with a lawyer, due to unavailability of duty counsel, they would proceed anyway.

[25] In cross-examination on his affidavit, the delegate admitted that duty counsel was present on-site at the detention center, though occupied in hearings. However, he also acknowledged that duty counsel is normally available to those in the detention several times during the day, even when tied up in hearings. He similarly admitted that if an individual insists on waiting for duty counsel before proceeding, he would normally wait a reasonable time. He also conceded that where a detained individual has contacted an “outside” lawyer, he is prepared to wait up to several hours for counsel to arrive before proceeding.

[26] Nevertheless, in the circumstances of the present matter, the delegate failed to wait for duty counsel. He also did not provide the applicant with any alternative recourse, though admitting that a legal aid number would have been provided if the applicant had asked. Neither did the delegate mention to the applicant that they could wait for duty counsel to become available if the applicant insisted. There was no explanation given as to why the facilitation of access to counsel should depend on repeated insistence, where an individual has already clearly expressed a desire to speak with legal counsel.

[27] There is no evidence that the delegate was required to expeditiously issue the exclusion order before the applicant could reasonably access legal

une de leurs responsabilités est de donner des conseils à toute personne détenue à l'établissement de détention en question de l'ASFC. De façon générale, un avocat de service est disponible pour consultation à l'établissement de détention avant que des mesures d'exclusion soient prises.

[24] En l'espèce, la preuve révèle que le représentant a sommairement informé le demandeur que, malgré sa demande en vue de parler à un avocat, l'on avait décidé quand même de poursuivre en raison de la non-disponibilité de l'avocat de service.

[25] Lorsqu'il a été contre-interrogé au sujet de son affidavit, le représentant a avoué que l'avocat de service était présent à l'établissement de détention, mais qu'il était occupé par des audiences. Cependant, il a aussi reconnu que l'avocat de service était généralement disponible plusieurs fois par jour pour rencontrer les personnes détenues, même lorsqu'il était occupé par d'autres audiences. De même, le représentant a avoué que si une personne insistait pour rencontrer l'avocat de service avant d'aller plus loin, il leur accordait généralement un délai raisonnable pour ce faire. Il a aussi admis que lorsqu'une personne détenue communiquait avec un avocat de « l'externe », il était prêt à attendre plusieurs heures pour permettre à l'avocat d'arriver avant de procéder à l'entrevue.

[26] Cependant, dans l'affaire qui nous occupe, le représentant a omis d'attendre l'avocat de service. Il n'a pas non plus offert d'autres solutions au demandeur, même s'il a admis que le numéro de téléphone d'un service d'aide juridique aurait été fourni au demandeur s'il en avait fait la demande. De surcroît, le représentant n'a pas indiqué au demandeur qu'il pouvait attendre que l'avocat de service soit disponible s'il insistait à ce qu'il soit présent. Aucune explication n'a été donnée quant à la question de savoir pourquoi l'aide en vue d'obtenir l'assistance d'un avocat devrait dépendre d'une insistance répétée, alors que la personne a déjà clairement exprimé son désir de parler à un avocat.

[27] Il n'existe aucune preuve établissant que le représentant était tenu de prendre la mesure d'exclusion dans les plus brefs délais avant que le demandeur n'ait

advice, which was available on-site and, according to the evidence, accessible to the applicant within a reasonable period of time. Indeed, the record is clear that the applicant was able to meet with duty counsel and was represented at his detention hearing on July 11, 2006, demonstrating the availability of such legal advice.

[28] In the circumstances of the present matter, I adopt the conclusions of Justice MacKay in *Dragosin*, at paragraph 16, that the applicant's right to counsel arose from the moment he was ordered to be detained which, in effect, was on July 8, 2006, when he was arrested by the CBSA officer. This arrest triggered the duty to provide advice about, and to facilitate access to, legal counsel (*Dragosin*, above, at paragraph 16). Potential access to a telephone in the detention area, or merely asking the applicant if he knew a particular lawyer that he wished to contact, was insufficient to discharge the obligation to facilitate access to legal counsel. The failure to do so in the circumstances of this matter was not consistent with the applicant's paragraph 10(b) Charter rights, and constituted a legal error (*Dragosin*, above, at paragraphs 16 and 20).

[29] I agree with Justice MacKay in *Dragosin*, above, that the failure of the officers to facilitate the applicant's access to counsel after he was detained must result in the setting aside of the exclusion order. Accordingly, this matter is to be remitted to another immigration official for re-determination.

[30] Considering that the matter is to be further considered, and following the reasoning of my colleague Justice MacKay in *Dragosin*, above, it would be inappropriate and unnecessary in my opinion for the Court to resolve the issues of exactly when the exclusion order was issued and whether the applicant's statements constituted a claim for refugee status.

raisonnablement pu obtenir l'assistance d'un avocat, un service offert sur place, et qui, selon la preuve, pouvait être offert dans un délai raisonnable. En effet, le dossier indique clairement que le demandeur a été en mesure de rencontrer l'avocat de service et qu'il a été représenté par un avocat lors de son audience relative à la détention tenue le 11 juillet 2006, confirmant la disponibilité de telles consultations juridiques.

[28] En l'espèce, je souscris aux conclusions du juge MacKay au paragraphe 16 de la décision *Dragosin* selon lesquelles le droit du demandeur à l'assistance d'un avocat est né au moment où une mesure a été prise afin qu'il soit détenu, ce qui s'est en fait produit le 8 juillet 2006, date à laquelle il a été mis en état d'arrestation par l'agent de l'ASFC. Cette arrestation a déclenché l'obligation d'informer le demandeur de son droit à l'assistance d'un avocat et de l'aider à obtenir cette assistance (*Dragosin*, précité, au paragraphe 16). L'accès possible à un téléphone dans l'établissement de détention, et le fait d'avoir demandé simplement au demandeur s'il connaissait un avocat particulier avec qui il désirait communiquer, n'étaient pas suffisants pour s'acquitter de l'obligation d'aider le demandeur à obtenir l'assistance d'un avocat. En l'espèce, cette omission portait atteinte aux droits du demandeur garantis par l'alinéa 10b) de la Charte et constituait une erreur de droit (*Dragosin*, précité, aux paragraphes 16 et 20).

[29] Je souscris à l'opinion du juge MacKay, dans la décision *Dragosin*, précité, selon laquelle l'omission des agents d'immigration d'aider le demandeur à obtenir l'assistance d'un avocat après sa détention doit entraîner l'annulation de la mesure d'exclusion. La présente affaire doit donc être renvoyée à un autre agent d'immigration pour qu'il statue à nouveau sur elle.

[30] Compte tenu du fait que l'affaire sera examinée à nouveau et suivant le raisonnement de mon collègue le juge MacKay dans la décision *Dragosin*, précité, il serait à mon avis inopportun et inutile que la Cour réponde aux questions de savoir à quel moment la mesure d'exclusion a été prise exactement et si les déclarations du demandeur constituaient une demande d'asile.

[31] For these reasons, the application for judicial review is granted, the exclusion order is set aside, and the matter referred for redetermination by a different delegate.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS that the application for judicial review is granted and the exclusion order is set aside. The matter is referred for redetermination by a different delegate.

[31] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie, la mesure d'exclusion est annulée et l'affaire est renvoyée à un autre représentant pour qu'il statue à nouveau sur elle.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit accueillie et que la mesure d'exclusion soit annulée. L'affaire est renvoyée à un autre représentant pour qu'il statue à nouveau sur elle.

IMM-4055-06
2007 FC 240

IMM-4055-06
2007 CF 240

Rodon Elezi (*Applicant*)

Rodon Elezi (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: ELEZI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

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

Federal Court, de Montigny J.—Montréal, February 15; Ottawa, March 1, 2007.

Cour fédérale, juge de Montigny—Montréal, 15 février; Ottawa, 1^{er} mars 2007.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Pre-removal risk assessment (PRRA) — Judicial review of decision rejecting pre-removal risk assessment application — PRRA officer refusing to consider 20 of 30 documents submitted in support of application on basis not “new evidence” under Immigration and Refugee Protection Act, s. 113(a) — PRRA officer’s application of s. 113(a) unreasonable — Evidence submitted extremely probative — Officer should have considered at least some of evidence as it went beyond mere repetition of what was before Immigration and Refugee Board — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Évaluation des risques avant renvoi (ERAR) — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la demande d’évaluation des risques avant renvoi a été rejetée — L’agent d’ERAR a refusé de tenir compte de 20 des 30 documents produits au soutien de la demande parce qu’il ne s’agissait pas d’éléments de preuve nouveaux au sens de l’art. 113a) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés — L’agent d’ERAR a appliqué l’art. 113a) d’une manière déraisonnable — Les éléments de preuve produits étaient très probants — L’agent aurait dû prendre en compte au moins certains éléments de preuve parce qu’ils contenaient des renseignements qui allaient au-delà d’une simple répétition de ce que la Commission de l’immigration et du statut de réfugié avait déjà devant elle — Demande accueillie.

Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 113(a) providing which information may be submitted in pre-removal risk assessment (PRRA) application — S. 113(a) consisting of three parts to be read disjunctively, providing separate alternatives — Fact document created after Immigration and Refugee Board decision not sufficient to characterize it as “new” — Nature, significance, credibility of information can be considered in determining whether “new evidence” — Narrow interpretation of s. 113(a) allowing PRRA officer to exclude evidence on basis of technical inadmissibility incompatible with Parliament’s objectives re: construction, application of IRPA.

Interprétation des lois — L’art. 113a) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR) précise quels renseignements peuvent être produits dans le cadre d’une demande d’évaluation des risques avant renvoi (ERAR) — L’art. 113a) comporte trois volets qui doivent être lus en tant que propositions disjonctives et être considérés comme trois éventualités distinctes — Le fait qu’un document soit apparu après la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié ne suffira pas à en faire un élément de preuve nouveau au sens de l’art. 113a) — La nature, l’utilité et la crédibilité des renseignements peuvent être prises en compte pour déterminer s’ils peuvent être considérés comme de nouveaux éléments de preuve — Une interprétation étroite de l’art. 113a) de façon à permettre à l’agent d’ERAR d’exclure des éléments de preuve au motif qu’ils sont techniquement irrecevables serait incompatible avec les objectifs du législateur quant à la façon dont la LIPR doit être interprétée et mise en œuvre.

This was an application for judicial review of the decision rejecting the applicant’s pre-removal risk assessment (PRRA)

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la demande d’examen des risques avant

application. The PRRA officer refused to consider 20 of the 30 documents submitted by the applicant in support of his application because they were not “new evidence” under paragraph 113(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). Of the 20 documents, six were undated letters and 14 predated the Board’s decision.

Held, the application should be allowed.

Paragraph 113(a), which states what evidence may be presented in an application for protection, consists of three parts that must be read disjunctively and seen as separate alternatives. The first part refers to evidence that postdates the Immigration and Refugee Board’s decision (dismissing the claimant’s refugee application), the second and third parts relate to evidence that predates its decision. Evidence that existed before the Board’s negative decision requires an explanation before it can be admitted. Evidence postdating the Board’s decision must refer to new developments, either in country conditions or in the applicant’s personal situation to be admissible. The mere fact that a piece of evidence was created after the Board’s rejection of a refugee claim will not, in and of itself, suffice to characterize that evidence as “new” for the purposes of paragraph 113(a). The nature of the information submitted, its significance for the case, and the credibility of its source, are all factors that can and should be taken into consideration in determining whether it can be considered “new evidence” when it appears to have been created after the Board’s decision.

The PRRA officer applied paragraph 113(a) in an unreasonable way. The evidence submitted by the applicant was extremely probative, and to a large extent, refuted all of the Board’s conclusions against him. Although the documents did not raise “new” risks *per se*, the PRRA officer should have considered at least some of these documents. The undated letters contained information which went beyond a mere repetition of what was already in front of the Board, and did qualify as “new evidence.” The PRRA officer also erred in excluding the evidence predating the Board’s decision. These documents were extremely helpful in assessing the applicant’s claim, and he could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented them to the Board only three months after his arrival in Canada.

renvoi (ERAR) du demandeur a été rejetée. L’agent d’ERAR a refusé de tenir compte de 20 des 30 documents que le demandeur a produits au soutien de sa demande parce qu’il ne s’agissait pas d’éléments de preuve nouveaux au sens de l’alinéa 113a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). Six de ces 20 documents étaient des lettres non datées et les 14 autres documents étaient antérieurs à la décision de la Commission.

Jugement : la demande doit être accueillie.

L’alinéa 113a), qui précise quels éléments de preuve peuvent être produits dans le cadre d’une demande, comporte trois volets qui doivent être lus en tant que propositions disjonctives et être considérés comme trois éventualités distinctes. Le premier volet vise les éléments de preuve qui sont postérieurs à la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (rejetant la demande d’asile du demandeur) et les deuxième et troisième volets s’appliquent aux éléments de preuve qui sont antérieurs à cette décision. Les éléments de preuve qui existaient avant la décision défavorable de la Commission requièrent une explication avant de pouvoir être admis. Les éléments de preuve qui sont postérieurs à la décision de la Commission doivent se rapporter à des faits nouveaux concernant soit la situation ayant cours dans le pays, soit la situation personnelle du demandeur pour être admissibles. Le simple fait qu’un élément de preuve soit apparu après le rejet par la Commission d’une demande d’asile ne suffira pas en tant que tel à faire de cet élément un élément de preuve nouveau au sens de l’alinéa 113a). La nature des renseignements produits, leur utilité pour le dossier et la crédibilité de leur source sont tous des facteurs qui peuvent et devraient être pris en compte afin de déterminer s’ils peuvent être considérés comme de nouveaux éléments de preuve lorsqu’ils semblent avoir été créés après la décision de la Commission.

L’agent d’ERAR a appliqué l’alinéa 113a) d’une manière déraisonnable. Les éléments de preuve que le demandeur a produits étaient très probants et, dans une large mesure, ils réfutaient toutes les conclusions tirées par la Commission contre lui. Même si ces documents ne faisaient pas état de nouveaux risques en tant que tels, l’agent d’ERAR aurait dû néanmoins en prendre certains en considération. Les lettres non datées contenaient des renseignements qui allaient au-delà d’une simple répétition de ce que la Commission avait déjà devant elle, et elles étaient des éléments de preuve nouveaux au sens de l’alinéa 113a). De plus, l’agent d’ERAR a commis une erreur lorsqu’il a exclu les éléments de preuve qui était antérieurs à la décision de la Commission. Ces documents étaient extrêmement utiles pour l’évaluation de la demande d’asile du demandeur, mais il aurait été difficile, dans les circonstances, de croire que celui-ci aurait pu raisonnablement les présenter à la Commission seulement trois mois après son arrivée au Canada.

Finally, even though the applicant might have been at fault for not providing some of the excluded evidence earlier, this should not excuse a PRRA officer from using his discretion to consider such critical, direct evidence on the sole basis that this evidence is technically inadmissible. Such a narrow interpretation of subsection 113(a) would be incompatible with Parliament's objectives about how the IRPA is meant to be construed and applied.

Four questions as to the proper interpretation of paragraph 113(a) were certified.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(d),(f), 96, 97, 113(a).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005), 30 Admin. L.R. (4th) 131; 272 F.T.R. 62; 44 Imm. L.R. (3d) 201; 2005 FC 437; *Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1385.

CONSIDERED:

Mendez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005), 42 Imm. L.R. (3d) 130; 2005 FC 111.

REFERRED TO:

Pandher v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2006 FC 80; *Zolotareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 241 F.T.R. 289; 2003 FC 1274; *Figurado v. Canada (Solicitor General)*, [2005] 4 F.C.R. 387; (2005), 28 Admin. L.R. (4th) 82; 262 F.T.R. 219; 46 Imm. L.R. (3d) 56; 2005 FC 347; *Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 59 Imm. L.R. (3d) 156; 2006 FC 1379; *Yousef v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 864; *Aivani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1231.

Enfin, même si le demandeur aurait dû produire certains des éléments de preuve qui ont été exclus plus tôt, cela ne devrait pas dispenser l'agent d'ERAR de faire preuve de discernement en tenant compte d'éléments de preuve aussi critiques et directs en affirmant simplement que cette preuve est techniquement irrecevable. Une interprétation aussi étroite de l'alinéa 113(a) serait incompatible avec les objectifs qu'avait à l'esprit le législateur quant à la façon dont la LIPR doit être interprétée et mise en œuvre.

Quatre questions relatives à la bonne interprétation de l'alinéa 113(a) ont été certifiées.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)d),f), 96, 97, 113a).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 437; *Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1385.

DÉCISION EXAMINÉE :

Mendez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 111.

DÉCISIONS CITÉES :

Pandher c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2006 CF 80; *Zolotareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1274; *Figurado c. Canada (Solliciteur général)*, [2005] 4 R.C.F. 387; 2005 CF 347; *Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1379; *Yousef c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 864; *Aivani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1231.

AUTHORS CITED

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, 2nd ed., loose-leaf. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2005.

APPLICATION for judicial review of the decision of a pre-removal risk assessment officer rejecting the applicant's application, and refusing to consider 20 of the 30 documents submitted by the applicant because they were not "new evidence" under paragraph 113(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

APPEARANCES:

Peter Shams for applicant.
Lynne Lazaroff for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Saint-Pierre, Grenier, S.E.N.C., Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] DEMONTIGNY J.: Rodon Elezi applied for refugee status after escaping his native country, Albania. After the Refugee Protection Division [RPD] of the Immigration and Refugee Board (the Board) dismissed his claim, Mr. Elezi applied for a pre-removal risk assessment (PRRA). On June 20, 2006, a PRRA officer rejected his application. This is a judicial review of the officer's decision.

[2] For a number of reasons to be outlined below, I have decided to grant Mr. Elezi's application, quash the officer's decision and remit the matter back to a different officer.

FACTS

[3] Mr. Elezi, an Albanian citizen, was born in 1975 in Lushnje, Albania. He arrived in Canada on June 21,

DOCTRINE CITÉE

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, 2^e éd., feuilles mobiles. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2005.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'évaluation des risques avant renvoi a rejeté la demande du demandeur et dans laquelle il a refusé de tenir compte de 20 des 30 documents que le demandeur a produits parce qu'il ne s'agissait pas d'éléments de preuve nouveaux au sens de l'alinéa 113a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Peter Shams pour le demandeur.
Lynne Lazaroff pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Saint-Pierre, Grenier, S.E.N.C., Montréal, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Rodon Elezi a demandé l'asile après avoir fui son pays d'origine, l'Albanie. Après que la Section de la protection des réfugiés [SPR] de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) eut rejeté sa demande d'asile, M. Elezi a sollicité un examen des risques avant renvoi (ERAR). Le 20 juin 2006, un agent d'ERAR a rejeté sa requête. Il s'agit ici du contrôle judiciaire de la décision de l'agent.

[2] Pour plusieurs raisons qui seront exposées ci-après, j'ai décidé de faire droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Elezi, d'annuler la décision de l'agent et de renvoyer l'affaire à un autre agent.

LES FAITS

[3] M. Elezi, un ressortissant albanais, est né en 1975 à Lushnje, en Albanie. Il est arrivé au Canada le 21 juin

2004, and claimed refugee status at the border. He submits that if returned, he will be murdered by extremists as retribution for supporting his town's Democratic Party.

[4] Mr. Elezi's Personal Information Form narrative goes back to his grandfather's 1948 execution by communists for his "anticommunist intellectual ideas." During the Communist Party's reign in power, all of his family's property was confiscated and they were sent to a labour camp in Lushnje. Mr. Elezi and his sister suffered from discrimination during childhood because of their family's political history.

[5] In the early 1990s, Albania's democratic movement gained strength. Mr. Elezi's father and uncle founded the Lushnje Democratic Party branch, and Mr. Elezi became politically involved himself, joining the Youth Democratic Forum in September 1993. At the end of 1996, he also started working as a judicial advisor for the District Council of Lushnje in the Commission for the Return and Compensation of Property of Ex-owners (the Commission). The Commission helped people whose property had been seized by the Communists while they were in power.

[6] In March 1997, Mr. Elezi says extremists burned down his office at the Commission, along with hundreds of files inside containing property documents dating back to 1945. After the fire, Mr. Elezi tried to reconstruct the files so people who had their property stolen could be compensated. But in December 1997, men came to his office and threatened to kill him. After receiving further threats by phone, he decided to go to Greece in January 1998—but had to go back to Albania after a few weeks because he only had a visa for one month.

[7] In October 2000, Mr. Elezi says the Socialist Party fraudulently won local elections. He says criminal groups helped the party, including one led by a man

2004 et a demandé l'asile à la frontière. Il dit que, s'il est renvoyé en Albanie, il sera assassiné par des extrémistes qui voudront le punir parce qu'il a appuyé le Parti démocratique de sa localité.

[4] L'exposé circonstancié accompagnant le Formulaire de renseignements personnels de M. Elezi fait remonter les événements à l'exécution de son grand-père, en 1948, par les communistes, qui l'accusaient de propager des « idées intellectuelles anticommunistes ». Durant le règne du Parti communiste, tous les biens ont été confisqués et la famille a été envoyée dans un camp de travail, à Lushnje. M. Elezi et sa sœur ont souffert de discrimination durant leur enfance en raison du passé politique de leur famille.

[5] Au début des années 90, le mouvement démocratique gagna du terrain en Albanie. Le père et l'oncle de M. Elezi ont fondé la section du Parti démocratique de Lushnje, et M. Elezi s'est lui-même investi politiquement en joignant, en septembre 1993, le Forum démocratique de la jeunesse. À la fin de 1996, il a également commencé à travailler comme conseiller juridique pour le Conseil de district de Lushnje, au sein de la Commission pour la restitution des biens et pour l'indemnisation des ex-proprétaires (la Commission pour la restitution). La Commission pour la restitution venait en aide aux gens dont les biens avaient été saisis par les Communistes lorsqu'ils étaient au pouvoir.

[6] M. Elezi dit que, en mars 1997, des extrémistes ont incendié son bureau à la Commission pour la restitution, ainsi que des centaines de dossiers qui s'y trouvaient, et qui contenaient des documents fonciers remontant à 1945. Après l'incendie, M. Elezi a tenté de reconstituer les dossiers pour que les gens dont les biens avaient été volés puissent être indemnisés. Mais, en décembre 1997, des hommes se sont présentés à son bureau et l'ont menacé de mort. Après avoir reçu d'autres menaces par téléphone, il a décidé de partir pour la Grèce en janvier 1998, mais il dut revenir en Albanie quelques semaines plus tard parce que la durée de validité de son visa n'était que d'un mois.

[7] M. Elezi dit que, en octobre 2000, le Parti socialiste a remporté par fraude les élections locales. Il dit que des groupes criminels ont aidé ce parti,

named Aldo Bare. Several months later, Mr. Elezi was fired from his job and replaced by a member of the Socialist Party. However, he continued to receive threats from people who blamed him for losing property that they had seized illegally in the first place during the communist regime.

[8] In November 2001, Mr. Elezi fled to Italy, but Italian authorities sent him back to Albania two days later. He made continued efforts to leave, and in December 2002, contacted someone to traffic him to Canada. In January 2003, he flew to Ecuador en route to Canada. However, after five months, the trafficker told Mr. Elezi security was too tight to continue on to Canada. Again, he returned to Albania.

[9] The main facts supporting Mr. Elezi's claim relate to the Lushnje election held in October 2003. In preparing for the election, the Democratic Party appointed Mr. Elezi's father Chairman of the local Electoral Commission. This led to more threats against the family. Those threats were focused on Mr. Elezi, as his sister had emigrated to the U.S. by that time. Socialist Party supporters continually pressured Mr. Elezi's father to help them "win" the election. When he refused to manipulate the election results, they told him they had sources in Albania's Information Agency and police department, and that they would kill his son.

[10] On September 10, 2003, Mr. Elezi was beaten by three men on his way to a Democratic Party demonstration. Before leaving, the men allegedly said: "Say 'hi' to your father by the group, and don't forget that we remember all the bad things you have done to us. This is only the beginning. Next time we will be using these"—and showed Mr. Elezi their guns. Mr. Elezi says two police officers witnessed the assault and did nothing to help him.

notamment un groupe dirigé par un homme du nom de Aldo Bare. Plusieurs mois plus tard, M. Elezi fut démis de ses fonctions et a été remplacé par un membre du Parti socialiste. Cependant, il a continué de recevoir des menaces de la part de gens qui lui imputaient la perte des biens qu'ils avaient saisis illégalement à l'origine durant la période du régime communiste.

[8] En novembre 2001, M. Elezi a fui en Italie, mais les autorités italiennes l'ont renvoyé en Albanie deux jours plus tard. Il cherchait constamment à partir puis, en décembre 2002, il a communiqué avec une personne pour qu'elle le fasse passer au Canada. En janvier 2003, il s'est envolé pour l'Équateur, en route pour le Canada. Cependant, au bout de cinq mois, le passeur lui a dit que les mesures de sécurité étaient trop serrées pour qu'il puisse le conduire au Canada. Encore une fois, il est revenu en Albanie.

[9] Les principaux événements au soutien de la demande d'asile de M. Elezi concernent les élections tenues à Lushnje en octobre 2003. En vue des élections, le Parti démocratique nomma le père de M. Elezi président de la commission électorale locale. D'autres menaces furent alors proférées contre la famille. Ces menaces s'adressaient à M. Elezi, étant donné que sa sœur avait alors émigré aux États-Unis. Les militants du Parti socialiste ont constamment exercé des pressions sur le père de M. Elezi pour qu'il les aide à « remporter » les élections. Quand le père refusa de falsifier les résultats électoraux, ils lui ont dit qu'ils avaient des contacts au Service du renseignement et au service de police de l'Albanie et qu'ils élimineraient son fils.

[10] Le 10 septembre 2003, M. Elezi fut battu par trois hommes alors qu'il se rendait à une manifestation du Parti démocratique. Avant de partir, les hommes lui auraient dit : [TRADUCTION] « Transmets nos salutations à ton père de la part du groupe, et n'oublie pas que nous nous souviendrons de tous les mauvais coups que vous nous avez faits. Ce n'est que le début. La prochaine fois, c'est de cela que nous nous servirons »—et ils auraient montré leurs fusils à M. Elezi. M. Elezi dit que deux policiers ont été témoins de l'agression et n'ont rien fait pour l'aider.

[11] In October 2003, the Democratic candidate, Mr. Kadri Gega, won the election and became mayor of Lushnje. From then on, Mr. Elezi hid in his family's home, and had his family spread rumours that he had already fled the country. He did not actually leave until February 2004, to stay with a friend in Italy for two months. That friend loaned him money and got him a fake Italian passport, which Mr. Elezi used to travel to Canada. On June 19, 2004, Mr. Elezi took a train from Torino to Paris. The next day, he flew to Montréal.

[12] Mr. Elezi says his family still receives threats from criminals, claiming they will murder Mr. Elezi as retribution for his father's failure to help the Socialist Party win the 2003 elections. He says his family believes the threats because the same people tried to murder Mr. Elezi's uncle, Kamber Elezi, in October 1998. His uncle fled to Canada and successfully claimed refugee status here.

[13] The Board rejected Mr. Elezi's refugee claim on October 28, 2004. It made negative findings about his credibility, based on his testimony about his work with the Commission in Albania. It concluded he did not actually work for the Commission, because he could not tell the Board when it had been created, and by which political party. The Board also found he was not a Convention refugee [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] because he lacked subjective fear: he had waited six months to leave after having been attacked, he had transited through several countries where he could have claimed refugee status before arriving in Canada, and he had returned to the same city each time he came back to Albania after trying to flee. Finally, the Board concluded that vengeance is not a ground covered by the Convention, and that the Albanian government was able to protect Mr. Elezi from any threats.

[14] On March 3, 2005, this Court dismissed Mr. Elezi's application for leave to seek judicial review of the Board's decision. He applied for a PRRA, which

[11] En octobre 2003, le candidat du Parti démocratique, M. Kadri Gega, remportait les élections et devenait maire de Lushnje. M. Elezi s'est alors caché au domicile de sa famille et a demandé à celle-ci de propager la rumeur selon laquelle il avait déjà quitté le pays. Il n'a en réalité quitté le pays qu'en février 2004, pour demeurer chez un ami en Italie durant deux mois. Cet ami lui a prêté de l'argent et lui a obtenu un faux passeport italien, dont M. Elezi s'est servi pour se rendre au Canada. Le 19 juin 2004, M. Elezi prenait le train à Turin pour Paris. Le lendemain, il s'envolait pour Montréal.

[12] M. Elezi dit que sa famille reçoit encore des menaces de criminels, qui affirment qu'ils assassineront M. Elezi pour se venger de son père qui n'a pas voulu aider le Parti socialiste à remporter les élections de 2003. Il dit que sa famille croit ces menaces parce que les mêmes personnes ont tenté d'assassiner l'oncle de M. Elezi, Kamber Elezi, en octobre 1998. Son oncle a fui au Canada et a réussi à obtenir l'asile ici.

[13] La Commission a rejeté la demande d'asile de M. Elezi le 28 octobre 2004. Elle ne l'a pas jugé crédible, en regard de son témoignage portant sur les fonctions qu'il exerçait au sein de la Commission pour la restitution en Albanie. Selon elle, il ne travaillait pas vraiment pour la Commission pour la restitution, parce qu'il n'avait pas pu mentionner à la Commission la date à laquelle elle avait été constituée, ni par quel parti politique. La Commission a aussi jugé qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] parce qu'il n'avait aucune crainte subjective : il avait attendu six mois pour partir après avoir été agressé, il était passé par plusieurs pays où il aurait pu solliciter l'asile avant d'arriver au Canada, et il était retourné dans la même ville toutes les fois qu'il était revenu en Albanie après avoir tenté de fuir. Finalement, la Commission a conclu que la vengeance n'est pas un motif couvert par la Convention, et que le gouvernement albanais était en mesure de protéger M. Elezi contre les menaces qu'il recevait.

[14] Le 3 mars 2005, la Cour a rejeté la demande d'autorisation de contrôle judiciaire présentée par M. Elezi à l'encontre de la décision de la Commission. Il a

was denied June 20, 2006. On August 7, 2006, this Court granted a stay of Mr. Elezi's removal order until it decided this application for judicial review.

IMPUGNED DECISION

[15] The PRRA officer concluded that out of 30 documents Mr. Elezi submitted to support his application, he would not consider the first 20 because they were not "new evidence" under paragraph 113(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA). The first six documents Mr. Elezi provided were undated, and thus it was impossible to know whether or not they predated the Board's decision. In any event, the officer noted, the facts recounted in these documents were all known to their authors and to Mr. Elezi when he filed his refugee status claim with the Board. Therefore, it was reasonable to expect that Mr. Elezi could have presented them to the Board. As for the other 14 documents, they all predated the Board's decision, so Mr. Elezi should have submitted them earlier.

[16] After excluding all of the above evidence, the officer concluded that organized crime poses a general threat to all Albanians, and so Mr. Elezi's risk was not personalized. Moreover, while documentary evidence shows that Albania's police, judiciary and administrative services suffer from corruption and inefficiency, the country's authorities fight criminality and corruption as best they can. Therefore, Mr. Elezi had not established the absence of state protection.

ISSUES

[17] The applicant has raised a number of issues with respect to the Board's decision. These issues can be reduced to the following four questions:

(a) What is the appropriate standard of review?

sollicité un ERAR, qui a été refusé le 20 juin 2006. Le 7 août 2006, la Cour a accordé à M. Elezi un sursis d'exécution de la mesure de renvoi prononcée contre lui, et cela, jusqu'à ce qu'elle statue sur sa demande de contrôle judiciaire.

LA DÉCISION CONTESTÉE

[15] L'agent d'ERAR est arrivé à la conclusion que, sur les 30 documents produits par M. Elezi au soutien de sa demande d'ERAR, il ne tiendrait pas compte des 20 premiers parce qu'il ne s'agissait pas de faits nouveaux aux fins de l'alinéa 113a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Les six premiers documents produits par M. Elezi n'étaient pas datés, et il était donc impossible de savoir s'ils étaient ou non antérieurs à la décision de la Commission. En tout état de cause, selon l'agent, les faits relatés dans ces documents étaient tous connus de leurs auteurs et de M. Elezi lorsque celui-ci avait déposé sa demande d'asile auprès de la Commission. Par conséquent, il était raisonnable de penser que M. Elezi aurait pu les présenter à la Commission. Quant aux 14 autres documents, ils étaient tous antérieurs à la décision de la Commission, de telle sorte que M. Elezi aurait dû les produire plus tôt.

[16] Après avoir exclu l'ensemble de la preuve susmentionnée, l'agent a conclu que le crime organisé constitue une menace générale pour tous les Albanais et que le risque couru par M. Elezi n'était pas un risque personnalisé. Par ailleurs, même si, d'après la preuve documentaire, les services policiers, judiciaires et administratifs de l'Albanie sont minés par la corruption et l'inefficacité, les autorités du pays luttent contre la criminalité et la corruption du mieux qu'elles le peuvent. Par conséquent, M. Elezi n'a pas établi l'absence de protection étatique.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[17] Le demandeur a soulevé plusieurs questions se rapportant à la décision de la Commission. On peut ramener les questions en litige aux quatre suivantes :

a) Quelle est la norme de contrôle applicable?

(b) Did the officer err by refusing to accept the 20 documents as “new evidence” under paragraph 113(a) of the IRPA?

(c) Did the officer err in his analysis of personalized risk?

(d) Did the officer err in his analysis of state protection?

[18] Since I have come to the conclusion that the Board made an error in applying paragraph 113(a), and because that issue is determinative of the application, it will not be necessary to deal with the third and fourth questions.

ANALYSIS

[19] Before turning to the issues identified in the preceding paragraph, I must say a word about a letter Mr. Elezi submitted in his application for this judicial review. It is written by Mr. Ilir Bano, Deputy of the Albanian Parliament, explaining that many letters in Mr. Elezi’s application record are not dated because their authors were simply following Albanian custom. Mr. Elezi says he included Mr. Bano’s letter to respond to the PRRA officer’s scepticism about the undated letters.

[20] This Court has recognized on numerous occasions that the judicial review of a decision must be based only on the evidence that was before the decision maker: see, for example, *Pandher v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 80; *Zolotareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 241 F.T.R. 289 (F.C.). I must therefore disregard this document, as it was not part of the record when the PRRA officer made his determination.

(a) Standard of review

[21] It is by now well established that the proper standard of review for a PRRA decision, when considered globally and as a whole, is reasonableness: *Figurado v. Canada (Solicitor General)*, [2005] 4

b) L’agent a-t-il commis une erreur en refusant d’accepter les 20 documents en tant que faits nouveaux aux fins de l’alinéa 113a) de la LIPR?

c) L’agent a-t-il commis une erreur dans son analyse du risque personnalisé?

d) L’agent a-t-il commis une erreur dans son analyse de la protection étatique?

[18] Comme je suis arrivé à la conclusion que la Commission a commis une erreur dans l’application de l’alinéa 113a), et parce que cet aspect est déterminant pour la demande, il ne sera pas nécessaire d’examiner les troisième et quatrième questions.

L’ANALYSE

[19] Avant d’examiner les questions énoncées au paragraphe précédent, je dois dire quelques mots à propos d’une lettre que M. Elezi a jointe à sa demande de contrôle judiciaire. Elle est rédigée par M. Ilir Bano, un député du Parlement albanais, qui explique que, si maintes lettres du dossier de demande de M. Elezi ne sont pas datées, c’est parce que leurs auteurs suivaient simplement la coutume albanaise. M. Elezi dit que, s’il a inclus la lettre de M. Bano dans son dossier de demande, c’était pour réagir au scepticisme de l’agent d’ERAR concernant les lettres non datées.

[20] La Cour a reconnu à maintes reprises que le contrôle judiciaire d’une décision doit être fondé uniquement sur la preuve qui était devant le décideur : voir par exemple les jugements suivants : *Pandher c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 80; *Zolotareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 1274. Je dois donc écarter ce document, car il ne faisait pas partie du dossier quand l’agent d’ERAR a rendu sa décision.

a) La norme de contrôle

[21] Il est maintenant bien établi que la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer à une décision d’ERAR, quand cette décision est examinée dans son ensemble, comme un tout, est la norme de la décision

F.C.R. 387 (F.C.). While agreeing with this standard, Justice Richard Mosley refined it somewhat in *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 30 Admin L.R. (4th) 131 (F.C.). After conducting a pragmatic and functional analysis of the relevant legislative provisions, he concluded, at paragraph 19, that “the appropriate standard of review for questions of fact should generally be patent unreasonableness, for questions of mixed law and fact, reasonableness *simpliciter*, and for questions of law, correctness.”

[22] When assessing the issue of new evidence under paragraph 113(a), two separate questions must be addressed. The first one is whether the officer erred in interpreting the section itself. This is a question of law, which must be reviewed against a standard of correctness. If he made no mistake interpreting the provision, the Court must still determine whether he erred in his application of the section to the particular facts of this case. This is a question of mixed fact and law, to be reviewed on a standard of reasonableness.

(b) Paragraph 113(a)

[23] Paragraph 113(a) of the IRPA states as follows:

113. Consideration of an application for protection shall be as follows:

(a) an applicant whose claim to refugee protection has been rejected may present only new evidence that arose after the rejection or was not reasonably available, or that the applicant could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection;

[24] Mr. Elezi submits that because the three parts of paragraph 113(a) are separated by the word “or,” they should be considered three distinct situations in which an applicant can be considered to present “new” evidence. In other words, he argues the test under paragraph 113(a) is disjunctive. Applying that notion to

raisonnable : *Figurado c. Canada (Solliciteur général)*, [2005] 4 R.C.F. 387 (C.F.). Tout en souscrivant à cette norme, le juge Richard Mosley en a précisé les contours dans le jugement *Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 437. Après avoir fait une analyse pragmatique et fonctionnelle des dispositions législatives applicables, il est arrivé à la conclusion, au paragraphe 19 de ce jugement, que « la norme de contrôle applicable aux questions de fait devrait être, de manière générale, celle de la décision manifestement déraisonnable; la norme applicable aux questions mixtes de droit et de fait, celle de la décision raisonnable *simpliciter*; et la norme applicable aux questions de droit, celle de la décision correcte ».

[22] Dans l’appréciation des faits nouveaux dont il est question à l’alinéa 113(a), il faut considérer deux questions distinctes. La première est celle de savoir si l’agent a commis une erreur lorsqu’il a interprété la disposition elle-même. C’est là une question de droit, à laquelle s’applique la norme de la décision correcte. Si l’agent n’a commis aucune erreur dans l’interprétation de la disposition, alors la Cour doit encore se demander s’il a commis une erreur dans sa manière d’appliquer la disposition aux circonstances particulières de l’espèce. C’est là une question mixte de droit et de fait, à laquelle s’applique la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

b) L’alinéa 113(a)

[23] L’alinéa 113(a) de la LIPR prévoit ce qui suit :

113. Il est disposé de la demande comme il suit :

a) le demandeur d’asile débouté ne peut présenter que des éléments de preuve survenus depuis le rejet ou qui n’étaient alors pas normalement accessibles ou, s’ils l’étaient, qu’il n’était pas raisonnable, dans les circonstances, de s’attendre à ce qu’il les ait présentés au moment du rejet;

[24] Selon M. Elezi, étant donné que les trois volets de l’alinéa 113(a) sont séparés par la conjonction « ou », ils devraient être considérés comme trois cas distincts où le demandeur peut présenter des éléments de preuve nouveaux. Autrement dit, il affirme que les propositions énoncées dans l’alinéa 113(a) sont des propositions

this case, he submits the 20 new documents fit within the first branch of paragraph 113(a)—“new evidence that arose after the rejection.” Thus, according to Mr. Elezi’s submissions, it does not matter whether the evidence was reasonably available at his hearing, or whether he could have presented it earlier.

[25] To support this proposition, Mr. Elezi relies on the case of *Mendez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 42 Imm. L.R. (3d) 130 (F.C.), in which Justice Douglas Campbell allowed a Mexican claimant’s application for judicial review. The new evidence in *Mendez* was documentation from a similarly situated applicant, whose refugee claim had succeeded (the Flores evidence). Mr. Mendez tried to submit the Flores evidence in his PRRA application to prove that, contrary to the Board’s conclusion, health care professionals in Mexico discriminated against homosexual men with HIV/AIDS. Justice Campbell found that one letter within the package of evidence was dated after the Board’s decision in Mr. Mendez’s case. As such, it was an error to treat that letter the same way as the rest of the Flores evidence. He wrote, at paragraphs 17-18:

As I expressed during the hearing of the present application, in my opinion, the PRRA Officer made an error in the application of s. 113(a) with regard to the letter signed by Mr. Flores. Section 113(a) requires a careful determination on the admissibility of evidence on three available grounds. In my opinion, precision is required in making a finding under this provision since important ramifications follow on the determination of the risk to be experienced by an individual applicant. In my opinion, the PRRA Officer failed to meet this expectation.

Mr. Flores’ letter of March 17, 2004 clearly post-dates the Refugee Board’s decision in the present case. It appears that the PRRA Officer failed to understand this fact by lumping it in with the tendered evidence which pre-dates the Refugee Board’s decision. I find that, as a result of this mistake, the PRRA Officer failed to understand, and consequently reach a clear decision on the Applicant’s

disjonctives. Appliquant cette notion à la présente espèce, il dit que les 20 nouveaux documents s’accordent avec le premier volet de l’alinéa 113(a)—« des éléments de preuve survenus depuis le rejet ». Ainsi, selon l’argument de M. Elezi, il importe peu de savoir si les éléments de preuve étaient raisonnablement accessibles lors de l’audience le concernant, ou s’il aurait pu les produire plus tôt.

[25] Au soutien de son argument, M. Elezi invoque le jugement *Mendez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 111, dans lequel le juge Douglas Campbell a fait droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par un demandeur d’asile mexicain. Dans cette affaire, les faits nouveaux ou preuves nouvelles consistaient en des documents provenant d’un demandeur qui s’était trouvé dans la même situation et dont la demande d’asile avait été accordée (la preuve Flores). M. Mendez avait tenté de joindre la preuve Flores à sa demande d’ERAR pour prouver que, contrairement à la conclusion de la Commission, les professionnels de la santé au Mexique exerçaient une discrimination contre les hommes homosexuels atteints du VIH/SIDA. Selon le juge Campbell, l’une des lettres comprises dans l’assortiment de preuves portait une date postérieure à la décision de la Commission concernant le cas de M. Mendez. Il était donc erroné de traiter cette lettre de la même façon que le reste de la preuve Flores. Le juge Campbell s’est exprimé ainsi, aux paragraphes 17 et 18 :

Comme je l’ai mentionné au cours de l’audition de la présente demande, à mon avis, l’agent d’ERAR a commis une erreur dans l’application de l’alinéa 113(a) à l’égard de la lettre signée par M. Flores. L’alinéa 113(a) exige qu’une décision soigneuse soit rendue à l’égard de l’admissibilité de la preuve quant aux trois motifs prévus. À mon avis, il est nécessaire d’être précis lorsque l’on tire une conclusion suivant cette disposition, étant donné qu’il y a d’importantes ramifications à la décision rendue à l’égard des risques auxquels un demandeur en particulier sera exposé. À mon avis, l’agent d’ERAR n’a pas répondu à l’attente à cet égard.

La lettre de M. Flores datée du 17 mars 2004 est clairement postérieure à la décision rendue par la Commission dans la présente affaire. Il semble que l’agent d’ERAR n’a pas compris ce fait puisqu’il a mis cette lettre dans la même catégorie que les éléments de preuve présentés qui étaient antérieurs à la décision de la Commission. J’estime que, en raison de cette erreur, l’agent d’ERAR n’a pas compris

rectification argument of risk.

[26] I am prepared to accept that paragraph 113(a) refers to three distinct possibilities and that its three parts must be read disjunctively. If the use of the word “or” is to be given meaning, the three parts of paragraph 113(a) must clearly be seen as three separate alternatives. While the first part refers to evidence that postdates the Board’s decision, the second and third parts obviously relate to evidence that predates its decision. Only evidence that existed before the Board’s negative decision requires an explanation before it can be admitted with a PRRA application. As for evidence that arises after the Board’s decision, there is no need for an explanation. The mere fact that it did not exist at the time the decision was reached is sufficient to establish that it could not have been presented earlier to the Board.

[27] That being said, a piece of evidence will not fall within the first category and be characterized as “new” just because it is dated after the Board’s decision. If that were the case, a PRRA application could easily be turned into an appeal of the Board’s decision. A failed refugee applicant could easily muster “new” affidavits and documentary evidence to counter the Board’s findings and bolster his story. This is precisely why the case law has insisted that new evidence relate to new developments, either in country conditions or in the applicant’s personal situation, instead of focusing on the date the evidence was produced: see, for example, *Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 59 Imm. L.R. (3d) 156 (F.C.); *Yousef v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 864; *Aivani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1231.

l’argument de rectification présenté par le demandeur à l’égard des risques, et qu’il n’a par conséquent pas tiré une conclusion claire à cet égard.

[26] Je suis disposé à admettre que l’alinéa 113a) mentionne trois possibilités distinctes et que ces trois volets doivent être lus en tant que propositions disjonctives. Si l’emploi de la conjonction « ou » doit avoir un sens, alors les trois volets de l’alinéa 113a) doivent manifestement être considérés comme trois éventualités distinctes. Le premier volet concerne les éléments de preuve qui sont postérieures à la décision de la Commission, mais les deuxième et troisième volets concernent de toute évidence les éléments de preuve qui sont antérieures à sa décision. Seules les éléments de preuve qui existaient avant la décision défavorable de la Commission requièrent une explication avant de pouvoir être admises dans une demande d’ERAR. Quant aux éléments de preuve dont l’existence est postérieure à la décision de la Commission, elles ne requièrent aucune explication. Le simple fait qu’elles n’existaient pas à l’époque où la décision a été rendue suffit à établir qu’elles n’auraient pas pu être présentées plus tôt à la Commission.

[27] Cela dit, un élément de preuve n’entrera pas dans la première catégorie, ni ne sera qualifiée de nouveau du seul fait qu’elle porte une date postérieure à la décision de la Commission. Si tel était le cas, une demande d’ERAR pourrait facilement être transformée en un appel à l’encontre de la décision de la Commission. Un demandeur d’asile débouté pourrait aisément réunir des preuves documentaires et des affidavits nouveaux de nature à réfuter les conclusions de la Commission et à faire prévaloir son récit. C’est précisément la raison pour laquelle la jurisprudence insiste pour que les nouveaux éléments de preuve se rapportent à des faits nouveaux, concernant soit la situation ayant cours dans le pays, soit la situation personnelle du demandeur, au lieu de mettre l’accent sur la date à laquelle les éléments de preuve sont apparus. Voir par exemple les jugements suivants : *Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1379; *Yousef c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 864; *Aivani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1231.

[28] Justice Mosley heard the exact same argument that Mr. Elezi's counsel makes now in the case *Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1385. Relying on *Mendez*, above, the applicant in *Raza* had submitted that paragraph 113(a) provided for the admissibility of three distinct types of new evidence, and that only the second and third types of new evidence called for an explanation why they were not presented to the Board. As for the first type, evidence that arose after the Board's rejection, the applicant argued the only requirement was that it be created after the date of the Board's decision.

[29] Justice Mosley gave short shrift to that argument. He wrote, at paragraphs 22-23:

It must be recalled that the role of the PRRA officer is not to revisit the Board's factual and credibility conclusions but to consider the present situation. In assessing "new information" it is not just the date of the document that is important, but whether the information is significant or significantly different than the information previously provided: *Selliah*, above at para. 38. Where "recent" information (i.e. information that post-dates the original decision) merely echoes information previously submitted, it is unlikely to result in a finding that country conditions have changed. The question is whether there is anything of "substance" that is new: *Yousef*, above at para. 27.

In the present case, though the evidence of the applicant post-dates the refugee determination in time with respect to the date it was written, nothing in the letter, affidavits or articles is substantially different than the information that was before the Board. As noted by the Officer with respect to the letter and affidavits: they "refer only to the applicants' circumstances which were considered by the Board", "no new risk developments are contained", and they contain "essentially a repetition of the same information". In those circumstances, it was not patently unreasonable of the officer to question why they had not been present before. With respect to the articles in particular, the Officer noted that they were "generalized" and did not "address

[28] Le juge Mosley a entendu un argument parfaitement identique, celui que l'avocat de M. Elezi avance aujourd'hui, dans le jugement *Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1385. Invoquant le jugement *Mendez*, précité, la partie demanderesse dans *Raza* avait fait valoir que l'alinéa 113a) prévoyait la recevabilité de trois types d'éléments de preuve distincts et nouveaux et que seuls les deuxième et troisième types nécessitaient une explication des raisons pour lesquelles les éléments de preuve en question n'avaient pas été présentés à la Commission. S'agissant des nouveaux éléments de preuve du premier type, celles qui se manifestaient après la décision défavorable de la Commission, les demandeurs *Raza* faisaient valoir que l'unique condition était qu'elles devaient avoir été créées après la date de la décision de la Commission.

[29] Le juge Mosley a rejeté séance tenante cet argument. Il s'est exprimé ainsi, aux paragraphes 22 et 23 :

Il faut se rappeler que le rôle de l'agent d'ERAR n'est pas de revoir les conclusions de fait et les conclusions relatives à la crédibilité qui ont été tirées par la Commission, mais bien d'examiner la situation actuelle. Lorsqu'il évalue les « nouvelles informations », ce n'est pas seulement la date du document qui est importante, mais également la question de savoir si l'information est importante ou sensiblement différente de celle produite précédemment : *Selliah*, précitée, au paragraphe 38. Lorsque des renseignements [TRADUCTION] « récents » (c.-à-d. des renseignements postérieurs à la décision initiale) font simplement écho à des renseignements produits antérieurement, il est peu probable que l'on conclut que la situation dans le pays a changé. La question est de savoir s'il y a de nouveaux renseignements « essentiels » : *Yousef*, précitée, au paragraphe 27.

En l'espèce, même si la preuve des demandeurs a été créée après la décision relative à la demande d'asile, il n'y a rien dans la lettre, dans les affidavits ou dans les articles qui est sensiblement différent de l'information qui avait été présentée à la Commission. Comme l'agent l'a affirmé, la lettre et les affidavits [TRADUCTION] « parlent seulement des aspects de la situation des demandeurs que la Commission a pris en considération », [TRADUCTION] « ne font état d'aucun nouveau risque » et constituent [TRADUCTION] « essentiellement une répétition des renseignements présentés à la Commission ». Dans ces circonstances, il n'était pas manifestement déraisonnable que l'agent se demande pourquoi ces éléments de preuve n'avaient pas été présentés précédemment. En ce

the material elements of the present application”.

[30] I fully agree with Mr. Justice Mosley’s conclusions and I adopt them. The mere fact that a piece of evidence was created after the Board’s rejection of a refugee claim will not, in and of itself, suffice to characterize that evidence as “new” for the purposes of paragraph 113(a). There are other factors to take into consideration when assessing whether the evidence sought to be introduced arose after the Board’s decision. One should not forget that this provision, like the rest of the IRPA, must be construed and applied in a manner that “ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,” and that “complies with international human rights instruments to which Canada is signatory” (paragraphs 3(3)(d) and (f) of the IRPA).

[31] This brings me to the PRRA officer’s application of paragraph 113(a) to the facts of this case. It is not obvious from a plain reading of the officer’s decision that he interpreted paragraph 113(a) incorrectly, as his reasons are not very detailed. However, I do believe he applied that section in an unreasonable way, considering the circumstances of this case and the nature of the evidence submitted.

[32] It is relevant, at this stage, to canvass the nature of the evidence that the PRRA officer excluded. Only then will it be possible to fully appreciate the reasonableness of his decision. The undated documents are all letters, accompanied by photocopies of their respective authors’ passports.

[33] The first letter is from Mr. Rifat Demiri, a lawyer in Albania and a friend of Mr. Elezi’s father. He confirmed that, contrary to the Board’s findings, Mr. Elezi did work for the Commission, and that he was beaten and threatened by the “Lushnja Gang.” The second and the third letters are from Nikan Gjeci and

qui concerne les articles en particulier, l’agent a souligné qu’ils sont [TRADUCTION] « de nature générale » et qu’ils ne [TRADUCTION] « parlent pas des aspects importants de la demande ».

[30] Je souscris pleinement aux conclusions du juge Mosley et je les fais miennes ici. Le simple fait qu’un élément de preuve soit apparu après le rejet par la Commission d’une demande d’asile ne suffira pas en tant que tel à faire de cette preuve un élément de preuve nouveau aux fins de l’alinéa 113(a). D’autres facteurs doivent être pris en compte lorsqu’on se demande si la preuve que l’on entend produire est apparue après la décision de la Commission. Il ne faut pas oublier que l’interprétation et la mise en œuvre de cette disposition, comme des autres dispositions de la LIPR, doivent avoir pour effet « d’assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés* », et « de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de la personne dont le Canada est signataire » (alinéas 3(3)(d) et (f) de la LIPR).

[31] J’en arrive à la manière dont l’agent d’ERAR a appliqué l’alinéa 113(a) aux circonstances de la présente affaire. Après une simple lecture de la décision de l’agent, il n’est pas évident que celui-ci a interprété erronément l’alinéa 113(a), car les motifs qu’il a exposés ne sont pas très détaillés. Cependant, je suis d’avis qu’il a appliqué cette disposition d’une manière déraisonnable, eu égard aux circonstances de la présente affaire et à la nature des preuves produites.

[32] Il est utile, à ce stade, d’examiner en détail la nature des preuves que l’agent d’ERAR a exclues. Ce n’est qu’après cela qu’il sera possible de savoir véritablement si sa décision est ou non raisonnable. Les documents non datés sont tous des lettres, accompagnées de photocopies des passeports de leurs auteurs respectifs.

[33] La première lettre provient de M. Rifat Demiri, un avocat albanais, ami du père de M. Elezi. Il a confirmé que, contrairement aux conclusions de la Commission, M. Elezi travaillait bel et bien pour la Commission pour la restitution, et qu’il avait été battu et menacé par le « gang de Lushnja ». Les deuxième et

Altin Kreci, both of whom are Mr. Elezi's friends. They witnessed the beating in September 2003.

[34] The fourth letter is from Mr. Kadri Gega, the Mayor of Lushnje, who won the local Lushnje elections in October, 2003. He knows Mr. Elezi personally, because they worked together in the Regional Council Executive Staff from 1997 to 2000. He believes Mr. Elezi is not safe anywhere in Albania, and that police cannot protect him.

[35] The fifth letter is from Mr. Ilir Bano, a deputy in the Parliament of Albania. He personally knows Mr. Elezi because his father was chairman of Mr. Bano's electoral staff. He also writes that Mr. Elezi was attacked on September 10, 2003, and believes police are not able to protect citizens from mafia groups.

[36] The sixth letter is from Mr. Elezi's parents, and it corroborates all the main details of their son's story.

[37] Mr. Elezi also submitted various documents that predated the Board's decision. These include a dentist's note, confirming he had treated Mr. Elezi at home the night of September 2003, and documents from Mr. Elezi's work with the Commission to prove that he had indeed worked there. The PRRA officer similarly disregarded an article about Emir Dobjani, the Albanian Ombudsman. Mr. Elezi provided this document because the Board wrote that he should have contacted an ombudsman before fleeing Albania. The article quoted Mr. Dobjani advocating that certain groups—including people whose lives are threatened because of vengeance—should be able to claim asylum outside of Albania.

[38] All of this evidence is obviously extremely probative, and to a large extent, refutes all of the Board's conclusions against Mr. Elezi. Had he submitted this evidence at his Board hearing, the Board may well have written a very different decision. Yet,

troisième lettres proviennent de Nikan Gjeci et Altin Kreci, qui sont tous deux des amis de M. Elezi. Ils ont été témoins de la correction administrée au demandeur en septembre 2003.

[34] La quatrième lettre vient de M. Kadri Gega, le maire de Lushnje, qui a remporté les élections locales de Lushnje en octobre 2003. Il connaît personnellement M. Elezi, puisqu'ils ont travaillé ensemble au sein du personnel du conseil exécutif régional de 1997 à 2000. Il croit que M. Elezi n'est en sûreté nulle part en Albanie et que la police ne peut pas le protéger.

[35] La cinquième lettre vient de M. Ilir Bano, un député du Parlement albanais. Il connaît personnellement M. Elezi parce que son père était président du personnel électoral de M. Bano. Il écrit lui aussi que M. Elezi a été agressé le 10 septembre 2003 et qu'il croit que la police n'est pas en mesure de protéger les citoyens contre les groupes mafieux.

[36] La sixième lettre provient des parents de M. Elezi et confirme tous les détails principaux du récit de leur fils.

[37] M. Elezi a aussi produit divers documents dont la date précède celle de la décision de la Commission. Il s'agit de la note d'un dentiste, qui confirme qu'il a soigné M. Elezi chez lui le soir du 10 septembre 2003, ainsi que de documents se rapportant au travail de M. Elezi auprès de la Commission pour la restitution et prouvant qu'il avait effectivement travaillé à cet endroit. L'agent d'ERAR a également laissé de côté un article concernant Emir Dobjani, le médiateur albanais. M. Elezi a produit ce document parce que la Commission écrivait qu'il aurait dû communiquer avec un médiateur avant de fuir l'Albanie. L'article citait M. Dobjani, qui préconisait que certains groupes—notamment les gens dont les vies sont menacées pour cause de vengeance—devraient pouvoir demander l'asile en dehors de l'Albanie.

[38] Toutes ces preuves sont évidemment très probantes et, dans une large mesure, elles réfutent toutes les conclusions tirées par la Commission contre M. Elezi. Si M. Elezi avait communiqué ces preuves à la Commission durant l'audience le concernant, la

these documents do not raise any “new” risks, *per se*. The risks outlined were the same as those Mr. Elezi claimed during his hearing before the Board. Was it then reasonable for the PRRA officer to exclude all these documents on that basis? In my opinion, no.

[39] I believe the PRRA officer should have considered at least some of these documents pursuant to the first branch of paragraph 113(a) of the IRPA. First, the letters appear to have been written after the Board’s decision. They were notarized after the Board’s decision, and the date on the envelopes in which they were sent also postdates the Board’s decision. More importantly, however, I think the officer should have admitted the undated letters because they contain information that goes beyond a mere repetition of what was already in front of the Board. Unlike country condition reports and other documentary evidence of a general nature, the six letters that were excluded all directly relate to Mr. Elezi. The letters from his friends are first-hand witness accounts that corroborate his story. Of even more significance are the letters from state officials of the highest rank, which lend credit to Mr. Elezi’s fear of reprisals and to his claim that Albania cannot protect him.

[40] This approach, I hasten to say, appears to be consistent with this Court’s findings in both *Mendez* and *Raza*, above. In the latter decision, Justice Mosley went out of his way to distinguish the case before him from *Mendez*, opining that the new evidence in *Mendez* was “central to the applicant’s claim as it went to the very heart of the Board’s conclusion that he would not be at risk as a HIV-positive gay man in Mexico” (*Raza*, above, at paragraph 18). He added, at paragraph 22, that when assessing “new information,” “it is not just the date of the document that is important, but whether the information is significant or significantly different than the information previously provided.”

Commission aurait très probablement rédigé une décision très différente. Or, ces documents ne font pas état de risques nouveaux en tant que tels. Les risques évoqués étaient les mêmes que ceux que M. Elezi avait allégué au cours de l’audience tenue devant la Commission. Était-il alors raisonnable pour l’agent d’ERAR d’exclure tous ces documents pour ce motif? Selon moi, non.

[39] Je crois que l’agent d’ERAR aurait dû considérer au moins quelques-uns de ces documents, en application du premier volet de l’alinéa 113a) de la LIPR. D’abord, les lettres semblent avoir été rédigées après la décision de la Commission. Elles ont été notariées après la décision de la Commission, et la date apparaissant sur les enveloppes dans lesquelles elles ont été envoyées est, elle aussi, postérieure à la date de la décision de la Commission. Plus important encore, cependant, je crois que l’agent aurait dû déclarer recevables les lettres non datées, parce qu’elles renferment des renseignements qui vont au-delà d’une simple répétition de ce que la Commission avait déjà devant elle. Contrairement aux rapports sur la situation ayant cours dans le pays et aux autres preuves documentaires de caractère général, les six lettres qui ont été exclues ont toutes trait directement à M. Elezi. Les lettres de ses amis sont des témoignages de première main qui confirment son récit. Encore plus révélatrices sont les lettres d’agents de l’État de très haut rang, qui accréditent la crainte de représailles éprouvée par M. Elezi et son affirmation selon laquelle l’Albanie ne peut pas le protéger.

[40] Cette approche, je m’empresse de le dire, semble conforme aux conclusions tirées par la Cour dans les jugements *Mendez* et *Raza*, précités. Dans le jugement *Raza*, le juge Mosley s’est donné du mal pour différencier l’affaire dont il était saisi de l’affaire *Mendez*, exprimant l’avis que dans l’affaire *Mendez* les éléments de preuve nouveaux étaient « essentiels à la demande du demandeur car ils concernaient directement la conclusion de la Commission selon laquelle ce dernier ne serait pas en danger en tant qu’homosexuel porteur du VIH au Mexique » (jugement *Raza*, précité, au paragraphe 18). Il ajoutait, au paragraphe 22, que, dans l’évaluation des « nouvelles informations », « ce n’est pas seulement la date du document qui est importante, mais également la question de savoir si l’information est

[41] In other words, the nature of the information, its significance for the case, and the credibility of its source, are all factors that can and should be taken into consideration in determining whether it can be considered “new evidence,” when it appears to have been created after the Board’s decision. In the context of the present case, I believe the information contained in the letters from the Mayor and from the Deputy, at the very least, qualify as “new evidence.”

[42] As for the evidence that predated the Board’s decision, I am also of the view that the PRRA officer erred in excluding it. However, here I believe the error relates to the second and third branches of paragraph 113(a). The dentist’s letter, confirming having treated Mr. Elezi’s injuries on September 10, 2003, was extremely relevant, because that is the day he claims he was attacked. The dentist’s letter even notes that Mr. Elezi insisted on being treated at his home—which supports his submissions about subjective fear. As for the documents emanating from the Commission, they all bear his name and confirm that he did work for the Commission. Finally, the article reporting on the Ombudsman’s declaration was also extremely probative because it directly confirms Mr. Elezi’s fears and his claim that he could not be protected in Albania.

[43] Not only were all these documents extremely helpful in assessing Mr. Elezi’s claim, but he could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented them to the Board. After all, the Board’s hearing took place only three months after he arrived in Canada, and it does not require a stretch of the imagination to consider that this is not much time to gather that kind of evidence. The same applies, obviously, to the letters coming from the Mayor and the Deputy, if they were to be considered as evidence that arose before the Board’s decision. Thus, even though I find that these two letters arose after the Board’s rejection, in the alternative I believe they should have

importante ou sensiblement différente de celle produite précédemment ».

[41] Autrement dit, la nature des renseignements, leur utilité pour le dossier et enfin la crédibilité de leur source, sont tous des facteurs qui peuvent et doivent être pris en compte afin de déterminer s’ils peuvent être considérés comme des nouveaux éléments de preuve, lorsqu’ils semblent avoir été créés après la décision de la Commission. Dans le contexte de la présente affaire, je crois que les renseignements figurant dans les lettres du maire et du député constituant, à tout le moins, des nouveaux éléments de preuve.

[42] S’agissant des éléments de preuve qui étaient antérieurs à la décision de la Commission, je suis également d’avis que l’agent d’ERAR a eu tort de les exclure. Cependant, ici, je crois que l’erreur concerne les deuxième et troisième volets de l’alinéa 113a). La lettre du dentiste, dans laquelle il confirme avoir soigné les blessures de M. Elezi le 10 septembre 2003, était extrêmement pertinente, parce qu’il s’agit du jour où M. Elezi dit avoir été agressé. La lettre du dentiste mentionne même que M. Elezi avait insisté pour se faire soigner chez lui—ce qui confirme ses dires à propos de sa crainte subjective. Quant aux documents émanant de la Commission pour la restitution, ils portent tous son nom et confirment qu’il travaillait bel et bien pour la Commission pour la restitution. Finalement, l’article faisant état de la déclaration du médiateur était lui aussi extrêmement probant parce qu’il confirme directement les craintes de M. Elezi et son affirmation selon laquelle il ne pouvait pas être protégé en Albanie.

[43] Non seulement tous ces documents étaient-ils extrêmement utiles pour l’évaluation de la demande d’asile de M. Elezi, mais il eût été difficile, dans ces circonstances, de croire que M. Elezi aurait pu raisonnablement les présenter à la Commission. Après tout, l’audience de la Commission n’a eu lieu que trois mois après son arrivée au Canada, et il ne faut pas faire un gros effort d’imagination pour considérer que ce n’est pas là disposer de beaucoup de temps pour recueillir ce genre de preuves. On peut dire la même chose évidemment des lettres du maire et du député, si elles devaient être considérées comme des preuves qui existaient avant la décision de la Commission. Ainsi,

qualified as new evidence under the other branches of paragraph 113(a).

[44] At the end of the day, I am of the view that it would be unconscionable for this Court not to grant Mr. Elezi a new hearing. Even though he might be at fault for not providing some of the excluded evidence earlier, this should not excuse a PRRA officer from using his discretion to consider such critical, direct evidence. That evidence goes to the very heart of the Board's conclusion, and certainly tends to confirm not only Mr. Elezi's story but also the risk he would be facing were he to be returned to Albania.

[45] If Canada is to respect its international obligations and abide by its *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]], it cannot disregard credible evidence that a person would be at risk if sent back to his or her country of origin on the sole basis that this evidence is technically inadmissible. Such a narrow interpretation of paragraph 113(a) would make a mockery of our most fundamental commitments. It would also be incompatible with Parliament's objectives about how the IRPA is meant to be construed and applied. I am therefore in full agreement with Lorne Waldman when he writes, in his book *Immigration Law and Practice* (2nd ed., loose-leaf), at § 9.499:

Finally, I would argue that the nature of the evidence itself should also be considered. If the evidence is highly probative of the case and is credible evidence, then the officer should generally exercise his or her discretion in favour of receiving the evidence because of the importance of the issues at stake. In the final analysis, if there is credible evidence that a person is at risk of torture, then any attempt to remove the person to that country would be a violation of s. 7. I doubt that any court would countenance removal in those circumstances, even if

même si je suis d'avis que ces deux lettres sont postérieures à la décision défavorable de la Commission, je crois subsidiairement qu'elles auraient dû être considérées comme de nouveaux éléments de preuve au titre des autres volets de l'alinéa 113a).

[44] En définitive, je suis d'avis qu'il serait déraisonnable pour la Cour de ne pas accorder à M. Elezi une nouvelle audience. Même si on pourrait le blâmer de ne pas avoir produit plus tôt certaines des éléments de preuve exclus, cela ne devrait pas dispenser un agent d'ERAR de montrer un esprit de discernement en tenant compte de preuves aussi critiques et aussi directes. Ces preuves sont au cœur même de la conclusion de la Commission et, à l'évidence, elles tendent à confirmer non seulement le récit de M. Elezi, mais également le risque auquel il serait exposé s'il devait être renvoyé en Albanie.

[45] Si le Canada veut respecter ses obligations internationales et se conformer à sa *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*, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], il ne saurait faire abstraction d'un élément de preuve crédible attestant qu'une personne serait exposée à un risque en cas de renvoi dans son pays d'origine, en affirmant simplement que cette preuve est techniquement irrecevable. Une interprétation aussi étroite de l'alinéa 113a) reviendrait à bafouer nos engagements les plus fondamentaux. Cela serait incompatible également avec les objectifs qu'avait à l'esprit le législateur quant à la manière selon laquelle la LIPR doit être interprétée et mise en œuvre. Je suis donc tout à fait en accord avec Lorne Waldman lorsqu'il tient les propos suivants, dans son ouvrage *Immigration Law and Practice* (2^e édition, feuilles mobiles), dans § 9.499 :

[TRADUCTION]

Finalement, j'affirmerais que la nature de la preuve elle-même devrait elle aussi être prise en compte. Si la preuve produite est une pièce très probante et qu'elle est crédible, alors l'agent devrait en général exercer son pouvoir discrétionnaire en déclarant cette preuve recevable, et cela à cause de l'importance des questions en jeu. En dernière analyse, s'il existe un élément de preuve tangible qu'une personne court le risque d'être torturée, alors toute tentative de renvoyer cette personne vers ce pays constituerait une violation de l'article

there were some failure on the part of the applicant to obtain the information at an earlier stage in the process.

[46] This finding, in and of itself, is sufficient to warrant sending the matter back to a different PRRA officer. Considering the potential impact and material significance of the evidence excluded from the officer's risk assessment, Mr. Elezi deserves the opportunity to have all of the evidence carefully reviewed. There is therefore no useful purpose served in addressing his other arguments, as they are closely intertwined with the facts as they were found.

[47] The applicant urged me to certify a number of questions, some having to do with the interpretation of paragraph 113(a), and others related to the interplay between the Board's decision and the PRRA and to the issue of vengeance as a ground for granting refugee status under both sections 96 and 97.

[48] The last two sets of issues clearly do not raise any issue for certification, if only because I have not addressed them in these reasons. As for the questions related to the proper interpretation of paragraph 113(a), I note that my colleague Justice Mosley has already certified two questions in *Raza*, above. I would therefore certify the same two questions (No. 1 and No. 2) and add two more of my own (No. 3 and No. 4):

1. Is "new evidence" for the purposes of paragraph 113(a) of the IRPA limited to evidence that postdates and is "substantially different" from the evidence that was before the RPD?

2. Does the standard for the reception of "new evidence" under paragraph 113(a) of the IRPA require the PRRA officer to accept any evidence created after the RPD determination, even where that evidence was reasonably available to the applicant or he/she could reasonably have been expected to present it at the refugee hearing?

7. Je doute qu'une cour de justice approuverait un renvoi dans ces conditions, quand bien même le demandeur aurait-il négligé d'obtenir l'information à un stade antérieur de la procédure.

[46] Cette conclusion suffit comme telle à justifier le renvoi de l'affaire à un autre agent d'ERAR. Compte tenu de l'incidence possible et de la grande importance de la preuve exclue par l'agent dans l'évaluation du risque, M. Elezi mérite qu'on lui donne l'occasion de faire réexaminer attentivement l'ensemble de la preuve. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner ses autres arguments, car ils sont étroitement rattachés aux faits sur lesquels je me suis prononcé.

[47] Le demandeur m'a invité à certifier un certain nombre de questions, dont certaines concernent l'interprétation de l'alinéa 113a), et d'autres concernent l'interaction entre la décision de la Commission et la décision de l'agent d'ERAR, ainsi que la notion de vengeance en tant que motif de l'octroi du statut de réfugié au titre des articles 96 et 97.

[48] Les deux derniers ensembles de questions ne méritent manifestement pas d'être certifiés, ne serait-ce que parce que je ne les ai pas examinés dans les présents motifs. Quant aux questions liées à la bonne interprétation de l'alinéa 113a), je relève que mon collègue le juge Mosley a déjà certifié deux questions dans le jugement *Raza*, précité. Je certifierais donc les mêmes deux questions (n° 1 et n° 2) et j'en ajouterais deux de mon cru (n° 3 et n° 4) :

1. Les preuves nouvelles, aux fins de l'alinéa 113a) de la LIPR, se limitent-elles aux éléments de preuve qui sont postérieurs à la décision de la SPR et qui sont « sensiblement différents » des preuves que la SPR avait devant elle?

2. La norme de l'admissibilité de preuves nouvelles, en application de l'alinéa 113a) de la LIPR, oblige-t-elle l'agent d'ERAR à admettre toute preuve établie après la décision de la SPR, alors même que ces preuves étaient raisonnablement accessibles au demandeur ou que l'on aurait pu s'attendre raisonnablement à ce que le demandeur les produise lors de l'audience le concernant?

3. In determining whether evidence has arisen after the Board rejects a refugee claim and is therefore “new,” must the PRRA officer look only for new facts or new risks, or can he or she also take into consideration other factors like the nature of the information, its significance for the case, and the credibility of its source?

4. In light of paragraphs 3(3)(*d*) and (*f*) of the IRPA, is the PRRA officer precluded from considering personalized evidence that goes to the heart of an applicant’s claim and establishes that he would be at risk if returned, when that evidence could conceivably have been presented to the Board?

ORDER

THIS COURT ORDERS that the application for judicial review is granted.

3. Pour savoir si des preuves sont apparues après le rejet par la Commission d’une demande d’asile et sont, par conséquent, nouvelles, l’agent d’ERAR doit-il considérer uniquement les faits nouveaux ou les risques nouveaux, ou peut-il aussi prendre en compte d’autres facteurs, tels que la nature des renseignements, leur utilité pour l’affaire considérée, ainsi que la crédibilité de leur source?

4. Eu égard aux alinéas 3(3)*d*) et *f*) de la LIPR, l’agent d’ERAR est-il privé de la possibilité de prendre en compte la preuve personnalisée qui intéressent le fond de la demande d’asile et qui établissent qu’il serait exposé à un risque en cas de renvoi dans son pays, alors que tels éléments de preuve auraient pu en réalité être présentés devant la Commission?

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE : la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

A-38-06
2007 FCA 198

A-38-06
2007 CAF 198

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Appellant*)

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

v.

c.

Daniel Thamothers (Respondent)

Daniel Thamothers (intimé)

and

et

The Canadian Council For Refugees and The Immigration Refugee Board (*Interveners*)

Le Conseil canadien pour les réfugiés et la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*intervenants*)

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

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

Federal Court of Appeal, Décary, Sharlow and Evans J.J.A.—Toronto, April 16; Ottawa, May 25, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Sharlow et Evans, J.C.A.—Toronto, 16 avril; Ottawa, 25 mai 2007.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from Federal Court decision setting aside decision of Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board (IRB) dismissing respondent's claim for refugee protection — Cross-appeal from Federal Court's finding Guideline 7 of Guidelines Issued by the Chairperson pursuant to the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) 159(1)(h) not invalid on ground depriving refugee claimants of right to fair hearing — Guideline 7 providing that, except in exceptional circumstances, Refugee Protection Officer (RPO) to start questioning claimant in refugee protection claim — Per Evans J.A. (Décary J.A. concurring): (1) Refugee claimants deserving high degree of procedural protection but tailored to fit inquisitorial, informal nature of hearing — Fair adjudication of individual rights compatible with inquisitorial process — Procedure in Guideline 7 not breaching IRB's duty of fairness — (2) Administrative agency not requiring express grant of statutory authority to issue guidelines, policies to structure exercise of discretion or interpretation of enabling legislation — Although language of Guideline 7 more than "recommended but optional process", not unlawful fetter on discretion, as long as deviation from normal practice in exceptional circumstances not precluded — Evidence not establishing reasonable person would think RPD members' independence unduly constrained by Guideline 7 — (3) Power granted by IRPA, s. 159(1)(h) to Chairperson to issue guidelines broad enough to include guideline concerning exercise of members' discretion in procedural, evidential or substantive matters — Chairperson's guideline-issuing, rule-making powers overlapping — Not unreasonable for Chairperson to choose to implement standard order of questioning through guideline

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel de la décision de la Cour fédérale annulant la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR), qui a rejeté la demande d'asile de l'intimé — Appel incident de la conclusion de la Cour fédérale, qui a déclaré que les Directives n° 7 des Directives données par le président en application de l'art. 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) ne sont pas invalides puisqu'elles ne privent pas les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable — Les Directives n° 7 prévoient que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, c'est l'agent de protection des réfugiés (l'APR) qui commence à interroger le demandeur d'asile dans toute demande d'asile — Le juge Evans, J.C.A. (le juge Décary, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : 1) Les demandeurs d'asile méritent un degré élevé de protection procédurale, mais les caractéristiques de la procédure doivent être adaptées à la nature inquisitoire et informelle de l'audience — La résolution équitable de demandes fondées sur des droits individuels est compatible avec un processus inquisitoire — La procédure prescrite par les Directives n° 7 ne contrevient pas à l'obligation d'agir équitablement de la CISR — 2) Un organisme administratif peut, sans disposer d'une autorisation législative expresse, donner des directives et définir des politiques visant à structurer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou l'interprétation de sa loi habilitante — Bien que le libellé des Directives n° 7 « ne recommande pas un processus facultatif » mais suggère une norme d'observation plus stricte, il ne constitue pas une entrave illicite pour autant que les directives n'excluent pas la possibilité de déroger à la pratique générale dans des circonstances exceptionnelles —

rather than rule of procedure — Appeal allowed, cross-appeal dismissed — Per Sharlow J.A. (concurring): Chairperson's powers under IRPA to issue guidelines, make rules respecting activities, practice, procedure of Board not interchangeable — Standard procedure outlined in Guideline 7 should have been implemented by means of a rule, but neither procedurally unfair nor unlawfully fettering IRB members' discretion.

This was an appeal from a Federal Court decision granting an application for judicial review to set aside a decision of the Refugee Protection Division (RPD) dismissing the respondent's claim for refugee protection. The respondent cross-appealed the finding that Guideline 7 of the *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) is not invalid because it deprives refugee claimants of the right to a fair hearing. Guideline 7 was issued in 2003 by the Chairperson of the Board pursuant to the statutory power to "issue guidelines . . . to assist members in carrying out their duties" as outlined in the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), paragraph 159(1)(h). The IRPA also empowers the Chairperson to make rules for each of the three Divisions of Board but these rules must be approved by the Governor in Council and laid before Parliament. The key paragraphs of Guideline 7 provide that the standard practice in a refugee protection claim will be for the Refugee Protection Officer (RPO) to start questioning the claimant (paragraph 19), although paragraph 23 states that the RPD member hearing the claim may, in exceptional circumstances, vary the order of questioning. Guideline 7 was challenged on the grounds that (1) it deprives refugee claimants of the right to a fair hearing by denying them the opportunity to be questioned first by their own counsel; and (2) even if it does not breach the duty of fairness, the Chairperson should have introduced the new standard order of questioning as a rule of procedure under the IRPA, paragraph 161(1)(a). While the Federal Court held that Guideline 7 is an unlawful fetter on the exercise of discretion by individual RPD members to determine the order of questioning at a hearing in the absence of a provision in either the IRPA or the *Refugee Protection Division Rules* (Rules), it

La preuve ne démontrait pas qu'une personne raisonnable estimerait l'indépendance des commissaires de la SPR indûment limitée par les Directives n° 7 — 3) Le pouvoir conféré au président à l'art. 159(1)(h) de la LIPR de donner des directives est suffisamment large pour comprendre des directives concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires relativement à la procédure, à la preuve et aux questions de fond — Les pouvoirs du président de donner des directives et de prendre des règles se recoupent — Il n'était pas déraisonnable de la part du président de choisir d'instituer l'ordre normalisé des interrogatoires en ayant recours à des directives plutôt qu'à une règle de procédure — Appel accueilli, appel incident rejeté — La juge Sharlow, J.A.C. (motifs concourants) : Les pouvoirs que la LIPR confère au président de donner des directives et de prendre des règles visant les travaux, la procédure et la pratique de la Commission ne sont pas interchangeables — La procédure normalisée prescrite dans les Directives n° 7 aurait dû être établie au moyen d'une règle mais elle n'est pas inéquitable sur le plan de la procédure et elle n'entrave pas de manière illicite le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la CISR.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimé pour obtenir l'annulation de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) rejetant sa demande d'asile. L'intimé a interjeté un appel incident à l'égard de la conclusion selon laquelle les Directives n° 7 des *Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne sont pas invalides puisqu'elles ne privent pas les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable. Les Directives n° 7 ont été données en 2003 par le président de la Commission en application du pouvoir que lui reconnaît l'alinéa 159(1)(h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), soit « en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives [. . .] ». La LIPR autorise aussi le président à prendre des règles pour chacune des trois sections de la Commission, mais ces règles doivent être approuvées par le gouverneur en conseil et déposées devant le Parlement. Les paragraphes clés des Directives n° 7 prévoient que dans toute demande d'asile, c'est généralement l'agent de protection des réfugiés (l'APR) qui commence à interroger le demandeur d'asile (paragraphe 19), bien que le paragraphe 23 précise que le commissaire de la SPR qui préside l'audience peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. Les Directives n° 7 ont été contestées au motif 1) qu'elles privent les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable en leur refusant la possibilité d'être d'abord interrogés par leur propre procureur; et 2) que même si elles ne contreviennent pas à l'obligation d'agir équitablement, le président aurait dû instituer le nouvel ordre normalisé des interrogatoires à titre de règle de procédure prise en vertu de l'alinéa 161(1)(a) de la LIPR. Bien

rejected the respondent's argument that it deprives refugee claimants of the right to a fair hearing and distorts the "judicial" role of the member hearing the claim. It remitted the matter for re-determination on the basis that Guideline 7 is an invalid fetter on the RPD's discretion in the conduct of the hearing.

The respondent is a Sri Lankan Tamil who claimed refugee protection in Canada but his claim was rejected. Before the issue of Guideline 7, which was applied during the respondent's hearing despite the respondent's objection, neither the IRPA nor the Rules addressed the order of questioning at a hearing. The order of questioning was within the individual members' discretion and practice thereon was not uniform across Canada.

The main issues in the present case were: (1) whether Guideline 7 prescribes a hearing procedure that is in breach of claimants' right to procedural fairness; (2) whether Guideline 7 is unauthorized by paragraph 159(1)(h) because it is a fetter on RPD members' exercise of discretion in the conduct of hearings; and (3) whether Guideline 7 is invalid because it is a rule of procedure and should therefore have been issued under IRPA, paragraph 161(1)(a).

Held, the appeal should be allowed, and the cross-appeal should be dismissed.

Per Evans J.A. (Décary J.A. concurring): (1) At a general level, the seriousness of the rights involved in the determination of a refugee claim, as well as the generally "judicial" character of the oral hearings held by the RPD, militate in favour of affording claimants a high degree of procedural protection. However, its details must also be tailored to fit the inquisitorial and relatively informal nature of the hearing established by Parliament as well as the RPD's high volume case load. Although a relatively inquisitorial procedural form may reduce the degree of control over the process often exercisable by counsel in adversarial proceedings, the fair adjudication of individual rights is perfectly compatible with an inquisitorial process where the order of questioning is not as obvious as it generally is in an adversarial hearing. Furthermore, the fact that members question the claimant first when there is no RPO present does not distort the inquisitorial process established by IRPA and

que la Cour fédérale ait conclu que les Directives n° 7 constituent une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider eux-mêmes de l'ordre des interrogatoires lors d'une audience étant donné qu'aucune disposition de la LIPR ni des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* (Règles) ne traite de cet aspect des audiences, elle a rejeté la prétention de l'intimé selon laquelle les Directives n° 7 privent les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable et dénaturent le rôle « judiciaire » du commissaire saisi de la demande d'asile. Elle a renvoyé l'affaire pour réexamen au motif que les Directives n° 7 constituent une entrave invalide au pouvoir discrétionnaire de la SPR quant au déroulement de l'audience.

L'intimé est un citoyen sri lankais d'origine tamoule qui a demandé l'asile au Canada, mais dont la demande d'asile a été rejetée. Avant la mise en œuvre des Directives n° 7, qui ont été appliquées pendant l'audience de l'intimé même s'il s'y opposait, ni la LIPR ni les Règles ne traitaient de l'ordre des interrogatoires pendant l'audience. Chaque commissaire était libre de décider de l'ordre des interrogatoires et la pratique à cet égard n'était pas la même partout au Canada.

Les principales questions à trancher en l'espèce étaient celles de savoir si : 1) les Directives n° 7 imposent une procédure d'audience qui porte atteinte aux droits des demandeurs d'asile à l'équité procédurale; 2) les Directives n° 7 découlent d'un exercice non autorisé du pouvoir conféré à l'alinéa 159(1)h) en ce qu'elles entravent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider du déroulement de l'audience; et 3) les Directives n° 7 sont invalides du fait qu'elles sont des règles de procédure et, qu'à ce titre, elles auraient dû être prises en vertu de l'alinéa 161(1)a) de la LIPR.

Arrêt : l'appel doit être accueilli et l'appel incident doit être rejeté.

Le juge Evans, J.C.A. (le juge Décary, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : 1) Dans l'ensemble, la gravité des droits en cause dans la détermination du statut de réfugié ainsi que la nature généralement « judiciaire » des audiences de la SPR tendent à favoriser la reconnaissance d'un degré élevé de protection procédurale aux demandeurs d'asile. Toutefois, les caractéristiques de la procédure doivent aussi être adaptées à la nature inquisitoire et relativement informelle de l'audience décrétee par le législateur et tenir compte du volume important de causes que doit traiter la SPR. Bien qu'un modèle de procédure plutôt inquisitoire soit susceptible de diminuer le degré de contrôle que peuvent souvent exercer les procureurs sur le processus dans les instances de nature contradictoire, la résolution équitable de demandes fondées sur des droits individuels est tout à fait compatible avec un processus inquisitoire dans lequel l'ordre des interrogatoires n'est pas aussi clairement établi qu'il l'est en général dans une audience

would not give rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the person who is informed of the facts and has thought the matter through. Guideline 7 does not curtail counsel's participation in the hearing since counsel is present throughout and may conduct an examination of the client to ensure that the claimant's testimony is before the decision maker. The right to be represented by counsel does not include the right of counsel to determine the order of questioning or any other aspect of the procedure to be followed at the hearing. Although fairness may require a departure from the standard order of questioning in some circumstances, the procedure prescribed by Guideline 7 does not, on its face, breach the Board's duty of fairness.

(2) Effective decision making by administrative agencies often involves striking a balance between general rules and the exercise of *ad hoc* discretion. Through the use of "soft law" (policy statements, guidelines, manuals and handbooks), an agency can communicate prospectively its thinking on an issue to agency members and staff as well as to the public at large and to the agency's "stakeholders" in particular. An administrative agency does not require an express grant of statutory authority in order to issue guidelines and policies to structure the exercise of its discretion or the interpretation of its enabling legislation. Although not legally binding on a decision maker, guidelines may validly influence a decision maker's conduct. The use of guidelines and other "soft law" techniques to achieve an acceptable level of consistency in administrative decisions is particularly important for tribunals exercising discretion, whether on procedural, evidential or substantive issues, in the performance of adjudicative functions. This is especially true for large tribunals, such as the Immigration and Refugee Board (IRB).

Despite the express statutory authority of the Chairperson to issue guidelines under IRPA, paragraph 159(1)(h), they do not have the same legal effects that statutory rules can have. In particular, guidelines cannot lay down a mandatory rule from which members have no meaningful degree of discretion to deviate regardless of the facts of the particular case before them. The word "guideline" itself normally suggests some operating principle or general norm, which does not necessarily determine the result of every dispute.

contradictoire. Qui plus est, le fait que les commissaires interrogent d'abord le demandeur d'asile lorsqu'il n'y a pas d'APR ne dénature pas le processus inquisitoire établi par la LIPR et ne susciterait pas une crainte raisonnable de partialité chez une personne informée des faits et qui a réfléchi à la question. Les Directives n° 7 ne limitent pas la participation du procureur à l'audience puisque celui-ci est présent durant toute l'audience et il peut interroger son client pour faire en sorte que la preuve du demandeur d'asile soit exposée au décideur. Le droit d'être représenté par un procureur n'emporte pas le droit pour le procureur de décider de l'ordre des interrogatoires ni celui de décider de tout autre aspect de la procédure qu'il convient de suivre à l'audience. Bien que l'équité puisse commander de s'écarter de l'ordre normalisé des interrogatoires dans certaines circonstances, la procédure prescrite par les Directives n° 7 ne contrevient pas a priori à l'obligation de la Commission d'agir équitablement.

2) L'efficacité dans la prise de décisions des organismes administratifs suppose souvent un juste équilibre entre des règles d'application générale et l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le recours à des instruments législatifs non contraignants (énoncés de politique, directives, manuels et guides) donne à un organisme la possibilité de faire connaître à ses membres et à son personnel, de même qu'au public en général et aux « parties intéressées » en particulier, la position qu'il pense adopter relativement à une question. Un organisme administratif peut, sans disposer d'une autorisation législative expresse, donner des directives et définir des politiques visant à structurer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou l'interprétation de sa loi habilitante. Même si elles ne lient pas en droit les décideurs, les directives peuvent influencer valablement sur la conduite du décideur. Le recours à des directives et à d'autres techniques n'ayant pas caractère obligatoire en vue d'assurer une cohérence raisonnable dans les décisions de nature administrative est particulièrement important pour l'exercice des fonctions décisionnelles des tribunaux auxquels la loi a conféré un pouvoir discrétionnaire sur des questions de procédure, de preuve ou de fond. Cette importance est d'autant plus marquée pour les tribunaux de grande envergure, comme la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR).

En dépit du pouvoir exprès de donner des directives conféré par l'alinéa 159(1)h) de la LIPR, les directives n'ont pas les mêmes effets juridiques que des règles de procédure prises en vertu de la loi. Plus particulièrement, les directives ne peuvent pas établir une règle obligatoire à laquelle les commissaires n'ont aucun véritable pouvoir discrétionnaire de déroger, quels que soient les faits de l'affaire dont ils sont saisis. Le terme « directive » lui-même suggère habituellement un principe directeur ou une norme générale, qui ne dicte pas invariablement le résultat de la question à régler.

Since the language of Guideline 7 expressly permits members to depart from the standard order of questioning in exceptional circumstances, the Court should be slow to conclude that members will regard themselves as bound to follow the standard order in the absence of clear evidence to the contrary. The Federal Court correctly concluded that the language of Guideline 7 is more than “a recommended but optional process”. The fact that a guideline is intended to establish how discretion will normally be exercised is not enough to make it an unlawful fetter, as long as it does not preclude the possibility that the decision maker may deviate from normal practice in the light of particular facts. While RPD members must perform their adjudicative functions without improper influence from others, case law also recognizes that administrative agencies must be free to devise processes for ensuring an acceptable level of consistency and quality in their decisions. Evidence that the IRB “monitors” members’ deviations from the standard order of questioning does not create the kind of coercive environment that would make Guideline 7 an improper fetter on members’ exercise of their decision-making powers. Nor did the evidence establish that a reasonable person would think that RPD members’ independence was unduly constrained by Guideline 7.

(3) On its face, the power granted by IRPA, paragraph 159(1)(h) to the Chairperson to issue guidelines in writing “to assist members in carrying out their duties” is broad enough to include a guideline issued in respect of the exercise of members’ discretion in procedural, evidential or substantive matters. Structuring members’ discretion over the order of questioning is within the subject-matter of the guidelines contemplated by section 159. The exercise of the Chairperson’s power to issue guidelines is not made expressly subject to paragraph 161(1)(a), although a guideline issued under paragraph 159(1)(h) that is inconsistent with a formal rule of procedure issued under paragraph 161(1)(a) will be invalid. Thus, on procedural issues, the Chairperson’s guideline-issuing and rule-making powers overlap. Provided that it does not unlawfully fetter members’ exercise of their adjudicative discretion, that the subject of a guideline could have been enacted as a rule of procedure issued under IRPA, paragraph 161(1)(a) will not normally invalidate it. It was not unreasonable for the Chairperson to choose to implement the standard order of questioning through the guideline, rather than through a formal rule of procedure.

Puisque le libellé des Directives n° 7 permet expressément aux commissaires de déroger à l’ordre normalisé des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles, la Cour devrait hésiter à conclure que les commissaires se considèrent tenus de suivre l’ordre normalisé, à défaut d’une preuve contraire claire. La Cour fédérale avait raison de conclure que les termes employés dans les Directives n° 7 « ne recommandent pas un processus facultatif » mais suggèrent une norme d’observation plus stricte. Le fait que des directives visent à établir comment un pouvoir discrétionnaire sera généralement exercé n’est pas suffisant pour constituer une entrave illicite, pour autant que les directives n’excluent pas la possibilité pour les décideurs de déroger à la pratique générale à la lumière de situations particulières. Bien que les commissaires de la SPR doivent s’acquitter de leurs fonctions décisionnelles sans subir l’influence indue de tiers, la jurisprudence reconnaît aussi que les organismes administratifs doivent avoir la possibilité de mettre au point des processus visant à assurer un degré de cohérence et de qualité satisfaisant dans leurs décisions. La preuve selon laquelle la CISR « surveillance » les dérogations à l’ordre normalisé des interrogatoires ne dénote pas l’imposition d’un encadrement contraignant dans lequel les Directives n° 7 constitueraient une entrave illicite à l’exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires. La preuve ne démontrait pas non plus qu’une personne raisonnable estimerait l’indépendance des commissaires de la SPR indûment limitée par les Directives n° 7.

3) À première vue, le pouvoir conféré au président à l’alinéa 159(1)h) de la LIPR de donner des directives écrites « en vue d’aider les commissaires dans l’exécution de leurs fonctions » est suffisamment large pour comprendre des directives concernant l’exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires relativement à la procédure, à la preuve et aux questions de fond. Le pouvoir de donner des directives prévu à l’article 159 comporte celui de structurer le pouvoir discrétionnaire des commissaires en ce qui touche l’ordre des interrogatoires. L’exercice du pouvoir du président de donner des directives n’est pas expressément conféré sous réserve de l’alinéa 161(1)a), quoique des directives données en vertu de l’alinéa 159(1)h) qui entreraient en conflit avec une règle de procédure prise en vertu de l’alinéa 161(1)a) seraient invalides. Ainsi, en matière de procédure, les pouvoirs conférés au président de donner des directives et de prendre des règles se recoupent. Le fait que l’objet des directives aurait pu être édicté au moyen d’une règle de procédure prise au titre de l’alinéa 161(1)a) de la LIPR n’entraîne généralement pas la nullité des directives, pourvu qu’elles n’entravent pas de façon illicite l’exercice du pouvoir décisionnel discrétionnaire des commissaires. Il n’était pas déraisonnable de la part du président de choisir d’instituer l’ordre normalisé des interrogatoires en ayant recours aux directives plutôt qu’à une règle de procédure formelle.

Per Sharlow (concurring): The two powers the IRPA gives the Chairperson to issue guidelines in writing to assist members in carrying out their duties (paragraph 159(1)(h)) and to make rules respecting the activities, practice and procedure of the Board, subject to the Governor in Council's approval (paragraph 161(1)(a)) differ substantively and functionally and are not interchangeable at the will of the Chairperson. The Chairperson's determination that the standard practice in refugee hearings, barring exceptional circumstances, should be for the RPO or the member to start questioning the refugee claimant should have been implemented by means of a rule rather than a guideline. But the standard procedure outlined in Guideline 7 is not in itself procedurally unfair and Guideline 7 does not unlawfully fetter the discretion of members. Despite Guideline 7, each member continues to have the unfettered discretion to adopt any order of procedure required by the exigencies of each claim to which the member is assigned.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof, S.C. 1992, c. 49.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 27(2) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20), (3) (as am. *idem*), 49(2) (as am. *idem*, s. 27).
Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 159, 161, 162(2), 165, 170(a),(g),(h).
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 4, 5.
Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, rr. 16(e), 25, 38, 69, 70.
Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22, s. 25.1(1) (as am. by S.O. 1994, c. 27, s. 56).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2007] 1 F.C.R. 107; (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 159; 290 F.T.R. 161; 54 Imm. L.R. (3d) 27; 2006 FC 461; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 105 N.R. 161; 38 O.A.C. 321.

La juge Sharlow (motifs concourants) : Les deux pouvoirs que la LIPR confère au président de donner des directives écrites aux commissaires en vue de les aider dans l'exécution de leurs fonctions (alinéa 159(1)h)) et de prendre des règles visant les travaux, la procédure et la pratique de la Commission, sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil (alinéa 161(1)a)) sont différents tant sur le plan du fond que de leur fonction et ne sont pas interchangeables à la discrétion du président. La décision du président de prescrire que la pratique normalisée, dans les audiences relatives aux demandes d'asile, devrait être que l'APR ou le commissaire commence à interroger le demandeur d'asile, sauf dans des circonstances exceptionnelles, aurait dû être établie au moyen d'une règle plutôt qu'au moyen de directives. Cependant, la procédure normalisée prescrite dans les Directives n° 7 n'est pas en soi inéquitable sur le plan de la procédure et les Directives n° 7 n'entravent pas de manière illicite le pouvoir discrétionnaire des commissaires. En dépit des Directives n° 7, chaque commissaire conserve toute discrétion d'adopter la procédure que commandent les circonstances propres à chaque demande d'asile dont il est saisi.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 27(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20), (3) (mod., *idem*), 49(2) (mod., *idem*, art. 27).
Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, L.C. 1992, ch. 49.
Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 6.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 4, 5.
Loi sur l'exercice des compétences légales, L.R.O. 1990, ch. S.22, art. 25.1(1) (mod. par L.O. 1994, ch. 27, art. 56).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 159, 161, 162(2), 165, 170a), g), h).
Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règles 16e), 25, 38, 69, 70.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 1 R.C.F. 107; 2006 CF 461; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282.

DISTINGUISHED:

Bell Canada v. Canadian Employees Association, [2003] 1 S.C.R. 884; (2003), 227 D.L.R. (4th) 193; [2004] 1 W.W.R. 1; 3 Admin. L.R. (4th) 163; 109 C.R.R. (2d) 65; 306 N.R. 34; 2003 SCC 36; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321.

CONSIDERED:

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; *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300 (F.C.A.); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 77 O.A.C. 155 (C.A.).

REFERRED TO:

Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2008] 1 F.C.R. 155; 2007 FCA 199; *Can-Am Realty Ltd. v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 1; (1993), 94 DTC 6069; 69 F.T.R. 63 (F.C.T.D.); *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; 2002 SCC 3; *Sivasamboo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741; (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 211; 87 F.T.R. 46 (T.D.); *Shahib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1250; *Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian Radio-Television Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141; (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; 36 C.P.R. (2d) 1; 18 N.R. 181; *Vidal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 49 Admin. L.R. 118; 41 F.T.R. 118; 13 Imm. L.R. 118 (F.C.T.D.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146; (1999), 180 D.L.R. (4th) 95; [2000] CLLC 230-002; 176 F.T.R. 161 (T.D.); *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195; (2004), 236 D.L.R. (4th) 485; 11 Admin. L.R. (4th) 306; 34 Imm. L.R. (3d) 157; 316 N.R. 299; 2004 FCA 49; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-86*,

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone, [2003] 1 R.C.S. 884; 2003 CSC 36; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (C.A.) (QL); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 77 O.A.C. 155 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2008] 1 R.C.F. 155; 2007 CAF 199; *Can-Am Realty Ltd. c. Canada*, [1993] A.C.F. n° 995 (1^{re} inst.) (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; 2002 CSC 3; *Sivasamboo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1^{re} inst.); *Shahib c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1250; *Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 63 (1^{re} inst.) (QL); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.); *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195; 2004 CAF 49; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi*

3rd Sess., 34th Parl., July 30, 1992.

Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act: Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 2003.

Canada. Immigration and Refugee Board. *Policy on the Use of Chairperson's Guidelines*, Policy No. 2003-07, October 27, 2003.

Craig, Paul P. *Administrative Law*, 5th ed. London: Thomson, 2003.

Hathaway, James C. *Rebuilding Trust: Report of the Review of Fundamental Justice in Information Gathering and Dissemination at the Immigration and Refugee Board of Canada*. Ottawa: Immigration and Refugee Board of Canada, December 1993.

Janisch, Hudson N. "The Choice of Decisionmaking Method: Adjudication, Policies and Rulemaking" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*. Scarborough: Carswell, 1992, at p. 259.

Mullan, David. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPEAL from a Federal Court decision ([2006] 3 F.C.R. 168; (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 221) granting an application for judicial review to set aside a decision of the Refugee Protection Division ([2004] R.P.D. No. 613 (QL)) dismissing the respondent's claim for refugee protection. CROSS-APPEAL from that decision's finding that Guideline 7 of the *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act* is not invalid because it deprives refugee claimants of the right to a fair hearing. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

APPEARANCES:

Jamie R. D. Todd and *John Provart* for appellant.
John W. Davis for respondent.
Christopher D. Bredt and *Morgana Kellythorne* for intervener, the Immigration and Refugee Board.

Catherine F. Bruce and *Angus Grant* for intervener, the Canadian Council for Refugees.

C-86, 3^e sess., 34^e Lég., 30 juillet 1992.

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés : Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 2003.

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Politique sur l'utilisation des directives du président*, Politique n° 2003-07, 27 octobre 2003.

Craig, Paul P. *Administrative Law*, 5^e éd. Londres : Thomson, 2003.

Hathaway, James C. *Vers le rétablissement de la confiance : Rapport de l'Examen de la justice fondamentale dans l'obtention et la dissémination de l'information à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié*. Ottawa, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, décembre 1993.

Janisch, Hudson N. « The Choice of Decisionmaking Method : Adjudication, Policies and Rulemaking » dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1992 : Administrative Law : Principles, Practice and Pluralism*. Scarborough : Carswell, 1992, à la p. 259.

Mullan, David. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

APPEL de la décision de la Cour fédérale ([2006] 3 R.C.F. 168; 2006 CF 16) accueillant une demande de contrôle judiciaire pour obtenir l'annulation de la décision de la Section de la protection des réfugiés ([2004] D.S.P.R. n° 613 (QL)) rejetant la demande d'asile de l'intimé. APPEL INCIDENT de la conclusion selon laquelle les Directives n° 7 des *Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne sont pas invalides puisqu'elles ne privent pas les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable. Appel accueilli et appel incident rejeté.

ONT COMPARU :

Jamie R. D. Todd et *John Provart* pour l'appellant.
John W. Davis pour l'intimé.
Christopher D. Bredt et *Morgana Kellythorne* pour l'intervenante, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Catherine F. Bruce et *Angus Grant* pour l'intervenant, le Conseil canadien pour les réfugiés.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Davis & Grice, Toronto, for respondent.

Borden Ladner Gervais LLP, Toronto, for intervener, the Immigration and Refugee Board.

The Law Offices of Catherine F. Bruce and Ms. Barbara Jackman, Toronto, for intervener, the Canadian Council for Refugees.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] The Chairperson of the Immigration and Refugee Board (the Board) has broad statutory powers to issue both guidelines and rules. Rules have to be approved by the Governor in Council and laid before Parliament, but guidelines do not.

[2] This appeal concerns the validity of Guideline 7 *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act: Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*, issued in 2003 by the Chairperson of the Board pursuant to the statutory power to “issue guidelines . . . to assist members in carrying out their duties”: *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), paragraph 159(1)(h). The key paragraphs of Guideline 7 provide as follows: “In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the R[efugee] P[rotection] O[fficer] to start questioning the claimant” (paragraph 19), although the member of the Refugee Protection Division (RPD) hearing the claim “may vary the order of questioning in exceptional circumstances” (paragraph 23).

[3] The validity of Guideline 7 is challenged on two principal grounds. First, it deprives refugee claimants of

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.

Davis & Grice, Toronto, pour l'intimé.

Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l., Toronto, pour l'intervenante, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Les cabinets d'avocats de Catherine F. Bruce et de Barbara Jackman, Toronto, pour l'intervenant, le Conseil canadien pour les réfugiés.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] La loi confère au président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) de vastes pouvoirs de donner des directives et de prendre des règles. Alors que les règles doivent être approuvées par le gouverneur en conseil et déposées devant le Parlement, cette exigence ne s'applique pas aux directives.

[2] L'appel en l'espèce porte sur la validité des Directives n° 7 (*Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés : Directive n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*), données en 2003 par le président de la Commission en application du pouvoir que lui reconnaît en ces termes la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), à l'alinéa 159(1)h) : « en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives ». Les paragraphes clés des Directives n° 7 prévoient ce qui suit : « Dans toute demande d'asile, c'est généralement l'APR [agent de protection des réfugiés] qui commence à interroger le demandeur d'asile » (paragraphe 19), bien que le commissaire de la Section de la protection des réfugiés (SPR) qui préside l'audience puisse « changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles » (paragraphe 23).

[3] La validité des Directives n° 7 est contestée pour deux motifs principaux. Premièrement, elles privent les

the right to a fair hearing by denying them the opportunity to be questioned first by their own counsel. Second, even if Guideline 7 does not prescribe a hearing that is in breach of the duty of fairness, the Chairperson should have introduced the new standard order of questioning as a rule of procedure under IRPA, paragraph 161(1)(a), not as a guideline under IRPA, paragraph 159(1)(h). Guideline 7 is not valid as a guideline because paragraphs 19 and 23 unlawfully fetter the discretion of members of the RPD to determine the appropriate order of questioning when hearing refugee protection claims.

[4] This is an appeal by the Minister of Citizenship and Immigration from a decision by Justice Blanchard of the Federal Court granting an application for judicial review by Daniel Thamothers to set aside a decision by the RPD dismissing his claim for refugee protection: *Thamothers v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 168 (F.C.).

[5] Justice Blanchard held that Guideline 7 is an unlawful fetter on the exercise of discretion by individual RPD members to determine the order of questioning at a hearing, in the absence of a provision in either IRPA or the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, dealing with this aspect of refugee protection hearings. He remitted Mr. Thamothers' refugee claim to be determined by a different member of the RPD on the basis that Guideline 7 is an invalid fetter on the exercise of decision makers' discretion.

[6] However, Justice Blanchard rejected Mr. Thamothers' argument that Guideline 7 is invalid because it deprives refugee claimants of the right to a fair hearing and distorts the "judicial" role of the member hearing the claim. Mr. Thamothers has cross-appealed this finding.

demandeurs d'asile du droit à une audience équitable en leur refusant la possibilité d'être d'abord interrogés par leur propre procureur. Deuxièmement, même si les Directives n° 7 n'imposent pas une audience qui contrevient à l'obligation d'agir équitablement, le président aurait dû instituer le nouvel ordre normalisé des interrogatoires à titre de règle de procédure prise en vertu de l'alinéa 161(1)a) de la LIPR plutôt qu'à titre de directives données en application de l'alinéa 159(1)h) de la LIPR. Les Directives n° 7 ne seraient pas valides en tant que telles, parce que les paragraphes 19 et 23 entravent irrégulièrement le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider de l'ordre des interrogatoires lorsqu'ils instruisent une demande d'asile.

[4] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a interjeté le présent appel contre la décision par laquelle le juge Blanchard de la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de Daniel Thamothers pour obtenir l'annulation de la décision de la SPR rejetant sa demande d'asile : *Thamothers c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 168 (C.F.).

[5] Le juge Blanchard a conclu que les Directives n° 7 constituent une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider eux-mêmes de l'ordre des interrogatoires lors d'une audience, étant donné qu'aucune disposition de la LIPR ni des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, ne traite de cet aspect des audiences portant sur les demandes d'asile. Il a renvoyé la demande d'asile de M. Thamothers pour qu'elle soit réexaminée par un autre commissaire de la SPR, au motif que les Directives n° 7 constituent une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des décideurs.

[6] Cependant, le juge Blanchard a rejeté la prétention de M. Thamothers selon laquelle les Directives n° 7 sont invalides parce qu'elles privent les demandeurs d'asile du droit à une audience équitable et dénaturent le rôle « judiciaire » du commissaire saisi de la demande d'asile. M. Thamothers a interjeté un appel incident à l'égard de cette conclusion.

[7] The Judge certified the following questions for appeal pursuant to paragraph 74(d) of IRPA.

1. Does the implementation of paragraphs 19 and 23 of the Chairperson's Guideline 7 violate principles of natural justice by unduly interfering with claimants' right to be heard?
2. Has the implementation of Guideline 7 led to fettering of Board Members' discretion?
3. Does a finding that Guideline 7 fetters a Refugee Protection Division Member's discretion necessarily mean that the application for judicial review must be granted, without regard to whether or not the applicant was otherwise afforded procedural fairness in the particular case or whether there was an alternate basis for rejecting the claim?

[8] Immediately after hearing the Minister's appeal in *Thamotharem*, we heard appeals by unsuccessful refugee claimants challenging the validity of Guideline 7 and, in some of the cases, impugning on other grounds the dismissal of their claim. In the Federal Court, 19 applications for judicial review concerning Guideline 7 were consolidated. Justice Mosley's decision on the Guideline 7 issue is reported as *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 107 (F.C.). The appeals from these decisions were also consolidated, *Benitez* being designated the lead case.

[9] In *Benitez*, Justice Mosley agreed with the conclusions of Justice Blanchard on all issues, except one: he held that Guideline 7 was not an unlawful fetter on the discretion of Board members because its text permitted them to allow the claimant's counsel to question first, as, in fact, some had.

[10] For substantially the reasons that they gave, I agree with both Justices that Guideline 7 is not, on its

[7] Le juge a certifié les questions suivantes en vue de l'appel, conformément à l'alinéa 74d) de la LIPR.

1. La mise en application des paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 du président enfreint-elle les principes de justice naturelle en portant indûment atteinte au droit du demandeur de se faire entendre?
2. La mise en application des Directives n° 7 a-t-elle mené à une entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires?
3. Une conclusion selon laquelle les Directives n° 7 entravent l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un commissaire de la Section de la protection des réfugiés signifie-t-elle nécessairement que la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie, sans que soit examinée la question de savoir si les principes de l'équité procédurale ont été respectés à l'égard du demandeur dans l'affaire en cause ou s'il existait un autre motif pour rejeter la demande?

[8] Tout de suite après avoir entendu l'appel du ministre dans *Thamotharem*, nous avons instruit les appels de demandeurs d'asile déboutés qui contestaient la validité des Directives n° 7 et dont certains contestaient aussi pour d'autres motifs le rejet de leur demande. La Cour fédérale a joint 19 demandes de contrôle judiciaire mettant en cause les Directives n° 7. La décision du juge Mosley sur les Directives n° 7 est publiée sous l'intitulé *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 107 (C.F.). Les appels interjetés contre ces décisions ont aussi été joints et l'affaire *Benitez*, désignée comme cas type.

[9] Dans *Benitez*, le juge Mosley a souscrit aux conclusions du juge Blanchard sur toutes les questions, sauf une : à son avis, les Directives n° 7 ne constituent pas une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des commissaires, parce que le libellé de la directive en cause permet au commissaire d'autoriser le procureur du demandeur d'asile à interroger son client le premier et que certains commissaires ont, de fait, donné cette autorisation.

[10] En grande partie pour les motifs qu'ils ont exposés, je suis d'accord avec les juges Blanchard et

face, invalid on the ground of procedural unfairness, although, as the Minister and the Board conceded, fairness may require that, in certain circumstances, particular claimants should be questioned first by their own counsel. I also agree that Guideline 7 is not incompatible with the impartiality required of a member when conducting a hearing which is inquisitorial in form.

[11] However, in my opinion, Guideline 7 is not an unlawful fetter on the exercise of members' discretion on the conduct of refugee protection hearings. The Guideline expressly directs members to consider the facts of the particular case before them to determine whether there are exceptional circumstances warranting a deviation from the standard order of questioning. The evidence does not establish that members disregard this aspect of Guideline 7 and slavishly adhere to the standard order of questioning, regardless of the facts of the case before them. Accordingly, I agree with Justice Mosley on this issue and must respectfully disagree with Justice Blanchard.

[12] Nor does it follow from the fact that Guideline 7 could have been issued as a statutory rule of procedure that it is invalid because it was not approved by the Governor in Council. In my opinion, the Chairperson's rule-making power does not invalidate Guideline 7 by impliedly excluding from the broad statutory power to issue guidelines "to assist members in carrying out their duties" changes to the procedure of any of the Board's Divisions.

[13] Accordingly, I would allow the Minister's appeal and dismiss Mr. Thamothers' cross-appeal and his application for judicial review. Although separate reasons are given in *Benitez*, [2008] 1 F.C.R. 155 (F.C.A.) dealing with issues not raised in Mr. Thamothers' appeal, a copy of the reasons in the present appeal will also be inserted in Court File No. A-164-06 (*Benitez*) and the files of the appeals

Mosley pour dire que les Directives n° 7 ne sont pas, a priori, invalides au motif qu'elles contreviennent à l'équité procédurale, même si, comme en conviennent le ministre et la Commission, l'équité peut exiger, dans certaines circonstances, que des demandeurs d'asile soient d'abord interrogés par leur propre procureur. Je partage aussi l'avis que les Directives n° 7 ne sont pas incompatibles avec l'impartialité dont doivent faire preuve les commissaires dans la tenue d'audiences de type inquisitoire.

[11] En revanche, j'estime que les Directives n° 7 n'entravent pas de façon illicite l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires dans la tenue des audiences relatives aux demandes d'asile. Les directives donnent aux commissaires la consigne expresse d'examiner les faits de l'espèce dont ils sont saisis pour décider si des circonstances exceptionnelles justifient de déroger à l'ordre normalisé des interrogatoires. La preuve n'indique pas que les commissaires passent outre à cet aspect des Directives n° 7 et se prêtent servilement à l'ordre normalisé des interrogatoires, indépendamment des faits du cas qu'ils doivent trancher. Par conséquent, je souscris à la décision du juge Mosley sur cette question et je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec le juge Blanchard.

[12] Le fait que les Directives n° 7 auraient pu être établies à titre de règle de procédure prise en vertu de la loi ne signifie pas non plus qu'elles sont invalides parce qu'elles n'ont pas été approuvées par le gouverneur en conseil. À mon avis, le pouvoir du président de prendre des règles n'entraîne pas la nullité des Directives n° 7 en excluant implicitement les changements à la procédure des sections de la Commission des vastes pouvoirs que reconnaît la loi au président de donner des directives « en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions ».

[13] En conséquence, j'accueillerais l'appel du ministre et rejetterais l'appel incident ainsi que la demande de contrôle judiciaire de M. Thamothers. Quoique des motifs distincts soient exposés dans l'arrêt *Benitez*, [2008] 1 R.C.F. 155 (C.A.F.) au regard de questions qui n'ont pas été soulevées dans l'appel de M. Thamothers, une copie des motifs rendus dans le présent appel sera aussi versée au dossier de la Cour

consolidated with it.

B. FACTUAL BACKGROUND

(i) Mr. Thamotharem's refugee claim

[14] Mr. Thamotharem is Tamil and a citizen of Sri Lanka. He entered Canada in September 2002 on a student visa. In January 2004, he made a claim for refugee protection in Canada, since he feared that, if forced to return to Sri Lanka, he would be persecuted by the Liberation Tigers of Tamil Eelam.

[15] In written submissions to the RPD before his hearing, Mr. Thamotharem objected to the application of Guideline 7, on the ground that it deprives refugee claimants of their right to a fair hearing. He did not argue that, on the facts of his case, he would be denied a fair hearing if he were questioned first by the refugee protection officer (RPO) and/or the member conducting the hearing. There was no evidence that Mr. Thamotharem suffered from post-trauma stress disorder or was otherwise particularly vulnerable.

[16] At the hearing of the claim before the RPD, the RPO questioned Mr. Thamotharem first. The RPD held that the duty of fairness does not require that refugee claimants always have the right to be questioned first by their counsel and that the application of Guideline 7 does not breach Mr. Thamotharem's right to procedural fairness.

[17] In a decision dated August 18, 2004 [[2004] R.P.D.D. No. 613 (QL)], the RPD dismissed Mr. Thamotharem's refugee claim and found him not to be a person in need of protection. It based its decision on documentary evidence of improved country conditions for Tamils in Sri Lanka, and on the absence of reliable evidence that Mr. Thamotharem would be persecuted as a perceived member of a political group or would, for the first time, become the target of extortion.

[18] In his application for judicial review, Mr. Thamotharem challenged this decision on the ground

portant le numéro A-164-06 (*Benitez*) ainsi qu'aux dossiers des appels qui y ont été joints.

B. FAITS À L'ORIGINE DE L'APPEL

i) La demande d'asile de M. Thamotharem

[14] M. Thamotharem est un citoyen sri lankais d'origine tamoule. Il est entré au Canada en septembre 2002, muni d'un visa d'étudiant. En janvier 2004, il a présenté une demande d'asile au Canada, craignant, s'il était forcé de rentrer au Sri Lanka, d'être persécuté par les Tigres de libération de l'Eelam tamoul.

[15] Dans des observations écrites transmises à la SPR avant son audience, M. Thamotharem s'est opposé à l'application des Directives n° 7, au motif que celles-ci privent les demandeurs d'asile du droit de bénéficier d'une audience équitable. Il n'a pas soutenu que dans sa situation particulière, le fait d'être d'abord interrogé par l'agent de protection des réfugiés (APR) ou par le commissaire présidant l'audience le priverait d'une audience équitable. Aucune preuve n'indiquait que M. Thamotharem souffrait d'un trouble de stress post-traumatique ou était particulièrement vulnérable à quel que autre égard.

[16] À l'audience de sa demande d'asile devant la SPR, M. Thamotharem a d'abord été interrogé par l'APR. La SPR a jugé que l'obligation d'agir équitablement n'exige pas que les demandeurs d'asile puissent dans tous les cas être interrogés en premier lieu par leur procureur, et statué que l'application des Directives n° 7 ne portait pas atteinte au droit de M. Thamotharem à l'équité procédurale.

[17] Dans une décision en date du 18 août 2004 [[2004] D.S.P.R. n° 613 (QL)], la SPR a rejeté la demande d'asile de M. Thamotharem et conclu qu'il n'avait pas qualité de personne à protéger. Le tribunal a fondé sa décision sur la preuve documentaire faisant état d'une amélioration de la situation des Tamouls au Sri Lanka et sur l'absence d'éléments de preuve sérieux permettant de croire que M. Thamotharem serait persécuté parce qu'il serait perçu comme un membre d'une formation politique ou du fait qu'il deviendrait, pour la première fois, une cible d'extorsion.

[18] Dans sa demande de contrôle judiciaire, M. Thamotharem conteste cette décision aux motifs que les

that Guideline 7 was invalid and that the RPD had made a reviewable error in its determination of the merits of his claim. As already noted, Mr. Thamothers' application for judicial review was granted, the RPD's decision set aside and the matter remitted to another member for redetermination on the basis that Guideline 7 is an invalid fetter on the RPD's discretion in the conduct of the hearing. In responding in this Court to the Minister's appeal, Mr. Thamothers did not argue that, even if Guideline 7 is valid, Justice Blanchard was correct to remit the matter to the RPD because it committed a reviewable error in determining the merits of the claim.

(ii) Guideline 7

[19] Before the Chairperson issued Guideline 7, the order of questioning was within the discretion of individual members; neither IRPA nor the *Refugee Protection Division Rules*, addressed it. Refugee protection claims are normally determined by a single member of the RPD. The evidence indicated that, before the issue of Guideline 7, practice on the order of questioning was not uniform across Canada. Members sitting in Toronto and, possibly, in Vancouver and Calgary, permitted claimants to be "examined in chief" by their counsel before being questioned by the RPO and/or the member. In Montréal and Ottawa, on the other hand, the practice seems to have been that the member or the RPO questioned the claimant first, although a request by counsel for a claimant to question first seems generally to have been granted.

[20] It is not surprising that the Board did not regard it as satisfactory that the order of questioning was left to be decided by individual members on an *ad hoc* basis, with variations among regions, and among members within a region. Claimants are entitled to expect essentially the same procedure to be followed at an RPD hearing, regardless of where or by whom the hearing is conducted.

[21] There was also a view that refugee protection hearings would be more expeditious if claimants were

Directives n° 7 sont nulles et que la SPR a commis une erreur susceptible de révision en se prononçant sur le bien-fondé de sa demande d'asile. Comme je l'ai dit, la demande de contrôle judiciaire de M. Thamothers a été accueillie, la décision de la SPR annulée et l'affaire renvoyée pour réexamen par un autre commissaire, au motif que les Directives n° 7 constituent une entrave invalide au pouvoir discrétionnaire de la SPR quant au déroulement de l'audience. En répondant devant la Cour à l'appel du ministre, M. Thamothers n'a pas plaidé que, même si les Directives n° 7 sont valides, le juge Blanchard a à juste titre renvoyé l'affaire à la SPR parce qu'il a commis une erreur susceptible de révision en se prononçant sur le bien-fondé de la demande.

ii) Directives n° 7

[19] Avant que le président adopte les Directives n° 7, chaque commissaire était libre de décider de l'ordre des interrogatoires; ni la LIPR, ni les *Règles de la Section de la protection des réfugiés* ne traitaient de cette question. Les demandes d'asile sont généralement réglées par un seul commissaire de la SPR. La preuve indique qu'avant la mise en œuvre des Directives n° 7, la pratique de la SPR relativement à l'ordre des interrogatoires n'était pas la même partout au Canada. Les commissaires de Toronto et, vraisemblablement, ceux de Vancouver et de Calgary autorisaient le procureur du demandeur d'asile à procéder à l'« interrogatoire principal » avant que l'APR et le commissaire posent leurs questions. À Montréal et à Ottawa, par contre, la pratique semble avoir été que le commissaire ou l'APR commence à interroger le demandeur d'asile, même si en général, le commissaire accédait apparemment à la requête du procureur, le cas échéant, pour pouvoir interroger le demandeur le premier.

[20] Il n'est pas étonnant que la Commission ait jugé inacceptable que l'ordre des interrogatoires soit décidé au cas par cas par chacun des commissaires, situation qui entraînait des variations entre les régions et entre les décideurs d'une même région. Les demandeurs d'asile ont le droit de s'attendre à ce que la procédure lors d'une audience de la SPR soit essentiellement semblable, indépendamment de l'endroit où se tient l'audience ou du commissaire qui la préside.

[21] La Commission estimait aussi que les audiences relatives aux demandes d'asile nécessiteraient moins de

generally questioned first by the RPO or the member, thus dispensing with the often lengthy and unfocused examination-in-chief of claimants by their counsel. The backlog of refugee determinations has been a major problem for the Board. For example, from 1997-1998 to 2001-2002 the number of claims referred for determination each year increased steadily from more than 23,000 to over 45,000, while, in the same period, the backlog of claims referred but not decided grew from more than 27,000 to nearly 49,000: Canada, Immigration and Refugee Board, Performance Report for the period ending March 31, 2004.

[22] Studies were undertaken to find ways of tackling this problem. For example, in a relatively early report, *Rebuilding Trust: Report of the Review of Fundamental Justice in Information Gathering and Dissemination at the Immigration and Refugee Board of Canada* (Ottawa: Immigration and Refugee Board, December 1993), refugee law scholar, Professor James C. Hathaway, made many recommendations designed to make the Board's determination of refugee claims more effective, expeditious, and efficient. The following passage from the Report (at pages 74-75) is particularly relevant to the present appeal.

The present practice of an introductory "examination in chief" by counsel should be dispensed with, the sworn testimony in the Application for Refugee Status being presumed to be true unless explicitly put in issue. Panel members should initially set out clearly the substantive matters into which they wish to inquire, and explain any concerns they may have about the sufficiency of documentary evidence presented. Members should assume primary responsibility to formulate the necessary questions, although they should feel free to invite counsel to adduce testimony in regard to matters of concern to them. Once the panel has concluded its questioning, it should allow the Minister's representative, if present, an opportunity to question or call evidence, ensuring that the tenor of the Ministerial intervention is not allowed to detract from the non-adversarial nature of the hearing. Following a brief recess, the panel should outline clearly on the record which matters it views as still in issue, generally using the Conference Report as its guide. Any matters not stated by the panel to be topics of continuing concern should be deemed to be no longer in issue. Counsel would then be invited to elicit testimony, call witnesses, and make submissions as adjudged appropriate, keeping in mind that all

temps si, dans l'ensemble, les demandeurs d'asile étaient d'abord interrogés par l'APR ou le commissaire, ce qui permettrait d'éviter l'interrogatoire principal souvent long et mal circonscrit de leur procureur. L'arriéré touchant la détermination du statut de réfugié constitue un problème de taille pour la Commission. Ainsi, entre 1997-1998 et 2001-2002, le nombre de demandes d'asiles déferées a augmenté chaque année, passant de plus de 23 000 à plus de 45 000, alors que durant la même période, l'arriéré des demandes déferées mais non réglées s'est accru, passant de plus de 27 000 à près de 49 000 : Rapport sur le rendement de 2003-2004 de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

[22] Des études ont été réalisées en vue de trouver des solutions à ce problème. Par exemple, dans un rapport établi assez tôt, *Vers le rétablissement de la confiance : Rapport de l'Examen de la justice fondamentale dans l'obtention et la dissémination de l'information à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié* (Ottawa, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, décembre 1993), le professeur James C. Hathaway, universitaire spécialisé en droit des réfugiés, a présenté de nombreuses recommandations visant à accélérer le processus de détermination des demandes d'asile et à en améliorer l'efficacité et l'efficience. Le passage suivant de ce rapport (aux pages 74 et 75) est particulièrement pertinent au regard du présent appel.

La pratique actuelle qui consiste à commencer l'audience par l'« interrogatoire principal » du demandeur de statut par son conseil devrait être éliminée, étant donné que les déclarations faites sous serment dans la Demande de statut de réfugié sont présumées vraies tant qu'elles ne sont pas expressément contestées. Les commissaires devraient dès le départ énoncer clairement les questions de fond qu'ils entendent examiner et exposer leurs préoccupations quant au caractère suffisant des éléments de preuve documentaire présentés. La responsabilité de poser les questions nécessaires devrait être assumée principalement par les commissaires, bien que ceux-ci doivent se sentir libres d'inviter les conseils à faire des interrogatoires sur des questions qui les intéressent. Une fois que le tribunal a terminé son interrogatoire, il devrait donner au représentant du ministre, s'il est présent, l'occasion de poser des questions ou de présenter des éléments de preuve, tout en veillant à ce que la teneur de l'intervention ministérielle ne déroge pas au caractère non contradictoire de l'audience. Après une brève pause, le tribunal devrait indiquer clairement, en les faisant consigner au dossier, les questions qui, à son avis, demeurent litigieuses, en se référant généralement au Rapport de conférence. Les points dont le

additional evidence must be directed to a matter which remains in issue. [Footnotes omitted.]

[23] Starting in 1999, the Board worked to develop what became Guideline 7, which was finally issued in October 31, 2003, as part of an action plan to reduce the backlog on the refugee side by increasing the efficiency of its decision-making process. In addition to the order of questioning provisions in dispute in this case, Guideline 7 also deals with the early identification of issues and disclosure of documents, procedures when a claimant is late or fails to appear, informal pre-hearing conferences, and the administration of oaths and affirmations.

[24] In addition to the consultations with the Deputy Chairperson and the Director General of the Immigration Division mandated by paragraph 159(1)(h) before the Chairperson issues a guideline, the Board held consultations on the proposed Guideline with members of the Bar and other “stakeholders.” Some, however, including the Canadian Council for Refugees, an intervener in this appeal, regarded the consultations as less than meaningful, while others characterized Guideline 7 as an overly “top-down” initiative by senior management of the Board. On the basis of the material before us, I am unable to comment on either of these observations.

[25] From December 1, 2003, the implementation of Guideline 7 was gradually phased in, becoming fully operational across the country by June 1, 2004. Like other guidelines issued by the Chairperson, Guideline 7 was published.

C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

(i) IRPA

[26] IRPA confers on the Chairperson of the Board broad powers over the management of each Division of

tribunal ne ferait pas mention dans la liste des questions qui continuent de le préoccuper seraient réputés ne plus être litigieux. Les conseils seraient ensuite invités à interroger des témoins, à appeler des témoins et à présenter des observations, selon ce qui est jugé approprié, en se rappelant que tout élément de preuve additionnel doit porter sur une question toujours en litige. [Renvois omis.]

[23] À compter de 1999, la Commission a travaillé, dans le cadre d’un plan d’action visant à réduire l’arriéré des demandes d’asile en améliorant l’efficacité du processus décisionnel de la SPR, à l’élaboration des mesures à l’origine des Directives n° 7, lesquelles ont finalement été établies le 31 octobre 2003. En plus des dispositions concernant l’ordre des interrogatoires, en cause en l’espèce, les Directives n° 7 traitent aussi de l’identification des questions à examiner au début du processus, de la communication de documents en temps opportun, de la procédure à suivre en cas de défaut de comparaître à l’heure fixée, de la tenue de conférences informelles avant l’audience et de la prestation des déclarations ou serments.

[24] Outre la consultation du vice-président et du directeur général de la Section de l’immigration qui, aux termes de l’alinéa 159(1)h), précède l’adoption de directives par le président, la Commission a consulté les membres du Barreau et d’autres « parties intéressées » au sujet des directives projetées. Certaines de ces personnes, toutefois, notamment le Conseil canadien pour les réfugiés, qui a statut d’intervenant dans le présent appel, sont d’avis qu’il ne s’agissait pas là d’une véritable consultation, alors que d’autres ont qualifié les Directives n° 7 d’initiative de la haute direction de la Commission par trop [TRADUCTION] « venue du sommet ». La documentation dont dispose la Cour ne me permet pas de commenter ces observations.

[25] La mise en œuvre graduelle des Directives n° 7 s’est échelonnée du 1^{er} décembre 2003 au 1^{er} juin 2004, date à laquelle elles sont devenues pleinement applicables partout au Canada. À l’instar des autres directives données par le président, les Directives n° 7 ont été publiées.

C. CADRE LÉGISLATIF

i) La LIPR

[26] La LIPR confère au président de la Commission de vastes pouvoirs quant à la gestion de chacune des

the Board, including a power to issue guidelines.

159. (1) The Chairperson is, by virtue of holding that office, a member of each Division of the Board and is the chief executive officer of the Board. In that capacity, the Chairperson

(a) has supervision over and direction of the work and staff of the Board;

...

(g) takes any action that may be necessary to ensure that the members of the Board carry out their duties efficiently and without undue delay;

(h) may issue guidelines in writing to members of the Board and identify decisions of the Board as jurisprudential guides, after consulting with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division, to assist members in carrying out their duties; [Underlining added.]

[27] IRPA also empowers the Chairperson of the Board to make rules for each of the three Divisions of Board. The rules, however, must be approved by the Governor in Council and laid before Parliament.

161. (1) Subject to the approval of the Governor in Council, and in consultation with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division, the Chairperson may make rules respecting

(a) the activities, practice and procedure of each of the Divisions of the Board, including the periods for appeal, the priority to be given to proceedings, the notice that is required and the period in which notice must be given;

(b) the conduct of persons in proceedings before the Board, as well as the consequences of, and sanctions for, the breach of those rules;

(c) the information that may be required and the manner in which, and the time within which, it must be provided with respect to a proceeding before the Board; and

(d) any other matter considered by the Chairperson to require rules.

(2) The Minister shall cause a copy of any rule made under subsection (1) to be laid before each House of Parliament on any of the first 15 days on which that House is sitting after the approval of the rule by the Governor in Council. [Underlining added.]

sections de la Commission, notamment celui de donner des directives.

159. (1) Le président est le premier dirigeant de la Commission ainsi que membre d'office des quatre sections; à ce titre :

a) il assure la direction et contrôle la gestion des activités et du personnel de la Commission;

[...]

g) il prend les mesures nécessaires pour que les commissaires remplissent leurs fonctions avec diligence et efficacité;

h) après consultation des vice-présidents et du directeur général de la Section de l'immigration et en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives écrites aux commissaires et précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel; [Soulignement ajouté.]

[27] La LIPR autorise aussi le président de la Commission à prendre des règles pour chacune des trois sections de la Commission. Les règles doivent toutefois être approuvées par le gouverneur en conseil et déposées devant le Parlement.

161. (1) Sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil et en consultation avec les vice-présidents et le directeur général de la Section de l'immigration, le président peut prendre des règles visant :

a) les travaux, la procédure et la pratique des sections, et notamment les délais pour interjeter appel de leurs décisions, l'ordre de priorité pour l'étude des affaires et les préavis à donner, ainsi que les délais afférents;

b) la conduite des personnes dans les affaires devant la Commission, ainsi que les conséquences et sanctions applicables aux manquements aux règles de conduite;

c) la teneur, la forme, le délai de présentation et les modalités d'examen des renseignements à fournir dans le cadre d'une affaire dont la Commission est saisie;

d) toute autre mesure nécessitant, selon lui, la prise de règles.

(2) Le ministre fait déposer le texte des règles devant chacune des chambres du Parlement dans les quinze premiers jours de séance de celle-ci suivant leur agrément par le gouverneur en conseil. [Soulignement ajouté.]

[28] IRPA emphasizes the importance of informality, promptness and fairness in the Board's proceedings.

162. . . .

(2) Each Division shall deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.

[29] In keeping with the inquisitorial nature of the RPD's process, IRPA confers broad discretion on members in their conduct of a hearing.

165. The Refugee Protection Division and the Immigration Division and each member of those Divisions have the powers and authority of a commissioner appointed under Part I of the *Inquiries Act* and may do any other thing they consider necessary to provide a full and proper hearing. .

[30] Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, empowers commissioners of inquiry as follows:

4. The commissioners have the power of summoning before them any witnesses, and of requiring them to

(a) give evidence, orally or in writing, and on oath or, if they are persons entitled to affirm in civil matters on solemn affirmation; and

(b) produce such documents and things as the commissioners deem requisite to the full investigation of the matters into which they are appointed to examine.

5. The commissioners have the same power to enforce the attendance of witnesses and to compel them to give evidence as is vested in any court of record in civil cases.

[31] The following provisions of IRPA respecting the decision-making process of the RPD are also relevant.

170. The Refugee Protection Division, in any proceeding before it,

(a) may inquire into any matter that it considers relevant to establishing whether a claim is well-founded;

. . .

(g) is not bound by any legal or technical rules of evidence;

(h) may receive and base a decision on evidence that is adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances;

[28] La LIPR met l'accent sur l'absence de formalisme, la célérité et l'équité dans la procédure devant la Commission.

162. [. . .]

(2) Chacune des sections fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité.

[29] Conformément à la nature inquisitoire du processus de la SPR, la LIPR confère un pouvoir discrétionnaire étendu aux commissaires dans la tenue des audiences.

165. La Section de la protection des réfugiés et la Section de l'immigration et chacun de ses commissaires sont investis des pouvoirs d'un commissaire nommé aux termes de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* et peuvent prendre les mesures que ceux-ci jugent utiles à la procédure.

[30] La partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, investit les commissaires d'enquête des pouvoirs suivants :

4. Les commissaires ont le pouvoir d'assigner devant eux des témoins et de leur enjoindre de :

a) déposer oralement ou par écrit sous la foi du serment, ou d'une affirmation solennelle si ceux-ci en ont le droit en matière civile;

b) produire les documents et autres pièces qu'ils jugent nécessaires en vue de procéder d'une manière approfondie à l'enquête dont ils sont chargés.

5. Les commissaires ont, pour contraindre les témoins à comparaître et à déposer, les pouvoirs d'une cour d'archives en matière civile.

[31] Les dispositions suivantes de la LIPR, qui traitent du processus décisionnel de la SPR, sont également pertinentes.

170. Dans toute affaire dont elle est saisie, la Section de la protection des réfugiés :

a) procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation du bien-fondé de la demande;

[. . .]

g) n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve;

h) peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision;

(ii) Guideline 7

[32] Paragraphs 19 and 23 of Guideline 7, issued by the Chairperson under IRPA, paragraph 159(1)(h), are of immediate relevance in this appeal, while paragraphs 20-22 provide context.

19. In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the RPO to start questioning the claimant. If there is no RPO participating in the hearing, the member will begin, followed by counsel for the claimant. Beginning the hearing in this way allows the claimant to quickly understand what evidence the member needs from the claimant in order for the claimant to prove his or her case.
20. In a claim for refugee protection where the Minister intervenes on an issue other than exclusion, for example, on a credibility issue, the RPO starts the questioning. If there is no RPO at the hearing, the member will start the questioning, followed by the Minister's counsel and then counsel for the claimant.
21. In proceedings where the Minister intervenes on the issue of exclusion, Minister's counsel will start the questioning, followed by the RPO, the member, and counsel for the claimant. Where the Minister's counsel requests another chance to question at the end, the member will allow it if the member is satisfied that new matters were raised during questioning by the other participants.
22. In proceedings where the Minister is making an application to vacate or to cease refugee protection, Minister's counsel will start the questioning, followed by the member, and counsel for the protected person. Where the Minister's counsel requests another chance to question at the end, the member will allow it if the member is satisfied that new matters were raised during questioning by the other participants.
23. The member may vary the order of questioning in exceptional circumstances. For example, a severely disturbed claimant or a very young child might feel too intimidated by an unfamiliar examiner to be able to understand and properly answer questions. In such circumstances, the member could decide that it would be better for counsel for the claimant to start the questioning. A party who believes that exceptional circumstances exist must make an application to change the order of questioning before the hearing. The application has to be made according to the RPD Rules. [Underlining added; endnote omitted.]

ii) Les Directives n° 7

[32] Les paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7, données par le président en application de l'alinéa 159(1)h) de la LIPR, sont directement pertinents pour le présent appel, alors que les paragraphes 20 à 22 établissent le contexte.

19. Dans toute demande d'asile, c'est généralement l'APR qui commence à interroger le demandeur d'asile. En l'absence d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire et est suivi par le conseil du demandeur d'asile. Cette façon de procéder permet ainsi au demandeur d'asile de connaître rapidement les éléments de preuve qu'il doit présenter au commissaire pour établir le bien-fondé de son cas.
20. Dans les demandes d'asile où l'intervention du ministre porte sur une question autre que l'exclusion, la crédibilité par exemple, l'APR commence l'interrogatoire. En l'absence d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire; viennent ensuite le conseil du ministre puis le conseil du demandeur d'asile.
21. Dans les demandes où l'intervention du ministre porte sur la question de l'exclusion, le conseil du ministre interroge d'abord le demandeur d'asile; il est suivi de l'APR, du commissaire, puis du conseil du demandeur d'asile. Le commissaire donne au conseil du ministre la possibilité de ré-interroger le témoin à la fin de l'audience s'il est convaincu que les interrogatoires par les autres participants ont soulevé de nouvelles questions.
22. Dans les demandes d'annulation ou de constat de perte d'asile présentées par le ministre, le conseil du ministre commence l'interrogatoire; il est suivi du commissaire, puis du conseil de la personne protégée. Le commissaire donne au conseil du ministre la possibilité de ré-interroger le témoin à la fin de l'audience s'il est convaincu que les interrogatoires par les autres participants ont soulevé de nouvelles questions.
23. Le commissaire peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. Par exemple, la présence d'un examinateur inconnu peut intimider un demandeur d'asile très perturbé ou un très jeune enfant au point qu'il n'est pas en mesure de comprendre les questions ni d'y répondre convenablement. Dans de telles circonstances, le commissaire peut décider de permettre au conseil du demandeur de commencer l'interrogatoire. La partie qui estime que de telles circonstances exceptionnelles existent doit soumettre une demande en vue de changer l'ordre des interrogatoires avant l'audience. La demande est faite conformément

aux Règles de la SPR. [Soulignement ajouté; note omise.]

D. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Standard of review

[33] The questions of law raised in this appeal about the validity of Guideline 7 are reviewable on a standard of correctness: they concern procedural fairness, statutory interpretation, and the unlawful fettering of discretion. The exercise of discretion by the Chairperson to choose a guideline rather than a formal rule as the legal instrument for amending the procedure of any of the Board's Divisions by is reviewable for patent unreasonableness.

Issue 2: Does Guideline 7 prescribe a hearing procedure that is in breach of claimants' right to procedural fairness?

[34] Justice Blanchard dealt thoroughly with this issue at paragraphs 36-92 of his reasons. He concluded that the jurisprudence did not require that, as a matter of fairness, claimants always be given the opportunity to be questioned first by their counsel (at paragraphs 38-53). He then considered (at paragraphs 68-90) the criteria set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 21-28 (*Baker*), for determining where to locate refugee protection hearings on the procedural spectrum from the informal to the judicial. Largely on the basis of the adjudicative nature of the RPD's functions, the finality of its decision, and the importance of the individual rights at stake, he concluded (at paragraph 75) that "a higher level of procedural protection is warranted."

[35] However, recognizing also that the content of the duty of fairness varies with context, Justice Blanchard noted that Parliament had chosen an inquisitorial procedural model for the determination of refugee claims by the RPD, in the sense that there is no party opposing the claim, except in the rare cases when the

D. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Question 1 : Norme de contrôle

[33] La norme de contrôle applicable aux questions de droit soulevées dans le présent appel quant à la validité des Directives n° 7 est celle de la décision correcte : ces questions ont trait à l'équité procédurale, à l'interprétation législative et à l'entrave illicite du pouvoir discrétionnaire. L'exercice par le président de son pouvoir discrétionnaire d'avoir recours à des directives plutôt qu'à une règle formelle comme instrument juridique pour modifier la procédure de toute section de la Commission, est assujéti à la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable.

Question 2 : Les Directives n° 7 imposent-elles une procédure d'audience qui porte atteinte au droit des demandeurs d'asile à l'équité procédurale?

[34] Le juge Blanchard a traité de cette question en profondeur dans les paragraphes 36 à 92 de ses motifs. À son avis, la jurisprudence n'exige pas qu'au nom de l'équité, les demandeurs d'asile aient toujours la possibilité d'être d'abord interrogés par leur procureur (paragraphes 38 à 53). Il s'est ensuite penché (aux paragraphes 68 à 90) sur les critères énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 21 à 28 (*Baker*), afin de déterminer à quel endroit, dans le continuum entre la procédure informelle et la procédure judiciaire, il convient de situer les audiences relatives aux demandes d'asile. Se fondant en grande partie sur la nature décisionnelle des fonctions de la SPR, sur le caractère définitif de ses décisions et sur l'importance des droits individuels en jeu, il a conclu (au paragraphe 75) qu'« un degré élevé de protection procédurale est justifié ».

[35] Cependant, reconnaissant par ailleurs que le contenu de l'obligation d'agir équitablement varie selon le contexte, le juge Blanchard a fait remarquer que le législateur a choisi un modèle de procédure inquisitoire pour la détermination du statut de réfugié par la SPR, en ce sens qu'aucune partie ne s'oppose à la demande, si ce

Minister intervenes to oppose a claim on exclusion grounds. Consequently, in the overwhelming majority of cases, the task of probing the legitimacy of claims inevitably falls to the RPO, who questions the claimant on behalf of the member, and/or to the member of the RPD conducting the hearing, especially when no RPO is present. This is an important reason for concluding that not all the elements of the adversarial procedural model followed in the courts are necessarily required for a fair hearing of a refugee claim: see paragraphs 72-75.

[36] Justice Blanchard also acknowledged that claimants may derive tactical advantages from being taken through their story by their own lawyer before being subjected to questioning by the RPO, who will typically focus on inconsistencies, gaps, and improbabilities in the narrative found in the claimant's Personal Information Form (PIF) and any supporting documentation, as well as any legal weaknesses in the claim. The tactical advantage of questioning first may be particularly significant in refugee hearings because of the vulnerability and anxiety of many claimants, as a result of: their inability to communicate except through an interpreter; their cultural backgrounds; the importance for them of the RPD's ultimate decision; and the psychological effects of the harrowing events experienced in their country of origin.

[37] Nonetheless, Justice Blanchard concluded that these considerations do not necessarily rise to the level of unfairness. Indeed, in addition to shortening the hearing, questioning by the RPO may also serve to improve the quality of the hearing by focusing it and enabling a claimant's counsel to make sure that aspects of the claim troubling the member are fully dealt with when the claimant comes to tell his or her story. Consequently, in order to be afforded their right to procedural fairness, claimants need not normally be given the opportunity to be questioned by their counsel

n'est dans les rares cas où le ministre intervient et s'oppose à la demande en invoquant des motifs d'exclusion. Par conséquent, dans la très grande majorité des cas, la responsabilité de vérifier le bien-fondé de la demande d'asile incombe inévitablement à l'APR qui interroge le demandeur pour le compte du commissaire ainsi qu'au commissaire de la SPR qui préside l'audience ou encore à ce dernier, particulièrement lorsqu'aucun APR ne prend part à l'audience. C'est là un motif important pour conclure qu'il n'est pas absolument nécessaire que tous les éléments du modèle contradictoire suivi par les tribunaux judiciaires soient présents pour assurer l'audience équitable d'une demande d'asile : voir les paragraphes 72 à 75.

[36] Le juge Blanchard a également relevé que les demandeurs d'asile peuvent trouver un avantage stratégique à exposer leur récit avec l'aide de leur propre procureur avant de devoir répondre aux questions de l'APR, qui concentre ordinairement son attention sur les incohérences, lacunes et invraisemblances de l'exposé circonstancié contenu dans le Formulaire de renseignements personnels (FRP) du demandeur et dans ses documents à l'appui, et qui relève les faiblesses de la demande d'asile sur le plan juridique. L'avantage tactique de pouvoir commencer l'interrogatoire peut être particulièrement important dans les audiences portant sur la détermination du statut de réfugié, du fait de la vulnérabilité et de l'anxiété que peuvent générer, chez de nombreux demandeurs d'asile, l'incapacité de communiquer autrement que par l'intermédiaire d'un interprète, les antécédents culturels, l'importance que revêt pour eux la décision finale de la SPR et les répercussions psychologiques des événements pénibles qu'ils ont vécus dans leur pays d'origine.

[37] Néanmoins, le juge Blanchard a conclu que ces facteurs n'occasionnent pas nécessairement un déni d'équité. En effet, en plus d'abrégé l'audience, le fait que l'interrogatoire soit mené par l'APR peut contribuer à améliorer la qualité de l'audience en la canalisant davantage et en permettant au procureur du demandeur de s'assurer de traiter en profondeur les aspects de la demande qui préoccupent le commissaire, lorsque le demandeur expose son récit. Par conséquent, le respect du droit à l'équité procédurale n'implique pas qu'il faille, comme question de principe, donner aux

before being questioned by the RPO and/or RPD member.

[38] Justice Blanchard noted, for example, that RPD members receive training to sensitize them to the accommodations needed when questioning vulnerable claimants, that claimants may supplement or modify the information in their PIF and adduce evidence before the hearing, and that expert evidence indicated that vulnerable claimants' ability to answer questions fully, correctly and clearly is likely to depend more on the tone and style of questioning than on the order in which it occurs.

[39] Moreover, the duty of fairness forbids members from questioning in an overly aggressive and badgering manner, or in a way that otherwise gives rise to a reasonable apprehension of bias. Fairness also requires that claimants be given an adequate opportunity to tell their story in full, to adduce evidence in support of their claim, and to make submissions relevant to it. To this end, fairness may also require that, in certain circumstances, a claimant be afforded the right to be questioned first by her or his counsel. In addition, Guideline 7 recognizes that there will be exceptional cases in which, even though not necessarily required by the duty of fairness, it will be appropriate for the RPD to depart from the standard order of questioning.

[40] I agree with Justice Blanchard's conclusion on this issue and have little useful to add to his reasons. Before us, counsel did not identify any error of principle in the applications Judge's analysis nor produce any binding judicial authority for the proposition that it is a breach of the duty of fairness to deny claimants the right to be questioned first by their own counsel. Criticisms were directed more to the weight that Justice Blanchard gave to some of the evidence and the factors to be considered. I can summarize as follows the principal points made in this Court by counsel.

demandeurs d'asile la possibilité d'être interrogés en premier lieu par leur procureur avant d'être interrogés par l'APR et/ou par le commissaire de la SPR.

[38] Le juge Blanchard a souligné, par exemple, que les commissaires de la SPR reçoivent une formation qui vise à les sensibiliser aux adaptations requises lors de l'interrogatoire d'un demandeur d'asile vulnérable; il a aussi relevé que les demandeurs peuvent compléter ou modifier l'information consignée dans leur FRP et déposer des éléments de preuve avant l'audience, et que suivant une preuve d'expert, la capacité des demandeurs d'asile vulnérables de répondre aux questions pleinement, correctement et clairement est susceptible de dépendre davantage du ton et du style de l'interrogatoire que de l'ordre dans lequel il survient.

[39] En outre, l'obligation d'agir équitablement interdit aux commissaires d'interroger un témoin de manière exagérément agressive et musclée ou de manière à donner autrement naissance à une crainte raisonnable de partialité. L'équité commande aussi que les demandeurs d'asile aient une possibilité suffisante d'exposer toute leur histoire, de présenter des éléments de preuve au soutien de leur demande et de formuler des observations pertinentes au regard de leur cas. À cette fin, l'équité peut dicter, dans certaines circonstances, que le demandeur d'asile se voie accorder la possibilité d'être interrogé d'abord par son procureur. De surcroît, les Directives n° 7 reconnaissent qu'il est approprié, dans certains cas exceptionnels, que la SPR déroge à l'ordre normalisé des interrogatoires, même si ce changement n'est pas imposé par l'obligation d'agir équitablement.

[40] Je souscris aux conclusions du juge Blanchard sur cette question et je n'ai pas grand-chose d'utile à ajouter à ses motifs. Devant nous, l'avocat n'a relevé aucune erreur de principe dans l'analyse du juge des requêtes ni présenté aucun arrêt obligatoire établissant que le refus de reconnaître à des demandeurs d'asile le droit d'être d'abord interrogés par leur propre procureur constitue un manquement à l'obligation d'agir équitablement. Il a surtout contesté le poids que le juge Blanchard a accordé à certains éléments de preuve et traité des facteurs dont il convient de tenir compte. Voici un résumé des principaux arguments avancés par l'avocat devant notre Cour.

[41] First, the importance of the individual rights potentially at stake in refugee protection proceedings indicates a court-like hearing, in which the party with the burden of proof goes first: see, for example, *Can-Am Realty Ltd. v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 1 (F.C.T.D.), at page 1. I agree at a general level that the seriousness of the rights involved in the determination of a refugee claim, as well as the generally “judicial” character of the oral hearings held by the RPD, militate in favour of affording claimants a high degree of procedural protection. However, its details must also be tailored to fit the inquisitorial and relatively informal nature of the hearing established by Parliament, as well as the RPD’s high volume case load, considerations which reduce the power of the claim to aspects of the adversarial model used in courts, including the order of questioning.

[42] Second, the procedure set out in Guideline 7 is derived from the erroneous notion that the RPD is a board of inquiry, not an adjudicator. Unlike those appearing at inquiries, refugee claimants have the burden of proving a claim, which the RPD adjudicates.

[43] I do not agree. The Board correctly recognizes that the RPD’s procedural model is more inquisitorial in nature, unlike that of the Immigration Appeal Division (*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 82). I cannot conclude on the basis of the evidence as a whole that the Board adopted the standard order of questioning in the mistaken view that the RPD is a board of inquiry, even though it decides claimants’ legal rights in the cases which they bring to it for adjudication and claimants bear the burden of proof. This conclusion is not undermined by a training document “Questioning 101”, prepared by the Board’s Professional Development Branch in 2004 for members and RPOs, which contains a somewhat misleading reference to the compatibility of the standard order of questioning with “a board of inquiry model.”

[41] Premièrement, l’importance des droits individuels qui peuvent être en cause dans les demandes d’asile suggère une audience semblable à celle d’un tribunal judiciaire, dans laquelle la partie responsable de la preuve procède la première : voir, par exemple, *Can-Am Realty Ltd. c. Canada*, [1993] A.C.F. n° 995 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 1. Je suis d’accord, dans l’ensemble, pour dire que la gravité des droits en cause dans la détermination du statut de réfugié ainsi que la nature généralement « judiciaire » des audiences de la SPR tendent à favoriser la reconnaissance d’un degré élevé de protection procédurale aux demandeurs d’asile. Toutefois, les caractéristiques de la procédure doivent aussi être adaptées à la nature inquisitoire et relativement informelle de l’audience décrétée par le législateur et tenir compte du volume important de causes que doit traiter la SPR, facteurs qui réduisent la force de l’argument en faveur de certains aspects du modèle contradictoire utilisé dans les tribunaux judiciaires, parmi lesquels l’ordre des interrogatoires.

[42] Deuxièmement, la procédure établie dans les Directives n° 7 découle de l’idée erronée que la SPR est une commission d’enquête, et non un organisme juridictionnel. À la différence des personnes qui comparaissent à des enquêtes, les demandeurs d’asile ont la responsabilité d’établir le bien-fondé de leur demande, sur laquelle la SPR doit se prononcer.

[43] Je ne suis pas d’accord. La Commission convient avec justesse que le modèle de procédure suivi à la SPR s’apparente à un processus inquisitoire, contrairement à la procédure de la Section d’appel de l’immigration (*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 82). Je ne saurais conclure, à partir de la preuve dans son ensemble, que la Commission a fondé l’adoption de l’ordre normalisé des interrogatoires sur la perception erronée que la SPR constitue une commission d’enquête en dépit du fait qu’elle statue sur les droits légaux de demandeurs d’asile qui lui soumettent leur cas pour obtenir une décision et en dépit du fait que le fardeau de la preuve incombe aux demandeurs. Cette conclusion n’est pas compromise par le document de formation (intitulé [TRADUCTION] « Interrogatoire 101 ») préparé en 2004 par la Direction générale du perfectionnement professionnel de la Commission à l’intention des

commissaires et des APR, qui évoque en termes quelque peu trompeurs la compatibilité entre l'ordre normalisé des interrogatoires et [TRADUCTION] « le modèle d'une commission d'enquête ».

[44] A relatively inquisitorial procedural form may reduce the degree of control over the process often exercisable by counsel in adversarial proceedings, especially before inexperienced tribunal members or those who lack the confidence that legal training can give. Nonetheless, the fair adjudication of individual rights is perfectly compatible with an inquisitorial process, where the order of questioning is not as obvious as it generally is in an adversarial hearing.

[44] Un modèle de procédure plutôt inquisitoire est susceptible de diminuer le degré de contrôle que peuvent souvent exercer les procureurs sur le processus dans les instances de nature contradictoire, particulièrement lorsqu'ils comparaissent devant des commissaires inexpérimentés ou des commissaires qui n'ont pas l'assurance que peut donner une formation juridique. Néanmoins, la résolution équitable de demandes fondées sur des droits individuels est tout à fait compatible avec un processus inquisitoire, dans lequel l'ordre des interrogatoires n'est pas aussi clairement établi qu'il l'est en général dans une audience contradictoire.

[45] Third, placing RPD members in the position of asking the claimant questions first, when no RPO is present, distorts their judicial role by thrusting them into the fray, thereby creating a reasonable apprehension of bias by making them appear to be acting as both judge and prosecutor. Guideline 7 is particularly burdensome for members now that panels normally comprise a single member, and there is often no RPO present to assume the primary responsibility for questioning the claimant on behalf of the Board.

[45] Troisièmement, le fait de placer les commissaires dans la position de commencer l'interrogatoire du demandeur d'asile, quand aucun APR n'est présent, dénature leur fonction judiciaire en les poussant dans l'arène et suscite une crainte raisonnable de partialité en donnant l'impression qu'ils agissent à la fois comme juge et poursuivant. Les Directives n° 7 imposent un fardeau particulièrement lourd aux commissaires, maintenant que le tribunal est généralement formé d'un seul commissaire et considérant que, bien souvent, aucun APR n'est présent pour assumer la responsabilité première d'interroger le demandeur d'asile pour le compte de la Commission.

[46] I disagree. Adjudicators can and should normally play a relatively passive role in an adversarial process, because the parties are largely responsible for adducing the evidence and arguments on which the adjudicator must decide the dispute. In contrast, members of the RPD, sometimes assisted by an RPO, do not have this luxury. In the absence in most cases of a party to oppose the claim, members are responsible for making the inquiries necessary, including questioning the claimant, to determine the validity of the claim: see IRPA, paragraph 170(a); *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741 (T.D.), at pages 757-778; *Shahib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1250, at paragraph 21. The fact that the member or the RPO may

[46] Je ne partage pas cet avis. Les décideurs peuvent et devraient normalement jouer un rôle relativement passif dans un processus contradictoire, où il incombe principalement aux parties de présenter la preuve et les arguments à partir desquels le décideur tranche le litige. En revanche, les membres de la SPR, parfois assistés d'un APR, n'ont pas ce luxe. À défaut, dans la grande majorité des cas, d'une partie qui s'oppose à la demande, les commissaires ont la responsabilité de faire les vérifications qui s'imposent, et notamment d'interroger le demandeur d'asile, pour pouvoir statuer sur le bien-fondé de la demande : voir l'alinéa 170a) de la LIPR; *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1^{re} inst.), aux pages 757 à 778; *Shahib c. Canada (Ministre*

ask probing questions does not make the proceeding adversarial in the procedural sense.

[47] To the extent that statements in *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300 (F.C.A.), suggest that a member of the RPD hearing a refugee claim is restricted to asking the kind of questions that a judge in a civil or criminal proceeding may ask, they are, in my respectful opinion, incorrect, especially when no RPO is present.

[48] The fact that members question the claimant first when there is no RPO present does not distort the inquisitorial process established by IRPA and would not give rise to a reasonable apprehension of bias on the part of a person who was informed of the facts and had thought the matter through in a practical manner. Inquisitorial processes of adjudication are not unfair simply because they are relatively unfamiliar to common lawyers.

[49] Fourth, Guideline 7 interferes with claimants' right to the assistance of counsel because it prevents them from being taken through their story by their counsel before being subject to the typically more sceptical questioning by the RPO. I do not agree. Guideline 7 does not curtail counsel's participation in the hearing; counsel is present throughout and may conduct an examination of the client to ensure that the claimant's testimony is before the decision maker. The right to be represented by counsel does not include the right of counsel to determine the order of questioning or, for that matter, any other aspect of the procedure to be followed at the hearing.

[50] Finally, no statistical evidence was adduced to support the allegation that Guideline 7 jeopardizes the ability of the RPD accurately to determine claims for refugee protection. There is simply no evidence to establish what impact, if any, the introduction of Guideline 7 has had on acceptance rates.

de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1250, au paragraphe 21. Le fait que le commissaire ou l'APR puisse procéder à un interrogatoire serré ne fait pas de l'audience un processus contradictoire sur le plan de la procédure.

[47] Dans la mesure où certains énoncés dans *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (C.A.) (QL), laissent entendre qu'un commissaire de la SPR qui instruit une demande d'asile doit se limiter à poser le genre de questions qu'un juge peut poser dans une instance civile ou criminelle, j'estime respectueusement que ces énoncés sont erronés, particulièrement dans les cas où aucun APR n'assiste à l'audience.

[48] Le fait que les commissaires interrogent d'abord le demandeur d'asile lorsqu'il n'y a pas d'APR ne dénature pas le processus inquisitoire établi par la LIPR et ne susciterait pas une crainte raisonnable de partialité chez une personne informée des faits et qui a réfléchi à la question avec un esprit pratique. Les processus décisionnels inquisitoires ne sont pas inéquitables du seul fait qu'ils sont plutôt méconnus des avocats de common law.

[49] Quatrièmement, les Directives n° 7 portent atteinte au droit des demandeurs d'asile à l'assistance d'un procureur, puisqu'elles les empêchent de présenter leur récit avec l'aide de leur procureur avant d'être assujettis à l'interrogatoire habituellement plus méfiant de l'APR. Je ne suis pas d'accord. Les Directives n° 7 ne limitent pas la participation du procureur à l'audience; celui-ci est présent durant toute l'audience et il peut interroger son client pour faire en sorte que la preuve du demandeur soit exposée au décideur. Le droit d'être représenté par un procureur n'emporte pas le droit pour le procureur de décider de l'ordre des interrogatoires ni, d'ailleurs, celui de décider de tout autre aspect de la procédure qu'il convient de suivre à l'audience.

[50] Enfin, aucune statistique n'a été soumise en preuve pour étayer la prétention selon laquelle les Directives n° 7 compromettent la capacité de la SPR de statuer adéquatement sur les demandes d'asile. Aucun élément de preuve n'indique quelle incidence, s'il en est, la mise en œuvre des Directives n° 7 a eu sur les taux d'acceptation.

[51] In summary, the procedure prescribed by Guideline 7 is not, on its face, in breach of the Board's duty of fairness. However, in some circumstances, fairness may require a departure from the standard order of questioning. In those circumstances, a member's refusal of a request that the claimant be questioned first by her counsel may render the determination of the claim invalid for breach of the duty of fairness.

[52] Consequently, if the Chairperson had implemented the reform to the standard order of questioning at refugee determination hearings in a formal rule of procedure issued in accordance with paragraph 161(1)(a), it would have been beyond challenge on the grounds advanced in this appeal respecting the duty of fairness, including bias. The somewhat technical question remaining is whether the Chairperson's choice of legislative instrument (that is, a guideline rather than a formal rule of procedure) to implement the procedural change was in law open to him.

Issue 3: Is Guideline 7 unauthorized by paragraph 159(1)(h) because it is a fetter on RPD members' exercise of discretion in the conduct of hearings?

[53] As already noted, Justice Blanchard and, in *Benitez*, Justice Mosley, reached different conclusions on whether Guideline 7 unlawfully fettered the discretion of members of the RPD in deciding the order of questioning at a refugee determination hearing. The records in the two applications were not identical. In particular, there was more evidence before Justice Mosley, comprising some 40 decisions and excerpts from transcripts of RPD hearings, that RPD members are willing to recognize exceptional cases in which it is appropriate to depart from the standard order of questioning.

[51] En résumé, la procédure prescrite par les Directives n° 7 ne contrevient pas a priori à l'obligation d'agir équitablement de la Commission. Dans certaines circonstances, cependant, l'équité peut commander de s'écarter de l'ordre normalisé des interrogatoires. En de tels cas, le refus du commissaire d'acquiescer à une demande pour que le demandeur d'asile soit interrogé en premier lieu par son procureur est susceptible d'invalider la décision relative à la demande d'asile pour manquement à l'obligation d'agir équitablement.

[52] Par conséquent, si le président avait choisi de prendre une règle de procédure formelle conformément à l'alinéa 161(1)a) pour mettre en œuvre la réforme instaurant l'ordre normalisé des interrogatoires dans les audiences portant sur la détermination du statut de réfugié, cette règle n'aurait pas pu être contestée pour les motifs invoqués dans le présent appel quant à l'obligation d'agir équitablement, notamment en ce qui concerne la partialité. Reste à trancher la question quelque peu technique de savoir s'il était loisible au président, en droit, de choisir l'instrument législatif que sont les directives plutôt que celui de la règle de procédure pour donner effet au changement procédural envisagé.

Question 3 : Les Directives n° 7 découlent-elles d'un exercice non autorisé du pouvoir conféré à l'alinéa 159(1)h) en ce qu'elles entravent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider du déroulement de l'audience?

[53] Comme il a été mentionné, le juge Blanchard et, dans la décision *Benitez*, le juge Mosley sont parvenus à des conclusions différentes sur la question de savoir si les Directives n° 7 entravent de manière illicite le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR d'arrêter l'ordre des interrogatoires dans les audiences portant sur la détermination du statut de réfugié. Les dossiers dans l'une et l'autre affaire présentaient des différences. En particulier, le juge Mosley disposait d'une preuve plus étoffée, comprenant quelque 40 décisions et extraits de transcriptions d'audiences de la SPR, pour démontrer que les commissaires de la SPR sont disposés à reconnaître les cas exceptionnels dans

[54] In the circumstances of these appeals, it is appropriate to consider all the evidence before both judges. From a practical point of view, it would be anomalous if this Court were to reach different conclusions about the validity of Guideline 7 in two cases set down to be heard one after the other. However, I do not attach much, if any, significance to the differences in the records. Justice Blanchard properly based his conclusion, for the most part, on what he saw as the mandatory language of Guideline 7.

(i) Rules, discretion and fettering

[55] Effective decision making by administrative agencies often involves striking a balance between general rules and the exercise of *ad hoc* discretion or, to put it another way, between the benefits of certainty and consistency on the one hand, and of flexibility and fact-specific solutions on the other. Legislative instruments (including such non-legally binding “soft law” documents as policy statements, guidelines, manuals, and handbooks) can assist members of the public to predict how an agency is likely to exercise its statutory discretion and to arrange their affairs accordingly, and enable an agency to deal with a problem comprehensively and proactively, rather than incrementally and reactively on a case-by-case basis.

[56] Through the use of “soft law” an agency can communicate prospectively its thinking on an issue to agency members and staff, as well as to the public at large and to the agency’s “stakeholders” in particular. Because “soft law” instruments may be put in place relatively easily and adjusted in the light of day-to-day experience, they may be preferable to formal rules requiring external approval and, possibly, drafting appropriate for legislation. Indeed, an administrative agency does not require an express grant of statutory authority in order to issue guidelines and policies to structure the exercise of its discretion or the

lesquels il convient de ne pas suivre l’ordre normalisé des interrogatoires.

[54] Dans les circonstances des appels portant sur ces affaires, il importe de tenir compte de toute la preuve mise à la disposition des deux juges. D’un point de vue pratique, il ne serait pas normal que notre Cour parvienne à des conclusions différentes sur la validité des Directives n° 7 dans deux affaires qu’elle doit entendre l’une après l’autre. Cela dit, j’attache peu d’importance, s’il en est, aux différences entre les deux dossiers. Le juge Blanchard, à juste titre, a surtout fondé sa conclusion sur ce qu’il percevait être le libellé impératif des Directives n° 7.

i) Règles, pouvoir discrétionnaire et entrave au pouvoir discrétionnaire

[55] L’efficacité dans la prise de décisions des organismes administratifs suppose souvent un juste équilibre entre des règles d’application générale et l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire dans les cas appropriés ou, autrement dit, entre les avantages de la certitude et de la cohérence, d’une part, et ceux de la flexibilité et des solutions adaptées à la situation, d’autre part. Certains instruments législatifs (notamment les documents qui ne sont pas obligatoires en droit, comme les énoncés de politique, directives, manuels et guides) peuvent aider les membres du public à prévoir la façon dont un organisme est susceptible d’exercer son pouvoir discrétionnaire et à organiser leurs affaires en conséquence; ces instruments peuvent aussi permettre aux organismes de régler l’ensemble d’un problème de manière proactive, plutôt que de l’aborder de manière partielle et réactive, au cas par cas.

[56] Le recours à ces instruments législatifs non contraignants donne à un organisme la possibilité de faire connaître à ses membres et à son personnel, de même qu’au public en général et aux « parties intéressées » en particulier, la position qu’il pense adopter relativement à une question. Ces instruments non contraignants pouvant être mis en place assez facilement, puis modifiés à la lumière de l’expérience acquise graduellement, ils peuvent être préférables à l’adoption de règles formelles qui nécessitent une autorisation externe et qui peuvent exiger une rédaction adaptée à un texte de nature législative. En effet, un

interpretation of its enabling legislation: *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104 (C.A.) at pages 108-109 (*Ainsley*).

[57] Both academic commentators and the courts have emphasized the importance of these tools for good public administration and have explored their legal significance. See, for example, Hudson N. Janisch, “The Choice of Decision Making Method: Adjudication, Policies and Rule Making” in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992, Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*, Scarborough: Carswell, 1992, page 259; David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2001), at pages 374-379; Craig, Paul P., *Administrative Law*, 5th ed. (London: Thomson, 2003), at pages 398-405, 536-540; *Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian radio-Telivision Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141, at page 171; *Vidal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 49 Admin. L.R. 118 (F.C.T.D.), at page 131; *Ainsley*, at pages 107-109.

[58] Legal rules and discretion do not inhabit different universes, but are arrayed along a continuum. In our system of law and government, the exercise of even the broadest grant of statutory discretion which may adversely affect individuals is never absolute and beyond legal control: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at page 140 (*per* Rand J.). Conversely, few, if any, legal rules admit of no element of discretion in their interpretation and application: *Baker*, at paragraph 54.

[59] Although not legally binding on a decision maker in the sense that it may be an error of law to misinterpret or misapply them, guidelines may validly influence a decision maker’s conduct. Indeed, in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, McIntyre J., writing for the Court, said (at page 6):

organisme administratif peut, sans disposer d’une autorisation législative expresse, donner des directives et définir des politiques visant à structurer l’exercice de son pouvoir discrétionnaire ou l’interprétation de sa loi habilitante : *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104 (C.A.), aux pages 108-109 (*Ainsley*).

[57] Tant les observateurs du milieu universitaire que les tribunaux ont souligné l’importance de ces outils pour une saine administration publique et en ont étudié la portée juridique. Voir, par exemple, Hudson N. Janisch, « The Choice of Decision Making Method : Adjudication, Policies and Rule Making » dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992, Administrative Law : Principles, Practice and Pluralism* Scarborough : Carswell, 1992, page 259; David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto, Irwin Law, 2001) aux pages 374 à 379; Craig, Paul P., *Administrative Law*, 5^e éd. (Londres : Thomson, 2003), aux pages 398 à 405 et 536 à 540; *Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, à la page 171; *Vidal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 63 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 11; *Ainsley*, aux pages 107 à 109.

[58] Les règles de droit et le pouvoir discrétionnaire ne font pas partie d’univers distincts, mais prennent place dans un continuum. Dans notre système de droit et de gouvernement, l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi et susceptible d’avoir des répercussions défavorables sur des particuliers, fût-il considérable, n’est jamais absolu ni soustrait au contrôle juridique : *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la page 140 (le juge Rand). À l’inverse, il est peu de règles de droit, s’il en est, dont l’interprétation et l’application n’admettent l’exercice d’aucune latitude : arrêt *Baker*, au paragraphe 54.

[59] Même si elles ne lient pas en droit les décideurs, dans le sens qu’une mauvaise interprétation ou une mauvaise application peut constituer une erreur de droit, les directives peuvent néanmoins influencer valablement sur la conduite du décideur. De fait, dans l’arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, le juge McIntyre, s’exprimant au nom de la Cour, a déclaré (à la page 6) :

The fact that the Minister in his policy guidelines issued in the Notice to Importers employed the words: “If Canadian product is not offered at the market price, a permit will normally be issued; . . .” does not fetter the exercise of that discretion. [Emphasis added.]

The line between law and guideline was further blurred by *Baker*, at paragraph 72, where, writing for a majority of the Court, L’Heureux-Dubé J. said that the fact that administrative action is contrary to a guideline “is of great help” in assessing whether it is unreasonable.

[60] The use of guidelines, and other “soft law” techniques, to achieve an acceptable level of consistency in administrative decisions is particularly important for tribunals exercising discretion, whether on procedural, evidential or substantive issues, in the performance of adjudicative functions. This is especially true for large tribunals, such as the Board, which sit in panels; in the case of the RPD, as already noted, a panel typically comprises a single member.

[61] It is fundamental to the idea of justice that adjudicators, whether in administrative tribunals or courts, strive to ensure that similar cases receive the same treatment. This point was made eloquently by Gonthier J. when writing for the majority in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at page 327 (*Consolidated-Bathurst*):

It is obvious that coherence in administrative decision making must be fostered. The outcome of disputes should not depend on the identity of the persons sitting on the panel for this result would be [TRANSLATION] “difficult to reconcile with the notion of equality before the law, which is one of the main corollaries of the rule of law, and perhaps also the most intelligible one”. [Citation omitted.]

[62] Nonetheless, while agencies may issue guidelines or policy statements to structure the exercise of statutory discretion in order to enhance consistency, administrative decision makers may not apply them as if they were

Le fait que le Ministre ait employé dans ses lignes directrices contenues dans l’avis aux importateurs les mots : « Si le produit canadien n’est pas offert au prix du marché, une licence est émise. . . » n’entrave pas l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. [Non souligné dans l’original.]

La frontière entre le droit et les directives s’est encore estompée dans l’arrêt *Baker*, où la juge L’Heureux-Dubé, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour, a fait remarquer, au paragraphe 72, que le fait que l’administration a agi de manière contraire aux directives « est d’une grande utilité » pour évaluer si la décision était déraisonnable.

[60] Le recours à des directives et à d’autres techniques n’ayant pas caractère obligatoire en vue d’assurer une cohérence raisonnable dans les décisions de nature administrative est particulièrement important pour l’exercice des fonctions décisionnelles des tribunaux auxquels la loi a conféré un pouvoir discrétionnaire sur des questions de procédure, de preuve ou de fond. Cette importance est d’autant plus marquée pour les tribunaux de grande envergure, comme la Commission, qui siègent en formations; dans le cas de la SPR, comme il a été précisé, le tribunal est généralement formé d’un seul commissaire.

[61] Le principe même de la justice exige que les décideurs, tant dans les tribunaux administratifs que dans les cours de justice, s’efforcent de veiller à ce que des cas semblables soient traités de la même façon. Le juge Gonthier, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour dans l’arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, à la page 327 (*Consolidated-Bathurst*), a exposé ce point avec éloquence :

Il est évident qu’il faut favoriser la cohérence des décisions rendues en matière administrative. L’issue des litiges ne devrait pas dépendre de l’identité des personnes qui composent le banc puisque ce résultat serait « difficile à concilier avec la notion d’égalité devant la loi, l’un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible ». [Citation omise.]

[62] Néanmoins, si les organismes sont libres de donner des directives ou de formuler des énoncés de politique visant à coordonner l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi afin de favoriser la

law. Thus, a decision made solely by reference to the mandatory prescription of a guideline, despite a request to deviate from it in the light of the particular facts, may be set aside, on the ground that the decision maker's exercise of discretion was unlawfully fettered: see, for example, *Maple Lodge Farms*, at page 7. This level of compliance may only be achieved through the exercise of a statutory power to make "hard" law, through, for example, regulations or statutory rules made in accordance with statutorily prescribed procedure.

[63] In addition, the validity of a rule or policy itself has sometimes been impugned independently of its application in the making of a particular decision. *Ainsley* is the best known example. That case concerned a challenge to the validity of a non-statutory policy statement issued by the Ontario Securities Commission setting out business practices which would satisfy the public interest in the marketing of penny stocks by certain securities dealers. The policy also stated that the Commission would not necessarily impose a sanction for non-compliance on a dealer under its "public interest" jurisdiction but would consider the particular circumstances of each case.

[64] Writing for the Court in *Ainsley*, Doherty J.A. adopted [at page 110] the criteria formulated by the trial Judge for determining if the policy statement was "a mere guideline" or was "mandatory," namely, its language, the practical effect of non-compliance, and the expectations of the agency and its staff regarding its implementation. On the basis of these criteria, Doherty J.A. concluded that the policy statement was invalid. He emphasized, in particular, its minute detail, which "reads like a statute or regulation" (at page 111), and the threat of sanctions for non-compliance. He found this threat to be implicit in the Commission's pronouncement that the business practices it described complied with the public interest, and was evident in the attitude of enforcement staff, who treated the policy as if it were a statute or regulation, breach of which was liable to trigger

cohérence, les décideurs administratifs ne peuvent pas appliquer ces directives et politiques comme si elles constituaient le droit. Aussi une décision fondée uniquement sur les consignes impératives d'une directive malgré une demande pour qu'il y soit fait exception en raison d'une situation particulière, pourra-t-elle être annulée au motif que le décideur a illicitement entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire : voir, par exemple, l'arrêt *Maple Lodge Farms*, à la page 7. Un tel degré d'observation ne peut être imposé que par l'exercice d'un pouvoir légal de prendre des dispositions contraignantes, par exemple un règlement ou des règles établies au titre de la loi et conformément à la procédure qu'elle prescrit.

[63] En outre, la validité même d'une règle ou d'une politique est parfois contestée indépendamment de son application dans la prise d'une décision particulière. L'exemple le plus connu est celui de l'arrêt *Ainsley*. Cette affaire mettait en cause la validité d'un énoncé de politique non prévu par la loi, établi par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario pour définir des pratiques commerciales qui protégeraient l'intérêt public en matière de commercialisation, par certains courtiers en valeurs mobilières, d'actions cotées en cents. La politique précisait que la Commission n'imposerait pas automatiquement à un courtier en défaut une sanction fondée sur sa compétence en matière d'« intérêt public », mais examinerait plutôt les circonstances particulières de chaque cas.

[64] Le juge Doherty, s'exprimant au nom de la Cour d'appel dans *Ainsley* [à la page 110], a souscrit aux critères retenus par le juge de première instance pour décider si l'énoncé de politique donnait [TRADUCTION] « de simples directives » ou prescrivait des consignes [TRADUCTION] « impératives », à savoir les termes utilisés dans l'énoncé de politique, les conséquences pratiques du défaut de s'y conformer et les attentes de l'organisme et de son personnel relativement à sa mise en œuvre. À la lumière de ces critères, le juge Doherty a conclu que l'énoncé de politique était invalide. Il a insisté plus particulièrement sur la précision des énoncés, [TRADUCTION] « rédigés à la manière d'une loi ou d'un règlement » (à la page 111), et sur la menace de sanctions en cas de non-respect. Cette menace, à son avis, était implicite dans la déclaration de la

enforcement proceedings.

(ii) Guideline 7 and the fettering of discretion

(a) Is Guideline 7 delegated legislation?

[65] An initial question is whether guidelines issued under IRPA, paragraph 159(1)(h) constitute delegated legislation, having the full force of law “hard law”. If they do, Guideline 7 can no more be characterized as an unlawful fetter on members’ exercise of discretion with respect to the order of questioning than could a rule of procedure to the same effect issued under IRPA, paragraph 161(1)(a): *Bell Canada v. Canadian Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, at paragraph 35 (*Bell Canada*).

[66] In my view, despite the express statutory authority of the Chairperson to issue guidelines, they do not have the same legal effects that statutory rules can have. In particular, guidelines cannot lay down a mandatory rule from which members have no meaningful degree of discretion to deviate, regardless of the facts of the particular case before them. The word “guideline” itself normally suggests some operating principle or general norm, which does not necessarily determine the result of every dispute.

[67] However, the meaning of “guideline” in a statute may depend on context. For example, in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 33-37, La Forest J. upheld the validity of mandatory environmental assessment guidelines issued under section 6 of the *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10, which, he held, constituted delegated legislation and, as such, were legally binding.

Commission portant que les pratiques commerciales décrites dans la politique correspondaient à l’intérêt public, et ressortait clairement de l’attitude du personnel responsable de son application, qui assimilait la politique à une loi ou un règlement dont l’inobservation était de nature à déclencher des mesures d’application.

ii) Directives n° 7 et entrave au pouvoir discrétionnaire

a) Les Directives n° 7 constituent-elles une législation déléguée?

[65] Il convient de se demander, au départ, si les directives données au titre de l’alinéa 159(1)(h) de la LIPR constituent une mesure de législation déléguée, qui a force de loi. Si tel est le cas, l’on ne saurait qualifier les Directives n° 7 d’entrave illicite à l’exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires en ce qui touche l’ordre des interrogatoires davantage qu’on ne le pourrait à l’égard d’une règle de procédure de la même teneur prise en application de l’alinéa 161(1)(a) de la LIPR : *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, au paragraphe 35 (*Bell Canada*).

[66] J’estime qu’en dépit du pouvoir exprès de donner des directives conféré par la LIPR au président, les directives n’ont pas les mêmes effets juridiques que des règles de procédure prises en vertu de la loi. Plus particulièrement, les directives ne peuvent pas établir une règle obligatoire à laquelle les commissaires n’ont aucun véritable pouvoir discrétionnaire de déroger, quels que soient les faits de l’affaire dont ils sont saisis. Le terme « directive » lui-même suggère habituellement un principe directeur ou une norme générale, qui ne dicte pas invariablement le résultat de la question à régler.

[67] Toutefois, la signification du terme « directives » dans une loi peut dépendre du contexte. Ainsi, dans l’arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 33 à 37, le juge La Forest a confirmé la validité de lignes directrices impératives en matière d’évaluation environnementale instituées en vertu de l’article 6 de la *Loi sur le ministère de l’Environnement*, L.R.C. (1985), ch E-10, lesquelles, a-t-il conclu, consistaient en une législation déléguée et, à ce titre, avaient force obligatoire.

[68] In my view, *Oldman River* is distinguishable from the case before us. Section 6 of the *Department of the Environment Act* provided that guidelines were to be issued by an “order” “*arrêté*” of the Minister and approved by the Cabinet. In contrast, only rules issued by the Chairperson require Cabinet approval, guidelines “*directives*” do not. It would make little sense for IRPA to have conferred powers on the Chairperson to issue two types of legislative instrument, guidelines and rules, specified that rules must have Cabinet approval, and yet given both the same legal effect.

[69] Guidelines issued by the Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20] of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, have also been treated as capable of having the full force of law, even though they are made by an independent administrative agency and are not subject to Cabinet approval: *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146 (T.D.), at paragraphs 136-141; *Bell Canada*, at paragraphs 35-38.

[70] In *Bell Canada*, LeBel J. held (at paragraph 37), “[a] functional and purposive approach to the nature” of the Commission’s guidelines, that they were “akin to regulations.” a conclusion supported by the use of the word “*ordonnance*” in the French text of subsection 27(2) of the *Canadian Human Rights Act*. In addition, subsection 27(3) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20] expressly provides that guidelines issued under subsection 27(2) are binding on the Commission and on the person or panel assigned to inquire into a complaint of discrimination referred by the Commission under subsection 49(2) [as am. *idem*, s. 27] of the Act.

[71] In my opinion, the scheme of IRPA is different, particularly the inclusion of a potentially overlapping rule-making power and the absence of a provision that guidelines are binding on adjudicators. In addition, the

[68] À mon avis, l’arrêt *Oldman River* peut être distingué du présent appel. Suivant l’article 6 de la *Loi sur le ministère de l’Environnement*, les directives devaient être établies par « arrêté » du ministre et approuvées par le gouverneur en conseil. En revanche, en l’espèce, seules les règles prises par le président sont assujetties à l’agrément du gouverneur en conseil; les directives (*guidelines*) ne le sont pas. Il ne serait pas logique que la LIPR, qui confère au président le pouvoir d’avoir recours à deux genres d’instruments législatifs, des directives et des règles, ait précisé que les règles devaient être approuvées par le gouverneur en conseil, si règles et directives avaient les mêmes conséquences juridiques.

[69] Les directives données par la Commission des droits de la personne en application du paragraphe 27(2) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, ont aussi été considérées comme des instruments pouvant avoir force de loi, bien qu’elles soient prises par un organisme administratif indépendant et qu’elles ne requièrent pas l’approbation du gouverneur en conseil : *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.), aux paragraphes 136 à 141; arrêt *Bell Canada*, aux paragraphes 35 à 38.

[70] Dans l’arrêt *Bell Canada*, le juge LeBel a conclu (au paragraphe 37) que « [u]ne analyse fonctionnelle de la nature » des ordonnances (*guidelines*) de la Commission révélait qu’elles constituent « une forme de mesures législatives apparentées aux règlements », une conclusion étayée par l’emploi du mot « ordonnance » dans la version française du paragraphe 27(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. De plus, le paragraphe 27(3) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20] prévoit expressément que les ordonnances prises en vertu du paragraphe 27(2) lient la Commission et la personne ou le tribunal désigné en vertu du paragraphe 49(2) [mod., *idem*, art. 27] de la Loi pour instruire une plainte de discrimination déferée par la Commission.

[71] Je suis d’avis que le régime de la LIPR est différent, particulièrement quant à l’inclusion d’un pouvoir de prendre des règles qui pourrait se superposer à celui de prendre des directives et quant à l’absence

word “*directives*” in the French text of paragraph 159(1)(*h*) suggests a less legally authoritative instrument than “*ordonnance*.”

[72] I conclude, therefore, that, even though issued under an express statutory grant of power, guidelines issued under IRPA, paragraph 159(1)(*h*) cannot have the same legally binding effect on members as statutory rules may.

(b) Is Guideline 7 an unlawful fetter on members’ discretion?

[73] Since guidelines issued by the Chairperson of the Board do not have the full force of law, the next question is whether, in its language and effect, Guideline 7 unduly fetters RPD members’ discretion to determine for themselves, case-by-case, the order of questioning at refugee protection hearings. In my opinion, language is likely to be a more important factor than effect in determining whether Guideline 7 constitutes an unlawful fetter. It is inherently difficult to predict how decision makers will apply a guideline, especially in an agency, like the Board, with a large membership sitting in panels.

[74] Consequently, since the language of Guideline 7 expressly permits members to depart from the standard order of questioning in exceptional circumstances, the Court should be slow to conclude that members will regard themselves as bound to follow the standard order, in the absence of clear evidence to the contrary, such as that members have routinely refused to consider whether the facts of particular cases require an exception to be made.

[75] I turn first to language. The *Board’s Policy on the Use of Chairperson’s Guidelines*, issued in 2003 [Policy No. 2003-07], states that guidelines are not legally binding on members: section 6. The introduction

d’une disposition établissant que les directives lient les décideurs. En outre, le terme « directives », dans la version française de l’alinéa 159(1)*h*), permet de penser que cet instrument législatif est moins contraignant, sur le plan juridique, qu’une « ordonnance ».

[72] Je conclus en conséquence que même si elles sont établies en vertu d’un pouvoir expressément conféré par la loi, les directives données au titre de l’alinéa 159(1)*h*) de la LIPR ne peuvent lier en droit les commissaires comme s’il s’agissait de règles prises au titre de la Loi.

b) Les Directives n° 7 constituent-elles une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des commissaires?

[73] Les directives du président de la Commission n’ayant pas force de loi, il convient de se demander si le libellé et l’effet des Directives n° 7 entravent indûment le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR de décider eux-mêmes, dans chaque cas d’espèce, l’ordre des interrogatoires qu’il convient d’adopter dans les audiences relatives aux demandes d’asile. À mon avis, le libellé est susceptible de constituer un facteur plus important que l’effet des directives pour arrêter si celles-ci constituent une entrave illicite. Il est, par essence, difficile de prévoir comment des décideurs appliqueront des directives, particulièrement dans le cas d’un organisme qui, comme la Commission, compte un grand nombre de commissaires qui siègent en formations.

[74] Par conséquent, puisque le libellé des Directives n° 7 permet expressément aux commissaires de déroger à l’ordre normalisé des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles, la Cour devrait hésiter à conclure que les commissaires se considèrent tenus de suivre l’ordre normalisé, à défaut d’une preuve contraire claire, par exemple une preuve établissant que les commissaires refusent régulièrement d’examiner si les faits de cas individuels commandent une exception à la directive.

[75] J’examinerai d’abord le libellé. La *Politique sur l’utilisation des directives du président*, établie par la Commission en 2003 [Politique n° 2003-07], précise à l’article 6 que les commissaires ne sont pas liés par les

to Guideline 7 states: “The guidelines apply to most cases heard by the RPD. However, in compelling or exceptional circumstances, the members will use their discretion not to apply some guidelines or to apply them less strictly.”

[76] The text of the provisions of Guideline 7 are of most immediate relevance to this appeal. Paragraph 19 states that it “will be” standard practice for the RPO to question the claimant first; this is less obligatory than “must” or some similarly mandatory language. The discretionary element of Guideline 7 is emphasized in paragraph 19, which provides that, while “the standard practice will be for the RPO to start questioning the claimant” (emphasis added), a member may vary the order [at paragraph 23] “in exceptional circumstances.”

[77] Claimants who believe that exceptional circumstances exist in their case must apply to the RPD, before the start of the hearing, for a change in the order of questioning. The examples, and they are only examples, of exceptional circumstances given in paragraph 23 suggest that only the most unusual cases will warrant a variation. However, the parameters of “exceptional circumstances” will no doubt be made more precise, and likely expanded incrementally, on a case-by-case basis.

[78] I agree with Justice Blanchard’s conclusion (at paragraph 119) that the language of Guideline 7 is more than “a recommended but optional process.” However, as *Maple Lodge Farms* makes clear, the fact that a guideline is intended to establish how discretion will normally be exercised is not enough to make it an unlawful fetter, as long as it does not preclude the possibility that the decision maker may deviate from normal practice in the light of particular facts: see *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195 (F.C.A.).

directives. L’introduction des Directives n° 7 spécifie : « Les directives s’appliquent à la plupart des cas entendus par la SPR. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles ou impérieuses, les commissaires peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour ne pas appliquer certains éléments des directives ou pour les appliquer moins rigoureusement ».

[76] Le libellé des dispositions des Directives n° 7 est d’une grande pertinence pour le présent appel. Le paragraphe 19 établit que « c’est » généralement l’APR qui commence à interroger le demandeur d’asile; ce libellé est moins contraignant que si l’on avait employé le verbe « devoir » ou un autre terme aussi impératif. Le paragraphe 19 des Directives n° 7 souligne l’aspect discrétionnaire des directives; après avoir posé que « c’est généralement l’APR qui commence à interroger le demandeur d’asile » (non souligné dans l’original), les directives précisent que [au paragraphe 23] « [l]e commissaire peut changer l’ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles ».

[77] Les demandeurs qui estiment qu’il existe dans leur cas des circonstances exceptionnelles doivent soumettre une demande à la SPR, avant le début de l’audience, pour changer l’ordre des interrogatoires. Les exemples de circonstances exceptionnelles—et ce ne sont que des exemples—fournis au paragraphe 23 semblent indiquer que seuls les cas les plus inhabituels justifieront un changement dans l’ordre des interrogatoires. Cependant, les paramètres des « circonstances exceptionnelles » se préciseront sans doute et s’étendront probablement peu à peu, au fil des cas d’espèce.

[78] Je souscris à la conclusion du juge Blanchard (au paragraphe 119) selon laquelle les termes employés dans les Directives n° 7 « ne recommandent pas un processus facultatif » mais suggèrent une norme d’observation plus stricte. Toutefois, comme il ressort clairement de l’arrêt *Maple Lodge Farms*, le fait que des directives visent à établir comment un pouvoir discrétionnaire sera généralement exercé n’est pas suffisant pour constituer une entrave illicite, pour autant que les directives n’excluent pas la possibilité pour les décideurs de déroger à la pratique générale à la lumière de situations particulières : voir *Ha c. Canada (Ministre de la*

[79] To turn to the effect of Guideline 7, there was evidence that, when requested by counsel, members of the RPD had exercised their discretion and varied the standard order of questioning in cases which they regarded as exceptional. No such request was made on behalf of Mr. Thamothers. In any event, members must permit a claimant to be questioned first by her or his counsel when the duty of fairness so requires.

[80] In at least one case, however, a member wrongly regarded himself as having no discretion to vary the standard order of questioning prescribed in Guideline 7. On July 3, 2005, this decision was set aside on consent on an application for judicial review, on the ground that the member had fettered the exercise of his discretion, and the matter remitted for re-determination by a different member of the RPD: *Baskaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (Court File No. IMM-7189-04). Nonetheless, the fact that some members may erroneously believe that Guideline 7 removes their discretion to depart from the standard practice in exceptional circumstances does not warrant invalidating the Guideline. In such cases, the appropriate remedy for an unsuccessful claimant is to seek judicial review to have the RPD's decision set aside.

[81] There was also evidence from Professor Donald Galloway, an immigration and refugee law scholar, a consultant to the Board and a former Board member, that RPD members would feel constrained from departing from the standard order of questioning. However, he did not base his opinion on the actual conduct of members with respect to Guideline 7.

[82] In short, those challenging the validity of Guideline 7 did not produce evidence establishing on a balance of probabilities that members rigidly apply the

Citoyenneté et de l'Immigration), [2004] 3 R.C.F. 195 (C.A.F.).

[79] Quant à l'effet des Directives n° 7, des éléments de preuve démontrent que, sur demande du procureur, des commissaires de la SPR ont exercé leur pouvoir discrétionnaire et changé l'ordre normalisé des interrogatoires dans les cas qu'ils jugeaient exceptionnels. Aucune demande à cet égard n'a été présentée pour le compte de M. Thamothers. Quoi qu'il en soit, les commissaires doivent permettre que le demandeur d'asile soit d'abord interrogé par son procureur lorsque l'obligation d'agir équitablement l'exige.

[80] Par contre, dans un cas tout au moins, un commissaire a erronément considéré qu'il n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de changer l'ordre des interrogatoires établi dans les Directives n° 7. Le 3 juillet 2005, cette décision a été annulée sur consentement à la suite d'une demande de contrôle judiciaire, au motif que le commissaire avait entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et l'affaire a été renvoyée pour réexamen par un autre commissaire de la SPR : *Baskaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (dossier de la Cour n° IMM-7189-04). Cela dit, le fait que certains commissaires puissent croire, à tort, que les Directives n° 7 les privent du pouvoir discrétionnaire de déroger à la pratique normalisée dans des circonstances exceptionnelles ne justifie pas d'invalider les directives. Dans un tel cas, la démarche appropriée pour le demandeur d'asile débouté consiste à demander le contrôle judiciaire en vue de faire annuler la décision de la SPR.

[81] Le professeur Donald Galloway, universitaire spécialisé en droit de l'immigration et des réfugiés, consultant pour la Commission et ancien membre de la Commission, a aussi fait valoir, dans sa déposition, que des commissaires se sentiraient intimidés de ne pas suivre l'ordre normalisé des interrogatoires. Toutefois, son opinion ne repose pas sur la conduite réelle des commissaires au regard des Directives n° 7.

[82] Bref, les personnes qui contestent la validité des Directives n° 7 n'ont pas présenté la preuve requise pour établir, selon la prépondérance de la preuve, que les

standard order of questioning without regard to its appropriateness in particular circumstances.

[83] I recognize that members of the RPD must perform their adjudicative functions without improper influence from others, including the Chairperson and other members of the Board. However, the jurisprudence also recognizes that administrative agencies must be free to devise processes for ensuring an acceptable level of consistency and quality in their decisions, a particular challenge for large tribunals which, like the Board, sit in panels.

[84] Most notably, the Supreme Court of Canada in *Consolidated-Bathurst* upheld the Ontario Labour Relations Board's practice of inviting members of panels who had heard but not yet decided cases to bring them to "full Board meetings," where the legal or policy issues that they raised could be discussed in the absence of the parties. This practice was held not to impinge improperly on members' adjudicative independence, or to breach the principle of procedural fairness that those who hear must also decide. Writing for the majority of the Court, Gonthier J. said (at page 340):

The institutionalization of the consultation process adopted by the Board provides a framework within which the experience of the chairman, vice-chairmen and members of the Board can be shared to improve the overall quality of its decisions. Although respect for the judicial independence of Board members will impede total coherence in decision making, the Board through this consultation process seeks to avoid inadvertent contradictory results and to achieve the highest degree of coherence possible under these circumstances.

The advantages of an institutionalized consultation process are obvious and I cannot agree with the proposition that this practice necessarily conflicts with the rules of natural justice. The rules of natural justice must have the flexibility required to take into account the institutional pressures faced by

commissaires appliquent la directive relative à l'ordre des interrogatoires avec rigidité, sans se demander s'il est approprié de la suivre dans certaines circonstances particulières

[83] Je conviens que les commissaires de la SPR doivent s'acquitter de leurs fonctions décisionnelles sans subir l'influence indue de tiers, y compris du président et d'autres membres de la Commission. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît aussi que les organismes administratifs doivent avoir la possibilité de mettre au point des processus visant à assurer un degré de cohérence et de qualité satisfaisants dans leurs décisions, un défi particulier pour les tribunaux de taille importante qui, comme la Commission, siègent en formations.

[84] Plus particulièrement, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, a maintenu la pratique de la Commission des relations de travail de l'Ontario d'inviter les commissaires de formations qui avaient entendu des cas sur lesquels ils n'avaient pas encore statué, à parler de ces cas lors d'une « réunion plénière de la Commission », où, en l'absence des parties, l'on pouvait discuter des questions juridiques ou des questions de politique soulevées par ces cas. La Cour a jugé que cette pratique n'entravait pas de façon inacceptable l'indépendance décisionnelle des commissaires ni ne violait le principe d'équité procédurale selon lequel il appartient à celui qui entend une cause de la trancher. S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, le juge Gonthier a écrit (à la page 340) :

L'institutionnalisation du processus de consultation adopté par la Commission fournit un cadre qui permet au président, aux vice-présidents et aux commissaires de mettre leur expérience en commun et d'améliorer la qualité globale de leurs décisions. Quoique le respect de l'indépendance judiciaire des commissaires empêche d'obtenir la cohérence parfaite des décisions de la Commission, celle-ci cherche, par ce processus de consultation à éviter les décisions contradictoires rendues par inadvertance et à atteindre le niveau de cohérence le plus élevé possible dans les circonstances.

Les avantages d'un processus institutionnalisé de consultation sont manifestes et je ne puis souscrire à la proposition que cette pratique contrevient forcément aux règles de justice naturelle. Les règles de justice naturelle doivent avoir la souplesse nécessaire pour tenir compte à la

modern administrative tribunals as well as the risks inherent in such a practice.

[85] However, the arrangements made for discussions within an agency with members who have heard a case must not be so coercive as to raise a reasonable apprehension that members' ability to decide cases free from improper constraints has been undermined: *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952.

[86] Evidence that the Immigration and Refugee Board "monitors" members' deviations from the standard order of questioning does not, in my opinion, create the kind of coercive environment which would make Guideline 7 an improper fetter on members' exercise of their decision-making powers. On a voluntary basis, members complete, infrequently and inconsistently, a hearing information sheet asking them, among other things, to explain when and why they had not followed "standard practice" on the order of questioning. There was no evidence that any member had been threatened with a sanction for non-compliance. Given the Board's legitimate interest in promoting consistency, I do not find it at all sinister that the Board does not attempt to monitor the frequency of members' compliance with the "standard practice."

[87] Nor is it an infringement of members' independence that they are expected to explain in their reasons why a case is exceptional and warrants a departure from the standard order of questioning. Such an expectation serves the interests of coherence and consistency in the Board's decision making in at least two ways. First, it helps to ensure that members do not arbitrarily ignore Guideline 7. Second, it is a way of developing criteria for determining if circumstances are "exceptional" for the purpose of paragraph 23 and of providing guidance to other members, and to the Bar, on the exercise of discretion to depart from the standard order of questioning in future cases.

fois des pressions institutionnelles qui s'exercent sur les tribunaux administratifs modernes et des risques inhérents à cette pratique.

[85] Toutefois, les dispositions prises par un organisme pour discuter avec des membres qui ont entendu une affaire ne doivent pas être contraignantes au point de faire craindre raisonnablement que la capacité des membres de se prononcer sans contrainte indue est compromise : *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952.

[86] La preuve selon laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié [TRADUCTION] « surveille » les dérogations à l'ordre normalisé des interrogatoires ne dénote pas, à mon avis, l'imposition d'un encadrement contraignant dans lequel les Directives n° 7 constitueraient une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires. Les commissaires remplissent parfois, sporadiquement et à titre volontaire, une fiche de renseignements sur l'audience dans laquelle on leur demande d'expliquer notamment à quelle occasion et pour quel motif ils n'ont pas suivi la pratique normalisée quant à l'ordre des interrogatoires. Aucune preuve n'indique que des membres aient été menacés de sanctions pour ne s'être pas conformés aux directives. La Commission ayant un intérêt légitime à favoriser la cohérence, je ne vois rien de répréhensible au fait qu'elle ne tente pas de vérifier à quel point les commissaires observent la pratique normalisée quant à l'ordre des interrogatoires.

[87] Ne constitue pas non plus une atteinte à l'indépendance des commissaires le fait qu'on s'attende à ce que ceux-ci expliquent dans leurs motifs les raisons pour lesquelles un cas présente des circonstances exceptionnelles justifiant de ne pas appliquer l'ordre normalisé des interrogatoires. Cette mesure favorise la cohérence et l'harmonie dans la prise de décisions au sein de la Commission de deux façons au moins. D'abord, elle contribue à éviter que les commissaires ignorent à leur guise les Directives n° 7. De plus, elle permet d'élaborer des critères pour évaluer si des circonstances sont « exceptionnelles » aux fins du paragraphe 23 et de fournir, aux autres commissaires ainsi qu'au Barreau, des orientations pour les cas futurs quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de déroger à l'ordre normalisé des interrogatoires.

[88] In my opinion, therefore, the evidence in the present case does not establish that a reasonable person would think that RPD members' independence was unduly constrained by Guideline 7, particularly in view of: the terms of the Guideline; the evidence of members' deviation from "standard practice"; and the need for the Board, the largest administrative agency in Canada, to attain an acceptable level of consistency at hearings, conducted mostly by single members.

[89] Adjudicative "independence" is not an all or nothing thing, but is a question of degree. The independence of judges, for example, is balanced against public accountability, through the Canadian Judicial Council, for misconduct. The independence of members of administrative agencies must be balanced against the institutional interest of the agency in the quality and consistency of the decisions, from which there are normally only limited rights of access to the courts, rendered by individual members in the agency's name.

(iii) Is Guideline 7 invalid because it is a rule of procedure and should therefore have been issued under IRPA, paragraph 161(1)(a)?

[90] On its face, the power granted by IRPA, paragraph 159(1)(h) to the Chairperson to issue guidelines in writing "to assist members in carrying out their duties" is broad enough to include a guideline issued in respect of the exercise of members' discretion in procedural, evidential or substantive matters. Members' "duties" include the conduct of hearings "as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit": IRPA, subsection 162(2). In my view, structuring members' discretion over the order of questioning is within the subject-matter of the guidelines contemplated by section 159.

[88] En conséquence, à mon avis, la preuve en l'espèce ne démontre pas qu'une personne raisonnable estimerait l'indépendance des commissaires de la SPR indûment limitée par les Directives n° 7, particulièrement au regard des facteurs suivants : le libellé des directives; la preuve établissant que des commissaires dérogent à la pratique normalisée; l'importance pour la Commission, le plus grand tribunal administratif du Canada, d'obtenir un niveau acceptable de cohérence dans ses audiences, tenues le plus souvent par un seul commissaire.

[89] L'« indépendance » décisionnelle n'est pas un concept monolithique, mais une question de degrés. Par exemple, l'indépendance des juges, en matière d'inconduite, est soupesée par le Conseil canadien de la magistrature en fonction de leur responsabilité à l'égard du public. L'indépendance des membres d'organismes administratifs doit être soupesée en fonction de l'intérêt qu'a l'organisme, comme institution, à veiller à la qualité et à la cohérence des décisions rendues en son nom par chacun de ses membres, décisions à l'égard desquelles, généralement, la possibilité de contestation judiciaire est limitée.

iii) Les Directives n° 7 sont-elles invalides du fait qu'elles sont des règles de procédure et qu'à ce titre, elles auraient dû être prises en vertu de l'alinéa 161(1)a) de la LIPR?

[90] À première vue, le pouvoir conféré au président à l'alinéa 159(1)h) de la LIPR de donner des directives écrites « en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions » est suffisamment large pour comprendre des directives concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires relativement à la procédure, à la preuve et à des questions de fond. Les « fonctions » des commissaires incluent la tenue d'audiences tenues, « dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité [...] le permettent, sans formalisme et avec célérité », ainsi qu'il est énoncé au paragraphe 162(2) de la LIPR. À mon sens, le pouvoir de donner des directives prévu à l'article 159 comporte celui de structurer le pouvoir discrétionnaire des commissaires en ce qui touche l'ordre des interrogatoires.

[91] In any event, the Chairperson did not need an express grant of statutory authority to issue guidelines to members. Paragraph 159(1)(h) puts the question beyond dispute, establishes a duty to consult before a guideline is issued, and, perhaps, enhances their legitimacy.

[92] An express statutory power to issue guidelines was first conferred on the Chairperson of the Board in 1993, as a result of an amendment to the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] by Bill C-86 [*An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49]. Appearing before the Committee of the House examining the Bill, Mr. Gordon Fairweather, the then Chairperson of the Board welcomed this addition to the Board's powers (Canada, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-86*, 3rd Sess., 34th Parl., July 30, 1992, at page 80.):

I'm also pleased that the minister has responded to the need for new tools for managing the board itself. In the board's desire to ensure consistency of decision-making, we welcome the legislative provision allowing for guidelines.... The provision will reinforce my authority, after appropriate consultations, and the courts have been very specific about saying, no guidelines until you have consulted widely with the caring agencies, the immigration bar, and other non-governmental organizations. But the courts have given the green light for such provision provided we go through those consultations.

This provision will reinforce my authority, or the chair's authority—that is a little less pompous—after appropriate consultations to direct members toward preferred positions and therefore foster consistency in decisions. [Emphasis added.]

[93] In my view, the present appeal raises an important question about the relationship between the Chairperson's powers to issue guidelines and rules. In particular, are these grants of legal authority cumulative so that, for the most part, the scope of each is to be determined independently of the other? Or, is the

[91] De toute façon, le président pouvait donner des directives aux commissaires sans que la loi le lui permette expressément. Or, l'alinéa 159(1)h règle cette question sans équivoque, établit une obligation de consulter préalable à l'adoption de directives et, peut-on penser, consolide la légitimité des directives.

[92] Le pouvoir exprès de donner des directives a été pour la première fois reconnu au président de la Commission en 1993, à la suite d'une modification à l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] comprise dans le Projet de loi C-86 [*Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1992, ch. 49]. Comparaisant devant le comité de la Chambre des communes qui étudiait le projet de loi, M. Gordon Fairweather, alors président de la Commission, a accueilli favorablement cet ajout aux pouvoirs de la Commission (Canada, Chambre de communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-86*, 3^e sess., 34^e Lég., 30 juillet 1992, à la page 80.):

Je suis également heureux que le ministre accepte de donner des nouveaux outils de gestion à la commission. Comme celle-ci tient à garantir la cohérence de ses décisions, il est bon que le législateur lui donne le droit d'établir des lignes directrices. [...] Cette réforme renforcera mon pouvoir, en m'obligeant toutefois à tenir des consultations, étant donné que les tribunaux ont clairement indiqué que la Commission ne peut publier de lignes directrices sans consulter largement les organismes qui viennent en aide aux réfugiés, les spécialistes de l'immigration et d'autres organismes non gouvernementaux. Si nous tenons ces consultations, les tribunaux nous donnent le feu vert pour oublier des lignes directrices.

Cette nouvelle disposition du projet de loi renforcera mon pouvoir, comme je viens de le dire, ou celui du président de la Commission—ce qui est sans doute un peu moins pompeux—ce qui veut dire que le président pourra, après avoir tenu des consultations, orienter les décisions des membres selon les principes fondamentaux, ce qui favorisera la cohérence des décisions. [Soulignement ajouté.]

[93] À mon avis, le présent appel soulève une question importante au sujet du rapport entre le pouvoir du président de donner des directives et son pouvoir de prendre des règles. Notamment, l'octroi de ces pouvoirs, dans la loi, est-il cumulatif de telle sorte que, dans l'ensemble, la portée de chacun doit être déterminée

Chairperson's power to issue guidelines implicitly limited by the power to make rules of procedure? If it is, then a change to the procedure of any Division of the Board may only be effected through a rule of procedure issued under paragraph 161(1)(a) which has been approved by Cabinet and subjected to Parliamentary scrutiny in accordance with subsection 161(2).

[94] The argument in the present case is that Guideline 7 is a rule of procedure and, since it reforms the existing procedure of the RPD, should have been issued under paragraph 161(1)(a), received Cabinet approval and been laid before Parliament. The power of the Chairperson to issue guidelines may not be used to avoid the political accountability mechanisms applicable to statutory rules issued under subsection 161(1).

[95] For this purpose, the fact that Guideline 7 permits RPD members to exercise their discretion in "exceptional circumstances" to deviate from "standard practice" in the order of questioning does not prevent it from being a rule of procedure: rules of procedure commonly confer discretion to be exercised in the light of particular facts.

[96] An analogous line of reasoning is found in the Ontario Court of Appeal's decision in *Ainsley*, where it was said that the Ontario Securities Commission's policy statement prescribing business practices of penny stock dealers which would satisfy the statutory public interest standard was invalid, because it was in substance and effect "a mandatory provision having the effect of law" (at page 110). In my opinion, however, *Ainsley* should be applied to the present case with some caution.

[97] First, when *Ainsley* was decided, the Commission had no express statutory power to issue guidelines and no statutorily recognized role in the regulation-making process. In contrast, the Chairperson of the Board has a

indépendamment de l'autre? Ou bien le pouvoir du président de donner des directives est-il limité implicitement par son pouvoir de prendre des règles de procédure? Dans cette dernière hypothèse, tout changement à la procédure de toute section de la Commission ne peut être effectué qu'au moyen d'une règle de procédure établie en vertu de l'alinéa 161(1)a), approuvée par le gouverneur en conseil et soumise à l'examen du Parlement conformément au paragraphe 161(2).

[94] L'argument, en l'espèce, est que les Directives n° 7 établissent une règle de procédure qui, modifiant la procédure existante de la SPR, aurait dû être prise au titre de l'alinéa 161(1)a), recevoir l'agrément du gouverneur en conseil et être déposée devant le Parlement. Le pouvoir de donner des directives conféré au président ne peut pas être utilisé pour éviter les mécanismes de responsabilité politique applicables aux règles prises sous le régime du paragraphe 161(1).

[95] Dans cette optique, le fait que les Directives n° 7 permettent aux commissaires de la SPR d'exercer, dans des « circonstances exceptionnelles », leur pouvoir discrétionnaire de déroger à la pratique normalisée quant à l'ordre des interrogatoires n'empêche pas cette mesure d'être une règle de procédure : les règles de procédure confèrent fréquemment un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé en fonction des faits particuliers de l'espèce.

[96] La Cour d'appel de l'Ontario a suivi un raisonnement semblable dans l'arrêt *Ainsley*, où la Cour a jugé invalide un énoncé de politique de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario prescrivant aux courtiers d'actions cotées en cents des pratiques commerciales visant à respecter la norme relative à l'intérêt public prévue dans la loi, parce que, sur le plan du contenu et de l'effet, la politique constituait une [TRADUCTION] « disposition obligatoire ayant force de loi » (à la page 110). À mon avis, toutefois, l'arrêt *Ainsley* ne devrait être appliqué au présent appel qu'avec réserve.

[97] En premier lieu, à l'époque où l'arrêt *Ainsley* a été rendu, la loi ne reconnaissait à la Commission aucun pouvoir exprès de donner des directives ni aucun rôle dans le processus réglementaire. En l'espèce, par contre,

broad statutory power to issue guidelines and, subject to Cabinet approval, to make rules respecting a broad range of topics, including procedure.

[98] Admittedly, the Board's rules of procedure (as well, of course, as IRPA itself and regulations made under it by the Governor in Council) have a higher legal status than guidelines, in the sense that, if a guideline and a rule conflict, the rule prevails.

[99] Second, the policy statement considered in *Ainsley* was directed at businesses regulated by the Commission and was designed to modify their practices by linking compliance with the policy to the Commission's prosecutorial power to institute enforcement proceedings, which could result in the loss of a licence by businesses not operating in "the public interest." Guideline 7, on the other hand, is directed at the practice of RPD members in the conduct of their proceedings. It does not impose *de facto* duties on members of the public or deprive them of an existing right. Guideline 7 lacks the kind of coercive threat, against either claimants or members, in the event of non-compliance, which was identified as important to the decision in *Ainsley*.

[100] The Commission's promulgation of detailed industry standards, other than through enforcement proceedings against individuals, when it lacked any legislative power, raised rule of law concerns. In my opinion, the same cannot plausibly be said of the Chairperson's decision to introduce a standard order of questioning through the statutory power to issue guidelines, rather than his power to issue rules.

[101] Third, while the Board can only issue formal statutory rules of procedure with Cabinet approval, tribunals often do not require Cabinet approval of their rules. In Ontario, for example, the procedural rules of

le président de la Commission dispose d'un vaste pouvoir de donner des directives et, sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil, de prendre des règles touchant un large éventail de sujets, y compris la procédure.

[98] Assurément, les règles de procédure de la Commission (ainsi, naturellement, que la LIPR elle-même et les règlements pris sous son régime par le gouverneur en conseil) ont un statut juridique supérieur à celui des directives, en ce sens que, en cas de conflit entre des directives et une règle, la règle a préséance.

[99] Deuxièmement, l'énoncé de politique en cause dans l'affaire *Ainsley* visait des entreprises commerciales assujetties à la réglementation de la Commission et avait pour but de modifier la pratique de ces entreprises en établissant un lien entre le respect de la politique et le pouvoir de la Commission d'engager des mesures d'application pouvant conduire à la perte de la licence pour les entreprises dont les activités ne servaient pas [TRADUCTION] « l'intérêt public ». Les Directives n° 7, en revanche, vise la pratique des commissaires de la SPR en ce qui concerne la tenue de leurs audiences. Elles n'imposent pas d'obligations de fait à des personnes du public ni ne prive celles-ci d'un droit existant. Les Directives n° 7 ne comportent ni à l'égard des demandeurs d'asile, ni à l'égard des commissaires, le genre de menace coercitive, en cas de non-respect, décrite comme un facteur de décision important dans l'arrêt *Ainsley*.

[100] La mise en place par la Commission de normes de l'industrie détaillées autrement que par des mesures d'exécution prises contre des particuliers, alors que la Commission ne disposait d'aucun pouvoir conféré par la loi, soulevait des questions quant au respect de la règle de droit. J'estime qu'on ne saurait raisonnablement dire de même de la décision du président d'établir un ordre normalisé des interrogatoires par le truchement de son pouvoir légal de donner des directives plutôt que par celui de prendre des règles.

[101] Troisièmement, bien que la Commission doive obtenir l'agrément du gouverneur en conseil pour prendre des règles de procédure au titre de la loi, de nombreux tribunaux ne sont pas tenus de faire approuver

tribunals to which the province's general code of administrative procedure applies are not subject to Cabinet approval: *Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22, subsection 25.1(1) [as am. by S.O. 1994, c. 27, s. 56]. Hence, it cannot be said to be a principle of our system of law and government that administrative tribunals' rules of procedure require political approval.

[102] Fourth, while Guideline 7 changed the way in which the Board conducts most of its hearings, it represents, in my view, more of a filling in of detail in the procedural model established by IRPA and the *Refugee Protection Division Rules*, than "fundamental procedural change" or "sweeping procedural reform," to use the characterization in the memorandum of the intervenor, the Canadian Council for Refugees.

[103] For example, paragraph 16(e) includes the questioning of witnesses in the RPO's duties, but is silent on the precise point in the hearing when the questioning is to occur. Similarly, while rule 25 deals with the intervention of the Minister, it does not specify when the Minister will lead evidence and make submissions. Rule 38 permits a party to call witnesses, but does not say when they will testify.

[104] Fifth, the differences in the legal characteristics of statutory rules of procedure and Guideline 7 should not be overstated. Rules of procedure commonly permit those to whom they are directed to depart from them in the interests of justice and efficiency. Thus, rule 69 of the *Refugee Protection Division Rules* permits a member to change a requirement of a rule or excuse a person from it, and to extend or shorten a time period. Failure to comply with a requirement of the Rules does not make a proceeding invalid: rule 70.

leurs règles par le gouverneur en conseil. En Ontario, par exemple, les règles de procédure des tribunaux assujettis au code général de procédure administrative de la province ne nécessitent pas l'approbation du gouverneur en conseil : *Loi sur l'exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22, paragraphe 25.1(1) [mod. par L.O. 1994, ch. 27, art. 56]. On ne peut donc pas dire que l'approbation politique des règles de procédure des tribunaux administratifs constitue un principe inhérent à notre régime de droit et de gouvernement.

[102] Quatrièmement, si les Directives n° 7 ont modifié la façon dont la Commission tient la plupart de ses audiences, ce changement, à mon avis, consiste davantage en des précisions apportées au modèle procédural établi par la LIPR et par les *Règles de la Section de la protection des réfugiés* qu'en un [TRADUCTION] « changement fondamental de procédure » ou une [TRADUCTION] « réforme en profondeur de la procédure », pour employer la description relevée dans le mémoire de l'intervenant, le Conseil canadien pour les réfugiés.

[103] Ainsi, l'alinéa 16e) des Règles fait état de l'interrogatoire des témoins dans l'énumération des tâches qui incombent à l'APR, mais il ne précise pas à quel moment, au cours de l'audience, l'APR doit poser ses questions. De même, la règle 25 traite de l'intervention du ministre, sans toutefois spécifier à quel stade de l'audience le ministre présente sa preuve et fait ses observations. La règle 38 permet aux parties d'assigner des témoins, mais n'indique pas quand ils doivent témoigner.

[104] Cinquièmement, il ne faut pas surestimer les différences dans les caractéristiques juridiques des règles de procédures prises en vertu de la loi et celles des Directives n° 7. Les règles de procédure permettent couramment aux personnes qui doivent les appliquer d'y déroger dans l'intérêt de la justice et de l'efficacité. Ainsi la règle 69 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* prévoit-elle qu'un commissaire peut modifier une exigence d'une règle ou permettre à une partie de ne pas suivre une règle ainsi que proroger ou abrégé un délai. Par ailleurs, la règle 70 établit que le non-respect d'une exigence des Règles ne rend pas l'affaire invalide.

[105] Finally, as I have already indicated, the Chairperson's power to issue guidelines extends, on its face, to matters of procedure. Its exercise is not made expressly subject to paragraph 161(1)(a), although a guideline issued under paragraph 159(1)(h) which is inconsistent with a formal rule of procedure issued under paragraph 161(1)(a) will be invalid.

[106] On the basis of the foregoing analysis, I conclude that, on procedural issues, the Chairperson's guideline-issuing and rule-making powers overlap. That the subject of a guideline could have been enacted as a rule of procedure issued under paragraph 161(1)(a) will not normally invalidate it, provided that it does not unlawfully fetter members' exercise of their adjudicative discretion, which, for reasons already given, I have concluded that it does not.

[107] In my opinion, the Chairperson may choose through which legislative instrument to introduce a change to the procedures of any of the three Divisions of the Board. Parliament should not be taken to have implicitly imposed a rigidity on the administrative scheme by preventing the Chairperson from issuing a guideline to introduce procedural change or clarification.

[108] I do not say that the Chairperson's discretion to choose between a guideline or a rule is beyond judicial review. However, it was not unreasonable for the Chairperson to choose to implement the standard order of questioning through the more flexible legislative instrument, the guideline, rather than through a formal rule of procedure.

[109] First, Guideline 7 is not a comprehensive code of procedure nor, when considered in the context of the refugee determination process as a whole, is it inconsistent with the existing procedural model for RPD hearings. Second, the procedural innovation of standard order questioning may well require modification in the light of cumulated experience. Fine-tuning and

[105] Enfin, comme je l'ai déjà indiqué, le pouvoir du président de donner des directives s'étend, à première vue, aux questions de procédure. L'exercice de ce pouvoir n'est pas expressément conféré sous réserve de l'alinéa 161(1)a), quoique des directives données en vertu de l'alinéa 159(1)h) qui entreraient en conflit avec une règle de procédure prise en vertu de l'alinéa 161(1)a) seraient invalides.

[106] L'analyse qui précède m'amène à conclure qu'en matière de procédure, les pouvoirs conférés au président de donner des directives et de prendre des règles se recourent. Le fait que l'objet de directives aurait pu être édicté au moyen d'une règle de procédure prise au titre de l'alinéa 161(1)a) n'entraîne généralement pas la nullité des directives, pourvu qu'elles n'entravent pas de façon illicite l'exercice du pouvoir décisionnel discrétionnaire des commissaires; or, pour les motifs exposés ci-dessus, j'ai conclu que les directives, en l'espèce, n'entravent pas illicitement l'exercice du pouvoir décisionnel discrétionnaire des commissaires.

[107] À mon avis, le président est libre de choisir l'instrument législatif qui lui convient pour apporter un changement à la procédure de n'importe quelle des trois sections de la Commission. Il faut se garder de supposer que le législateur a implicitement imposé un régime administratif rigide en empêchant le président d'établir des directives pour introduire un changement ou un éclaircissement à la procédure.

[108] Je ne dis pas que le pouvoir discrétionnaire du président de choisir entre des directives ou une règle échappe à tout contrôle judiciaire. Néanmoins, il n'était pas déraisonnable de la part du président de choisir d'instituer l'ordre normalisé des interrogatoires en ayant recours à l'instrument législatif le plus flexible, les directives, plutôt qu'à une règle de procédure formelle.

[109] Tout d'abord, les Directives n° 7 ne constituent pas un code de procédure complet; de plus, lorsqu'on les examine dans le contexte du processus global de détermination du statut de réfugié, elles ne sont pas incompatibles avec le modèle de procédure déjà en place dans les audiences de la SPR. En outre, l'on peut penser que le changement procédural établissant l'ordre

adjustments of this kind are more readily accomplished through a guideline than a formal rule. Parliament should not be taken to have intended the Chairperson to obtain Cabinet approval for such changes.

E. CONCLUSIONS

[110] For these reasons, I would allow the Minister's appeal, dismiss Mr. Thamothers' cross-appeal, set aside the order of the Federal Court, and dismiss the application for judicial review. I would answer the first two certified questions as follows:

1. Does the implementation of paragraphs 19 and 23 of the Chairperson's Guideline 7 violate principles of natural justice by unduly interfering with claimants' right to be heard? No
2. Has the implementation of Guideline 7 led to fettering of Board Members' discretion? No.

[111] Since I would dismiss the application for judicial review, the third question does not arise and need not be answered.

DÉCARY J.A.: I agree.

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

[112] Sharlow J.A.: I agree with my colleague Justice Evans that this appeal should be allowed, but I reach that conclusion by a different route.

[113] As Justice Evans explains, IRPA gives the Chairperson two separate powers. One is the power in paragraph 159(1)(h) to issue guidelines in writing to

normalisé des interrogatoires nécessitera à son tour des changements, à la lumière de l'expérience acquise. Il est plus facile d'effectuer des mises au point et des ajustements de cette nature au moyen de directives qu'en ayant recours à une règle de procédure formelle. Il n'y a pas lieu de présumer que le législateur a voulu imposer au président l'obligation d'obtenir l'agrément du gouverneur en conseil pour mettre en œuvre de tels changements.

E. CONCLUSIONS

[110] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel du ministre, de rejeter l'appel incident de M. Thamothers, d'annuler l'ordonnance de la Cour fédérale et de rejeter la demande de contrôle judiciaire. Je répondrais comme suit aux deux premières questions certifiées :

1. La mise en application des paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 du président enfreint-elle les principes de justice naturelle en portant indûment atteinte au droit du demandeur de se faire entendre? Non.
2. La mise en application des Directives n° 7 a-t-elle mené à une entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires? Non.

[111] Puisque je suis d'avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire, la troisième question ne se pose pas et il n'est pas nécessaire d'y répondre.

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

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

[112] LA JUGE SHARLOW : Je suis d'accord avec mon collègue le juge Evans pour dire que le présent appel devrait être accueilli, mais je parviens à cette conclusion en suivant un raisonnement différent.

[113] Ainsi que l'explique le juge Evans, la LIPR confère au président deux pouvoirs distincts. Le premier, formulé à l'alinéa 159(1)h), lui permet de

assist members in carrying out their duties. The other is the power in paragraph 161(1)(a) to make rules respecting the activities, practice and procedure of the Board, subject to the approval of the Governor in Council. Both powers are to be exercised in consultation with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division. In my view, these two powers are different in substantive and functional terms and are not interchangeable at the will of the Chairperson.

[114] The subject of Guideline 7 is the order of proceeding in refugee hearings. That is a matter respecting the activities, practice and procedure of the Board, analogous to the subject-matter of the procedural rules of courts. In my view, the imposition of a standard practice for refugee determination hearings should have been the subject of a rule of procedure, not a guideline.

[115] I make no comment on the wisdom of the Chairperson's determination that the standard practice in refugee hearings, barring exceptional circumstances, should be for the RPO or the member to start questioning the refugee claimant. That is a determination that the Chairperson was entitled to make. However, to put that determination into practice while respecting the limits of the statutory authority of the Chairperson, the Chairperson should have drafted a rule to that effect, in consultation with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division, and sought the approval of the Governor in Council.

[116] Justice Evans notes that some commentators have suggested that the implementation of a rule under paragraph 161(1)(a) is more onerous in administrative and bureaucratic terms than the implementation of a guideline under paragraph 159(1)(h). That appears to me to be an unduly negative characterization of the legislated requirement for the approval of the Governor in Council, Parliament's chosen mechanism of oversight for the Chairperson's rule-making power under paragraph 161(1)(a). It is also belied by the facts of this case, which indicates that the development of Guideline

donner des directives écrites aux commissaires en vue d'aider ceux-ci dans l'exécution de leurs fonctions. Le second, énoncé à l'alinéa 161(1)a), est le pouvoir de prendre des règles visant les travaux, la procédure et la pratique de la Commission, sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil. Chacun de ces pouvoirs doit être exercé en consultation avec les vice-présidents et le directeur général de la Section de l'immigration. À mon avis, ces deux pouvoirs sont différents tant sur le plan du fond que de leur fonction et ne sont pas interchangeables à la discrétion du président.

[114] Les Directives n° 7 portent sur le déroulement des audiences relatives aux demandes d'asile. Cette question concerne les travaux, la procédure et la pratique de la Commission, à la manière des règles de procédure des tribunaux judiciaires. J'estime que l'imposition d'une pratique normalisée dans les audiences relatives à la détermination du statut de réfugié aurait dû se faire au moyen d'une règle de procédure, non de directives.

[115] Je ne ferai aucun commentaire sur le bien-fondé de la décision du président de prescrire que la pratique normalisée, dans les audiences relatives aux demandes d'asile, devrait être que l'APR ou le commissaire commence à interroger le demandeur d'asile, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Il était loisible au président de prendre cette décision. Toutefois, le président aurait dû, pour donner effet à cette décision tout en respectant les limites des pouvoirs conférés par la loi au président, établir une règle en consultation avec les vice-présidents et le directeur général de la Section de l'immigration, puis solliciter l'agrément du gouverneur en conseil.

[116] Le juge Evans fait remarquer que de l'avis de certains observateurs, la mise en application d'une règle aux termes de l'alinéa 161(1)a) est plus lourde, du point de vue administratif, que celle de directives suivant l'alinéa 159(1)h). Il me semble qu'il s'agit là d'une description exagérément négative de l'exigence, posée par la loi, d'obtenir l'agrément du gouverneur en conseil, mécanisme choisi par le Parlement pour surveiller le pouvoir conféré au président de prendre des règles au titre de l'alinéa 161(1)a). Cette position est aussi démentie par les faits de l'espèce, qui indiquent

7 took approximately four years. I doubt that a rule with the same content would necessarily have taken longer than that.

[117] The more important question in this case is whether the Chairperson's erroneous decision to implement a guideline rather than a rule to establish a standard practice for refugee hearings provides a sufficient basis in itself for setting aside a negative refugee determination made by a member who requires a refugee claimant to submit to questions from the RPO or the member before presenting his or her own case.

[118] I agree with Justice Evans that the standard procedure outlined in Guideline 7 is not in itself procedurally unfair and that Guideline 7, properly understood, does not unlawfully fetter the discretion of members. In my view, despite Guideline 7, each member continues to have the unfettered discretion to adopt any order of procedure required by the exigencies of each claim to which the member is assigned.

[119] It may be the case that a particular member may conclude incorrectly that Guideline 7 deprives the member of the discretion to permit a refugee claimant to present his or her case before submitting to questioning from the RPO or the member. If so, it is arguable that a negative refugee determination by that member is subject to being set aside if (1) the member refused the request of a refugee claimant to proceed first and required the refugee claimant to submit to questioning by the RPO or the member before presenting his or her case, and (2) it is established that, but for Guideline 7, the member would have permitted the refugee claimant to present his or her case first. In the case of Mr. Thamothers, those conditions have not been met.

[120] For these reasons, I would dispose of this appeal as proposed by Justice Evans, and I would answer the certified questions as he proposes.

qu'il a fallu environ quatre ans pour mettre au point les Directives n° 7. Je doute qu'une règle au contenu identique eût nécessairement entraîné un délai plus long.

[117] La question principale, dans le cas qui nous occupe, consiste à se demander si la décision erronée du président de donner des directives plutôt que de prendre une règle pour établir une pratique normalisée dans les audiences relatives aux demandes d'asile, constitue en soi un motif suffisant pour annuler une décision défavorable relativement à une demande d'asile, lorsque cette décision est rendue par un commissaire qui impose au demandeur d'asile de répondre aux questions de l'APR ou du commissaire avant de lui permettre d'exposer lui-même les faits de son cas.

[118] J'estime, en accord avec le juge Evans, que la procédure normalisée décrite dans les Directives n° 7 n'est pas en soi inéquitable sur le plan de la procédure et que ces directives, correctement interprétées, n'entravent pas de manière illicite le pouvoir discrétionnaire des commissaires. J'estime qu'en dépit des Directives n° 7, chaque commissaire conserve toute discrétion d'adopter la procédure que commandent les circonstances propres à chaque demande d'asile dont il est saisi.

[119] Il peut arriver qu'un commissaire conclue erronément que les Directives n° 7 le privent du pouvoir discrétionnaire d'autoriser un demandeur d'asile à présenter sa preuve avant de devoir répondre aux questions de l'APR ou du commissaire. Dans un tel cas, il est possible de soutenir qu'une décision défavorable sur la demande d'asile est susceptible d'être annulée si 1) le commissaire a refusé d'accéder à la demande du demandeur d'asile de présenter sa preuve d'abord et l'a obligé à répondre aux questions de l'APR ou du commissaire avant d'exposer son cas, et 2) il est démontré que, n'eût été des Directives n° 7, le commissaire aurait permis au demandeur d'asile d'exposer son cas le premier. En ce qui concerne M. Thamothers, ces conditions ne sont pas remplies.

[120] Pour ces motifs, je me prononcerais sur l'appel en l'espèce ainsi que le propose le juge Evans, et je répondrais aux questions certifiées comme il propose de le faire.

IMM-4222-06
2007 FC 575

IMM-4222-06
2007 CF 575

Alex Yale Ventocilla et al. (*Applicant*)

Alex Yale Ventocilla et al. (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Teitelbaum D.J.—Vancouver, March 14;
Ottawa, May 31, 2007.

Cour fédérale, juge suppléant Teitelbaum—Vancouver,
14 mars; Ottawa, 31 mai 2007.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Immigration and Refugee Board decision applicant excluded from refugee protection under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(a) on basis serious grounds to believe applicant committed, complicit in commission of war crimes — Board erred in assuming war crimes could be committed during internal conflict — At time of alleged war crimes (1985-1992), war crimes definition limited to international conflicts — Rome Statute of the International Criminal Court recognizing war crimes not limited to international armed conflicts, but coming into force only on July 1, 2002 — Not possible to apply Rome Statute retroactively — Board's conclusion applicant complicit in commission of war crimes unreasonable as based on inferences, negative credibility findings — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé l'asile au demandeur par application de la section Fa) de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, parce qu'il y avait des motifs sérieux de croire qu'il avait commis des crimes de guerre ou s'était rendu complice de crimes de guerre — La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a supposé que des crimes de guerre pouvaient être commis au cours d'un conflit interne — À l'époque de la perpétration des crimes de guerre allégués (1985 à 1992), l'expression « crimes de guerre » s'entendait uniquement dans le cadre de conflits internationaux — Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale reconnaît que les crimes de guerre ne se limitent pas aux conflits armés internationaux, mais il n'est entré en vigueur que le 1^{er} juillet 2002 — Le Statut de Rome ne peut s'appliquer rétroactivement — La conclusion de la Commission selon laquelle le demandeur s'était rendu complice de crimes de guerre était déraisonnable parce qu'elle était fondée sur des inférences et des conclusions négatives quant à la crédibilité — Demande accueillie.

International Law — Immigration and Refugee Board concluding applicant excluded from refugee protection under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(a) on basis serious grounds to believe that between 1985 and 1992 applicant committed, complicit in commission of war crimes in internal Peruvian conflict — Rome Statute of the International Criminal Court, recognizing war crimes not limited to armed international conflicts, coming into force July 1, 2002 — Not possible to apply definitions in Rome Statute retroactively in light of, inter alia, international criminal law principle of non-retroactivity, definition of "war crime" in Crimes Against Humanity and War Crimes Act — As such, not possible to refer to Rome Statute definition of

Droit international — La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé l'asile au demandeur par application de l'art. 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, parce qu'il y avait des motifs sérieux de croire que, de 1985 à 1992, il avait commis des crimes de guerre ou s'était rendu complice de crimes de guerre commis au cours d'un conflit interne au Pérou — Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale reconnaît que les crimes de guerre ne se limitent pas aux conflits armés internationaux, mais il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 — Les définitions données dans le Statut de Rome ne peuvent s'appliquer rétroactivement, notamment en raison du principe de la non-rétroactivité qui existe en droit pénal international

“war crimes” with respect to acts attributed to applicant as Statute not part of international law when acts committed.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board holding that the applicant was excluded from refugee protection under Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* because there were serious grounds to believe that he committed or was complicit in the commission of war crimes against Peruvian guerrillas during his time in the Peruvian armed forces (1985-1992).

The issues were whether the Board erred in concluding that, for the purposes of exclusion under Article 1F(a), war crimes could be committed during an internal conflict; and whether the Board could reasonably determine that the applicant was complicit in the commission of war crimes.

Held, the application should be allowed.

At the time the applicant committed the alleged war crimes, “war crimes” were understood as applying to international conflicts only. The respondent argued that the definition of war crimes has changed so as to include internal conflicts with the coming into force of the *Rome Statute of the International Criminal Court* and the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*. The Rome Statute recognizes that war crimes are not limited to international armed conflicts. It came into force on July 1, 2002. Since the Rome Statute was not part of international law at the time of the commission of the acts attributed to the applicant, reference could not be made to how it defines war crimes for the purpose of determining whether these acts constituted war crimes. This interpretation was supported by the principle in international criminal law of non-retroactivity and by the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, which provides that a “‘war crime’ means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts”. The Board erred in law when it assumed that war crimes could be committed during an internal conflict, as the current definition of war crimes in international law cannot be applied retroactively.

et de la définition de « crimes de guerre » qui est donnée dans la Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre — Par conséquent, s’agissant des faits reprochés au demandeur, il n’était pas possible d’appliquer la définition des « crimes de guerre » prévue par le Statut de Rome parce que celui-ci ne faisait pas encore partie du droit international au moment pertinent.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a refusé l’asile au demandeur par application de la section Fa) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, parce qu’il y avait des motifs sérieux de croire qu’il avait commis des crimes de guerre ou s’était rendu complice de crimes de guerre contre des guérilleros péruviens alors qu’il faisait partie des forces armées du Pérou (1985 à 1992).

Il s’agissait de déterminer si la Commission avait commis une erreur en concluant, aux fins de l’exclusion prévue à la section 1Fa) de l’article premier, que des crimes de guerre pouvaient être commis au cours d’un conflit interne et si la Commission avait tiré une conclusion raisonnable en estimant que le demandeur s’était rendu complice de crimes de guerre.

Jugement : la demande doit être accueillie.

À l’époque de la perpétration des crimes allégués, l’expression « crimes de guerre » s’entendait uniquement dans le cadre des conflits internationaux. Le défendeur a affirmé que la définition des crimes de guerre a évolué et qu’elle englobe les actes commis dans le cadre de conflits internes depuis l’entrée en vigueur du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* et de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*. Le Statut de Rome, qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, reconnaît que les crimes de guerre ne se limitent pas aux conflits armés internationaux. Comme le Statut de Rome ne faisait pas partie du droit international au moment de la perpétration des actes en question, on ne pouvait pas s’y reporter pour savoir comment il définit les crimes de guerre pour déterminer si les faits reprochés au demandeur constituaient ou non des crimes de guerre. Cette interprétation s’appuie sur le principe de la non-rétroactivité qui existe en droit pénal international et sur la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, qui définit ainsi les « crimes de guerre » : « Fait—acte ou omission—commis au cours d’un conflit armé et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un crime de guerre selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel applicables à ces conflits. » La Commission a commis une erreur de droit lorsqu’elle a supposé que des crimes de guerre pouvaient être commis au cours d’un conflit interne, compte tenu du fait que la définition actuelle des crimes de guerre qui est reconnue en droit international ne peut s’appliquer rétroactivement.

The burden of proof was on the Minister to show that there were “serious reasons for considering” that the applicant committed war crimes. The Board did not make any findings of fact with respect to the applicant’s knowledge of the atrocities committed by the armed forces. Its conclusion that the applicant had knowledge of the atrocities was based on inferences and what was essentially a negative credibility finding. The Minister could not meet his burden through inferences, particularly ones that were not reasonably drawn. The Board’s conclusion that the Minister had met his burden was therefore unreasonable, as it was not based on any evidence.

Il incombait au ministre de démontrer qu’il existait « des raisons sérieuses de penser » que le demandeur avait commis des crimes de guerre. La Commission n’a pas tiré de conclusions de fait sur la question de savoir si le demandeur était au courant des atrocités commises par les forces armées. Sa conclusion que le demandeur était au courant des atrocités était fondée sur des inférences et sur ce qui constituait essentiellement une conclusion négative quant à la crédibilité. Le ministre ne pouvait s’acquitter de son fardeau de la preuve par des inférences, surtout si elles n’étaient pas raisonnables. La conclusion de la Commission suivant laquelle le ministre s’était acquitté de son fardeau était donc déraisonnable, puisqu’elle ne reposait pas sur la preuve.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Charter of the International Military Tribunal, Annex of the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, London, 8 August 1945, 82 U.N.T.S. 279, Art. 6.
- Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, ss. 4(3) “war crime”.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 7(3.76) “war crime” (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1; as rep. by S.C. 2000, c. 24, s. 42).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 98, 162(1).
- Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, 2187 U.N.T.S. I-38544, Art. 8(2).
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

La Hoz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005), 278 F.T.R. 229; 2005 FC 762.

DISTINGUISHED:

Petrov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FC 465.

CONSIDERED:

Bermudez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 65; 191 F.T.R. 72; 6 Imm. L.R. (3d) 135 (F.C.T.D.); *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 7(3.76) « crime de guerre » (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 1; abr. par L.C. 2000, ch. 24, art. 42).
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa).
- Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, art. 4(3) « crime de guerre ».
- Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 98, 162(1).
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. I-38544, art. 8(2).
- Statut du Tribunal militaire international*, annexe de l’*Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l’Axe*, Londres, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 279, art. 6.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

La Hoz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), 2005 CF 762.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Petrov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), 2007 CF 465.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bermudez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [2000] A.C.F. n° 860 (1^{re} inst.) (QL); *Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.); *Sivakumar c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.).

Immigration), [1994] 1 F.C. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.).

REFERRED TO:

Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2003), 238 F.T.R. 194; 27 Imm. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 178; 2003 FCA 39; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.).

AUTHORS CITED

Jones, John R. W. D. and Steven Powles. *International Criminal Practice: the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, the International Criminal Court, the Special Court for Sierra Leone, the East Timor Special Panel for Serious Crimes, War Crimes Prosecutions in Kosovo*, 3rd ed. Ardsley, N.Y.: Transnational, 2003.

United Nations High Commissioner for Refugees. *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. HCR/GIP/03/05, 4 September 2003.

APPLICATION for judicial review of the Immigration and Refugee Board's decision excluding the applicant from refugee protection under Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* for war crimes. Application allowed.

APPEARANCES:

Brenda J. Wemp for applicant.
Cheryl D. E. Mitchell for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Brenda Wemp, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

DÉCISIONS CITÉES :

Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CAF 39; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés. *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*. HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003.

Jones, John R. W. D. et Steven Powles. *International Criminal Practice : the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, the International Criminal Court, the Special Court for Sierra Leone, the East Timor Special Panel for Serious Crimes, War Crimes Prosecutions in Kosovo*, 3^e éd. Ardsley, N.Y. : Transnational, 2003.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de refuser l'asile au demandeur par application de la section Fa) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* du fait de sa participation à la perpétration de crimes de guerre. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Brenda J. Wemp pour le demandeur.
Cheryl D. E. Mitchell pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Brenda Wemp, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] TEITELBAUM, D.J.: This is an application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board (the Board), dated May 17, 2006, wherein the Board held that the applicant was excluded from refugee protection under Article 1F(a) of the Refugee Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6].

Background

[2] Mr. Alex Yale Ventocilla and his wife, Ms. Ofelia Vargas Guerrero, were denied refugee status on May 17, 2006. Initially, this application was a joint judicial review; however, the request for judicial review of the decision with respect to Ms. Guerrero has been discontinued; therefore these reasons are in regard to Mr. Ventocilla's claim.

[3] Mr. Ventocilla served as Chief of Security and Troop Personnel for the Maintenance Unit at Las Palmas airbase [Peru] from 1985 to 1992. He commanded between 150-200 subordinates during that time. In addition to his responsibility for military instruction, welfare and discipline of the troops and subofficers in the Maintenance Unit, he was responsible for ensuring the security of the Maintenance Unit.

[4] The Board determined that Mr. Ventocilla's claim must fail as he falls into the exclusion category under Article 1F(a) because there were serious grounds to believe he committed or was complicit in committing war crimes during his time in the armed forces.

Decision under review

[5] At the hearing, the Minister's representative argued that there was insufficient evidence to find an exclusion under Article 1F(a) and attempted to abandon the exclusion proceedings. The Board disagreed and found serious reasons existed for considering that the applicant committed, or ordered to be committed war crimes, in particular, the murder and torture of Shining

[1] LE JUGE SUPPLÉANT TEITELBAUM : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision en date du 17 mai 2006 par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission), a refusé l'asile au demandeur par application de la section Fa) de l'article premier de la Convention sur les réfugiés [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6].

Contexte

[2] La demande d'asile de M. Alex Yale Ventocilla et de son épouse, M^{me} Ofelia Vargas Guerrero, a été refusée le 17 mai 2006. À l'origine, la présente demande était une demande conjointe de contrôle judiciaire; il y a toutefois eu un désistement dans le cas de la demande de contrôle judiciaire de la décision concernant M^{me} Guerrero. Les présents motifs s'appliqueront donc à la demande de M. Ventocilla.

[3] M. Ventocilla a servi comme chef de la sécurité et de l'effectif militaire au sein du service de maintenance à la base aérienne de Las Palmas [Pérou], de 1985 à 1992. Il avait entre 150 et 200 subordonnés sous ses ordres. En plus d'être responsable de l'instruction du personnel, du bien-être et de la discipline des troupes et des sous-officiers au sein du service de maintenance, il était chargé d'assurer la sécurité au sein du service de maintenance.

[4] La Commission a estimé qu'il y avait lieu de refuser la demande d'asile de M. Ventocilla au motif qu'il tombait sous le coup de l'exclusion prévue à la section Fa) de l'article premier parce qu'il y avait des motifs sérieux de croire qu'il avait commis des crimes de guerre ou s'était rendu complice de crimes de guerre alors qu'il faisait partie des forces armées.

La décision à l'examen

[5] À l'audience, le représentant du ministre avait fait valoir qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour estimer que l'exclusion prévue à la section Fa) de l'article premier s'appliquait et il a tenté de faire échec à la procédure d'exclusion. La Commission n'était pas de son avis et elle a conclu qu'il existait des motifs sérieux de penser que le demandeur avait commis ou

Path and Tupac Amaru guerrillas. The Board also found that the applicant's continued service as Chief of Security while knowing that the military used torture and murder makes him complicit in the military's known war crimes. The Board determined that it was irrelevant if the Minister agrees if the exclusion clause applies, as this is within the Board's jurisdiction under subsection 162(1) of the Act [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27].

[6] The Board determined that the applicant should be excluded under Article 1F(a) for the following reasons: (1) there were serious reasons for considering that the applicant committed, or ordered to be committed war crimes, in particular, the murder and torture of Shining Path and Tupac Amaru guerrillas; and (2) there were serious reasons for considering that the applicant was complicit in the war crimes committed by the armed forces because of his position as Chief of Security.

[7] There was no direct evidence, i.e. oral admissions, on which to base these findings. The Board concluded that the applicant's "blanket denial of knowledge or role cannot be interpreted as leaving the panel with no reliable information upon which to base an exclusion decision." The Board went on to find that there were five grounds on which to make a reasonable inference. First, was the extensive coverage of the events of the relevant years in Peru in documents produced by organizations such as Amnesty International. Second, was the military order to all personnel to "carry out killings without a trace and not to take prisoners." Third, was the extrajudicial execution of 100 prisoners by armed servicemen in the Lima area in 1986. Fourth, was the applicant's position as Chief of Security in the civil war against the guerrillas. Fifth, was the applicant's steady rise to the position of Chief of Security and his failure to disassociate himself from the torture and murder that was happening around him.

ordonné de commettre des crimes de guerre, en particulier la torture et le meurtre de guérilleros du Sentier lumineux et du Tupac Amaru. La Commission a également estimé que, en conservant son poste de chef de la sécurité tout en sachant que des militaires avaient recouru à la torture et au meurtre, le demandeur s'était rendu complice des crimes de guerre connus commis par les militaires. La Commission a expliqué que, peu importe que le ministre soit d'accord ou non, il appartenait à la Commission de conclure que la clause d'exclusion s'appliquait, car le paragraphe 162(1) de la LIPR [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27] lui reconnaît une compétence exclusive en la matière.

[6] La Commission a estimé que le demandeur devait être exclu par application de la section Fa) de l'article premier pour les motifs suivants : 1) il existait des motifs sérieux de considérer que le demandeur avait commis ou ordonné de commettre des crimes de guerre, en particulier la torture et le meurtre de guérilleros du Sentier lumineux et du Tupac Amaru; 2) il existait des motifs sérieux de considérer que le demandeur s'était rendu complice des crimes de guerre commis par des militaires du fait de son poste de chef de la sécurité.

[7] Il n'y avait pas d'éléments de preuve directs, c'est-à-dire d'aveux faits verbalement, sur lesquels ces conclusions pouvaient reposer. La Commission a estimé qu'elle ne pouvait « considérer que, parce que le demandeur d'asile nie posséder certaines connaissances ou avoir joué quelque rôle que ce soit, [la Commission] ne dispose pas de suffisamment d'information pertinente pour prendre une décision en ce qui concerne l'exclusion ». La Commission a poursuivi en expliquant qu'il existait au moins cinq motifs sur lesquels elle pouvait se fonder pour tirer une conclusion raisonnable. Premièrement, il y avait l'abondance de renseignements portant sur les événements survenus au cours des années en cause contenus dans les rapports sur le Pérou préparés par des organisations comme Amnesty International. Le deuxième motif était l'ordre militaire de [TRADUCTION] « procéder à des exécutions sans laisser de traces et ne pas faire de prisonniers » qui avait été donné à tout le personnel. Le troisième motif était l'exécution sommaire d'une centaine de prisonniers par des militaires, dans la région de Lima en 1986. Le

quatrième motif était le poste de chef de la sécurité occupé par le demandeur durant la guerre civile opposant l'armée et les guérilleros. Enfin, le cinquième motif était l'avancement constant du demandeur d'asile jusqu'au poste de chef de la sécurité et le fait qu'il n'avait pas réussi à se dissocier des actes de tortures et des meurtres perpétrés autour de lui.

[8] Legislative scheme

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

98. A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, signed on July 28, 1951

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

Charter of the International Military Tribunal, 8 August 1945 [Annex of the *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, 82 U.N.T.S. 279]

Article 6

...

b) *War crimes*: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

[8] Régime législatif

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

98. La personne visée aux sections E ou F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger.

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, signée le 28 juillet 1951

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

Statut du Tribunal Militaire International, signé le 8 août 1945 [annexe de l'*Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 82 N.U.R.T. 279]

Article 6

[. . .]

(b) *Les Crimes de Guerre* : c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;

Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24

4. . . .

(3) . . .

“war crime” means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission.

Rome Statute of the International Criminal Court, signed July 17, 1998, entered into force July 1, 2002 [2187 U.N.T.S. I-38544]

Article 8. War crimes

. . .

2. For the purpose of this Statute, “war crimes” means:

(a) Grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:

. . .

(c) In the case of an armed conflict not of an international character, serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts committed against persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause:

- (i) Violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;
- (ii) Committing outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;
- (iii) Taking of hostages;
- (iv) The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all judicial guarantees which are generally recognized as indispensable.

Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24

4. [. . .]

(3) [. . .]

« crime de guerre » Fait—acte ou omission—commis au cours d'un conflit armé et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un crime de guerre selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel applicables à ces conflits, qu'il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé le 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 [2187 R.T.N.U. I-38544]

Article 8. Crimes de guerre

[. . .]

2. Aux fins du Statut, on entend par « crimes de guerre » :

a) Les infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'ils visent des personnes ou des biens protégés par les dispositions des Conventions de Genève :

[. . .]

c) En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international, les violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après commis à l'encontre de personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention ou par toute autre cause :

- i) Les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels et la torture;
- ii) Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants;
- iii) Les prises d'otages;
- iv) Les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables;

Issues

[9] The issues are as follows:

1. Did the Board err in concluding, for the purposes of exclusion under Article 1F(a), war crimes could be committed during an internal conflict?
2. Did the Board reasonably determine that the applicant was complicit in committing war crimes?

Did the Board err in law by finding that war crimes could be committed in the context of an internal armed conflict?

[10] The parties agree that the question of whether the meaning of war crimes in Article 1F(a) is limited to those offences committed during an international armed conflict is a question of law to which the standard of review of correctness applies (*Bermudez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 65 (F.C.T.D.)).

[11] Article 1F(a) of the Refugee Convention states that

[t]he provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes.

[12] The Board referred to the *Charter of the International Military Tribunal* for the definition of war crimes. In *Bermudez*, at paragraph 12, Mr. Justice MacKay noted that the London Agreement of 8 August 1945, along with its annex the *Charter of the International Military Tribunal*, are the foundation documents for the concept of “war crimes.” He noted that while the definition of “war crimes” in the *Charter of the International Military Tribunal* does not specifically state that it has to take place in the course of

Questions en litige

[9] Les questions en litige sont les suivantes :

1. La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant, aux fins de l’exclusion prévue à la section Fa) de l’article premier, que des crimes de guerre pouvaient être commis au cours d’un conflit interne?
2. La Commission a-t-elle tiré une conclusion raisonnable en estimant que le demandeur s’était rendu complice de crimes de guerre?

La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant, aux fins de l’exclusion prévue à la section Fa) de l’article premier, que des crimes de guerre pouvaient être commis au cours d’un conflit interne?

[10] Les parties conviennent que la question de savoir si la définition de l’expression « crimes de guerre » à la section (F)a) de l’article premier se limite aux délits commis au cours d’un conflit armé international est une question de droit à laquelle s’applique la norme de contrôle de la décision correcte (*Bermudez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 860 (1^{re} inst.) (QL)).

[11] La section Fa) de l’article premier de la Convention relative aux réfugiés dispose :

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

a) Qu’elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

[12] La Commission a cité le *Statut du Tribunal Militaire International* pour la définition des crimes de guerre. Dans le jugement *Bermudez*, le juge MacKay signale, au paragraphe 12, que les documents à l’origine du concept de « crime de guerre » international sont l’Accord de Londres du 8 août 1945 et son annexe le *Statut du Tribunal Militaire International*. Il fait observer que, bien que la définition du crime de guerre que l’on trouve dans le *Statut du Tribunal Militaire International* ne spécifie pas qu’il doit avoir été commis

an international armed conflict, the context in which it appears suggests this is so. He also made reference to the definition of “war crimes” in the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46, s. 7(3.76) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1)] and concluded that “war crimes” have come to be understood internationally in the context of international conflict.

[13] Here the Board made no reference to the interpretation of war crimes set out in *Bermudez* and simply assumed that war crimes could be committed in an internal conflict. This was an error of law. The respondent submits that the error is one of form and not substance arguing that *Bermudez* is no longer good law and that the definition of war crimes has changed so as to include acts committed during internal conflicts. The respondent bases this argument on two grounds. First, international treaty law, specifically the *Rome Statute of the International Criminal Court* (Rome Statute), recognizes that war crimes are not limited to international armed conflicts. Second, the section of the *Criminal Code* referred to by MacKay J. in *Bermudez* has since been repealed [S.C. 2000, c. 24, s. 42] and has been replaced by the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24 [s. 4(3)] which defines “war crimes” more broadly as “act . . . committed during an armed conflict”.

[14] There is no question that the Rome Statute is an international instrument which can be used to interpret the crimes in Article 1F(a) (see *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 194 (F.C.A.), at paragraphs 7-8 and the UNCHR [United Nations High Commissioner for Refugees] *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, dated September 4, 2003) and the acts attributed to the applicant, namely the torture and murder of “prisoners of war” (Shining Path and/or Tupac Amaru guerrillas), fall within the list of acts considered war crimes in an internal conflict (article 8, paragraph 2(c)(i) of the Rome Statute).

dans le cadre d’un conflit armé international, ce critère se dégage du contexte dans lequel ce concept y figure. Il cite ensuite la définition que le *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] donne du « crime de guerre » [art. 7(3.76) édicté par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 1] et conclut qu’il s’agit d’un concept qui s’entend dans le cadre des conflits internationaux.

[13] En l’espèce, la Commission ne mentionne pas l’interprétation des crimes de guerre que l’on trouve dans le jugement *Bermudez*; elle a simplement tenu pour acquis qu’ils pouvaient être commis dans le cadre d’un conflit interne. Ce faisant, la Commission a commis une erreur de droit. Le défendeur affirme qu’il s’agit d’une erreur de forme et non de fond au motif que le jugement *Bermudez* ne fait plus jurisprudence et que la définition des crimes de guerre a évolué et qu’elle englobe maintenant les actes commis dans le cadre de conflits internes. Le défendeur fait reposer cet argument sur deux moyens. Il signale tout d’abord qu’il existe un traité international, en l’occurrence le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* (le Statut de Rome), qui reconnaît que les crimes de guerre ne se limitent pas aux conflits armés internationaux. En second lieu, l’article du *Code criminel* que cite le juge MacKay dans le jugement *Bermudez* a depuis été abrogé [L.C. 2000, ch. 24, art. 42] pour être remplacé par la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24 [art. 4(3)], qui donne une définition plus large des « crimes de guerre » : « Fait—acte ou omission—commis au cours d’un conflit armé ».

[14] Il ne fait aucun doute que le Statut de Rome est un instrument international dont on peut se servir pour interpréter les crimes visés à la section Fa) de l’article premier (voir l’arrêt *Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CAF 39, aux paragraphes 7 et 8 et les *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 4 septembre 2003). Il ne fait par ailleurs aucun doute que les faits reprochés au demandeur, à savoir la torture et le meurtre de « prisonniers de guerre » (des guérilleros du Sentier lumineux et du Tupac Amaru) font partie de la liste des actes considérés comme des crimes de guerre commis

[15] The applicant acknowledges that the acts attributed to the applicant would be considered war crimes under the definitions set out in the Rome Statute but submits that the Rome Statute cannot be applied to the acts attributed to the applicant because it came into force on July 1, 2002 and the acts attributed to him took place between 1985 and 1992. In effect, the applicant submits that the definition of war crimes provided in the Rome Statute cannot be applied retroactively. The applicant notes that the Rome Statute contains a retroactivity clause. Moreover, the applicant relied on *Ramirez* for the proposition that a person must have the *mens rea* for an international crime in order to be found excluded from refugee protection (*Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.)) and submits that this principle extends such that a person cannot have the *mens rea* to commit an international crime if he is not aware that the acts in question are international crimes.

[16] I agree with the applicant that the definitions in the Rome Statute cannot be applied retroactively. The definition of “war crime” set out in the *Crimes against Humanity and War Crimes Act* supports the applicant’s argument. It provides that:

4. . . .

(3) . . .

“war crime” means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission. [Emphasis added.]

[17] Since the Rome Statute was not part of international law at the time of the commission of the acts in question reference should not be made to how it defines war crimes for the purpose of determining whether the acts attributable to the applicant constitute war crimes.

dans le cadre d’un conflit interne (article 8, paragraphe 2, alinéa c(i) du Statut de Rome).

[15] Le demandeur reconnaît que les faits qui lui sont reprochés seraient considérés comme des crimes de guerre au sens des définitions contenues dans le Statut de Rome, mais il soutient que le Statut de Rome ne peut s’appliquer aux actes qui lui sont reprochés parce qu’il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 et que les faits qui lui sont reprochés se sont produits entre 1985 et 1992. En fait, le demandeur soutient que la définition des crimes de guerre prévue par le Statut de Rome ne peut s’appliquer rétroactivement. Le demandeur fait remarquer que le Statut de Rome renferme une clause de rétroactivité. De plus, le demandeur cite le jugement *Ramirez* à l’appui de son argument qu’une personne doit avoir la *mens rea* applicable à un crime international pour se voir refuser l’asile (*Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.)) et il ajoute que ce principe fait en sorte qu’une personne ne peut avoir la *mens rea* requise pour commettre un crime international si elle n’est pas au courant que les faits qui lui sont reprochés constituent un crime international.

[16] Je suis d’accord avec le demandeur pour dire que les définitions du Statut de Rome ne peuvent être appliquées rétroactivement. La définition de « crime de guerre » prévue par la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre* appuie l’argument du demandeur. Elle prévoit ce qui suit :

4. [. . .]

(3) [. . .]

« crime de guerre » Fait—acte ou omission—commis au cours d’un conflit armé et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un crime de guerre selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel applicables à ces conflits, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu. [Non souligné dans l’original.]

[17] Comme le Statut de Rome ne faisait pas partie du droit international au moment de la perpétration des actes en question, on ne doit pas s’y reporter pour savoir comment il définit les crimes de guerre pour déterminer si les faits reprochés au demandeur constituent ou non des crimes de guerre.

[18] This interpretation is supported by the principle in international criminal law of non-retroactivity. This principle is described as the “second corollary of the principle of legality. It means that a person cannot be judged or punished by virtue of a law which entered into force after the occurrence of the act in question” (John R. W. D. Jones and Steven Powles, *International Criminal Practice* (Ardsey, N.Y.: Transnational, 2003 at § 6.1.21)).

[19] Furthermore, I conclude that the definition of war crimes provided in the Rome Statute cannot be used to determine whether the acts in question constitute war crimes because they were committed before the Rome Statute was part of international law.

[20] Consequently, in assuming that war crimes could be committed during an internal conflict, the Board erred in law. This error was determinative given that the current definition of war crimes in international law cannot be applied retroactively. This application for judicial review will be allowed and the matter should be sent back to a different Board to be redetermined.

[21] The applicant asked the Court to certify two questions, the first one being whether a refugee claimant can be excluded under Article 1F(a) of the Refugee Convention for commission of war crimes for acts that took place during an internal armed conflict or insurgency prior to the adoption and/or coming into force of the *Rome Statute of the International Criminal Court*.

[22] In order for a question to be certified, it must be a question that transcends the interests of the immediate parties to the litigation, contemplates issues of broad significance or general application and must be determinative of the appeal (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.)).

[23] I have no doubt that this is a question of serious general importance that transcends the interests of the

[18] Cette interprétation s’appuie sur le principe de la non-rétroactivité qui existe en droit pénal international. Ce principe est qualifié de [TRADUCTION] « second corollaire au principe de la légalité. Il signifie qu’une personne ne peut être jugée ou condamnée en vertu d’une loi qui est entrée en vigueur après la survenance du fait en question » (John R. W. D. Jones et Steven Powles, *International Criminal Practice* (Ardsey, N.Y., Transnational, 2003, § 6.1.21)).

[19] Par ailleurs, j’estime que la définition des crimes de guerre prévue par le Statut de Rome ne peut être utilisée pour déterminer si les actes en question constituent des crimes de guerre parce qu’ils ont été commis avant que le Statut de Rome ne fasse partie du droit international.

[20] En conséquence, en supposant que des crimes de guerre pouvaient être commis au cours d’un conflit interne, la Commission a commis une erreur de droit. Cette erreur était déterminante, compte tenu du fait que la définition actuelle des crimes de guerre qui est reconnue en droit international ne peut s’appliquer rétroactivement. La présente demande de contrôle judiciaire sera donc accueillie et l’affaire sera renvoyée à une autre formation de la Commission pour être jugée de nouveau.

[21] Le demandeur a soumis à la Cour deux questions à certifier, la première étant celle de savoir si un demandeur d’asile peut se voir refuser l’asile par application de la section Fa) de l’article premier de la Convention sur les réfugiés pour crimes de guerre relativement à des faits survenus au cours d’un conflit ou d’une insurrection armés internes avant l’adoption et/ou l’entrée en vigueur du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*.

[22] Pour être certifiée, une question doit transcender les intérêts des parties au litige, aborder des éléments ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale et être déterminante quant à l’issue de l’appel (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL)).

[23] Je ne doute nullement qu’il s’agit d’une question grave de portée générale qui transcende les intérêts des

immediate parties. If definitions of war crimes provided in the Rome Statute can be applied to acts committed before the Rome Statute was signed, this would have a serious impact on determinations of exclusion and presumably would result in more claimants being found to be excluded from refugee protection. The respondent submits that the question should not be certified unless it is determinative of the appeal and submits that if the Court does not uphold the Board's evidentiary findings with respect to the applicant's complicity in the relevant acts then the question about the Rome Statute would not be determinative. For this reason, I have analysed the second issue before the Court: whether the Board reasonably concluded the applicant was complicit in committing war crimes.

Did the Board reasonably determine that the applicant was complicit in committing war crimes?

[24] The applicable standard of review for the Board's determination of whether the applicant is excluded under Article 1F(a) for complicity in committing war crimes is reasonableness *simpliciter*. The question before the Board is one of mixed fact and law (*Petrov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 465). While the Board has relative expertise in making findings of fact, such as what the applicant's role was in the armed forces, the Court has more expertise in determining the applicable criteria to determine whether the applicant was complicit and the proper application of the law. These factors point to a standard of reasonableness *simpliciter*.

[25] The burden of proof is on the Minister to show that there are "serious reasons for considering" that Mr. Ventocilla committed war crimes (see *Ramirez; Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.)). It is trite law that this standard requires

parties. Si la définition des crimes de guerre prévue par le Statut de Rome pouvait s'appliquer aux actes commis avant la signature du Statut de Rome, cela aurait de graves conséquences sur les décisions qui seraient prises en matière d'exclusion et se traduirait vraisemblablement par un nombre plus élevé de demandeurs qui se verraient refuser l'asile. Le défendeur soutient que la question ne devrait être certifiée que si elle est déterminante quant à l'issue de l'appel. Il affirme que, si la Cour ne confirme pas les conclusions tirées par la Commission au sujet de la preuve en ce qui concerne la complicité du demandeur relativement aux faits reprochés, la question relative au Statut de Rome ne serait alors pas déterminante. Pour cette raison, j'ai analysé la seconde question en litige soumise à la Cour, en l'occurrence celle de savoir si la Commission a tiré une conclusion raisonnable en estimant que le demandeur s'est rendu complice de crimes de guerre.

La Commission a-t-elle tiré une conclusion raisonnable en estimant que le demandeur s'était rendu complice de crimes de guerre?

[24] La norme de contrôle applicable en ce qui concerne la conclusion tirée par la Commission sur la question de savoir si le demandeur est exclu par application de la section Fa) de l'article premier pour complicité de crimes de guerre est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. La question soumise à la Commission était une question mixte de fait et de droit (*Petrov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 465). Bien que la Commission dispose d'une expertise relative en ce qui concerne les conclusions de fait, comme celle du rôle du demandeur au sein des forces armées, la Cour a une expertise plus vaste pour définir les critères applicables en vue de décider si le demandeur s'est rendu complice et pour se prononcer sur l'application appropriée de la loi. Ces facteurs indiquent que la norme applicable est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[25] C'est au ministre qu'il incombe de démontrer qu'il existe « des raisons sérieuses de penser » que M. Ventocilla a commis des crimes de guerre (voir *Ramirez; Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.) et *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.)). Il est de jurisprudence

more than mere suspicion or conjecture but less than the civil standard of proof on a balance of probabilities as explained in *Sivakumar*.

[26] In *Petrov*, at paragraph 53, Mr. Justice Shore set out six factors which are used in determining whether an individual is considered an accomplice:

- (1) Nature of the organization;
- (2) Method of recruitment;
- (3) Position/rank in the organization;
- (4) Knowledge of organization's atrocities;
- (5) Length of time in the organization;
- (6) Opportunity to leave the organization.

Shore J. noted the reasonableness of a decision could be evaluated with reference to how the Board dealt with these factors.

[27] The Board noted the applicant had a high position in the organization, noting that he held the position Chief of Security and that he commanded 150-200 subordinates. The Board also noted that the applicant served in the air force for over 30 years and that he chose to leave the organization only when he retired.

[28] The Board did not make any findings of fact with respect to the applicant's knowledge of the atrocities committed by the armed forces. Its conclusion that the applicant had knowledge of the atrocities was based on inferences and what was essentially a negative credibility finding.

constante que cette norme exige quelque chose de plus qu'une simple suspicion ou conjecture, mais moins que la norme civile de la preuve selon la prépondérance des probabilités, comme il est dit dans le jugement *Sivakumar*.

[26] Dans le jugement *Petrov*, au paragraphe 53, le juge Shore énumère six facteurs qui sont utilisés pour déterminer s'il y a lieu de considérer une personne comme un complice :

- 1) la nature de l'organisation;
- 2) la méthode de recrutement;
- 3) le poste ou le grade au sein de l'organisation;
- 4) la connaissance des atrocités commises par l'organisation;
- 5) la période de temps passée dans l'organisation;
- 6) la possibilité de quitter l'organisation.

Le juge Shore a fait remarquer que le caractère raisonnable d'une décision pouvait être évalué en fonction de la façon dont la Commission a analysé ces facteurs.

[27] La Commission a fait observer que le demandeur occupait un rang élevé dans l'organisation, soulignant qu'il avait occupé le poste de chef de la sécurité et qu'il avait entre 150 et 200 personnes sous ses ordres. La Commission a également fait remarquer que le demandeur avait servi dans la force aérienne et y était demeuré pendant une trentaine d'années et qu'il n'avait choisi de quitter l'organisation que lorsqu'il avait pris sa retraite.

[28] La Commission n'a pas tiré de conclusions de fait sur la question de savoir si le demandeur était au courant des atrocités commises par les forces armées. Sa conclusion que le demandeur était au courant des atrocités était fondée sur des inférences et sur ce qui constituait essentiellement une conclusion négative quant à la crédibilité.

[29] The applicant submits that a finding of complicity in committing war crimes cannot be based on a negative credibility finding. He relies on the decision *La Hoz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 762, wherein Mr. Justice Blanchard held, at paragraphs 21 and 23:

In my view, the Board's decision to exclude the male applicant from application of the Convention cannot be upheld because it found he lacked credibility. The burden, however, is on the Crown to establish that there are "serious reasons for considering" that the male applicant committed acts described in section 1F. In this case, the Board seems to have concluded that the male applicant should be excluded because he did not provide convincing evidence that he did not commit these acts. This burden is not on the male applicant. The Board's reasoning on this matter is erroneous and warrants the intervention of this Court, since it erred in law.

...

The evidence must show that there are serious reasons for considering that the male applicant committed crimes against humanity. The Board did not address this issue. It did not establish which war crimes the male applicant allegedly committed. It simply referred to war crimes in broad terms and found that the Peruvian army frequently uses torture and commits acts of violence against civilians in areas where Tupac Amaru and Shining Path rebels are found. Since it ruled that the male applicant's testimony was not credible, the Board concluded that, because he was a member of the Peruvian army, he was responsible for these crimes. In my view, these reasons are not sufficient to establish that the male applicant committed crimes against humanity.

[30] In my view, *La Hoz* is directly applicable. The Minister cannot meet his burden through inferences, particularly ones that are not reasonably drawn.

[31] In *Petrov* [at paragraph 59], the Board found that the applicant had knowledge of the torture being committed within his unit because the applicant admitted to handing over criminals to other soldiers and admitted to hearing "prisoners being beaten or tortured".

[29] Le demandeur soutient qu'une conclusion de complicité dans la perpétration de crimes de guerre ne peut être fondée sur une conclusion négative quant à la crédibilité. Il se fonde à cet égard sur la décision *La Hoz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 762, dans laquelle le juge Blanchard a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 21 et 23 :

À mon avis, la décision de la Commission excluant le demandeur de l'application de la Convention ne peut être maintenue. En effet, la Commission conclut que le demandeur doit être exclu de l'application de la Convention parce qu'elle le juge non crédible. Pourtant, la Couronne supporte le fardeau d'établir qu'il y a des « raisons sérieuses de penser » que le demandeur a commis des actes énoncés à l'article 1F. En l'espèce, la Commission semble avoir conclu que le demandeur devait être exclu parce qu'il ne l'a pas convaincue qu'il n'avait pas commis de tels actes. Le demandeur ne supporte pas ce fardeau. Le raisonnement de la Commission sur ce point est erroné et justifie, en soi, une intervention de cette Cour puisqu'il s'agit d'une erreur de droit.

[...]

La preuve doit démontrer qu'il y a des raisons sérieuses de penser que le demandeur a commis des crimes contre l'humanité. En l'espèce, la Commission ne s'est pas penchée sur cette question. Elle n'établit pas quels crimes le demandeur aurait commis; elle se contente d'y faire référence en termes généraux. Elle s'en est tenue à conclure que la torture est fréquemment utilisée par l'armée péruvienne, de même que les exactions contre la population civile dans les zones occupées par les rebelles du Tupac Amaru et du Sentier Lumineux. Vu qu'elle dit ne pas considérer crédible le témoignage du demandeur, la Commission conclut que, du fait de son appartenance à l'armée du Pérou, il est responsable de tels crimes. À mon avis, ces motifs ne suffisent pas à établir que des actes de la nature de crimes contre l'humanité ont été commis par le demandeur en l'espèce.

[30] À mon avis, le jugement *La Hoz* s'applique directement au cas qui nous occupe. Le ministre ne peut s'acquitter de son fardeau de la preuve par des inférences, surtout si elles ne sont pas raisonnables.

[31] Dans l'affaire *Petrov* [au paragraphe 59], la Commission avait conclu que le demandeur était au courant des tortures commises par son unité parce qu'il avait admis avoir livré des criminels à d'autres soldats et avait reconnu avoir entendu [TRADUCTION] des

In my view, in that case the Board reasonably made an inference as to the knowledge the applicant had based on a finding of fact. Here there are no such facts on which to base an inference that the applicant knew of the atrocities committed by the armed forces. In such circumstances it was unreasonable for the Board to conclude that the Minister had met his burden. The Board's determination was not based on any evidence and consequently cannot be upheld.

[32] This judicial review should be allowed on both issues. Having found the Board's decision on the second issue cannot be upheld, the first issue is not determinative and consequently the first question proposed for certification should not be certified. The second question proposed for certification will not be certified as it does not meet any of the criteria for certification.

JUDGMENT

THIS COURT ADJUDGES that the application for judicial review is allowed and this matter is returned to a different Board for a new hearing to be determined in accordance with the above reasons.

« prisonniers se faire battre ou torturer ». À mon avis, dans cette affaire, la Commission a agi de façon raisonnable en tirant une inférence au sujet de la connaissance du demandeur sur le fondement d'une conclusion de fait. En l'espèce, il n'y a pas de faits analogues desquels on pourrait inférer que le demandeur était au courant des atrocités commises par les forces armées. Dans ces conditions, il était déraisonnable de la part de la Commission de conclure que le ministre s'était acquitté de son fardeau. La conclusion de la Commission ne reposait pas sur la preuve et elle ne peut donc être confirmée.

[32] La présente demande de contrôle judiciaire devrait être accueillie sur les deux questions. Comme j'ai conclu que la décision de la Commission sur la seconde question ne peut être confirmée, force m'est de conclure que la première question n'est pas déterminante sur l'issue de l'affaire et, en conséquence, que la première question dont la certification est proposée ne devrait pas être certifiée. La seconde question dont la certification est proposée ne sera pas certifiée car elle ne répond à aucun des critères en matière de certification.

JUGEMENT

LA COUR ACCUEILLE la demande de contrôle judiciaire et renvoie l'affaire à une autre formation de la Commission pour qu'elle procède à une nouvelle audience en conformité avec les motifs qui précèdent.

A-194-07
2007 FCA 264

A-194-07
2007 CAF 264

ratiopharm inc. (Appellant)

v.

**Wyeth, Wyeth Canada and the Minister of Health
(Respondents)**

INDEXED AS: WYETH CANADA v. RATIOPHARM INC. (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Ryer
JJ.A.—Toronto, June 25; Ottawa, August 1, 2007.

Patents — Appeal from Federal Court decision dismissing ratiopharm inc.'s motion under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(5)(a) to dismiss Wyeth, Wyeth Canada's (Wyeth) prohibition order application — Ratiopharm alleging Wyeth's patent ('778 patent) not eligible for listing on patent register in respect of Wyeth's "Effexor XR" drug — Review, exposition of law governing marketing of drugs in Canada — Federal Court erred in deferring to Minister's decision '778 patent could be listed — Should have made own determinations, on basis of evidence presented in s. 6(5)(a) motion, as to whether patent eligible for listing — Matter considered de novo — '778 patent ineligible for listing, but should not have been de-listed as ratiopharm's motion not seeking such order — Appeal allowed; cross-appeal allowed in part.

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing ratiopharm inc.'s motion under paragraph 6(5)(a) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* to dismiss Wyeth and Wyeth Canada's (Wyeth) application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to ratiopharm for venlafaxine hydrochloride extended release capsules.

Wyeth is the owner of Canadian patent No. 2199778 (the '778 patent), which it succeeded in having listed on the patent register in respect of "Effexor XR" on the basis of six supplementary new drug submissions (SNDS) that were filed after the patent application and for which NOCs were issued. The medicinal ingredient in "Effexor XR" is venlafaxine

ratiopharm inc. (appelante)

c.

**Wyeth, Wyeth Canada et le ministre de la Santé
(intimés)**

RÉPERTORIÉ : WYETH CANADA c. RATIOPHARM INC. (C.A.F.)

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et Ryer,
J.C.A.—Toronto, 25 juin; Ottawa, 1^{er} août 2007.

Brevets — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête que ratiopharm inc. a déposée en vertu de l'art. 6(5)a) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) pour faire rejeter la demande en interdiction présentée par Wyeth et Wyeth Canada (Wyeth) — ratiopharm a allégué que le brevet de Wyeth (le brevet '778) n'était pas admissible à l'inscription à l'égard de l'« Effexor XR » — Présentation et examen du droit régissant la commercialisation de drogues au Canada — La Cour fédérale a commis une erreur en s'en remettant à la décision du ministre portant que le brevet '778 pouvait être inscrit — La Cour fédérale aurait dû décider, sur le fondement de la preuve produite dans le cadre de la requête formée sous le régime de l'art. 6(5)a), si le brevet était admissible ou non à l'inscription — La question a fait l'objet d'un examen de novo — Le brevet '778 était inadmissible à l'inscription, mais il n'aurait pas dû être radié puisque la requête de ratiopharm ne tendait pas à faire rendre une telle ordonnance — Appel accueilli; appel incident accueilli en partie.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête que ratiopharm inc. a déposée en vertu de l'alinéa 6(5)a) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* tendant à faire rejeter la demande présentée par Wyeth et Wyeth Canada (Wyeth) pour obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à ratiopharm relativement à ses capsules à libération prolongée de chlorhydrate de venlafaxine.

Wyeth est propriétaire du brevet canadien n° 2199778 (le brevet '778), qu'elle a réussi à faire inscrire au registre des brevets au titre de l'« Effexor XR » en se fondant sur six suppléments à la présentation de drogue nouvelle (SPND) qui ont été déposés après la demande de brevet et à l'égard desquels un AC a été délivré. L'ingrédient médicinal de

hydrochloride. ratiopharm alleged in its notice of allegation that the '778 patent was invalid or that ratiopharm's generic product would not infringe the patent. Wyeth commenced a prohibition application, and ratiopharm moved to have this application dismissed on the basis that the '778 patent was not eligible for listing in respect of "Effexor XR". The Federal Court found that the '778 patent was eligible for listing against the last two of the NOCs issued to Wyeth for "Effexor XR". ratiopharm appealed that finding. Wyeth cross-appealed on the basis that the '778 patent should have been found to be validly listed against five of the NOCs (having conceded that the '778 patent should not have been listed with respect to the first of the six NOCs), and that the Federal Court erred in ordering the Minister to de-list the '778 patent in relation to four of these NOCs.

Held, the appeal should be allowed; the cross-appeal should be allowed in part.

The statutory framework and the relevant case law were reviewed and explained.

ratiopharm's motion required a determination, for each SNDS, as to whether there was a sufficient link between the SNDS, the NOC that resulted from the SNDS, and the patented invention or the patent claims. Wyeth correctly conceded that the listing against the first NOC was improper because an SNDS for a change in the name of the manufacturer is not capable of supporting a patent listing. There was also no reason to interfere with the Federal Court's decision with respect to NOCs 2, 3 and 4. With respect to NOCs 5 and 6, the Federal Court erred in law when it concluded that where there is a reasonable dispute as to the facts and opinions necessary to establish whether there is a sufficient relationship between a patent sought to be listed and the SNDS upon which it is based, the Federal Court should presume that the Minister has undertaken the factual deliberations mandated by the law and should defer to the Minister unless it is clear that there is no such relationship in fact. A motion under paragraph 6(5)(a) requires the Judge to determine, on the basis of the evidence presented in the motion, whether the patent in issue is eligible for listing. It is a judicial decision as to the sufficiency of the relationship between an innovator's application to list a particular patent and the NDS or SNDS upon which that application is based. The fact that the Minister concluded that the patent was eligible for listing is not relevant.

l'« Effexor XR » est le chlorhydrate de venlafaxine. Dans son avis d'allégation, ratiopharm a affirmé que le brevet '778 était invalide et que son produit générique ne contreferaient pas le brevet. Wyeth a introduit une demande en interdiction et ratiopharm a déposé une requête en vue de faire rejeter cette demande au motif que le brevet '778 n'était pas admissible à l'inscription à l'égard de l'« Effexor XR ». La Cour fédérale a conclu que le brevet '778 était admissible à l'inscription au titre des deux derniers AC délivrés à Wyeth à l'égard de l'« Effexor XR ». ratiopharm a porté cette décision en appel. Wyeth a interjeté un appel incident au motif que la Cour fédérale aurait dû conclure que le brevet '778 était valablement inscrit au titre de cinq des AC (ayant admis que le brevet '778 n'aurait pas dû être inscrit au titre du premier des six AC), et que la Cour fédérale a commis une erreur en ordonnant au ministre de radier le brevet '778 au titre de quatre de ces AC.

Arrêt : l'appel doit être accueilli; l'appel incident doit être accueilli en partie.

La Cour a passé en revue et expliqué le cadre législatif ainsi que la jurisprudence pertinente.

La requête formée par ratiopharm exigeait que ce soit tranchée, à propos de chaque SPDN, la question de savoir s'il existait un lien suffisant entre ce SPDN, l'AC dont la délivrance en découlait et l'invention brevetée ou les revendications du brevet. Wyeth a admis avec raison que l'inscription au titre du premier AC était irrégulière au motif que l'inscription d'un brevet ne peut se fonder sur un SPDN ayant pour objet le changement du nom du fabricant. En outre, rien ne justifiait la remise en cause de la décision que la Cour fédérale a rendue relativement aux deuxième, troisième et quatrième AC. Pour ce qui est des cinquième et sixième AC, la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a statué que dans les cas où l'on peut raisonnablement débattre des faits et des opinions nécessaires pour établir l'existence d'un lien suffisant entre le brevet qu'on souhaite faire inscrire et le SPDN sur lequel on se fonde à cette fin, la Cour fédérale devrait présumer que le ministre a effectué l'examen factuel qu'exige la loi et devrait s'en remettre à sa décision, à moins que l'inexistence d'un tel lien ne soit manifeste. Toute requête formée sous le régime de l'alinéa 6(5)a) exige du juge qu'il décide, sur le fondement de la preuve produite dans le cadre de cette requête, si le brevet en cause est admissible à l'inscription. Une telle requête doit donner lieu à une décision judiciaire sur le caractère suffisant ou non du lien entre la demande d'inscription d'un brevet déterminé présentée par l'innovateur et la PDN ou le SPDN sur lequel il fonde cette demande. Le fait que le ministre ait conclu à l'admissibilité du brevet à l'inscription n'est pas pertinent.

The eligibility of the '778 patent for listing against the two NOCs was considered *de novo*. There was no relevant connection between the '778 patent and the NOC issued in response to the SNDS seeking a revised indication, i.e. for the maintenance treatment of major depressive disorder. The SNDS with respect to which the second NOC was issued sought to add certain statements to the product monograph relating to nausea reduction. However, a literal reading of the patent claims suggested that the reference to nausea reduction was merely descriptive of the effect of the extended release of venlafaxine hydrochloride in the body. For that reason, that SNDS also did not support the listing of the '778 patent.

None of the SNDSs upon which Wyeth relied to list the '778 patent were capable of supporting the listing. The Federal Court should have allowed ratiopharm's motion under paragraph 6(5)(a) of the NOC Regulations and should have dismissed Wyeth's prohibition application.

As ratiopharm did not seek an order directing the Minister to remove the '778 patent from the patent register, Wyeth and the Minister had no notice that the Court was considering making that order. The portion of the order requiring the Minister to de-list the '778 patent was set aside.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 44 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42), 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2 "claim for the medicine itself", "claim for the use of the medicine", 3 (as am. by SOR/98-166, s. 2; 2006-242, s. 2), 4(1) (as am. by SOR/98-166, s. 3), (2) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), (4) (as am. *idem*), (5) (as am. *idem*), 5 (as am. *idem*, s. 4; 99-379, s. 2), 6(1) (as am. by SOR/98-166, s. 5), (5)(a) (as enacted *idem*; 2006-242, s. 3), 7(1)(e) (as am. by SOR/98-166, s. 6).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health), [2007] 3 F.C.R. 102; (2006), 56 C.P.R. (4th) 369; 354 N.R. 281; 2006 FCA 335; *AstraZeneca Canada Inc. v.*

La question de l'admissibilité du brevet '778 à l'inscription au titre des deux AC a fait l'objet d'un examen *de novo*. Il n'existait pas de lien pertinent entre le brevet '778 et l'AC délivré en réponse au SPDN portant sur une indication modifiée, à savoir le traitement d'entretien du trouble dépressif majeur. Le SPDN à l'égard duquel le deuxième AC a été délivré tendait à obtenir l'autorisation d'ajouter à la monographie de produit certaines déclarations touchant la réduction des nausées. Cependant, la lecture au pied de la lettre des revendications du brevet donnait à penser que la mention de la réduction des nausées ne faisait que décrire l'effet de la libération prolongée de chlorhydrate de venlafaxine dans le corps. En conséquence, l'inscription du brevet '778 ne pouvait se fonder sur ce SPDN.

Aucun des SPDN que Wyeth a invoqués pour faire inscrire le brevet '778 ne pouvait fonder cette inscription. La Cour fédérale aurait dû accueillir la requête formée par ratiopharm sous le régime de l'alinéa 6(5)(a) du Règlement AC et rejeter la demande en interdiction de Wyeth.

Comme la requête de ratiopharm ne tendait pas à faire rendre une ordonnance enjoignant au ministre de supprimer le brevet '778 du registre des brevets, Wyeth et le ministre n'ont pas été avisés que la Cour fédérale envisageait de rendre cette ordonnance. La partie de l'ordonnance enjoignant au ministre de radier le brevet '778 a été annulée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 44 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42), 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2).
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2 « revendication pour le médicament en soi », « revendication pour l'utilisation du médicament », 3 (mod. par DORS/98-166, art. 2; 2006-242, art. 2), 4(1) (mod. par DORS/98-166, art. 3), (2) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*), (4) (mod., *idem*), (5) (mod., *idem*), 5 (mod., *idem*, art. 4; 99-379, art. 2), 6(1) (mod. par DORS/98-166, art. 5), (5)(a) (édicte, *idem*; 2006-242, art. 3), 7(1)(e) (mod. par DORS/98-166, art. 6).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé), [2007] 3 R.C.F. 102; 2006 CAF 335; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la*

Canada (Minister of Health), [2006] 2 S.C.R. 560; (2006), 272 D.L.R. (4th) 577; 52 C.P.R. (4th) 145; 354 N.R. 88; 2006 SCC 49.

CONSIDERED:

Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health) (1999), 87 C.P.R. (3d) 271; 165 F.T.R. 42 (F.C.T.D.); affd (2001), 11 C.P.R. (4th) (F.C.A.); *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140; (2003), 23 C.P.R. (4th) 289; 300 N.R. 76; 2003 FCA 24; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 239 D.L.R. (4th) 627; 31 C.P.R. (4th) 321; 320 N.R. 37; 2004 FCA 154.

REFERRED TO:

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; 227 N.R. 299; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533; (2005), 253 D.L.R. (4th) 1; 39 C.P.R. (4th) 449; 334 N.R. 55; 2005 SCC 26; *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 181 D.L.R. (4th) 404; 3 C.P.R. (4th) 1; 252 N.R. 72 (F.C.A.); *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a decision of the Federal Court ((2007), 58 C.P.R. (4th) 154; 2007 FC 340) dismissing ratiopharm inc.'s motion under paragraph 6(5)(a) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* to dismiss Wyeth and Wyeth Canada's prohibition application under subsection 6(1) of the Regulations. Appeal allowed; cross-appeal allowed in part.

APPEARANCES:

Marcus A. Klee and *David W. Aitken* for appellant.

Anthony George Creber and *Marc Richard* for respondents Wyeth and Wyeth Canada.

David G. Cowie for respondent Minister of Health.

Santé, [2006] 2 R.C.S. 560; 2006 CSC 49.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), [1999] A.C.F. n° 458 (1^{re} inst.) (QL); conf. par [2001] A.C.F. n° 143 (C.A.) (QL); *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140; 2003 CAF 24; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.); *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CAF 154.

DÉCISIONS CITÉES :

Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [1998] 2 R.C.S. 193; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533; 2005 CSC 26; *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 1978 (C.A.) (QL); *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33.

APPEL et APPEL INCIDENT de la décision (2007 CF 340) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête que ratiopharm inc. a déposée en vertu de l'alinéa 6(5)a) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* pour faire rejeter la demande en interdiction présentée par Wyeth et Wyeth Canada en application du paragraphe 6(1) du Règlement. Appel accueilli; appel incident accueilli en partie.

ONT COMPARU :

Marcus A. Klee et *David W. Aitken* pour l'appelante.

Anthony George Creber et *Marc Richard* pour les intimées Wyeth et Wyeth Canada.

David G. Cowie pour l'intimé le ministre de la Santé.

SOLICITORS OF RECORD:

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, for appellant.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondents Wyeth and Wyeth Canada.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Health.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: Wyeth and Wyeth Canada (collectively, Wyeth) have applied to the Federal Court for an order under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the NOC Regulations) prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to ratiopharm inc. under the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, for venlafaxine hydrochloride extended release capsules until the expiry of Canadian patent No. 2199778 (the '778 patent). The issue in this appeal is whether the prohibition application should be dismissed without a hearing on the merits on the basis that the '778 patent is not properly listed on the patent register maintained by the Minister under the NOC Regulations. For the following reasons, I have concluded that the '778 patent is not properly listed and that the prohibition application should be dismissed.

[2] This case involves the relationship between the NOC Regulations and the *Food and Drug Regulations*. Before discussing the specific issues raised in the appeal and cross-appeal, I will outline the statutory framework. These reasons are set out under the following headings *:

The Food and Drug Regulations

[3] A drug manufacturer who wishes to market a new drug in Canada (an innovator) is required by the *Food*

* Editor's Note: The Table of Contents has been omitted for reasons of brevity.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L, s.r.l., Ottawa, pour l'appelante.
Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour les intimées Wyeth et Wyeth Canada.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le ministre de la Santé.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Wyeth et Wyeth Canada (ci-après collectivement désignées Wyeth) ont demandé à la Cour fédérale, sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement AC), une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à ratiopharm inc. sous le régime du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, relativement à ses capsules à libération prolongée de chlorhydrate de venlafaxine, jusqu'à l'expiration du brevet canadien n° 2199778 (le brevet '778). La question à trancher dans le présent appel est celle de savoir si la demande en interdiction devrait être rejetée sans faire l'objet d'une audience sur le fond, du fait que le brevet '778 ne serait pas valablement inscrit au registre des brevets que tient le ministre sous le régime du Règlement AC. Pour les motifs dont l'exposé suit, j'ai conclu que le brevet '778 n'est pas valablement inscrit et que la demande en interdiction devrait être rejetée.

[2] La présente affaire concerne le rapport entre le Règlement AC et le *Règlement sur les aliments et drogues*. Avant d'analyser les questions explicitement mises en litige dans l'appel et l'appel incident, j'examinerai dans les grandes lignes le régime applicable. Le présent exposé des motifs se divise comme suit * :

Le Règlement sur les aliments et drogues

[3] Le *Règlement sur les aliments et drogues* prescrit au fabricant qui souhaite commercialiser une drogue

* Note de l'arrêstiste : La table des matières a été omise pour des raisons de concision.

and Drug Regulations to file a new drug submission (NDS) with the Minister. The NDS must be accompanied by information that will enable the Minister to determine whether the new drug is safe and effective. Typically, the information filed in support of an NDS is voluminous and is obtained at considerable cost to the innovator.

[4] If the Minister is satisfied that the proposed new drug is safe and effective, permission to market the drug in Canada is granted in the form of an NOC stipulating among other things the medicinal ingredients, the brand name, the dosage form, the strengths, the route of administration, and the indicated uses of the drug. The Minister also approves a product monograph that gives medical professionals detailed information about the drug.

[5] The *Food and Drug Regulations* require a supplementary NDS (SNDS) to be filed if an innovator wishes to change almost anything about a drug for which an NOC has been issued. An SNDS is required if the proposed change relates to the drug itself or its use (for example, a change in the formulation, the dosage form, the strength, the indicated uses, or the method of administration), or involves a change in the name of the drug or the manufacturer, the packaging or the product monograph. Certain changes sought by means of an SNDS may require substantial information on the safety or effectiveness of the changed product which, like the initial information, may be voluminous and costly for the innovator to obtain. Other changes, such as a change of name, may require minimal supporting documentation.

[6] An SNDS that has implications for the safety or effectiveness of a drug is sometimes referred to as a

nouvelle au Canada (l'innovateur) de déposer auprès du ministre un document appelé « présentation de drogue nouvelle » (PDN). La PDN doit être accompagnée de renseignements propres à permettre au ministre d'établir si la drogue nouvelle remplit les conditions nécessaires d'innocuité et d'efficacité. Normalement, la somme des renseignements communiqués à l'appui de la PDN est considérable et son obtention a coûté très cher à l'innovateur.

[4] S'il estime que la drogue nouvelle proposée remplit les conditions nécessaires d'innocuité et d'efficacité, le ministre en autorise la commercialisation au Canada en délivrant à l'innovateur un AC stipulant, entre autres, ses ingrédients médicinaux, sa marque nominative, sa forme posologique, ses concentrations, sa voie d'administration et ses indications thérapeutiques. Le ministre doit aussi approuver une monographie de produit qui contient des renseignements détaillés sur la drogue à l'intention des praticiens de la santé.

[5] Le *Règlement sur les aliments et drogues* prescrit à l'innovateur de déposer un supplément à la présentation de drogue nouvelle (SPDN) s'il souhaite faire n'importe quel changement ou à peu près touchant la drogue à l'égard de laquelle on lui a délivré un AC. L'innovateur est tenu de déposer un SPDN si le changement proposé se rapporte à la drogue elle-même ou à son utilisation (par exemple, s'il s'agit d'une modification de la formulation, de la forme posologique, de la concentration, des indications thérapeutiques ou de la voie d'administration), ou encore s'il veut changer le nom de la drogue ou du fabricant, le conditionnement ou la monographie de produit. Dans certains cas, les changements qu'on veut faire autoriser au moyen du SPDN exigent la production, sur l'innocuité et l'efficacité du produit modifié, d'une somme de renseignements qui, comme celle communiquée à l'appui de la PDN, peut se révéler considérable et coûteuse. D'autres changements, portant par exemple sur le nom de la drogue ou du fabricant, pourront n'exiger qu'une quantité minimale de documentation justificative.

[6] Est parfois dit « de fond » le SPDN qui pourrait avoir des effets sur l'innocuité ou l'efficacité de la

“substantive” SNDS. An SNDS that does not have such implications (such as a change of name) is sometimes referred to as an “administrative” SNDS. The distinction between a substantive SNDS and an administrative SNDS is important to the Minister in the administration of the *Food and Drug Regulations*, but is not particularly helpful in matters relating to the administration of the NOC Regulations. I will return to this point later in these reasons.

[7] If the Minister approves a change set out in an SNDS, a new NOC is issued. Generally, the new NOC is the instrument under which the innovator markets the drug once the changes are made. In that sense the new NOC reflects all prior approvals by the Minister.

[8] A drug manufacturer who wishes to market a generic version of an innovator’s drug for which an NOC has been issued may obtain its own NOC by filing an abbreviated NDS (ANDS) comparing its generic version to the innovator’s drug (the Canadian reference product). The description “abbreviated” is used because the safety and effectiveness requirements for the generic version are met if the Minister is satisfied that the generic version is equivalent to the Canadian reference product in specified respects. The production of satisfactory proof of equivalence may be complex and costly, but is generally less so than the production of the supporting information required of an innovator.

The NOC Regulations

[9] Prior to 1993, it was possible for a drug manufacturer to produce a generic version of a patented medicine and then compete with the innovator by taking advantage of the provisions in the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, for compulsory licensing. In 1993, Parliament determined that medicinal patents warranted greater protection. To that end, a number of amendments were made to the *Patent Act*. Among the changes was the repeal of the provisions for compulsory licensing.

drogue. De même, on qualifie parfois d’« administratif » le SPDN qui ne laisse pas prévoir de tels effets, par exemple s’il n’a pour objet qu’un changement de nom. La distinction entre les SPDN de fond et les SPDN administratifs est importante pour le ministre aux fins de l’application du *Règlement sur les aliments et drogues*, mais elle n’est pas particulièrement utile en ce qui concerne l’application du Règlement AC. Je reviendrai plus loin sur cette question.

[7] Lorsqu’il approuve le changement proposé dans le SPDN, le ministre délivre un nouvel AC. En général, celui-ci est l’instrument en vertu duquel l’innovateur commercialise la drogue une fois apportées les modifications en cause. En ce sens, le nouvel AC englobe toutes les autorisations antérieures prononcées par le ministre.

[8] Le fabricant qui souhaite commercialiser une version générique de la drogue d’un innovateur à l’égard de laquelle un AC a été délivré peut obtenir son propre AC en déposant une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN), où il compare sa version générique à la drogue de l’innovateur (désignée dans ce contexte « produit de référence canadien »). La présentation du fabricant de génériques est dite « abrégée » parce que sa version générique satisfera aux conditions prescrites d’innocuité et d’efficacité si le ministre estime qu’elle est équivalente au produit de référence canadien sous des rapports déterminés. La production d’une preuve satisfaisante d’équivalence peut se révéler complexe et coûteuse, mais l’est en général moins que l’établissement des renseignements justificatifs qu’on exige de l’innovateur.

Le Règlement AC

[9] Avant 1993, il était possible de produire une version générique d’un médicament breveté pour ensuite entrer en concurrence avec l’innovateur en se prévalant des dispositions relatives à la concession de licence obligatoire de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4. Cependant, le Parlement a décidé en 1993 qu’il convenait de mieux protéger les brevets sur médicaments. Il a apporté à cette fin un certain nombre de modifications à la *Loi sur les brevets*, dont l’abroga-

The compulsory licensing provisions were replaced by the regime now in place, including section 55.2 [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2] of the *Patent Act* and the NOC Regulations.

[10] One objective of the new regime was to balance the enhanced statutory protection for medicinal patents with a provision that would permit generic drugs to be approved in time to compete with patented medicines as soon as possible after the expiry of the patent. That objective was addressed by the “early working exception” in subsection 55.2(1) of the *Patent Act*, which reads as follows:

55.2 (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

[11] But for this provision, a generic drug manufacturer seeking to produce a generic version of a patented medicine could be found to infringe a claim of the patent if it were to commence the regulatory approval process for the generic version before the patent expired. The early working exception is intended to ensure that a generic drug manufacturer will not infringe a patent if it makes use of the patented invention during the life of the patent to the extent necessary to file an ANDS in time to obtain an NOC upon expiry of the patent.

[12] To reduce the risk of abuse of the early working exception, the Governor in Council was empowered by subsection 55.2(4) of the *Patent Act* to make regulations. Subsection 55.2(4) reads as follows:

55.2 . . .

tion des dispositions relatives à la concession de licence obligatoire. Ces dispositions ont été remplacées par le régime actuellement en vigueur, qui comprend notamment l'article 55.2 [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2] de la *Loi sur les brevets* et le Règlement AC.

[10] Un des objectifs du nouveau régime était d'équilibrer le supplément de protection légale accordé aux brevets sur médicaments par le contrepois d'une disposition qui permettrait aux fabricants de génériques de faire approuver leurs produits à temps pour entrer en concurrence avec les fabricants de médicaments brevetés dès après l'expiration des brevets en cause. On a atteint cet objectif au moyen de « l'exception relative aux travaux préalables » (aussi appelée « autorisation d'exploitation anticipée ») que prévoit le paragraphe 55.2(1) de la *Loi sur les brevets*, libellé comme suit :

55.2 (1) Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit.

[11] N'était cette disposition, le fabricant de génériques souhaitant produire une version générique d'un médicament breveté pourrait être déclaré coupable de contrefaçon d'une revendication du brevet en cause s'il engageait le processus d'approbation réglementaire de sa version générique avant l'expiration de ce brevet. L'exception relative aux travaux préalables a pour objet de mettre à l'abri de toute plainte en contrefaçon le fabricant de génériques qui utilise l'invention brevetée avant l'expiration du brevet à seule fin de déposer une PADN à temps pour obtenir un AC au moment de cette expiration.

[12] Le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, dont le texte suit, confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements afin de réduire les risques d'abus de l'exception relative aux travaux préalables.

55.2 [. . .]

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1), including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(a) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice, certificate, permit or other document concerning any product to which a patent may relate may be issued to a patentee or other person under any Act of Parliament that regulates the manufacture, construction, use or sale of that product, in addition to any conditions provided for by or under that Act;

(b) respecting the earliest date on which a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) that is issued or to be issued to a person other than the patentee may take effect and respecting the manner in which that date is to be determined;

(c) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) as to the date on which that notice, certificate, permit or other document may be issued or take effect;

(d) conferring rights of action in any court of competent jurisdiction with respect to any disputes referred to in paragraph (c) and respecting the remedies that may be sought in the court, the procedure of the court in the matter and the decisions and orders it may make; and

(e) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

[13] In 1993 the Governor in Council, acting under the authority granted by subsection 55.2(4), enacted the NOC Regulations. The NOC Regulations place the Minister at the intersection of the NOC Regulations and the *Food and Drug Regulations* by requiring the Minister to maintain a public patent register.

[14] The patent register is the linchpin of the NOC Regulations. It is essentially a list of patents relating to any drug for which an NOC has been issued to an innovator. The listed patents are those that contain a

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon d'un brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance, en vertu de lois fédérales régissant l'exploitation, la fabrication, la construction ou la vente de produits sur lesquels porte un brevet, d'avis, de certificats, de permis ou de tout autre titre à quiconque n'est pas le breveté;

b) concernant la première date, et la manière de la fixer, à laquelle un titre visé à l'alinéa a) peut être délivré à quelqu'un qui n'est pas le breveté et à laquelle elle peut prendre effet;

c) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l'ancien titulaire du brevet, et le demandeur d'un titre visé à l'alinéa a), quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet;

d) conférant des droits d'action devant tout tribunal compétent concernant les litiges visés à l'alinéa c), les conclusions qui peuvent être recherchées, la procédure devant ce tribunal et les décisions qui peuvent être rendues;

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d'un titre visé à l'alinéa a) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

[13] Le gouverneur en conseil, en vertu des pouvoirs que lui conférait le paragraphe 55.2(4), a promulgué le Règlement AC en 1993. Ce règlement place le ministre au point de rencontre de ses propres dispositions et du *Règlement sur les aliments et drogues* en lui prescrivant de tenir un registre public des brevets.

[14] Le registre des brevets est le pivot du Règlement AC. Il s'agit essentiellement d'une liste de brevets relatifs à toute drogue à l'égard de laquelle un AC a été délivré à l'innovateur. Les brevets inscrits sont ceux qui

claim for which the innovator seeks the advantages of the NOC Regulations in addition to the rights of a patent owner or licensee under the *Patent Act*.

[15] The operation of the patent register may be summarized as follows. An innovator who files an NDS may at the same time file a patent list in respect of the proposed new drug. The patent list is a form containing prescribed information about a patent. The filing of the patent list with the Minister is the innovator's application to have the patent listed on the patent register in respect of the new drug once the NOC is issued.

[16] Under the version of the NOC Regulations in force prior to October 5, 2006, the patent list must identify the NDS to which it relates (that aspect of patent listing is discussed below under the heading "The eligibility of a patent for listing"). It must also identify:

(a) the dosage form, strength and route of administration of the drug,

(b) any Canadian patent for which a listing is sought, that is owned by or licensed to the drug manufacturer, and that contains a "claim for the medicine itself" or a "claim for the use of the medicine" (as defined in section 2 of the NOC Regulations); and

(c) the expiry date of the patent.

(See subsections 4(2) [as am. by SOR/98-166, S. 3] and 4(5) [as am. *idem*] of the NOC Regulations as in force before October 5, 2006. The requirements for the contents of a patent list have been changed by amendments to section 4 of the NOC Regulations made by SOR/2006-242 [section 2]. Those amendments are not relevant to this appeal because they apply only to patent lists filed on or after June 6, 2006.)

contiennent une revendication pour laquelle l'innovateur recherche le bénéfice du Règlement AC en plus des droits que la *Loi sur les brevets* confère au propriétaire de brevet ou au preneur de licence.

[15] La procédure relative au registre des brevets peut être résumée comme suit. L'innovateur qui dépose une PDN peut déposer en même temps une liste de brevets à l'égard de la drogue nouvelle qu'il propose. La liste de brevets est un formulaire où l'innovateur doit porter des renseignements déterminés sur un brevet. En déposant la liste de brevets auprès du ministre, l'innovateur se trouve demander que le brevet en cause soit inscrit au registre des brevets à l'égard de la drogue nouvelle une fois que l'AC lui aura été délivré.

[16] Selon la version du Règlement AC en vigueur avant le 5 octobre 2006, la liste de brevets doit identifier la PDN à laquelle elle se rattache (j'examine plus loin cet aspect de l'inscription des brevets dans la section intitulée : « L'admissibilité des brevets à l'inscription »). Elle doit aussi porter les renseignements suivants :

a) la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue;

b) tout brevet canadien que le fabricant de drogues souhaite faire inscrire, dont il est propriétaire ou à l'égard duquel il détient une licence exclusive et qui comporte une « revendication pour le médicament en soi » ou une « revendication pour l'utilisation du médicament » (selon les définitions de l'article 2 du Règlement AC);

c) la date d'expiration du brevet.

(Voir les paragraphes 4(2) [mod. par DORS/98-166, art. 3] et 4(5) [mod., *idem*] de la version du Règlement AC en vigueur avant le 5 octobre 2006. Les prescriptions relatives au contenu de la liste de brevets ont été changées par les modifications de l'article 4 du Règlement AC (DORS/2006-242 [article 2]). Ces modifications ne sont pas pertinentes pour le présent appel parce qu'elles ne s'appliquent qu'aux listes de brevets déposées à partir du 6 juin 2006.)

[17] When an innovator's drug is named as a Canadian reference product in an ANDS filed by a generic drug manufacturer, and a patent is listed in respect of the Canadian reference product, section 5 [as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2] of the NOC Regulations requires the generic drug manufacturer to provide certain information before the Minister may issue an NOC for the generic drug product. This is sometimes referred to as the obligation to "address" the listed patent or patents.

[18] A generic drug manufacturer may address a listed patent by stating that it is not seeking the issuance of an NOC for its generic version of the Canadian reference product prior to the expiry of the patent. Alternatively, the generic drug manufacturer may allege that the patent is not valid or that the patent will not be infringed by the making, constructing, using or selling of the generic drug product. If there is an allegation of invalidity or non-infringement, the generic drug manufacturer must serve the innovator with a notice of allegation (NOA) accompanied by a detailed statement of the factual and legal basis for the allegation.

[19] The innovator is not required to take any action in response to an NOA. However, if the innovator wishes to challenge an allegation of invalidity or non-infringement, subsection 6(1) [as am. by SOR/98-166, s. 5] of the NOC Regulations permits the innovator to apply to the Federal Court within 45 days for an order prohibiting the Minister from issuing an NOC for the generic product prior to the expiry of the patent.

[20] Once a prohibition application is commenced, the Minister is precluded by paragraph 7(1)(e) [as am. *idem*, s. 6] of the NOC Regulations from issuing an NOC to the generic drug producer for a period of 24 months. That period is subject to being shortened or lengthened by an order of the Federal Court, or it may be terminated early if the prohibition application is dismissed, withdrawn or discontinued. The automatic 24-month suspension of the drug approval process, sometimes called a "statutory stay," has been characterized as draconian because it functions as an interlocutory injunction that comes into force without

[17] L'article 5 [mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2] du Règlement AC oblige le fabricant de génériques qui cite dans sa PADN comme produit de référence canadien une drogue d'innovateur à l'égard de laquelle un ou des brevets sont inscrits à « traiter », comme on dit parfois, ce ou ces brevets, c'est-à-dire à produire certains renseignements y afférents avant que le ministre puisse lui délivrer un AC pour son produit générique.

[18] Le fabricant de génériques peut traiter un brevet inscrit en déclarant qu'il ne demande pas la délivrance d'un AC pour sa version générique du produit de référence canadien avant l'expiration de ce brevet. Ou encore, il peut soutenir que le brevet n'est pas valide ou qu'il ne le contreferait pas en utilisant, fabriquant, construisant ou vendant le produit générique. S'il allègue l'invalidité ou l'absence de contrefaçon, le fabricant de génériques doit signifier à l'innovateur un avis d'allégation (AA), accompagné d'un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels il fonde son allégation.

[19] L'innovateur n'est pas tenu de prendre de mesures en réponse à un AA. Cependant, s'il souhaite contester une allégation d'invalidité ou d'absence de contrefaçon, le paragraphe 6(1) [mod. par DORS/98-166, art. 5] du Règlement AC lui permet de demander à la Cour fédérale, dans les 45 jours, une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un AC à l'égard du produit générique avant l'expiration du brevet.

[20] Une fois qu'une demande en interdiction a été introduite, le ministre se trouve empêché durant 24 mois, en vertu de l'alinéa 7(1)e) [mod., *idem*, art. 6] du Règlement AC, de délivrer un AC au fabricant de génériques. Cette période de suspension peut être abrégée ou prolongée par une ordonnance de la Cour fédérale, ou prendre fin si la demande en interdiction fait l'objet d'un rejet, d'un retrait ou d'un désistement. La suspension automatique de 24 mois du processus d'approbation de la drogue, parfois désignée « sursis d'origine législative » ou « sursis réglementaire », a été qualifiée de draconienne parce qu'elle a l'effet d'une

the patent holder being required to establish even a *prima facie* case of infringement: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, at paragraph 33 (*per* Justice Iacobucci, writing for the Court).

[21] One important aspect of the NOC Regulations is that a prohibition application cannot result in a final determination of the validity or infringement of a patent. The NOC Regulations operate in addition to the patent enforcement regime in the *Patent Act*. Regardless of the outcome of a prohibition application, the innovator has the right to sue a generic drug manufacturer for infringement, and a generic drug manufacturer has the right to impeach the patent. Nevertheless, the NOC Regulations spawn a great deal of litigation because the financial stakes are high, even in relation to what may amount to only a delay in the entry of a generic drug product into the market.

The eligibility of a patent for listing

[22] Pursuant to subsection 4(1) [as am. *idem*, s. 3] of the NOC Regulations, the right to have a patent listed on the patent register in respect of a certain drug may be exercised only by a drug manufacturer that has filed an NDS for that drug. That provision is enforced through subsection 4(5), which provides that a patent list must identify the NDS to which it relates and the date on which the NDS was filed. In addition, subsection 3(3) [as am. *idem*, s. 2] of the NOC Regulations provides that a patent cannot be listed until the NDS that is the basis for the listing application is approved by the Minister and an NOC is issued for the drug in response to that NDS. Thus, every patent listing is permanently tied to a specific NOC filed by the innovator and its originating NDS, as well as to the drug in respect of which the patent is listed. For that reason, a particular patent listing may be identified as a listing “against” a certain NOC.

[23] There are time limits for applying for a patent listing. Pursuant to subsection 4(3) [as am. *idem*, s. 3] of

injonction interlocutoire qui prend effet sans que le breveté ait à établir la contrefaçon, ne serait-ce que *prima facie* : *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 (le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la Cour).

[21] Il convient de noter cet aspect important du Règlement AC que la demande en interdiction ne peut entraîner de décision définitive sur la validité du brevet en cause ou sa contrefaçon. Ce règlement vient en effet s’ajouter au régime d’exécution des brevets de la *Loi sur les brevets*. Quelle que soit l’issue de la demande en interdiction, l’innovateur conserve le droit de poursuivre en contrefaçon le fabricant de génériques, et il reste loisible à ce dernier d’essayer de faire invalider le brevet. Néanmoins, le Règlement AC a donné lieu à de nombreux litiges parce que les enjeux financiers sont considérables, même quand il s’agit seulement de hâter ou de retarder l’entrée d’un produit générique sur le marché.

L’admissibilité des brevets à l’inscription

[22] Selon le paragraphe 4(1) [mod., *idem*, art. 3] du Règlement AC, seul le fabricant qui a déposé une PDN relative à une drogue déterminée a le droit de demander l’inscription d’un brevet au registre à l’égard de cette drogue. L’application de cette disposition est assurée par le paragraphe 4(5), qui dispose que la liste de brevets doit indiquer la PDN à laquelle elle se rapporte et la date de dépôt de celle-ci. En outre, sous le régime du paragraphe 3(3) [mod., *idem*, art. 2] du Règlement AC, un brevet ne peut être inscrit au registre avant l’approbation par le ministre de la PDN sur laquelle se fonde la demande d’inscription et la délivrance d’un AC pour la drogue en réponse à cette PDN. Par conséquent, chaque inscription de brevet se trouve liée de façon permanente à un AC particulier déposé par l’innovateur et à la PDN qui est à l’origine de sa délivrance, ainsi qu’à la drogue à l’égard de laquelle le brevet est inscrit. C’est pourquoi une inscription de brevet donnée peut être considérée comme faite « au titre » d’un AC déterminé.

[23] La demande d’inscription de brevet est soumise à des conditions temporelles. Le paragraphe 4(3) [mod.,

the NOC Regulations, an application to list a patent must be made at the same time as the NDS on which it is based. By exception, subsection 4(4) [as am. *idem*] of the NOC Regulations permits the listing of a patent issued after the filing of the NDS if two conditions are met. First, the patent application must have been filed before the NDS was filed. Second, the patent listing application must be filed within 30 days after the issuance of the patent.

[24] It was determined in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271 (F.C.T.D.), affirmed (2001), 11 C.P.R. (4th) 538 (F.C.A.), that the reference in section 4 of the NOC Regulations to an NDS includes an SNDS. Later cases refined that interpretation. It is now established that an SNDS may support a patent listing application only if the change reflected in the SNDS may be relevant to the potential infringement of a patent claim that is within the scope of the NOC Regulations (the jurisprudence is summarized at paragraphs 14 to 22 of *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2007] 3 F.C.R. 102 (F.C.A.)). Because of the time limits for patent listing applications, the question of whether a particular SNDS may support a patent listing is determined on the basis of the changes reflected in that SNDS, independently of any prior NOCs.

[25] The jurisprudence has not yet dealt with all possible scenarios for listing a patent on the basis of an SNDS, and I do not propose to attempt a comprehensive summary. Each case must be determined on its own facts. For purposes of illustration, it is enough to note that, for example, an SNDS filed to reflect a change in the indicated use of a drug that contains a particular medicine may support the listing of a patent that contains a claim for that use of the medicine. On the other hand, an SNDS filed to reflect a change in the name of the drug or a change in the name of the drug manufacturer cannot support a patent listing.

[26] Some of the cases use the term “substantive” to describe the kind of change that must be reflected in an

idem, art. 3] du Règlement AC dispose que la demande d’inscription de brevet doit se faire au moment du dépôt de la PDN sur laquelle elle se fonde. Le paragraphe 4(4) [mod., *idem*] prévoit une exception à cette règle : il permet l’inscription d’un brevet délivré après le dépôt de la PDN à deux conditions. Premièrement, le dépôt de la demande de brevet doit avoir précédé celui de la PDN. Deuxièmement, la demande d’inscription du brevet doit être déposée dans les 30 jours suivant la délivrance de celui-ci.

[24] Il a été statué dans *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [1999] A.C.F. n° 458 (1^{re} inst.) (QL), conf. par [2001] A.C.F. n° 143 (C.A.) (QL), que le SPDN est assimilable à la PDN pour l’application de l’article 4 du Règlement AC. La jurisprudence ultérieure a nuancé cette interprétation. Il est maintenant établi que la demande d’inscription de brevet ne peut se fonder sur un SPDN que si le changement faisant l’objet de ce dernier peut se révéler pertinent pour la contrefaçon hypothétique d’une revendication de brevet relevant du Règlement AC (la jurisprudence applicable est résumée aux paragraphes 14 à 22 de *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2007] 3 R.C.F. 102 (C.A.F.)). Étant donné les conditions temporelles auxquelles la demande d’inscription de brevet est soumise, on décide la question de savoir si un SPDN déterminé peut fonder l’inscription d’un brevet en fonction des changements qui en font l’objet, indépendamment de tout AC antérieur.

[25] La jurisprudence n’a pas encore réglé tous les cas de figures envisageables de l’inscription d’un brevet sur la base d’un SPDN, et je n’essaierai pas d’en dresser un tableau complet. Chaque affaire doit être décidée en fonction de ses faits particuliers. Qu’il me suffise de noter ici, aux fins d’illustration, qu’un SPDN ayant pour objet un changement des indications thérapeutiques d’une drogue peut servir de base à l’inscription d’un brevet comprenant une revendication pour l’utilisation du médicament que contient cette drogue. Par contre, l’inscription d’un brevet ne peut se fonder sur un SPDN ayant pour objet un changement du nom de la drogue ou du fabricant.

[26] On désigne parfois « changement de fond » dans la jurisprudence la sorte de changement qui doit faire

SNDS before it is capable of supporting a patent listing. In that context, “substantive” must be understood to refer to something substantive in relation to the patented invention or the patent claims. An SNDS that is properly characterized as “substantive” for the purposes of the *Food and Drug Regulations* (because it seeks a change that may have implications for the safety or effectiveness of the drug) will not necessarily be capable of supporting the listing of a patent. Similarly, evidence that a particular SNDS was costly to prepare and required a great deal of supporting information cannot by itself establish that the SNDS is capable of supporting a patent listing. On the other hand, evidence that an SNDS is properly characterized as an administrative SNDS for the purposes of the *Food and Drug Regulations* probably will indicate that it cannot support a patent listing.

[27] *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 2 S.C.R. 560, is also instructive on the issues raised in this appeal. In *AstraZeneca*, the Minister was found to have been correct to issue an NOC to a generic drug manufacturer for a copy of an innovator’s drug without requiring the generic drug manufacturer to address the patents listed in respect of the innovator’s drug because, on the facts, the generic drug manufacturer could not possibly have taken advantage of the early working exception in subsection 55.2(1) of the *Patent Act*. To require the generic drug manufacturer to address the listed patents in those circumstances would have extended the reach of the NOC Regulations beyond their intended purpose. On that point, see also *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533.

[28] *AstraZeneca* may provide a basis for finding the NOC Regulations to be inapplicable in any situation where the early working exception is not in play. It does not follow, however, that where early working is established, the innovator must automatically be given the advantage of the NOC Regulations. That is because the NOC Regulations do not assist the innovator unless the patent is properly listed.

l’objet du SPDN pour que celui-ci puisse étayer l’inscription d’un brevet. Dans ce contexte, l’expression « de fond » doit se comprendre par rapport à l’invention brevetée ou aux revendications du brevet. Un SPDN valablement qualifié « de fond » pour l’application du *Règlement sur les aliments et drogues* (parce qu’il vise un changement susceptible d’avoir des effets sur l’innocuité ou l’efficacité de la drogue) ne pourra pas nécessairement fonder l’inscription d’un brevet. De même, la preuve qu’un SPDN donné a coûté cher à rédiger et a exigé une grande quantité de renseignements justificatifs n’établit pas en soi qu’il puisse étayer la demande d’inscription d’un brevet. Par contre, la preuve qu’un SPDN est à bon droit qualifié d’administratif pour l’application du *Règlement sur les aliments et drogues* donnera à penser qu’il ne peut probablement pas fonder l’inscription d’un brevet.

[27] L’arrêt *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 2 R.C.S. 560, est également instructif concernant les questions que soulève le présent appel. La Cour suprême a conclu dans cet arrêt que le ministre avait eu raison de délivrer un AC à un fabricant de génériques à l’égard de sa copie de la drogue d’un innovateur sans exiger qu’il traitât les brevets inscrits au titre de celle-ci, au motif que, vu les faits, le fabricant de génériques n’aurait absolument pas pu se prévaloir de l’exception relative aux travaux préalables que prévoit le paragraphe 55.2(1) de la *Loi sur les brevets*. Dans ce contexte, exiger du fabricant de génériques qu’il traite les brevets inscrits aurait équivalu à étendre le champ d’application du Règlement AC au-delà de l’objet visé par le législateur. Sur ce point, voir aussi *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533.

[28] *AstraZeneca* pourrait justifier la conclusion que le Règlement AC est inapplicable à toute situation ne mettant pas en jeu l’exception relative aux travaux préalables. Il ne s’ensuit pas cependant que, dans le cas où une exploitation anticipée de cette nature est établie, l’innovateur doive automatiquement pouvoir se prévaloir du Règlement AC. La raison en est que celui-ci n’aide pas l’innovateur à moins que son brevet ne soit valablement inscrit.

[29] This appeal deals with the propriety of a patent listing. The part of *AstraZeneca* that is most relevant to that issue is the part explaining that the listing of a patent on the basis of an SNDS requires a certain link between the change reflected in the SNDS, the NOC issued in response to that SNDS, and the patent sought to be listed. On this point I agree with the Judge (see paragraph 22 of his reasons).

[30] I also agree with the Judge that *AstraZeneca* reverses part of the reasoning for the decision of this Court in *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140 (C.A.). The part of the *Eli Lilly* reasoning that cannot stand with *AstraZeneca* is the proposition that a patent containing a claim for the medicine in a drug is listed generally against the drug, rather than against a specific NOC issued in response to the NDS or SNDS upon which the patent listing is based.

[31] The *Eli Lilly* case involved a dispute between the Minister and Eli Lilly, an innovator, as to whether a patent containing a claim for a lactose formulation of the medicine in Tazidime could be listed in respect of Tazidime even though Tazidime did not contain lactose. No generic drug manufacturer was a party to the proceeding, and there was no evidence of any actual use of the early working exception by anyone. This Court held that the patent should be listed. Following *AstraZeneca*, however, Eli Lilly would not have a sound basis for a prohibition application under the NOC Regulations if a generic drug manufacturer were to file an NDS comparing its generic version to Tazidime, because there will have been no early working of the patented invention. In those circumstances, a dismissal motion under paragraph 6(5)(a) [as enacted by SOR/98-166, s. 5] of the NOC Regulations probably would succeed.

[32] On October 5, 2006, the NOC Regulations were amended to confirm the right of an innovator to list a new patent on the basis of an SNDS and to govern that

[29] Le présent appel porte sur la régularité d'une inscription de brevet. La partie de l'arrêt *AstraZeneca* la plus pertinente pour cette question est celle où la Cour suprême explique que l'inscription d'un brevet sur la base d'un SPDN est subordonnée à l'existence d'un lien entre le changement faisant l'objet de ce SPDN, l'AC délivré en réponse à ce dernier et le brevet qu'on veut faire inscrire. Je souscris sur ce point aux conclusions du juge de première instance (voir le paragraphe 22 de son exposé des motifs).

[30] Je pense aussi comme le juge de première instance que l'arrêt *AstraZeneca* infirme en partie le raisonnement sur lequel se fonde l'arrêt de notre Cour dans *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140 (C.A.). La partie de ce raisonnement qu'*AstraZeneca* rend caduque est l'idée qu'un brevet portant une revendication pour le médicament contenu dans une drogue est en général inscrit au titre de cette drogue plutôt qu'au titre d'un AC déterminé délivré en réponse à la PDN ou au SPDN qui fonde l'inscription de ce brevet.

[31] L'affaire *Eli Lilly* opposait le ministre et l'innovateur Eli Lilly sur la question de savoir si un brevet portant une revendication pour une formulation lactosée du médicament contenu dans le Tazidime pouvait être inscrit au titre de cette drogue même si celle-ci ne contenait pas de lactose. Aucun fabricant de génériques n'était partie à cette instance, et aucun élément de preuve ne tendait à établir que quiconque se fût effectivement prévalu de l'exception relative aux travaux préalables. Notre Cour a conclu que le brevet devait être inscrit. Cependant, après *AstraZeneca*, Eli Lilly ne pourrait étayer solidement une demande en interdiction sous le régime du Règlement AC dans le cas où un fabricant de génériques déposerait une PDN comparant son produit générique au Tazidime, étant donné l'absence d'exploitation anticipée de l'invention brevetée. Dans ce cas, une requête en rejet formée sous le régime de l'alinéa 6(5)a [édicte par DORS/98-166, art. 5] du Règlement AC serait probablement accueillie.

[32] Le 5 octobre 2006, on a modifié le Règlement AC pour confirmer le droit de l'innovateur à inscrire un nouveau brevet sur la base d'un SPDN et pour en régir

right. Those amendments are not relevant to this case because they apply only to patent listing applications made on or after June 17, 2006 (SOR/2006-242, sections 2 and 6).

Motion to dismiss a prohibition application where the patent is not eligible for listing

[33] This Court has held that a generic drug manufacturer cannot, by means of an application for judicial review, obtain an order requiring the Minister to remove an improperly listed patent from the patent register: *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 181 D.L.R. (4th) 404 (F.C.A.). However, once a prohibition application is commenced, the NOC Regulations provide a means for removing an improperly listed patent from consideration in that application.

[34] Thus, a generic drug manufacturer initially may be required to address every patent listed in respect of the Canadian reference product to which the proposed generic version is compared, whether or not the patent is properly listed. If there is an allegation of invalidity or non-infringement, the NOA may lead to a prohibition application and the commencement of the automatic 24-month statutory stay. However, the generic drug manufacturer may move under paragraph 6(5)(a) of the NOC Regulations for an order dismissing the prohibition application entirely, or dismissing it in relation to the improperly listed patent or patents.

[35] Paragraph 6(5)(a) (as amended effective October 5, 2006 by SOR/2006-242 [section 3]) reads as follows:

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 in whole or in part

(a) in respect of those patents that are not eligible for inclusion on the register.

l'exercice. Mais ces modifications ne sont pas pertinentes pour la présente espèce puisqu'elles ne s'appliquent qu'aux demandes d'inscription de brevet faites à partir du 17 juin 2006 (DORS/2006-242, articles 2 et 6).

La requête en rejet d'une demande en interdiction dans le cas où le brevet n'est pas admissible à l'inscription

[33] Notre Cour a établi qu'il n'est pas permis à un fabricant de génériques d'obtenir par voie de demande de contrôle judiciaire une ordonnance enjoignant au ministre de radier du registre un brevet qui y est irrégulièrement inscrit : *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 1978 (C.A.) (QL). Cependant, le Règlement AC prévoit un moyen de faire en sorte que, la demande en interdiction une fois introduite, la Cour ne tienne pas compte dans le cadre de cette demande d'un brevet irrégulièrement inscrit.

[34] Ainsi, le fabricant de génériques peut devoir au départ traiter chaque brevet inscrit à l'égard du produit de référence canadien auquel il compare la version générique qu'il propose, que ce brevet soit ou non valablement inscrit. Si l'AA porte une allégation d'invalidité ou d'absence de contrefaçon, il peut entraîner l'introduction d'une demande en interdiction, de sorte que le sursis réglementaire de 24 mois commence automatiquement à courir. Cependant, le fabricant de génériques peut former, sous le régime de l'alinéa 6(5)a) du Règlement AC, une requête en vue d'obtenir une ordonnance rejetant la demande en interdiction, soit entièrement, soit à l'égard du ou des brevets irrégulièrement inscrits.

[35] L'alinéa 6(5)a) (dans sa version modifiée par DORS/2006-242 [article 3], en vigueur à compter du 5 octobre 2006) est libellé comme suit :

6. [. . .]

(5) Lors de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), le tribunal peut, sur requête de la seconde personne, rejeter tout ou partie de la demande si, selon le cas :

a) les brevets en cause ne sont pas admissibles à l'inscription au registre.

(The phrase “proceeding in respect of an application under subsection (1)” means a prohibition application; the “second person” is the generic drug manufacturer.)

[36] A motion under paragraph 6(5)(a) is not analogous to a motion for summary judgment or a motion to strike proceedings, and cannot be governed by the principle from *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.) that an application normally will not be struck out on a motion before the hearing. The purpose of a paragraph 6(5)(a) motion is to remove from consideration in a prohibition application any patent or patents that should not have been listed. That purpose can be achieved only if the motion is made and dealt with prior to the hearing on the merits of the application.

The facts

[37] Wyeth is an innovator. In 1994, Wyeth obtained an NOC for a drug named “Effexor” in tablet form for use as an antidepressant. The medicinal ingredient in “Effexor” is venlafaxine hydrochloride. In 1996, Wyeth filed a SNDS to obtain a new NOC to change the dosage form of its venlafaxine hydrochloride drug to extended release capsules, to be marketed under the name “Effexor XR”. On February 16, 1998, the Minister issued Wyeth an NOC for “Effexor XR”. Wyeth says, and Ratiopharm does not dispute, that “Effexor XR” embodies one or more of the claims in the ’778 patent.

[38] The ’778 patent is owned by Wyeth. The patent application was filed on March 12, 1997 with a claimed priority date of March 25, 1996 based on a U.S. patent application. The patent was issued on December 20, 2005 and will expire 20 years after the filing date (section 44 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42] of the *Patent Act*).

[39] Because Wyeth filed the SNDS for “Effexor XR” before filing the application for the ’778 patent, Wyeth could not use that SNDS as the basis for an application

(L’« instance relative à la demande visée au paragraphe (1) » est la demande en interdiction, et l’expression « seconde personne » désigne le fabricant de génériques.)

[36] La requête visée à l’alinéa 6(5)a n’est pas analogue à une requête en jugement sommaire ou à une requête en radiation d’instance et ne relève pas du principe formulé dans *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), selon lequel une demande ne peut normalement être radiée sur requête avant l’audience. L’objet de l’alinéa 6(5)a est de faire en sorte que le tribunal s’abstienne de prendre en considération, dans le cadre d’une demande en interdiction, tous brevets qui n’auraient pas dû être inscrits. Cet objet ne peut être rempli que si la requête est formée et instruite avant l’audience de la demande sur le fond.

Les faits

[37] Wyeth est un innovateur. Elle a obtenu en 1994 un AC à l’égard d’une drogue en comprimés appelée « Effexor », pour utilisation comme antidépresseur. L’ingrédient médicinal de l’« Effexor » est le chlorhydrate de venlafaxine. En 1996, Wyeth a déposé un SPDN en vue d’obtenir un nouvel AC pour changer la forme posologique de sa drogue, qui se présenterait en capsules à libération prolongée sous la marque « Effexor XR ». Le 16 février 1998, le ministre a délivré à Wyeth un AC pour l’« Effexor XR ». Wyeth affirme, non contredite en cela par ratiopharm, que l’« Effexor XR » est l’application d’une ou plusieurs des revendications du brevet ’778.

[38] Wyeth est propriétaire du brevet ’778. La demande de ce brevet a été déposée le 12 mars 1997; la date de priorité revendiquée, sur la base d’une demande de brevet déposée aux États-Unis, était le 25 mars 1996. Le brevet a été délivré le 20 décembre 2005 et expirera 20 ans après la date de dépôt (article 44 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42] de la *Loi sur les brevets*).

[39] Comme elle a déposé le SPDN relatif à l’« Effexor XR » avant le dépôt de la demande du brevet ’778, Wyeth ne pouvait fonder sur ce SPDN la demande

to list the '778 patent in respect of "Effexor XR". However, Wyeth succeeded in having the '778 patent listed in respect of "Effexor XR" on the basis of six other SNDSs that were filed later. The particulars of those listings are summarized as follows:

SNDS	NOC Date	Description	SPDN	Date de l'AC	Objet
082937	March 14, 2003 February 21, 2003	Change in the name of the manufacturer	082937	14 mars 2003 21 février 2003	Changement du nom du fabricant
074443	June 13, 2003 October 10, 2001	New indication: Social phobia (social anxiety disorder)	074443	13 juin 2003 10 octobre 2001	Nouvelle indication : phobie sociale (trouble d'anxiété sociale)
088901	December 10, 2004 November 14, 2003	Description of clinical trial in the treatment of social anxiety disorder for up to six months	088901	10 décembre 2004 14 novembre 2003	Description d'un essai clinique pour le traitement du trouble d'anxiété sociale sur une durée allant jusqu'à six mois
094252	September 1, 2005 September 22, 2004	New indication for the symptomatic relief of panic disorder	094252	1 ^{er} septembre 2005 22 septembre 2004	Nouvelle indication : médication symptomatique du trouble panique
070529	April 25, 2003 August 9, 2000 (or March 1, 2001)	Revised indication: For maintenance treatment of major depressive disorder	070529	25 avril 2003 9 août 2000 (ou 1 ^{er} mars 2001)	Indication modifiée : traitement d'entretien du trouble dépressif majeur
083387	September 13, 2004 February 25, 2003	Updates to the product monograph re: nausea reduction	083387	13 septembre 2004 25 février 2003	Mises à jour de la monographie de produit : réduction des nausées

[40] ratiopharm, a generic drug manufacturer, filed an ANDS for venlafaxine hydrochloride capsules using "Effexor XR" as the Canadian reference product. In a NOA dated December 23, 2005, ratiopharm made allegations of invalidity and non-infringement in respect of the '778 patent. Wyeth then commenced a prohibition application under subsection 6(1) of the NOC Regulations. The only patent in issue in that proceeding is the '778 patent.

[41] On December 18, 2006, ratiopharm filed a motion under paragraph 6(5)(a) of the NOC Regulations to dismiss the prohibition application on the basis that

d'inscription du brevet '778 au titre de l'« Effexor XR ». Cependant, Wyeth a réussi à faire inscrire le brevet '778 au titre de l'« Effexor XR » en se fondant sur six autres SPDN déposés plus tard. Le tableau qui suit récapitule les renseignements pertinents sur ces inscriptions.

[40] ratiopharm, producteur de génériques, a déposé une PADN relative au chlorhydrate de venlafaxine en capsules en citant l'« Effexor XR » comme produit de référence canadien. Elle a ensuite formulé, dans un AA en date du 23 décembre 2005, des allégations d'invalidité et d'absence de contrefaçon relativement au brevet '778. Wyeth a alors introduit une demande en interdiction en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement AC. Le seul brevet en litige dans cette instance était le brevet '778.

[41] Le 18 décembre 2006, ratiopharm a déposé en vertu de l'alinéa 6(5)a) du Règlement AC une requête tendant à faire rejeter la demande en interdiction susdite

the '778 patent is not eligible for listing in respect of "Effexor XR". The motion was heard on March 26, 2007. Wyeth conceded in the Federal Court that, on the basis of the *Hoffmann* line of cases referred to above, the '778 patent should not have been listed against the first NOC listed above (dated March 14, 2003). The other five listings remained in issue.

[42] The Judge found that the '778 patent was eligible for listing against the fifth and sixth NOCs listed above (dated April 25, 2003 and September 13, 2004), but not the second, third and fourth NOCs (dated June 13, 2003, December 10, 2004 and September 1, 2005).

[43] The Judge dismissed ratiopharm's motion in an order dated March 29, 2007 ((2007), 58 C.P.R. (4th) 154 (F.C.)) that reads as follows:

For the Reasons given, THIS COURT ORDERS that:

1. The motion is dismissed in respect of EFFEXOR XR capsule NOCs issued April 25, 2003 and September 13, 2004;
2. The motion is granted in respect of such NOCs dated March 14, 2003; June 13, 2003; December 10, 2004 and September 1, 2005 and the Minister is directed to de-list Canadian Patent No. 2,199,778 in respect of those NOCs.
3. No order as to costs.

The appeal and cross-appeal

[44] ratiopharm appeals the March 29, 2007 order on the basis that the Judge erred in finding that the SNDS relating to the NOCs dated April 25, 2003 and September 13, 2004 are capable of supporting the listing of the '778 patent in respect of "Effexor XR". Ratiopharm argues that the Judge should have granted its motion to dismiss the prohibition application. Wyeth argues that, as the Judge correctly found that the listing of the '778 patent is properly supported by at least one SNDS, the Judge was correct to permit the prohibition

au motif que le brevet '778 n'était pas admissible à l'inscription à l'égard de l'« Effexor XR ». Cette requête a été entendue le 26 mars 2007. Wyeth a admis devant la Cour fédérale que, étant donné la jurisprudence récapitulée dans *Hoffmann* dont nous parlions plus haut, le brevet '778 n'aurait pas dû être inscrit au titre du premier AC du tableau ci-dessus (en date du 14 mars 2003). Les cinq autres inscriptions sont restées en litige.

[42] Le juge de première instance a conclu que le brevet '778 était admissible à l'inscription aux titres du cinquième et du sixième des AC énumérés au tableau ci-dessus (respectivement en dates du 25 avril 2003 et du 13 septembre 2004), mais pas des deuxième, troisième et quatrième AC (respectivement en dates des 13 juin 2003, 10 décembre 2004 et 1^{er} septembre 2005).

[43] Le juge de première instance a rejeté la requête de ratiopharm par une ordonnance en date du 29 mars 2007 (2007 CF 340), libellée comme suit :

Pour les motifs susmentionnés, LA COUR ORDONNE :

1. La requête est rejetée pour ce qui est des avis de conformité concernant les gélules d'EFFEXOR XR, délivrés le 25 avril 2003 et le 13 septembre 2004.
2. La requête est accueillie en ce qui concerne les avis de conformité des 14 mars 2003, 13 juin 2003, 10 décembre 2004 et 1^{er} septembre 2005, et il est ordonné au ministre de radier l'inscription du brevet canadien n° 2,199,778 en ce qui concerne ces avis de conformité.
3. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

L'appel et l'appel incident

[44] Ratiopharm interjette appel de l'ordonnance du 29 mars 2007 au motif que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les SPDN relatifs aux AC du 25 avril 2003 et du 13 septembre 2004 peuvent fonder l'inscription du brevet '778 à l'égard de l'« Effexor XR ». Elle soutient que le juge aurait dû accueillir sa requête en rejet de la demande en interdiction. Wyeth affirme quant à elle que, comme le juge a conclu à bon droit que l'inscription du brevet '778 est valablement fondée sur au moins un SPDN, il a eu

application to continue.

[45] Wyeth also cross-appeals on the basis that the Judge should have found that the '778 patent was validly listed against all of the NOCs listed above (except the NOC dated March 14, 2003).

[46] In addition, Wyeth argues in its cross-appeal that the Judge erred in ordering the Minister to de-list the '778 patent in relation to the NOCs dated March 14, 2003, June 13, 2003, December 10, 2004 and September 1, 2005. The Minister and ratiopharm agree with Wyeth on that point.

The eligibility of the '778 patent for listing in respect of "Effexor XR"

[47] The motion of ratiopharm under paragraph 6(5)(a) of the NOC Regulations requires a determination, for each SNDS upon which a listing was obtained, as to whether there is a sufficient link between the SNDS, the NOC that resulted from the SNDS, and the patented invention or the patent claims. My analysis of that question for each SNDS in issue in this case is set out below.

(1) NOC dated March 14, 2003

[48] Wyeth correctly conceded in the Federal Court that the listing against the NOC dated March 14, 2003 is improper because a SNDS for a change in the name of the manufacturer is not capable of supporting a patent listing.

(2) NOCs dated June 13, 2003, December 10, 2004 and September 1, 2005

[49] The Judge accepted uncontradicted evidence that there is nothing in the '778 patent that relates to the new indication for social phobia or social anxiety disorder, the description of a clinical trial in the treatment of social anxiety disorder, or the new indication for the symptomatic relief of social anxiety disorder (see

raison d'autoriser la continuation de la procédure en interdiction.

[45] Wyeth interjette en outre un appel incident au motif que le juge de première instance aurait dû conclure que le brevet '778 était valablement inscrit au titre de tous les AC énumérés au tableau ci-dessus (sauf celui du 14 mars 2003).

[46] Wyeth soutient en outre dans son appel incident que le juge de première instance a commis une erreur en ordonnant au ministre de radier le brevet '778 au titre des AC des 14 mars 2003, 13 juin 2003, 10 décembre 2004 et 1^{er} septembre 2005. Le ministre et ratiopharm souscrivent à cette prétention de Wyeth.

L'admissibilité du brevet '778 à l'inscription au titre de l'« Effexor XR »

[47] La requête formée par ratiopharm sous le régime de l'alinéa 6(5)a) du Règlement AC exige que soit tranchée, à propos de chaque SPDN sur la base duquel une inscription a été obtenue, la question de savoir s'il existe un lien suffisant entre ce SPDN, l'AC dont la délivrance en découle et l'invention brevetée ou les revendications du brevet. J'exposerai maintenant les résultats de mon analyse de cette question relativement à chacun des SPDN en cause dans la présente espèce.

1) L'AC en date du 14 mars 2003

[48] Wyeth a admis avec raison devant la Cour fédérale que l'inscription au titre de l'AC du 14 mars 2003 est irrégulière au motif que l'inscription d'un brevet ne peut se fonder sur un SPDN ayant pour objet le changement du nom du fabricant.

2) Les AC en dates des 13 juin 2003, 10 décembre 2004 et 1^{er} septembre 2005

[49] Le juge de première instance a accepté un témoignage non contredit selon lequel le brevet '778 ne se rapporte en rien à la nouvelle indication concernant la phobie sociale (ou trouble d'anxiété sociale), à la description d'un essai clinique portant sur le traitement du trouble d'anxiété sociale ou à la nouvelle indication

paragraph 32 of his reasons). There is no basis for disturbing that finding. I agree with the Judge's conclusion that the '778 patent is not eligible for listing against the NOCs dated June 13, 2003, December 10, 2004 and September 1, 2005.

(3) NOCs dated April 25, 2003 and September 13, 2004

[50] The Judge concluded that the '778 patent was properly listed against the NOCs dated April 25, 2003 and September 13, 2004. He said at paragraph 38 of his reasons that, where there is a reasonable dispute as to the facts and opinions necessary to establish whether there is a sufficient relationship between a patent sought to be listed and the SNDS upon which it is based, the Federal Court should presume that the Minister has undertaken the factual deliberations mandated by the law and should defer to the Minister unless it is clear that there is no such relationship in fact.

[51] Paragraph 37 of the Judge's reasons explains how he assessed the factual elements of the Minister's decision to list the '778 patent. There he refers to paragraph 21 of *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 239 D.L.R. (4th) 627 (F.C.A.), which deals with the standard of review of a judicial decision as established by *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235. The Judge considered himself obliged to apply that standard of review to the Minister's decision to list the '778 patent. As he could not conclude, with respect to the listing of the '778 patent against the April 25, 2003 NOC and the September 13, 2004 NOC, that the Minister had made a palpable and overriding factual error in finding the requisite relationship, he considered himself bound to conclude that the requisite relationship exists. On that basis he declined to find the patent ineligible for listing and dismissed the motion to dismiss the prohibition application.

[52] ratiopharm argues that the Judge erred in law in deferring to the Minister's listing decisions rather than

relative à la médication symptomatique de ce même trouble (voir le paragraphe 32 de son exposé des motifs). Rien ne justifie la remise en cause de cette constatation. Je souscris à la conclusion du juge selon laquelle le brevet '778 n'est pas admissible à l'inscription au titre des AC des 13 juin 2003, 10 décembre 2004 et 1^{er} septembre 2005.

3) Les AC en dates des 25 avril 2003 et 13 septembre 2004

[50] Le juge de première instance a conclu que le brevet '778 était valablement inscrit au titre des AC des 25 avril 2003 et 13 septembre 2004. Il explique, au paragraphe 38 de son exposé des motifs que, dans les cas où l'on peut raisonnablement débattre des faits et des opinions nécessaires pour établir l'existence d'un lien suffisant entre le brevet qu'on souhaite faire inscrire et le SPDN sur lequel on se fonde à cette fin, la Cour fédérale devrait présumer que le ministre a effectué l'examen factuel qu'exige la loi et devrait s'en remettre à sa décision, à moins que l'inexistence d'un tel lien ne soit manifeste.

[51] Le juge de première instance explique au paragraphe 37 de son exposé des motifs comment il a évalué les éléments factuels de la décision du ministre d'inscrire le brevet '778. Il s'y réfère au paragraphe 21 de l'arrêt *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CAF 154, qui traite la norme de contrôle des décisions judiciaires établie par *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235. Le juge s'est estimé tenu d'appliquer cette norme de contrôle à la décision du ministre d'inscrire le brevet '778. Comme il ne pouvait conclure, touchant l'inscription du brevet '778 au titre des AC du 25 avril 2003 et du 13 septembre 2004, que le ministre eût commis une erreur de fait manifeste et dominante en constatant l'existence du lien nécessaire, il a estimé devoir souscrire à cette constatation. Sur ce fondement, il a refusé de prononcer l'inadmissibilité du brevet à l'inscription et a repoussé la requête en rejet de la demande en interdiction.

[52] ratiopharm soutient que le juge de première instance a commis une erreur de droit en s'en remettant

making his own determination as to whether the patent was eligible for listing. The Minister supports the argument of ratiopharm on that issue.

[53] I agree with ratiopharm and the Minister. In my view, the Judge erred in his interpretation of paragraph 6(5)(a) of the NOC Regulations and thus in his approach to ratiopharm's motion in relation to the NOCs dated April 25, 2003 and September 13, 2004. Paragraph 6(5)(a) is quoted above but I repeat it here for ease of reference:

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 in whole or in part

(a) in respect of those patents that are not eligible for inclusion on the register.

[54] A motion under paragraph 6(5)(a) requires the Judge to determine, on the basis of the evidence presented in the motion, whether the patent in issue is eligible for listing. The evidence that the Minister took into account in deciding to permit the patent to be listed may or may not be the same as the record on the motion. The parties may or may not present to the Federal Court the evidence upon which the Minister acted, and they are free to present evidence that was not before the Minister. It is not correct to treat such a motion as analogous to a judicial review of the Minister's listing decision, much less as an appellate review as though the listing of the patent was the result of a judicial decision. In a motion under paragraph 6(5)(a), the fact that the Minister concluded that the patent was eligible for listing is not relevant.

[55] It follows that a motion under paragraph 6(5)(a) entails no standard of review. It is a judicial decision as to the sufficiency of the relationship between an innovator's application to list a particular patent and the

aux décisions d'inscription du ministre plutôt que de décider lui-même la question de savoir si le brevet était admissible à l'inscription. Le ministre souscrit à cette prétention de ratiopharm.

[53] Je me trouve d'accord sur ce point avec ratiopharm et le ministre. À mon sens, le juge de première instance s'est trompé dans son interprétation de l'alinéa 6(5)a) du Règlement AC et, par conséquent, dans sa façon d'aborder la requête de ratiopharm pour ce qui concerne les AC du 25 avril 2003 et du 13 septembre 2004. J'ai déjà cité plus haut l'alinéa 6(5)a), mais j'en reproduis ici le texte pour la commodité du lecteur :

6. [. . .]

(5) Lors de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), le tribunal peut, sur requête de la seconde personne, rejeter tout ou partie de la demande si, selon le cas :

a) les brevets en cause ne sont pas admissibles à l'inscription au registre.

[54] Toute requête formée sous le régime de l'alinéa 6(5)a) exige du juge qu'il décide, sur le fondement de la preuve produite dans le cadre de cette requête, si le brevet en cause est admissible à l'inscription. La preuve que le ministre a pris en considération pour décider d'autoriser l'inscription du brevet peut être ou non la même que la preuve au dossier de la requête. Les parties peuvent produire ou non devant la Cour fédérale la preuve sur laquelle le ministre a fondé sa décision, et il leur est loisible de présenter des éléments de preuve dont le ministre n'était pas saisi. C'est une erreur que de considérer une telle requête comme analogue à une demande de contrôle judiciaire de la décision d'inscription du ministre, et il est encore plus erroné de l'assimiler à un appel comme si l'inscription du brevet découlait d'une décision judiciaire. Dans le cadre d'une requête formée sous le régime de l'alinéa 6(5)a), le fait que le ministre ait conclu à l'admissibilité du brevet à l'inscription n'est pas pertinent.

[55] Il s'ensuit qu'une requête formée sous le régime de l'alinéa 6(5)a) ne commande l'application d'aucune norme de contrôle. Une telle requête doit donner lieu à une décision judiciaire sur le caractère suffisant ou non

NDS or SNDS upon which that application is based. Where, as in this case, the patent listing application was made before June 17, 2006, the eligibility for listing is governed by section 4 of the NOC Regulations as in force prior to October 5, 2006 and the relevant jurisprudence including (in this case) the line of cases culminating in the 2006 decision of this Court in *Hoffmann*, and the decision of the Supreme Court of Canada in *AstraZeneca*. If necessary, the patent claims must be construed as a question of law, informed as required by expert opinion as to the manner in which the patent would be read by persons skilled in the art.

[56] The factual elements of the motion must be decided on the basis of the normal standard of proof in civil matters, the balance of probabilities. As to the burden of proof, it lies where it normally does, on the party filing the motion (the generic drug manufacturer). However, to the extent that the respondent (the innovator) fails to produce relevant evidence that is under its sole control, there may be a basis for drawing an adverse inference.

[57] Given these conclusions, it is necessary to determine whether the motion should be returned to the Federal Court for reconsideration in relation to the NOCs dated April 25, 2003 and September 13, 2004, or whether the eligibility of the '778 patent for listing against those NOCs should be considered *de novo* by this Court. As the hearing of the prohibition application on the merits is scheduled for early September, it seems to me to be more efficient for this Court to deal with the issues.

[58] I note the submission of Wyeth that ratiopharm, in the course of developing and filing its ANDS, has early worked the patented invention in the '778 patent, or in other words has made use of the patented invention in a manner that would infringe one or more of the patent claims but for subsection 55.2(1) of the *Patent Act*. I am prepared to assume without deciding that there was such early working, and therefore this is a case in which the

du lien entre la demande d'inscription d'un brevet déterminé présentée par l'innovateur et la PDN ou le SPDN sur lequel il fonde cette demande. Lorsque, comme dans la présente espèce, la demande d'inscription de brevet a été faite avant le 17 juin 2006, l'admissibilité à l'inscription est régie par la version de l'article 4 du Règlement AC qui était en vigueur avant le 5 octobre 2006, ainsi que par la jurisprudence applicable, notamment (dans la présente espèce) celle que récapitule l'arrêt *Hoffmann*, rendu par notre Cour en 2006, ainsi que l'arrêt *AstraZeneca* de la Cour suprême du Canada. S'il y a lieu, les revendications du brevet doivent faire l'objet d'une interprétation de droit, éclairée au besoin par des opinions d'expert touchant la manière dont la personne du métier comprendrait le brevet.

[56] Les questions de fait de la requête doivent être décidées suivant la norme habituelle de preuve au civil, c'est-à-dire la prépondérance de la preuve. Quant à la charge de la preuve, elle pèse, conformément aussi à la règle habituelle, sur le requérant (le fabricant de génériques). Cependant, si l'intimé (l'innovateur) omet de produire des éléments de preuve pertinents dont il est seul à disposer, il peut se révéler possible d'en tirer une inférence défavorable pour lui.

[57] Étant donné ces conclusions, il faut décider s'il convient de renvoyer la requête à la Cour fédérale pour réexamen relativement aux AC du 25 avril 2003 et du 13 septembre 2004, ou si notre Cour devrait examiner *de novo* la question de l'admissibilité du brevet '778 à l'inscription au titre de ces AC. Comme l'audience au fond de la demande en interdiction est prévue pour le début de septembre, il me semble préférable du point de vue pratique que notre Cour règle les questions en litige.

[58] Wyeth affirme que ratiopharm, dans le cadre de l'élaboration et du dépôt de sa PADN, a exploité de manière anticipée l'invention faisant l'objet du brevet '778 ou, autrement dit, a fait usage de l'invention brevetée d'une manière qui contreferait une ou plusieurs des revendications de ce brevet n'eut été le paragraphe 55.2(1) de la *Loi sur les brevets*. Je supposerai, sans trancher la question, qu'il y a effectivement eu de tels

NOC Regulations may apply. The outcome of this appeal will turn solely on the propriety of the listing of the '778 patent against the NOCs dated April 25, 2003 and September 13, 2004.

(3.A) Maintenance treatment

[59] The NOC dated April 25, 2003, was issued in response to an SNDS seeking a revised indication for the maintenance treatment of major depressive disorder. Claims 23 to 30 of the '778 patent contain claims for the use of the extended release formulation of venlafaxine hydrochloride for the treatment of major depressive disorder. Wyeth argues that maintenance treatment is a subset of treatment, and therefore claims 23 to 30 of the '778 patent should be interpreted as including claims for the maintenance treatment of major depressive disorder.

[60] ratiopharm argues the contrary. Its argument is supported by the affidavit of Dr. Lon S. Schneider, a professor of psychiatry, who expresses the opinion that a clinical trial for the effective maintenance treatment of major depressive disorder requires 26 to 52 weeks. The disclosure in the '778 patent refers to clinical trials in relation to the treatment of major depressive disorder, but only for periods of 8 or 12 weeks. On that basis, Dr. Schneider opines that a person skilled in the art (a person that Dr. Schneider describes as a psychiatrist or physician) would not interpret the patent or any of its claims as relating to the use of the extended release formulation of venlafaxine hydrochloride in the maintenance treatment of major depressive disorder. The evidence of Dr. Schneider is not contradicted.

[61] It seems to me that in theory, if Dr. Schneider's construction of the patent claims is correct, there is no relevant connection between the '778 patent and the NOC issued April 25, 2003. The question, then, is whether to prefer Dr. Schneider's opinion to the argument of Wyeth, which asserts without the support of expert opinion that the word "treatment" in the use claims should be interpreted to include "maintenance

travaux préalables et que, par conséquent, le Règlement AC peut s'appliquer à la présente espèce. L'issue du présent appel reposera seulement sur la régularité de l'inscription du brevet '778 au titre des AC du 25 avril 2003 et du 13 septembre 2004.

3.A) Le traitement d'entretien

[59] L'AC en date du 25 avril 2003 a été délivré en réponse à un SPDN portant sur une indication modifiée, à savoir le traitement d'entretien du trouble dépressif majeur. Or, les revendications 23 à 30 du brevet '778 comprennent des revendications de l'utilisation de la formulation à libération prolongée de chlorhydrate de venlafaxine pour le traitement du trouble dépressif majeur. Wyeth fait valoir que le traitement d'entretien est une sous-catégorie du traitement, de sorte qu'il conviendrait d'interpréter les revendications 23 à 30 du brevet '778 comme comprenant des revendications du traitement d'entretien du trouble dépressif majeur.

[60] ratiopharm soutient le contraire. Elle étaye sa prétention d'un affidavit du D^r Lon S. Schneider, professeur de psychiatrie, selon qui l'essai clinique pour un véritable traitement d'entretien du trouble dépressif majeur exige de 26 à 52 semaines. Or, si l'exposé du brevet '778 fait état d'essais cliniques relativement au traitement du trouble dépressif majeur, les durées de ces essais ne sont que de 8 ou 12 semaines. Sur ce fondement, le D^r Schneider émet l'avis que la personne du métier (qu'il définit comme un psychiatre ou un médecin) n'interpréterait ni le brevet dans son ensemble ni aucune de ses revendications comme se rapportant à l'utilisation de la formulation à libération prolongée de chlorhydrate de venlafaxine pour le traitement d'entretien du trouble dépressif majeur. La preuve du D^r Schneider n'a pas été contredite.

[61] Si l'interprétation que le D^r Schneider propose des revendications du brevet est juste, il me semble que, en théorie, il n'existe pas de lien pertinent entre le brevet '778 et l'AC délivré le 25 avril 2003. La question est donc de savoir s'il y a lieu de retenir l'opinion du D^r Schneider de préférence à l'argument de Wyeth, qui soutient, sans s'appuyer sur des opinions d'expert, que le terme [TRADUCTION] « traitement » tel qu'employé dans

treatment”. I note that Wyeth, in responding to the motion of ratiopharm, would have been served with the affidavit of Dr. Schneider and was aware of his opinion. Counsel for Wyeth cross-examined Dr. Schneider, but presented no evidence to contradict his interpretation of the patent claims. In these circumstances, I prefer the opinion of Dr. Schneider. I conclude that the '778 patent is not eligible for listing against the NOC issued April 25, 2003.

(3.B) Nausea reduction

[62] The NOC dated September 13, 2004, was issued in response to an SNDS seeking the Minister’s approval to add certain statements to the product monograph relating to nausea reduction, and also to change the permitted dosage. The Minister did not approve the dosage change but did approve the change to the product monograph.

[63] The NOC dated September 13, 2004 involves no change to the dosage form or formulation of “Effexor XR”, or to any indication for the use of “Effexor XR”. “Effexor XR” capsules and their use were the same before and after the issuance of the NOC on September 13, 2004. The only difference is that after September 13, 2004, Wyeth was permitted to say in the product monograph that “Effexor XR” extended release capsules are an improvement over “Effexor” because of the reduced incidence of nausea and vomiting.

[64] The changes to the product monograph that were permitted by the NOC dated September 13, 2004 appear in the product monograph dated September 7, 2004. The preceding monograph is dated June 4, 2003. Both are 100 pages long (not including the bibliography). Nausea is mentioned in the product monograph dated June 4, 2003, at page 38 (appeal book, Volume 2, page 443), where nausea and vomiting are named as adverse reactions to “Effexor” (immediate release tablets) and nausea is named as an adverse reaction to “Effexor XR”

les revendications d’utilisation devrait être interprété comme englobant le « traitement d’entretien ». Je note que Wyeth doit avoir reçu signification de l’affidavit du D^r Schneider dans le cadre de la requête de ratiopharm et qu’elle avait connaissance de l’opinion de ce spécialiste. L’avocat de Wyeth a contre-interrogé le D^r Schneider, mais n’a présenté aucun élément de preuve tendant à réfuter son interprétation des revendications du brevet. Vu ces faits, je retiendrai de préférence l’opinion du D^r Schneider. Je conclus donc que le brevet '778 n’est pas admissible à l’inscription au titre de l’AC délivré le 25 avril 2003.

3.B) La réduction des nausées

[62] L’AC en date du 13 septembre 2004 a été délivré en réponse à un SPDN tendant à obtenir du ministre l’autorisation d’ajouter à la monographie de produit certaines déclarations touchant la réduction des nausées, ainsi que de changer la posologie. Le ministre n’a pas autorisé le changement de posologie, mais il a approuvé la modification de la monographie de produit.

[63] L’AC du 13 septembre 2004 ne comporte de changement ni de la forme posologique ou de la formulation de l’« Effexor XR » ni d’aucune indication thérapeutique de cette drogue. Les capsules d’« Effexor XR » et leur utilisation étaient les mêmes avant et après la délivrance de cet AC. La seule différence est que, après le 13 septembre 2004, Wyeth était autorisée à déclarer dans la monographie de produit que les capsules d’« Effexor XR » à libération prolongée constituaient un progrès par rapport à l’« Effexor » du fait de la réduction de l’incidence des nausées et vomissements.

[64] Les modifications de la monographie de produit autorisées par l’AC du 13 septembre 2004 apparaissent dans la monographie en date du 7 septembre 2004. La monographie précédente porte la date du 4 juin 2003. Les deux comptent 100 pages, la bibliographie non comprise. Il est fait mention des nausées à la page 38 de la monographie du 4 juin 2003 (cahier d’appel, volume 2, page 443), où l’on cite les nausées et les vomissements comme effets indésirables de l’« Effexor » (comprimés à libération immédiate), et les nausées comme effet

(extended release capsules).

[65] In the product monograph dated September 7, 2004, the additions permitted by the NOC dated September 13, 2004, appear in the part of the product monograph entitled “Indications and Clinical Use”. They consist of one sentence added to page 6 and two sentences added to page 11 of the product monograph.

[66] The sentence added to page 6 is part of a discussion under the heading “Multiple-Dose Pharmacokinetic Profile (Immediate Release Tablets and Extended Release Capsules)”. Two of the nine paragraphs in that section compare immediate release tablets and extended release capsules. Those two paragraphs are quoted below. The sentence added pursuant to the NOC dated September 13, 2004 is underlined (appeal book, Volume 2, page 304 [see also Product Monograph: EFFEXOR XR Capsules, at page 57, online <<http://www.wyeth.ca/en/products/>>]):

When equal daily doses of venlafaxine were administered as either an immediate release tablet or an extended release tablet, the exposure (AUC, area under the concentration curve) to both venlafaxine and ODV [O-desmethylvenlafaxine, the only major active metabolite] was similar for the two treatments, and the fluctuation in plasma concentrations was slightly lower following treatment with the extended release capsule. Therefore, the EFFEXOR XR capsules provide a slower rate of absorption, but the same extent of absorption (i.e., AUC), as the venlafaxine immediate release tablet.

Results of testing in healthy volunteers demonstrated differences in the gastrointestinal tolerability of different formulations of venlafaxine. Data from healthy volunteers showed reduced incidence and severity of nausea with EFFEXOR XR Capsules, compared with immediate release tablets.

[67] The second change appears in the section of the product monograph dealing with clinical trials, under the

indésirable de l’« Effexor XR » (capsules à libération prolongée).

[65] Dans la monographie de produit du 7 septembre 2004, les ajouts autorisés par l’AC du 13 septembre 2004 apparaissent dans la section intitulée : [TRADUCTION] « Indications et utilisation clinique ». Il s’agit d’une phrase insérée à la page 6 et de deux phrases ajoutées à la page 11 de cette monographie.

[66] La phrase ajoutée à la page 6 s’inscrit dans une section intitulée : [TRADUCTION] « Profil pharmacocinétique après administration répétée (comprimés de venlafaxine à libération immédiate et capsules de venlafaxine à libération prolongée) ». Deux des neuf alinéas de cette section comparent les comprimés à libération immédiate et les capsules à libération prolongée. Le texte de ces deux alinéas suit. J’y ai souligné la phrase ajoutée en vertu de l’AC du 13 septembre 2004 (cahier d’appel, volume 2, page 304) [voir aussi Monographie : Capsules EFFEXOR XR, à la page 61, en ligne <<http://www.wyeth.ca/fr/products/>>]:

Lorsque des doses quotidiennes égales de venlafaxine ont été administrées sous forme de comprimés de venlafaxine à libération immédiate ou de capsules à libération prolongée, l’exposition (surface sous la courbe de concentration, SCC) à la venlafaxine et à l’ODV [l’O-déméthylvenlafaxine, le seul autre métabolite actif important] était similaire pour les deux traitements et la fluctuation des concentrations plasmatiques était légèrement plus faible après l’administration des capsules à libération prolongée. Par conséquent, les capsules EFFEXOR XR donnent lieu à une absorption plus lente, mais au même degré d’absorption (c.-à-d. la SCC) que les comprimés de venlafaxine à libération immédiate.

Les résultats d’essais menés chez des volontaires sains ont indiqué des différences quant au profil [sic.] de tolérabilité gastro-intestinale du médicament selon la forme posologique administrée. En effet, on a observé une diminution de l’incidence et du degré de sévérité de la nausée chez les volontaires sains prenant les capsules EFFEXOR XR comparativement au sujets recevant les comprimés de venlafaxine à libération immédiate.

[67] Le deuxième ajout est inséré dans la section de la monographie relative aux essais cliniques, sous

heading “Depression”. Two of the subheadings under “Depression” are “Venlafaxine Immediate Release Tablet Formulation” and “EFFEXOR XR Capsules (Extended Release)”. There is no mention of nausea under the first subheading. Under the second subheading there is a paragraph describing a certain clinical trial. That paragraph is quoted below. The two sentences added by the NOC dated September 13, 2004 are underlined (appeal book, Volume 2, page 309) [see also page 62 of the Product Monograph: EFFEXOR XR Capsules].

In the 12-week study comparing immediate release tablets with EFFEXOR XR capsules, once daily, EFFEXOR XR was significantly more effective at weeks 8 and 12, compared with immediate release tablets given twice daily for treating major depression. Analysis of safety data from this trial showed that the incidence of treatment-emergent nausea and nausea severity over time were lower with EFFEXOR XR than with immediate release tablets. Additionally, the incidence of vomiting was lower with EFFEXOR XR than with immediate release tablets.

[68] Wyeth submitted evidence suggesting that the SNDS requesting these changes to the product monograph was substantive and not administrative. That evidence relates to the characterization of the SNDS for the purposes of the *Food and Drug Regulations*. As explained above, the fact that an SNDS is substantive in the sense that it may have implications for the safety or effectiveness of the drug (or, as in this case, that it may require the Minister to assess the reliability of a representation proposed to be made in a product monograph) says nothing about whether the SNDS is one that can support a patent listing.

[69] ratiopharm’s challenge to this listing is based on the fact that the NOC changes only the representations about “Effexor XR”, without any change to “Effexor XR” itself. The argument of Wyeth is that the ’778 patent contains claims for the use of an extended release formulation of venlafaxine hydrochloride for the treatment of depression with diminished levels of nausea

l’intitulé : « Dépression ». Deux des titres de paragraphe apparaissant sous cet intitulé sont : « Comprimés de venlafaxine à libération immédiate » et « Capsules à libération prolongée EFFEXOR XR ». Il n’est pas fait mention des nausées sous le premier de ces deux titres de paragraphe. On trouve sous le deuxième un alinéa décrivant un essai clinique, que nous reproduisons ci-dessous, en soulignant les deux phrases ajoutées en vertu de l’AC du 13 septembre 2004 (cahier d’appel, volume 2, page 309) [voir aussi les pages 66 et 67 de la Monographie : Capsules EFFEXOR XR] :

Dans l’étude de 12 semaines comparant les comprimés de venlafaxine à libération immédiate pris deux fois par jour aux capsules EFFEXOR XR prises une fois par jour, les capsules EFFEXOR XR ont été significativement plus efficaces que les comprimés aux semaines 8 et 12, dans le traitement de la dépression majeure. Selon l’analyse des données concernant l’innocuité, l’incidence de la nausée survenant pendant le traitement et son degré de gravité au fil du temps étaient plus faibles avec les capsules EFFEXOR XR qu’avec les comprimés de venlafaxine à libération immédiate. De plus, l’incidence des vomissements était moins importante avec EFFEXOR XR qu’avec les comprimés de venlafaxine à libération immédiate.

[68] Wyeth a produit des éléments de preuve tendant à établir que le SPDN par lequel elle a demandé ces modifications à la monographie de produit était un SPDN de fond et non un SPDN administratif. Or ces éléments se rapportent à la qualification du SPDN pour l’application du *Règlement sur les aliments et drogues*. Comme je l’expliquais plus haut, le fait qu’un SPDN soit de fond au sens où il pourrait avoir des effets sur l’innocuité ou l’efficacité de la drogue (ou, comme en l’occurrence, au sens où il pourrait obliger le ministre à évaluer l’exactitude d’une déclaration qu’on souhaite faire dans une monographie de produit) ne répond pas à la question de savoir si ce SPDN peut fonder une inscription de brevet.

[69] ratiopharm motive sa contestation de l’inscription en cause par le fait que l’AC ne modifie que les déclarations faites au sujet de l’« Effexor XR », sans changer le produit lui-même en quoi que ce soit. Wyeth fait valoir de son côté que le brevet ’778 contient des revendications portant sur l’utilisation d’une formulation de chlorhydrate de venlafaxine à libération prolongée

and emesis, so that the subject-matter of the SNDS seeking the changes to the product monograph is part of the patent claims.

[70] I do not find Wyeth's argument persuasive because it is premised on a particular construction of the patent claims that has no foundation in the evidentiary record except the patent itself. I am not prepared to conclude, on the basis of my own reading of the patent, that nausea reduction is intended to be an element of the claimed use of venlafaxine hydrochloride extended release capsules. A literal reading of the patent claims (which is all the record permits) suggests that the reference to nausea reduction is merely descriptive of the effect of the extended release of venlafaxine hydrochloride in the body. For that reason, I am unable to accept the argument of Wyeth that the SNDS dated February 25, 2003 supports the listing of the '778 patent. I conclude that the '778 patent is not eligible for listing against the NOC dated September 13, 2004.

(4) Conclusion on the eligibility of the '778 patent for listing

[71] In summary, I conclude that none of the SNDSs upon which Wyeth relied to list the '778 patent were capable of supporting the listing. It follows that ratiopharm's motion under paragraph 6(5)(a) of the NOC Regulations should have been allowed and Wyeth's prohibition application should have been dismissed.

The order to de-list the '778 patent

[72] Wyeth argues, and the Minister and ratiopharm agree, that the March 29, 2007 order should be set aside in so far as it requires the Minister to de-list the '778 patent in relation to four NOCs. The de-listing order refers to the listing that Wyeth concedes was improper, and the three additional listings that the Judge found to be improper.

pour le traitement de la dépression avec réduction des nausées et vomissements, de sorte que l'objet du SPDN visant la modification de la monographie de produit fait partie des revendications du brevet.

[70] L'argument de Wyeth ne me convainc pas parce qu'il est basé sur une interprétation des revendications du brevet qui ne s'appuie sur aucun élément du dossier de la preuve, mis à part le brevet lui-même. Je ne suis pas disposée à conclure, sur la base de ma propre interprétation du brevet, que celui-ci ait prévu la réduction des nausées comme élément de l'utilisation revendiquée des capsules à libération prolongée de chlorhydrate de venlafaxine. La lecture au pied de la lettre des revendications du brevet—la seule que permette le dossier—donne à penser que la mention de la réduction des nausées ne fait que décrire l'effet de la libération prolongée de chlorhydrate de venlafaxine dans le corps. En conséquence, je ne puis souscrire à la prétention de Wyeth selon laquelle le SPDN du 25 février 2003 fonderait l'inscription du brevet '778. Je conclus donc que le brevet '778 n'est pas admissible à l'inscription au titre de l'AC en date du 13 septembre 2004.

4) Conclusion sur l'admissibilité à l'inscription du brevet '778

[71] En résumé, je conclus qu'aucun des SPDN que Wyeth a invoqués pour faire inscrire le brevet '778 ne pouvait fonder cette inscription. Il s'ensuit que la requête formée par ratiopharm sous le régime de l'alinéa 6(5)a) du Règlement AC aurait dû être accueillie et que la demande en interdiction de Wyeth aurait dû être rejetée.

L'ordonnance de radiation du brevet '778

[72] Wyeth affirme, approuvée en cela par le ministre et ratiopharm, que l'ordonnance du 29 mars 2007 devrait être annulée dans la mesure où elle enjoint au ministre de radier le brevet '778 du registre relativement à quatre AC. L'ordonnance de radiation concerne l'inscription dont Wyeth admet l'irrégularité et les trois autres inscriptions que le juge de première instance a déclarées irrégulières.

[73] It is not difficult to understand why the Judge ordered the de-listing. Having found certain of the listings to be improper (indeed, the impropriety of one listing was conceded by Wyeth), it is difficult to see why it would not follow, as night follows day, that the improper listings should be removed.

[74] In my view, the reason why that remedy cannot follow in this case is a matter of procedure. The motion of ratiopharm did not seek an order directing the Minister to remove the '778 patent from the patent register. Wyeth and the Minister were not given notice that the Judge was considering making that order and had no opportunity to make submissions on whether or not the order should be made. For that reason only, the portion of the Federal Court order that requires the Minister to de-list the '778 patent should be set aside.

[75] I express no opinion on the question of whether it would have been open to ratiopharm to seek such an order in its motion under paragraph 6(5)(a) of the NOC Regulations. I would note, however, that ratiopharm may have no further interest in whether the '778 remains listed. Its motion to dismiss the prohibition application was made (and could have been made) only after ratiopharm had served Wyeth with an NOA setting out its allegations of invalidity and non-infringement. The continued listing of the '778 patent might represent a future disadvantage to other generic drug manufacturers, but not to ratiopharm.

[76] I would add that the Minister has the discretion under section 3 [as am. by SOR/2006-242, s. 2] of the NOC Regulations to remove any improperly listed patent from the register. That discretion is not limited by these proceedings or by anything in these reasons.

Disposition of appeal

[77] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the March 29, 2007 order, and grant the motion of ratiopharm to dismiss the prohibition application. I

[73] On comprend tout de suite pourquoi le juge de première instance a ordonné la radiation. Ayant conclu à l'irrégularité de certaines inscriptions (en fait l'irrégularité de l'une d'elles a été admise par Wyeth), on voit mal pourquoi il ne s'ensuivrait pas, par voie de conséquence nécessaire, qu'il faille supprimer du registre ces inscriptions irrégulières.

[74] À mon avis, la raison pour laquelle cette mesure de réparation ne peut être prononcée dans la présente espèce est une question de procédure. La requête de ratiopharm ne tendait pas à faire rendre une ordonnance enjoignant au ministre de supprimer le brevet '778 du registre. Wyeth et le ministre n'ont pas été avisés que le juge de première instance envisageait de rendre cette ordonnance, pas plus qu'ils n'ont eu la possibilité de présenter leurs conclusions sur la question de savoir si elle devrait être rendue. Ce seul motif suffit à justifier l'annulation de la partie de l'ordonnance de la Cour fédérale qui enjoint au ministre de radier le brevet '778.

[75] Je ne me prononcerai pas sur la question de savoir s'il eût été loisible à ratiopharm de demander une telle ordonnance dans la requête qu'elle a formée sous le régime de l'alinéa 6(5)a) du Règlement AC. Je noterai cependant que le point de savoir si le brevet '778 reste ou non inscrit pourrait se révéler désormais indifférent à ratiopharm. Cette dernière n'a formé (et ne pouvait former) sa requête en rejet de la demande en interdiction qu'après avoir signifié à Wyeth un AA portant ses allégations d'invalidité et d'absence de contrefaçon. Le maintien de l'inscription du brevet '778 pourrait ultérieurement représenter un inconvénient pour d'autres fabricants de génériques, mais pas pour ratiopharm.

[76] J'ajouterai que l'article 3 [mod. par DORS/2006-242, art. 2] du Règlement AC confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de supprimer du registre tout brevet qui n'y est pas valablement inscrit. Ni la présente instance ni aucun élément du présent exposé des motifs ne limitent ce pouvoir discrétionnaire.

Décision de l'appel

[77] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance du 29 mars 2007 et je ferais droit à la requête de ratiopharm en rejet de la demande

would allow the cross-appeal only in relation to the portion of the order that orders the de-listing of the '778 patent. As between ratiopharm and Wyeth, the costs of the appeal and the cross-appeal should be borne by Wyeth. I would award no costs to or against the Minister.

NADON J.A.: I agree.

RYER J.A.: I agree.

en interdiction. Je n'accueillerais l'appel incident que relativement à la partie de l'ordonnance susdite qui enjoint au ministre de radier le brevet '778 du registre. Wyeth devrait être condamnée aux dépens de l'appel et de l'appel incident envers ratiopharm. Je n'adjugerais pas de dépens en faveur du ministre ni contre lui.

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

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

T-1067-05
2007 FC 81

T-1067-05
2007 CF 81

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

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

v.

c.

Novopharm Limited and the Minister of Health
(*Respondents*)

Novopharm Limited et le ministre de la Santé
(*défendeurs*)

INDEXED AS: G.D. SEARLE & CO. v. NOVOPHARM LTD. (F.C.)

RÉPERTORIÉ : G.D. SEARLE & CO. c. NOVOPHARM LTD. (C.F.)

Federal Court, Hughes J.—Toronto, January 8, 9, 10, 11 and 24, 2007.

Cour fédérale, juge Hughes—Toronto, 8, 9, 10, 11 et 24 janvier 2007.

Patents — Practice — Application to prohibit Minister of Health from issuing notice of compliance to respondent Novopharm permitting it to sell capsules of medicine known as celecoxib in Canada — Novopharm alleging Canadian patent No. 2177576, dealing with compounds treating inflammation without troubling gastric system, abandoned, invalid — Patent Act, s. 73 requiring applicant for patent to reply in good faith to requisitions by Patent Office examiner within stipulated time — Failure to do so will result in abandonment of application — Applicants not demonstrating allegations as to abandonment, obviousness not justified — Allegations as to lack of utility, sufficiency not justified — Application dismissed.

Brevets — Pratique — Demande visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer à la défenderesse Novopharm un avis de conformité l'autorisant à vendre au Canada des capsules contenant un médicament dénommé célécoxib — Novopharm soutenait que le brevet canadien n° 2177576 concernant des composés qui traitent l'inflammation sans causer de troubles gastriques avait été abandonné et était invalide — L'art. 73 de la Loi sur les brevets prévoit qu'une partie présentant une demande de brevet doit répondre de bonne foi aux demandes faites par l'examineur du bureau des brevets dans le délai prévu, à défaut de quoi la demande sera abandonnée — Les demanderesses n'ont pas démontré l'absence de fondement des allégations d'abandon et d'évidence — Les allégations d'absence d'utilité et d'insuffisance n'étaient pas fondées — Demande rejetée.

This was an application to prohibit the Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to the respondent Novopharm which, if issued, would permit it to sell capsules containing a medicine known as celecoxib in Canada. Novopharm alleged that several claims of Canadian Patent No. 2177576 (the '576 patent) were irrelevant, would not be infringed and were invalid. The '576 patent deals with compounds that treat inflammation without troubling the gastric system. As the application for the '576 patent was filed in Canada under the provisions of the *Patent Cooperation Treaty*, it was considered to have been filed in the Canadian Patent Office with an effective date of November 14, 1994. Subsection 6(1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations) permits the person listing the patents (the applicant Searle) to file an application with the Court to prohibit the Minister from issuing a notice of compliance to the generic until the relevant patents expire. Subsection 6(2) provides that the Court shall make an order (prohibiting the issue of an NOC) pursuant to subsection (1) in respect of a patent that is the subject of one

Il s'agissait d'une demande visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer à la défenderesse Novopharm un avis de conformité (AC) qui l'autoriserait à vendre au Canada des capsules contenant un médicament dénommé célécoxib. Novopharm soutenait que certaines revendications du brevet canadien n° 2177576 (le brevet '576) n'étaient pas pertinentes, ne seraient pas contrefaites et étaient invalides. Le brevet '576 concerne des composés qui traitent l'inflammation sans causer de troubles gastriques. Puisque la demande a été déposée au Canada en vertu du *Traité de coopération en matière de brevets*, elle est réputée avoir été déposée auprès du Bureau canadien des brevets en date du 14 novembre 1994. Le paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (Règlement AC) permet à la personne qui a présenté la liste de brevets (la demanderesse Searle) de demander à la Cour d'interdire au ministre de délivrer un avis de conformité au fabricant de génériques jusqu'à l'expiration du brevet applicable. Le paragraphe 6(2) dispose que le tribunal rend une ordonnance (interdisant la délivrance d'un AC) en vertu du paragraphe (1) à l'égard du brevet visé par

or more allegations if it finds that none of the allegations is justified. Thus, the issues were: (1) whether the allegation that the application for the '576 patent was abandoned was justified, and (2) whether any of the allegations of invalidity i.e. obviousness, lack of utility and sufficiency were justified.

Held, the application should be dismissed.

(1) It was alleged that the patent was abandoned pursuant to subsection 73(1) because Searle had misled the Canadian Patent Office during the course of the prosecution of the application for the '576 patent by saying that the European Patent Office had allowed claims identical to claims 1 to 16 to proceed to a patent when in fact only claims 1 to 8 had been allowed to proceed. Section 73 of the *Patent Act* requires that a party applying for a patent shall reply "in good faith" to requisitions made by the Patent Office examiner within a stipulated period of time and that failure to do so will result in abandonment of the application. There is precedent for using section 73 of the Patent Act as a basis for holding a patent to be invalid or lapsed. It is not harsh or unreasonable, if after the patent has issued, and disclosure is found to lack good faith, for the Court to deem the application and thus the patent, to have been abandoned. The representation that claims 1 to 16 of the European patent applications had been allowed did not provide a basis for finding abandonment of the application for lack of good faith. However such was not the case with respect to the responses to questions concerning the reference to Matsuo as prior art. The patent, as applied for, was intended to deal with compositions that not only treated inflammation but also had lesser undesirable side effects. The applicant Searle failed to advise the Patent Office that not only had it already found that at least one of the Matsuo compounds had similar properties, but also that it had disclosed this fact to the public before the application for the Canadian patent was filed. All appropriate facts should have been stated in the patent application itself, and disclosed to the Patent Office so as to allow the examiner to make an appropriate assessment and, if necessary, to require amendment or cancellation respecting the specification and proposed claims. "Good faith" was not shown originally in submitting the application as filed with the Canadian Patent Office without fuller disclosure as to Matsuo, nor was "good faith" shown subsequently in responses to the Patent Office examiner dealing with Matsuo. As a result, the application was abandoned. The applicant has failed to demonstrate that the allegation of abandonment was not justified.

une ou plusieurs allégations s'il conclut qu'aucune des allégations n'est fondée. Les questions à trancher étaient donc celles de savoir : 1) si l'allégation que la demande de brevet '576 a été abandonnée était fondée et 2) si les allégations d'invalidité aux motifs de l'évidence, de l'absence d'utilité et de la suffisance étaient fondées.

Jugement : la demande doit être rejetée.

1) On a allégué que la demande de brevet avait été abandonnée en application du paragraphe 73(1), parce que Searle avait trompé le Bureau canadien des brevets durant l'instruction de la demande du brevet '576 en affirmant que l'Office européen des brevets avait autorisé que des revendications identiques aux revendications 1 à 16 soient brevetées alors qu'en fait l'Office ne l'avait fait que pour les revendications 1 à 8. L'article 73 de la *Loi sur les brevets* prévoit qu'une partie présentant une demande de brevet doit répondre « de bonne foi » aux demandes faites par l'examineur du bureau des brevets à l'intérieur de la période prescrite, à défaut de quoi la demande sera abandonnée. Il y a des précédents permettant d'invalidier un brevet, ou de le déclarer échu, en vertu de l'article 73 de la *Loi sur les brevets*. Il n'est ni déraisonnable ni excessivement sévère de la part de la Cour de considérer la demande, et par conséquent le brevet, comme ayant été abandonnés si, après la délivrance de celui-ci, elle déclare la divulgation entachée de mauvaise foi. L'affirmation selon laquelle les revendications 1 à 16 des demandes européennes avaient été acceptées ne suffisait pas à justifier une conclusion d'abandon de la demande de brevet fondée sur la mauvaise foi. Les réponses aux questions concernant la référence au brevet Matsuo ne tant que réalisation antérieure appellent cependant une conclusion différente. Le brevet, tel qu'il était demandé, devait porter sur des compositions qui, en plus de traiter les inflammations, produisaient moins d'effets secondaires indésirables. La demanderesse, Searle, a omis d'informer le Bureau des brevets non seulement qu'elle avait déjà découvert qu'au moins un des composés du brevet Matsuo avait des propriétés semblables, mais encore qu'elle avait elle-même communiqué ce fait au public avant le dépôt de la demande du brevet canadien. La demanderesse aurait dû déclarer tous les faits pertinents dans la demande de brevet même et les communiquer au Bureau des brevets, de manière à permettre à l'examineur d'évaluer cette demande en complète connaissance de cause et, le cas échéant, d'exiger la modification ou l'annulation d'éléments du mémoire descriptif ou de l'une ou l'autre des revendications proposées. La demanderesse n'a pas fait preuve de « bonne foi » au moment du dépôt de sa demande au Bureau canadien des brevets du fait de l'insuffisance de sa communication touchant Matsuo, ni par la suite dans ses réponses aux questions de l'examineur concernant Matsuo. Il s'ensuit que la demande de brevet doit être considérée comme ayant été abandonnée.

(2) As to the allegation of obviousness, the Matsuo compound (also called SC-58125) would have been identified as a lead compound by a person skilled in the art given the public disclosure by Searle in June 1994 of its effectiveness. Such person would be sufficiently confident as to the result so that, under Canadian law, the so-called invention of celecoxib would have been obvious to that person as of June 1994. Searle did not show that the allegations of Novopharm as to obviousness were not justified.

The law is clear as to utility. There must have been, as of the relevant date, a demonstration of utility or a sound prediction of utility based on the information and science available at the time of the prediction. By the Canadian filing date, November 14, 1994, Searle had determined and articulated sufficient utility of celecoxib. It therefore sufficiently demonstrated that Novopharm's allegations as to lack of utility were not justified.

Claim 8 of the '576 patent made sufficient disclosure such that a person skilled in the art, as of the Canadian filing date and even earlier, would readily establish what comprises a therapeutically effective amount of celecoxib. Searle has demonstrated that Novopharm's allegations that claim 8 was insufficient was not justified.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1), 400(3)(i), Tarif B (as am. by SOR/2004-283, ss. 30, 31, 32), Column IV.

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2 "applicant", 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 33, s. 8; S.C. 1993, c. 15, s. 31), 28 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 33, s. 10), 28.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33), 28.2 (as enacted *idem*), 28.3 (as enacted *idem*), 28.4 (as enacted *idem*; 2001, c. 34, s. 63), 43(2) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42), 53, 73 (as am. *idem*, s. 52), 76 (as am. *idem*, s. 53), 78.4 (as enacted *idem*, s. 55; 2001, c. 10, s. 4), 78.5 (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 55; 2001, c. 10, s. 4).

Patent Cooperation Treaty, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22.

Patent Rules, SOR/96-423.

Patent Rules of Practice, 37 C.F.R. § 1.56 (1977).

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3), 5 (as am. *idem*, s. 4; 99-379, s. 2), 6(1) (as am. by

La demanderesse n'a pas démontré le caractère infondé de l'allégation d'abandon.

2) Quant à l'allégation de l'évidence, la personne versée dans l'art aurait identifié le composé Matsuo (également appelé SC-58125) comme chef de file, étant donné la divulgation au public par Searle de l'efficacité du composé en juin 1994. Une telle personne aurait été suffisamment certaine du résultat de l'opération pour que, en droit canadien, la prétendue invention du célécoxib ait été évidente pour elle à compter de juin 1994. Searle n'a pas démontré l'absence de fondement des allégations de Novopharm concernant l'évidence.

Le droit concernant l'utilité est sans ambiguïté. Il doit y avoir eu, à la date pertinente, une démonstration de l'utilité ou une prédiction valable de celle-ci, fondée sur l'information et les connaissances scientifiques disponibles au moment de la prédiction. À la date de dépôt au Canada, le 14 novembre 1994, Searle avait établi et exposé une utilité suffisante du célécoxib. En conséquence, Searle avait suffisamment démontré le caractère infondé des allégations de Novopharm concernant le défaut d'utilité.

La revendication 8 du brevet '576 comportait un exposé suffisant pour que la personne du métier puisse facilement établir, à la date de dépôt au Canada et même avant, la quantité thérapeutiquement efficace de célécoxib. Searle a démontré le caractère infondé des allégations de Novopharm selon lesquelles la revendication 8 était insuffisante.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 « demandeur », 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 8; L.C. 1993, ch. 15, art. 31), 28 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 10), 28.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 33), 28.2 (édicte, *idem*), 28.3 (édicte, *idem*), 28.4 (édicte, *idem*; 2001, ch. 34, art. 63), 43(2) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42), 53, 73 (mod., *idem*, art. 52), 76 (mod., *idem*, art. 53), 78.4 (édicte *idem*, art. 55; 2001, ch. 10, art. 4), 78.5 (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 55; 2001, ch. 10, art. 4).

Patent Rules of Practice, 37 C.F.R. § 1.56 (1977).

Patents Act (1990) (Cth.), art. 138(3)(d).

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3), 5 (mod., *idem*, art. 4; 99-379, art. 2), 6(1) (mod. par DORS/98-166, art. 5), (2), (5) (mod., *idem*).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 1), 400(3)i), tarif B (mod. par DORS/2004-283, art. 30, 31, 32), colonne IV.

SOR/98-166, s. 5), (2), (5) (as am. *idem*).
Patents Act (1990) (Cth.), s. 138(3)(d).

Règles sur les brevets, DORS/96-423.
Traité de coopération en matière de brevets, 19 juin 1970,
 [1990] R.T. Can. n° 22.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)
 (2005), 45 C.P.R. (4th) 81; 281 F.T.R. 74; 2005 FC 1332.

CONSIDERED:

Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.), [1981] 1 S.C.R. 504; (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; 56 C.P.R. (2d) 145; 35 N.R. 390; *Digital Control Inc. v. Charles Mach. Works*, 437 F.3d 1309 (Fed. Cir. 2006); *Ranbaxy Australia Pty Ltd. v. Warner-Lambert Company LLC (No. 2)*, [2006] F.C.A. 1787 (Aust.); *Fada Radio Ltd. v. Canadian General Electric Co.*, [1927] S.C.R. 520; [1927] 3 D.L.R. 922; *Bourgault Industries Ltd. v. Flexi-Coil Ltd.* (1999), 86 C.P.R. (3d) 221; 237 N.R. 74 (F.C.A.); *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 1 F.C. 325; (2001), 14 C.P.R. (4th) 499; 209 F.T.R. 260; 2001 FCT 879; *affd in part* [2003] 4 F.C. 67; (2003), 24 C.P.R. (4th) 157; 301 N.R. 152; 2003 FCA 121; *Johnson v. Johnson Inc. v. Boston Scientific Ltd.*, [2005] 4 F.C.R. 110; (2004), 37 C.P.R. (4th) 385; 263 F.T.R. 242; 2004 FC 1672; *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142; (1999), 167 D.L.R. (4th) 577; [1999] 5 W.W.R. 751; 59 B.C.L.R. (2d) 159; 117 B.C.A.C. 161; 42 B.L.R. (2d) 159; 83 C.P.R. (3d) 289; 235 N.R. 30; *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306; *Monsanto Co. v. Merck & Co. Inc.*, [2000] E.W.J. No. 447 (QL); *affd* [2001] EWCA Civ 1610; *Janssen-Ortho Inc. v. Novopharm Ltd.* (2006), 57 C.P.R. (4th) 6; 2006 FC 1234; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153; (2002), 219 D.L.R. (4th) 660; 21 C.P.R. (4th) 499; 296 N.R. 130; 2002 SCC 77; *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 43 C.P.R. (4th) 161; 278 F.T.R. 1; 2005 FC 1283; *affd* (2006), 265 D.L.R. (4th) 308; 46 C.P.R. (4th) 401; 349 N.R. 183; 2006 FCA 64.

REFERRED TO:

Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc. (2005), 43 C.P.R. (4th) 81; 282 F.T.R. 8; 2005 FC 1421; *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* (2006), 54 C.P.R. (4th) 22; 2006 FC 1547; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2006), 46 C.P.R. (4th) 281; 288 F.T.R. 215; 2006 FC 220; *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2006), 54 C.P.R. (4th) 356; 2006 FC 1558;

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé), 2005 CF 1332.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.), [1981] 1 R.C.S. 504; *Digital Control Inc. v. Charles Mach. Works*, 437 F.3d 1309 (Fed. Cir. 2006); *Ranbaxy Australia Pty Ltd. v. Warner-Lambert Company LLC (No. 2)*, [2006] F.C.A. 1787 (Aust.); *Fada Radio Ltd. v. Canadian General Electric Co.*, [1927] R.C.S. 520; [1927] 3 D.L.R. 922; *Bourgault Industries Ltd. c. Flexi-Coil Ltd.*, [1999] A.C.F. n° 315 (C.A.) (QL); *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 1 C.F. 325; 2001 CFPI 879; *conf. en partie par* [2003] 4 C.F. 67; 2003 CAF 121; *Johnson & Johnson Inc. c. Boston Scientifique Ltée*, [2005] 4 R.C.F. 110; 2004 CF 1672; *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142; *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C.É. 306; *Monsanto Co. v. Merck & Co. Inc.*, [2000] E.W.J. n° 447 (QL); *conf. par* [2001] EWCA Civ 1610; *Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2006 CF 1234; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153; 2002 CSC 77; *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1283; *conf. par* 2006 CAF 64.

DÉCISIONS CITÉES :

Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc., 2005 CF 1421; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2006 CF 1547; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 220; *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 1558; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 26; *Cie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*,

Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc., 2007 FC 26; *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2005] 2 F.C.R. 269; (2004), 248 D.L.R. (4th) 674; 37 C.P.R. (4th) 289; 328 N.R. 98; 2004 FCA 393; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 SCC 67; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 2 S.C.R. 560; (2006), 272 D.L.R. (4th) 577; 52 C.P.R. (4th) 145; 354 N.R. 88; 2006 SCC 49; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, [2007] 1 S.C.R. 3; (2007), 276 D.L.R. (4th) 342; 309 N.B.R. (2d) 255; 51 Admin. L.R. (4th) 184; 25 B.L.R. (4th) 1; 2007 D.T.C. 5029; 2007 G.T.C. 1399; 355 N.R. 336; 2007 SCC 1; *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (2005), 41 C.P.R. (4th) 35; 274 F.T.R. 113; 2005 FC 755.

APPLICATION to prohibit the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the respondent Novopharm which would permit it to sell capsules containing a medicine known as celecoxib in Canada. Application dismissed.

APPEARANCES:

Robert H. C. MacFarlane and *Christine M. Pallotta* for applicants.
John F. Rook, Q.C., *Dino P. Clarizio* and *Dominique T. Hussey* for respondent Novopharm Limited.
 No one appearing for respondent the Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD:

Bereskin & Parr, Toronto, for applicants.
Bennett Jones LLP, Toronto, for respondent Novopharm Limited.
Deputy Attorney General of Canada for respondent the Minister of Health.

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

[1] HUGHES J.: This is an application to prohibit the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the respondent Novopharm Limited (Novopharm) which, if issued, would permit Novopharm to sell 100 mg and 200 mg capsules containing a medicine known as celecoxib in Canada. For the reasons that follow I

[2005] 2 R.C.F. 269; 2004 CAF 393; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; 2000 CSC 67; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 2 R.C.S. 560; 2006 CSC 49; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3; 2007 D.T.C. 5029; 2007 CSC 1; *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 755.

DEMANDE visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer à la défenderesse Novopharm un avis de conformité l'autorisant à vendre au Canada des capsules contenant un médicament dénommé célécoxib. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Robert H. C. MacFarlane et *Christine M. Pallotta* pour les demanderessees.
John F. Rook, c.r., *Dino P. Clarizio* et *Dominique T. Hussey* pour la défenderesse Novopharm Limitée.
 Personne n'a comparu pour le défendeur le ministre de la Santé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Bereskin & Parr, Toronto, pour les demanderessees.
Bennett Jones LLP, Toronto, pour la défenderesse Novopharm Limitée.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur le ministre de la Santé.

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

[1] LE JUGE HUGHES : Il s'agit d'une demande visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer à la défenderesse Novopharm Limitée (Novopharm) un avis de conformité qui l'autoriserait à vendre au Canada des capsules de 100 et de 200 mg contenant un médicament dénommé célécoxib. Pour les motifs exposés ci-dessous,

find that the application is to be dismissed with costs to the respondents.

(1) The Proceedings

[2] These are proceedings commenced by the applicants, G.D. Searle & Co. and Pfizer Canada Inc. (collectively Searle) under the provisions of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 as amended (NOC Regulations).

[3] The proceedings were instituted by a notice of application filed June 21, 2005, therefore must be determined before June 21, 2007. The process, but not those proceedings, was commenced by a notice of allegation served by Novopharm on the applicants on May 3, 2005. Those allegations were directed to two patents, Canadian Patent No. 2177576 (the '576 patent) and Canadian Patent No. 2267186 (the '186 patent). Novopharm alleged that several claims of those patents were irrelevant, several would not be infringed and several were invalid.

[4] The applicants engaged some of these allegations in its notice of application filed with this Court as to both the '576 and the '186 patents. During the course of the proceedings including during argument at the hearing, a number of issues were withdrawn. The entirety of the '186 patent has been withdrawn as have all but claims 4 and 8 of the '576 patent. An allegation as to abandonment as to the whole of the '576 patent remained at issue.

The Issues

[5] The issues in notice of compliance proceedings must be stated in a particular way since they are governed in large measure not only by the Rules [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rule 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1)] and practice of this Court, but more particularly by the NOC Regulations. In brief, section 4 [as am. by SOR/98-166, s. 3] of those Regulations permit a first party (Searle) to list certain types of patents on a list kept by the Minister of Health. Section 5 [as am. *idem*, s. 4; 99-379, s. 2] requires that

je conclus que cette demande doit être rejetée, avec dépens en faveur des défendeurs.

1) L'instance

[2] La présente instance a été introduite par les demandresses, G.D. Searle & Co. et Pfizer Canada Inc. (ci-après collectivement désignées Searle), sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, modifié (le Règlement AC).

[3] L'avis de demande introductif de la présente instance a été déposé le 21 juin 2005; par conséquent, la décision doit être rendue avant le 21 juin 2007. Le processus d'ensemble, par opposition à l'instance proprement dite, a commencé avec la signification d'un avis d'allégation par Novopharm aux demandresses le 3 mai 2005. Cet avis d'allégation concernait deux brevets, soit les brevets canadiens n^{os} 2177576 (le brevet '576) et 2267186 (le brevet '186). Novopharm y soutenait que certaines revendications de ces brevets n'étaient pas pertinentes, que d'autres ne seraient pas contrefaites et que d'autres enfin étaient invalides.

[4] Les demandresses, dans l'avis de demande déposé auprès de notre Cour, ont mis en question certaines de ces allégations pour ce qui concerne le brevet '576 aussi bien que le brevet '186. Au cours de l'instance, y compris pendant les plaidoiries à l'audience, un certain nombre de questions en litige ont été retirées. La totalité du brevet '186 a ainsi été retirée du débat, ainsi que toutes les revendications du brevet '576, sauf les revendications 4 et 8. Une allégation d'abandon concernant l'ensemble du brevet '576 est restée en litige.

Les questions en litige—généralités

[5] Les questions en litige dans une instance relative à un avis de conformité doivent être formulées d'une façon particulière puisqu'elles sont régies dans une large mesure non seulement par les Règles [*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 1)] et la pratique de notre Cour mais aussi, plus particulièrement, par le Règlement AC. L'article 4 [mod. par DORS/98-166, art. 3] de ce règlement permet à la première personne (Searle en l'occurrence) de présenter au ministre, pour adjonction

a second party (Novopharm), who seeks a shortcut in obtaining approval to sell a drug in Canada by referencing materials the first party filed with the Minister, to serve a notice on Searle alleging, *inter alia*, that the patents listed would not be infringed or are invalid providing a detailed statement of the legal and factual basis for such allegations.

[6] Subsection 6(1) [as am. by SOR/98-166, s. 5] of the NOC Regulations permits, but does not require, the person listing the patents (Searle) to file an application with the Court to prohibit the Minister from issuing a notice of compliance to the generic until the relevant patents expire. The applicant is not required to challenge all of the allegations made by the generic, nor to engage all of the patents or claims of a patent addressed in the allegation. From within the notice of allegation, the applicant may pick and choose that which it wishes to engage.

[7] Subsection 6(2) of the NOC Regulations is directed to the Court hearing the matter and states:

6. . . .

(2) The court shall make an order [prohibiting the issue of an NOC] pursuant to subsection (1) in respect of a patent that is the subject of one or more allegations if it finds that none of the allegations is justified.

[8] Thus the issue before the Court is whether, in respect of any allegation put in play, the allegation is justified.

Issues

[9] As previously discussed, one patent and several claims of the other have been withdrawn or abandoned. As a result, the following are the issues for determination in these proceedings:

1. Is the allegation that the application for the '576 patent was abandoned, justified?

au registre qu'il tient, une liste de brevets déterminés. L'article 5 [mod., *idem*, art. 4; 99-379, art. 2] prescrit à la seconde personne (Novopharm dans la présente espèce), qui souhaite obtenir par la voie rapide l'autorisation de vendre une drogue au Canada en faisant renvoi à des documents que la première personne a déposés auprès du ministre, de signifier à Searle un avis alléguant, entre autres, que les brevets inscrits ne seraient pas contrefaits ou sont invalides, avis accompagné d'un énoncé détaillé du fondement juridique et factuel de ces allégations.

[6] Le paragraphe 6(1) [mod. par DORS/98-166, art. 5] du Règlement AC permet à la personne qui a présenté la liste de brevets (Searle en l'occurrence), mais sans le lui prescrire, de demander à la Cour d'interdire au ministre de délivrer un avis de conformité au fabricant de génériques jusqu'à l'expiration du brevet applicable. Le demandeur n'est pas tenu de contester la totalité des allégations du fabricant de génériques, ni d'engager un débat sur l'ensemble des brevets, ou des revendications d'un même brevet, que vise l'avis d'allégation. Le demandeur peut en effet choisir les affirmations de l'avis d'allégation qu'il souhaite contester.

[7] Le paragraphe 6(2) du Règlement AC, qui s'adresse au tribunal saisi de l'affaire, est libellé comme suit :

6. [. . .]

(2) Le tribunal rend une ordonnance [interdisant la délivrance d'un AC] en vertu du paragraphe (1) à l'égard du brevet visé par une ou plusieurs allégations si elle conclut qu'aucune des allégations n'est fondée.

[8] La question que doit trancher la Cour est donc celle de savoir, à propos de toute allégation mise en litige, si cette allégation est fondée.

Les questions en litige dans la présente espèce

[9] Comme je le disais plus haut, un des brevets et plusieurs revendications de l'autre ont été retirés du débat ou abandonnés. Par conséquent, les questions suivantes restent à trancher dans la présente instance :

1. L'allégation que la demande de brevet '576 a été abandonnée est-elle fondée?

2. Are any of the allegations that either or both of claims 4 and 8 of the '576 patent are invalid, justified, those allegations being, in brief:

- i. Obviousness;
- ii. Lack of utility; and
- iii. Sufficiency.

[10] If Novopharm were to succeed on any of these issues 1 or 2(i), (ii) or (iii), this Court would be required to dismiss this application.

The '576 patent

[11] The only patent now at issue is the '576 patent, Canadian Patent No. 2177576. The '576 patent is entitled "Substituted Pyrazolyl Benzenesulfonamides for the Treatment of Inflammation" and names John J. Talley and 12 others as inventors.

[12] The application for that patent was filed in the Canadian Patent Office effective November 14, 1994, and, unless otherwise held to be invalid, the patent will expire 20 years from that date, November 14, 2014. The application and patent are to be governed by the relevant provisions of the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4] and Rules [*Patent Rules*, SOR/96-423] dealing with post-October 1, 1989, and post-October 1, 1996, applications and patents maturing therefrom. The patent application was laid open for public inspection on June 8, 1995. The patent was issued and granted to Searle on October 26, 1999.

[13] The patent claimed priority from two earlier applications filed in the United States Patent Office, one on November 30, 1993, the other on April 6, 1994. Neither application appears in the record in these proceedings.

[14] In a general way it can be said that the patent deals with compounds that treat inflammation without troubling the gastric system. There have been steroidal

2. Les allégations d'invalidité de l'une ou l'autre des revendications 4 et 8 du brevet '576, ou des deux, aux motifs (en bref) :

- i. de l'évidence,
- ii. de l'absence d'utilité,
- iii. de l'insuffisance de l'exposé,

sont-elles fondées en tout ou partie?

[10] Si Novopharm l'emporte sur l'une quelconque des questions 1 ou 2(i), (ii) ou (iii), notre Cour est tenue de rejeter la présente demande.

Le brevet '576

[11] Le seul brevet qui reste en litige est le brevet canadien n° 2177576 (le brevet '576). Il porte le titre «Benzènesulfonamides de pyrazolyle substitués destinés au traitement des inflammations» et dénomme John J. Talley et 12 autres personnes comme inventeurs.

[12] La demande de ce brevet a été déposée auprès du Bureau canadien des brevets en date d'effet du 14 novembre 1994 et, sauf s'il est déclaré invalide, il expirera 20 ans après cette date, soit le 14 novembre 2014. Ce brevet et la demande correspondante sont régis par les dispositions de la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4] et des *Règles sur les brevets* [DORS/96-423] applicables aux demandes de brevets postérieures au 1^{er} octobre 1989, ainsi qu'aux brevets dont la durée commence à courir à partir de la date de ces demandes qui ont été délivrés après le 1^{er} octobre 1996. La demande du brevet '576 a été soumise à l'inspection publique le 8 juin 1995, et ledit brevet a été délivré à Searle le 26 octobre 1999.

[13] Le brevet '576 revendiquait la priorité en se fondant sur deux demandes déposées auprès du United States Patent Office (office américain des brevets) respectivement le 30 novembre 1993 et le 6 avril 1994. Aucune de ces demandes ne figure dans le dossier de la présente instance.

[14] De façon générale, on peut dire que le brevet concerne des composés qui traitent l'inflammation sans causer de troubles gastriques. Il existe des préparations

compositions that treat inflammation and non-steroidal (NSAIDS) compositions that do so as well. Aspirin and ibuprofen are commonly known NSAIDS. The patent states that some NSAIDS are known to have side effects such as irritation or ulceration of the gastro-intestinal (GI) tract. An objective of the patent is to provide an anti-inflammatory compound with less harmful side effects. After some discussion, counsel for the applicants conceded that both the anti-inflammatory properties and lesser side effects were necessary to the utility of the claimed invention.

[15] A mechanism by which the desired effects were achieved is described in the patent as the COX (cyclooxygenase) theory. At one time it was believed that NSAIDS worked by inhibiting COX as produced in the body. Later, scientists believed that there were two cyclooxygenases in the body, COX I and COX II and that a compound that would selectively inhibit COX II but not COX I could result in the treatment of inflammation without appreciable unwanted side effects. The patent deals with such compounds. It is agreed by the parties that one such compound, given the name celecoxib, is that as claimed in claim 4. It is sold by the applicants under the name "Celebrex".

[16] Turning to the patent in more detail, page 1 gives a brief introduction followed by statement by way of background:

Field of the Invention

This invention is in the field of anti-inflammatory pharmaceutical agents and specifically relates to compounds, compositions and methods for treating inflammation and inflammation-associated disorders, such as arthritis.

Background of the Invention

Prostaglandins play a major role in the inflammation process and the inhibition of prostaglandin production, especially production of PGG₂, PGH₂ and PGE₂, has been a common target of anti-inflammatory drug discovery. However, common non-steroidal anti-inflammatory drugs (NSAIDS) that are active in reducing the prostaglandin-induced pain and swelling associated with the inflammation process are also active in affecting other prostaglandin-regulated processes not

stéroïdiennes et non stéroïdiennes (AINS) qui traitent l'inflammation. L'aspirine et l'ibuprofène sont des AINS bien connus. Il est dit dans le brevet que certains AINS entraînent des effets secondaires connus, comme l'irritation ou l'ulcération du tractus gastro-intestinal (GI). Un des objectifs du brevet est de fournir un composé anti-inflammatoire qui comporte des effets secondaires moins nocifs. Après discussion, l'avocat des demanderesse a admis que des propriétés anti-inflammatoires et des effets secondaires moins importants étaient deux conditions nécessaires pour que l'invention revendiquée soit utile.

[15] Le brevet décrit un des mécanismes par lequel on obtient les effets recherchés, soit la théorie de la COX (cyclo-oxygénase). À une époque, on croyait que les AINS agissaient en inhibant la COX produite dans l'organisme. Plus tard, les scientifiques ont cru qu'il y avait deux cyclo-oxygénases dans l'organisme, la COX I et la COX II, et qu'un composé qui pourrait inhiber sélectivement la COX II mais pas la COX I pourrait être utilisé pour le traitement de l'inflammation sans entraîner d'effets indésirables appréciables. Le brevet vise de tels composés. Les parties reconnaissent qu'un tel composé, baptisé célécoxib, est celui qui est revendiqué à la revendication 4. Il est vendu par les demanderesse sous le nom de marque « Celebrex ».

[16] Si l'on examine le brevet plus en détail, on trouve à la page 1 une brève introduction suivie d'une déclaration décrivant le contexte de l'invention :

[TRADUCTION]

Domaine de l'invention

La présente invention relève du domaine des agents pharmaceutiques anti-inflammatoires et a trait plus précisément à des composés, compositions et méthodes utilisés pour le traitement de l'inflammation et des troubles associés à l'inflammation, tels que l'arthrite.

Contexte de l'invention

Les prostaglandines jouent un rôle important dans le processus inflammatoire, et l'inhibition de la production de prostaglandines, en particulier des PGG₂, PGH₂ et PGE₂, fait souvent l'objet de travaux visant à découvrir des médicaments anti-inflammatoires. Il convient cependant de noter que les médicaments anti-inflammatoires non stéroïdiens (AINS) courants qui agissent en réduisant la douleur induite par les prostaglandines ainsi que l'œdème associé au processus

associated with the inflammation process. Thus, use of high doses of most common NSAIDS can produce severe side effects, including life threatening ulcers, that limit their therapeutic potential. An alternative to NSAIDS is the use of corticosteroids, which have even more drastic side effects, especially when long term therapy is involved.

Previous NSAIDS have been found to prevent the production of prostaglandins by inhibiting enzymes in the human arachidonic acid/prostaglandin pathway, including the enzyme cyclooxygenase (COX). The recent discovery of an inducible enzyme associated with inflammation (named "cyclooxygenase II (COX II)" or "prostaglandin G/H synthase II") provides a viable target of inhibition which more effectively reduces inflammation and produces fewer and less drastic side effects.

[17] Certain prior art is set out at pages 2 and following, the most relevant being the first, a patent to Matsuo, in which certain compounds there described become important later in these reasons. It says:

Pyrazoles have been described for use in the treatment of inflammation. U.S. Patent No. 5,134,142 to Matsuo et al describes 1,5-diaryl pyrazoles, and specifically, 1-(4-fluorophenyl)-5-[4-(methylsulfonyl)phenyl]-3-trifluoro methyl pyrazole, as having anti-inflammatory activity.

[18] Commencing at page 4 the patent sets out general classes of compositions, followed by more restrictive and yet more restrictive classes of compounds, and lists many specific compounds of interest. It must be noted that while the discussion at page 4 commences with reference to a general formula, Formula I, it is only a more restricted class of compounds as defined by Formula II set out at page 22 that is the subject of the claims of the patent.

[19] The use of the compounds is set out at pages 7 and 8 of the patent.

Compounds of Formula I would be useful for, but not limited to,... The compounds are useful as antiinflammatory (*sic*) agents, such as for the treatment of arthritis, with the additional benefit of having significantly less harmful side effects.

inflammatoire exercent également une action sur d'autres processus régulés par les prostaglandines qui ne sont pas associés au processus inflammatoire. Ainsi, l'utilisation de fortes doses des AINS les plus courants peuvent produire des effets secondaires graves, notamment des ulcères potentiellement mortels, ce qui limite leur potentiel thérapeutique. Les corticostéroïdes constituent une solution de rechange aux AINS; ils ont des effets secondaires moins marqués, en particulier si le traitement s'étend sur une longue période.

Les anciens AINS prévenaient la production de prostaglandines en inhibant les enzymes dans la voie de l'acide arachidonique/des prostaglandines chez l'humain, notamment la cyclo-oxygénase (COX). Grâce à la découverte récente d'une enzyme inductible associée à l'inflammation (appelée cyclo-oxygénase II (COX II) ou prostaglandine G/H synthase II), on dispose maintenant d'une cible viable dont l'inhibition permet de réduire plus efficacement l'inflammation et produit des effets secondaires moins nombreux et moins prononcés.

[17] Certaines réalisations antérieures sont décrites aux pages 2 et suivantes, la plus pertinente étant la première, un brevet délivré à Matsuo, où certains composés qui sont décrits revêtiront plus loin une grande importance dans les présents motifs. On y dit ce qui suit :

[TRADUCTION] On a décrit l'utilisation des pyrazoles dans le traitement de l'inflammation. Le brevet américain n° 5 134 142 délivré à Matsuo et coll. décrit les 1,5-diaryl pyrazoles, et plus précisément le 1-(4-fluorophényl)-5- [4-(méthylsulfonyl) phényl]-3-trifluorométhylpyrazole, comme ayant une action anti-inflammatoire.

[18] À partir de la page 4, le brevet expose les catégories générales des compositions, suivies par les catégories de plus en plus restrictives de composés, et il énumère de nombreux composés particuliers intéressants. Il convient de noter que bien que la discussion à la page 4 commence par une référence à une formule générale, la Formule I, ce n'est qu'une catégorie plus restreinte de composés, définie par la Formule II énoncée à la page 22 qui est revendiquée dans le brevet.

[19] L'utilisation des composés est décrite aux pages 7 et 8 du brevet.

[TRADUCTION] Les composés de la Formule I seraient utiles, entre autres, [...] Les composés sont utiles comme agents anti-inflammatoires, notamment pour le traitement de l'arthrite, ayant en plus l'avantage de comporter des effets secondaires beaucoup moins nocifs.

[20] The “preferable” way to measure the utility is described at page 8 with respect to the “selectivity” ratio at which COX II is selected over COX I by the compound:

The present invention preferably includes compounds which selectively inhibit cyclooxygenase II over cyclooxygenase I. Preferably, the compounds have a cyclooxygenase II IC_{50} of less than about 0.2 μM , and also have a selectivity ration of cyclooxygenase II inhibition over cyclooxygenase I inhibition of at least 50, and more preferably of at least 100. Even more preferably, the compounds have a cyclooxygenase I IC_{50} of greater than about 1 μM , and more preferably of greater than 10 μM . Such preferred selectivity may indicate an ability to reduce the incidence of common NSAID-induced side effects.

[21] Example 2 of the patent at pages 72 and 73 is specific to celecoxib as claimed in claim 4.

[22] A biological evaluation of the compounds, including that of example 2, commences at page 175 of the patent. Table XI at page 177 presents data as to inflammation inhibition provided by several of the compounds including that of example 2. Table XII at pages 180 and 181 provides data as to COX I and COX II inhibition provided by the compounds including that of example 2. Example 2 provides COX II inhibition at less than 0.1 while providing COX I inhibition at 15.0 thus giving a ratio of greater than 150 and well above the minimum desired range of 50 or 100 as discussed at page 8.

[23] The only claims that require consideration are claims 4 and 8 which read:

4. Compound of Claim 2 where the compound is 4-[5-(4-methylphenyl)-3-(trifluoromethyl)-1H-pyrazol-1-yl] benzenesulfonamide, or a pharmaceutically-acceptable salt thereof.

[24] Claim 2 in turn refers to claim 1 and each simply claims a more general class of compounds which includes the compound of claim 4.

[20] Le moyen « préférable » de mesurer l'utilité est décrit à la page 8, lorsqu'on parle du ratio de « sélectivité » suivant lequel la COX II plutôt que la COX I est bloquée sélectivement par le composé :

[TRADUCTION] La présente invention inclut de préférence les composés qui inhibent de façon sélective la cyclo-oxygénase II plutôt que la cyclo-oxygénase I. De préférence, les composés ont un CI_{50} de cyclo-oxygénase II de moins de 0,2 μM environ et ont également un ratio de sélectivité pour l'inhibition de la cyclo-oxygénase II par rapport à l'inhibition de la cyclo-oxygénase I d'au moins 50, et idéalement d'au moins 100. De façon encore plus optimale, les composés ont un CI_{50} de cyclo-oxygénase I de plus de 1 μM environ et, encore mieux de plus de 10 μM . Une telle sélectivité privilégiée peut indiquer une capacité de réduire l'incidence des effets secondaires courants induits par les AINS.

[21] L'exemple 2 du brevet aux pages 72 et 73 se rapporte expressément au célécoxib revendiqué à la revendication 4.

[22] Une évaluation biologique des composés, y compris celui de l'exemple 2, débute à la page 175 du brevet. Le tableau XI à la page 177 présente des données sur l'inhibition de l'inflammation à l'aide de plusieurs des composés, notamment celui de l'exemple 2. Le tableau XII aux pages 180 et 181 fournit des données sur l'inhibition de la COX I et la COX II par ces composés, notamment celui de l'exemple 2. Dans l'exemple 2, la COX II est inhibée à moins de 0,1 et la COX I à 15,0, ce qui donne un ratio de plus de 150, soit beaucoup plus que le minimum recherché de 50 ou 100 mentionné à la page 8.

[23] Les seules revendications qui doivent être examinées sont les revendications 4 et 8, qui se lisent comme suit :

[TRADUCTION]

4. Le composé de la revendication 2, à savoir le composé 4-[5-(4-méthylphényl)-3-(trifluorométhyl)-1H-pyrazo-1-yl] benzènesulfonamide, ou un de ses sels pharmaceutiquement acceptables.

[24] La revendication 2 renvoie à son tour à la revendication 1 et chacune revendique simplement une catégorie plus générale de composés qui inclut le composé de la revendication 4.

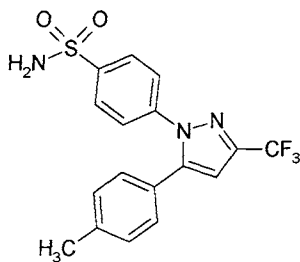
8. A pharmaceutical composition for treating inflammation or an inflammation —associated disorder comprising a therapeutically-effective amount of a compound and a pharmaceutically-acceptable carrier or diluent, said compound selected from compounds according to any of Claims 1-7.

[25] Counsel for the applicants stated in argument that claim 8 was asserted only to the extent that it relied on claim 4.

Construction of claims 4 and 8

[26] The Court must, before further consideration of a patent, construe the claims. Much law has been written as to claim construction which need not be repeated here as there is little controversy except as to one point raised by claim 8, which I will discuss.

[27] Claim 4 recites a single chemical compound and includes a pharmaceutically acceptable salt of the compound. That compound can simply be referred to as celecoxib. No use of that compound is stated in that claim but, as conceded by counsel for the applicants, the utility of that compound is set out in the specification as being the duality of treatment of inflammation and reduction of unwanted side effects such as ulcers of the gastrointestinal system. Celecoxib may be depicted as:



Celecoxib

[28] Claim 8 is directed to the use of a composition in the treatment of inflammation or an inflammation-

[TRADUCTION]

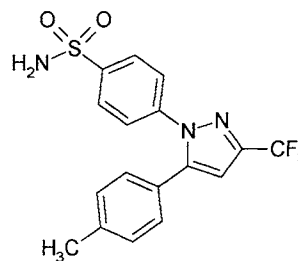
8. Une composition pharmaceutique pour le traitement de l'inflammation ou d'un trouble associé à une inflammation comprenant une quantité thérapeutiquement efficace d'un composé et un véhicule ou diluant pharmaceutiquement acceptable, ledit composé étant choisi parmi les composés mentionnés dans n'importe laquelle des revendications 1 à 7.

[25] L'avocat des demanderesse a déclaré dans son argumentation que la revendication 8 a été incluse uniquement dans la mesure où elle reposait sur la revendication 4.

Interprétation des revendications 4 et 8

[26] Avant d'examiner plus à fond un brevet, la Cour doit interpréter les revendications. Il existe une abondante jurisprudence en ce qui concerne l'interprétation des revendications, sur laquelle je ne m'étendrai pas, car peu de points sont remis en question ici sauf celui soulevé par la revendication 8, que j'examinerai plus en détail.

[27] La revendication 4 cite un seul composé chimique et inclut un sel pharmaceutiquement acceptable de ce composé. Ce composé peut simplement être appelé par son nom, célécoxib. Aucun usage de ce composé n'est mentionné dans cette revendication mais, comme le reconnaît l'avocat des demanderesse, l'utilité de ce composé est établie dans le mémoire descriptif comme étant double : traitement de l'inflammation et réduction des effets indésirables, tels que les ulcères de l'appareil digestif. Le célécoxib peut être illustré par la structure suivante :



Célécoxib

[28] La revendication 8 concerne l'utilisation dans le traitement de l'inflammation ou d'un trouble associé à

associated disorder in which a therapeutically effective amount of celecoxib or other compounds as set out in “any of claims 1-7” is used.

[29] An issue arises as to the meaning of the words “any of claims 1-7”. Does this phrase include all compounds in those claims or is it simply a shorthand way of referring to each claim separately instead of having many claims, one referring to claim 1, the next to claim 2 and so forth? Subsection 27(5) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31] of the *Patent Act* post-October 1, 1996 (this patent was granted in 1999) provides:

27. . . .

(5) For greater certainty, where a claim defines the subject-matter of an invention in the alternative, each alternative is a separate claim for the purposes of sections 2, 28.1 to 28.3 and 78.3.

[30] A claim very similar in wording to claim 8 at issue here was considered by this Court, and ultimately the Supreme Court of Canada, in *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 S.C.R. 504. In *Consolboard* claim 16 of the patent 565, 618 read “a consolidated structure as claimed in claims 7, 8 or 9 in which the tapered ends of the wafers are ragged”. Claims 8 and 9 were held to be invalid, only claim 7 was valid. The Federal Court and ultimately the Supreme Court held claim 10 to be valid “as far as it includes claim 7.”

[31] By way of contrast, this Court in *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2005), 45 C.P.R. (4th) 81, held to be invalid a claim where ingredients of a composition were “selected from a group consisting of (a number of individually named compounds).” It was found on the evidence that some of those compounds did not have the requisite utility. I find the *Abbott* claims to be different from claim 8 at issue here. In *Abbott* the claim stated, in effect, that all

une inflammation d’une composition contenant une quantité thérapeutiquement efficace de célécoxib ou d’autres composés mentionnés dans « n’importe laquelle des revendications 1 à 7 ».

[29] Il y a lieu de se demander ce qu’on entend par l’expression « n’importe laquelle des revendications 1 à 7 ». Cette expression inclut-elle tous les composés dans ces revendications ou est-ce simplement une façon abrégée de renvoyer à chacune des revendications séparément au lieu d’avoir de nombreuses revendications, l’une renvoyant à la revendication 1, la suivante à la revendication 2, etc.? Le paragraphe 27(5) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31] de la version ultérieure au 1^{er} octobre 1996 de la *Loi sur les brevets* (ce brevet a été délivré en 1999) apporte la précision suivante :

27. [. . .]

(5) Il est entendu que, pour l’application des articles 2, 28.1 à 28.3 et 78.3, si une revendication définit, par variantes, l’objet de l’invention, chacune d’elles constitue une revendication distincte.

[30] Une revendication formulée de manière très semblable à la revendication 8 ici en question a été examinée par notre Cour, et en dernière instance par la Cour suprême du Canada, dans *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 R.C.S. 504. Dans cette affaire, la revendication 16 du brevet 565, 618 portait sur : [TRADUCTION] « une structure consolidée telle que revendiquée aux revendications 7, 8 ou 9, dans laquelle les extrémités effilées des copeaux sont en dents de scie ». Les revendications 8 et 9 ont été déclarées invalides; seule la revendication 7 s’est avérée valide. La Cour fédérale, puis la Cour suprême, ont déclaré la revendication 10 valide « dans la mesure où elle [comprenait] la revendication 7 ».

[31] Par contre, notre Cour, dans *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 1332, a prononcé l’invalidité d’une revendication où les ingrédients d’une composition étaient « choisis parmi un groupe comprenant [plusieurs composés respectivement désignés] ». La Cour a conclu, vu la preuve, que certains de ces composés ne possédaient pas l’utilité nécessaire. Je conclus que les revendications examinées dans *Abbott* sont différentes de la revendication 8 qui nous occupe.

members of the group were useful whereas at least some were found on the evidence not to be.

[32] Here, I construe claim 8, for purposes of these proceedings, to refer to claims 1 to 7 separately, thus can be construed to refer to claim 4 only. Claim 8 therefore is directed to the use of a drug containing an appropriate quantity of celecoxib for treatment of inflammation or an inflammation related disorder.

Who has what burden

[33] Notice of compliance proceedings such as these do not follow the normal course expected of actions and applications before the Court. They are governed by the NOC Regulations and the Rules of this Court to the extent not otherwise provided in those Regulations. These proceedings are awkward and almost unfathomable to even the most experienced practitioner outside of the small group of those specializing in the area.

[34] The process begins not with a document filed with the court but a document prepared by a generic (second party) such as Novopharm called a notice of allegation served by the generic on the innovator (first party) who has listed patents with the Minister. Jurisprudence has developed to the point where it is established that this notice must set out all bases upon which issues such as invalidity and infringement are raised. The notice must include much detail as to the evidence, references and opinions upon which the generic rests its allegations together with substantial legal argument. Amendment is nearly impossible, a fresh document may in some circumstances, be delivered, but that has an effect of starting the process all over and giving the innovator an opportunity to establish a new two-year stay on proceedings by the Minister each time a fresh notice is delivered.

[35] The notice of allegation is then the “target” for the innovator, it may choose which of the allegations it

Dans l’affaire *Abbott*, la revendication portait en fait que tous les éléments du groupe étaient utiles, alors que la Cour a conclu de la preuve qu’au moins certains d’entre eux ne l’étaient pas.

[32] Aux fins de la présente espèce, j’interprète la revendication 8 comme renvoyant aux revendications 1 à 7 prises isolément, de sorte qu’elle peut être considérée comme se référant à la seule revendication 4. Par conséquent, la revendication 8 porte sur l’utilisation d’une drogue contenant une quantité appropriée de célécoxib pour le traitement des inflammations ou des troubles apparentés.

La charge de la preuve

[33] Les instances relatives à un avis de conformité telles que la présente ne suivent pas le cours normal des actions et demandes portées devant notre Cour. Elles sont régies par le Règlement AC, et par les Règles de notre Cour pour ce qui concerne les aspects que ce règlement ne couvre pas. Ces instances paraissent difficiles à comprendre, voire presque impénétrables, même aux plus expérimentés, s’ils n’appartiennent pas au cercle restreint des spécialistes du domaine.

[34] Le processus commence, non par le dépôt d’un acte devant le tribunal, mais avec un document appelé « avis d’allégation », qu’un fabricant de génériques (la seconde personne) tel que Novopharm prépare et signifie à l’innovateur (la première personne) qui a inscrit des brevets auprès du ministre. La jurisprudence a maintenant établi que l’avis d’allégation doit spécifier tous les fondements sur lesquels sont soulevées les questions telles que l’invalidité et la contrefaçon. Cet avis doit exposer de manière très détaillée la preuve, les antériorités et les opinions sur lesquelles le fabricant de génériques fonde ses allégations, ainsi que des moyens de droit sérieux. Il est presque impossible de modifier l’avis d’allégation; un nouvel avis peut être établi dans certains cas, mais une telle mesure a pour effet de faire recommencer le processus depuis le début, de sorte que l’innovateur a la possibilité de bénéficier d’une nouvelle suspension de deux ans de l’action du ministre chaque fois qu’un nouvel avis d’allégation est signifié.

[35] L’avis d’allégation devient alors la « cible » de l’innovateur, qui peut choisir les allégations qu’il

wishes to challenge on the basis that they are not “justified.” The challenge by the innovator takes the form of a notice of application to the Court. The innovator (first party-applicant) may select which of the allegations that it challenges and set that out clearly in the notice. In addition, if the innovator wishes to raise a point that would otherwise surprise or “vex” the generic (see *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 43 C.P.R. (4th) 81 (F.C.), at paragraph 10) it must raise such point in its notice of application. The innovator at least has the advantage in that the *Federal Courts Rules* provide an opportunity, in appropriate circumstances, to amend the notice of application.

[36] Having filed the notice of application, the innovator, as applicant, under the *Federal Courts Rules*, must file such evidence as it chooses to support its position that the allegations of the generic which it chose to challenge are not “justified.” Subsection 6(5) [as am. by SOR/98-166, s. 5] of the NOC Regulations provide that a generic may bring a motion to strike out the proceedings as abusive. If the notice of application and evidence fail to establish a case or is otherwise inappropriate, the proceedings or part thereof could be struck out (see *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* (2006), 54 C.P.R. (4th) 22 (F.C.).

[37] After the innovator (applicant) has filed its evidence, the Rules of the Court require that the generic (respondent) file its evidence. That evidence is directed to the challenges to the allegations set out in the notice of application and evidence of the innovator. A question arises as to whether the generic can, in whole or in part, simply rely on the allegations made in the notice of allegation as being themselves in evidence to the extent that the innovator’s evidence fails to address in sufficient fashion that which is alleged. While this matter has not been entirely settled, it would be imprudent for a generic not to support its allegations with appropriate factual and opinion evidence.

attaquera au motif qu’elles ne sont pas « fondées ». L’innovateur opère une telle contestation en déposant un avis de demande auprès de notre Cour. L’innovateur (la première personne ou le demandeur) choisit les allégations qu’il veut contester et précise bien desquelles il s’agit dans son avis de demande. L’innovateur doit aussi soulever dans son avis de demande toute question qui autrement risquerait de surprendre ou de « contrarier » le fabricant de génériques; voir *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1421, au paragraphe 10. L’innovateur a au moins cet avantage que les *Règles des Cours fédérales* autorisent, dans les cas où elle se justifie, la modification de l’avis de demande.

[36] Une fois déposé son avis de demande, l’innovateur doit en tant que demandeur, sous le régime des *Règles des Cours fédérales*, déposer les éléments de preuve qu’il estime propres à étayer sa thèse que ne sont pas « fondées » les allégations du fabricant de génériques qu’il a décidé d’attaquer. Le paragraphe 6(5) [mod. par DORS/98-166, art. 5] du Règlement AC dispose que le fabricant de génériques peut former une requête en rejet de la demande au motif qu’elle constitue un abus de procédure. Si l’avis de demande et la preuve n’établissent pas le bien-fondé de la cause ou ne satisfont pas à d’autres conditions nécessaires, la Cour peut rejeter tout ou partie de la demande; voir *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2006 CF 1547.

[37] Après que l’innovateur (le demandeur) a déposé sa preuve, le fabricant de génériques (le défendeur) doit, selon les Règles de la Cour, à son tour déposer la sienne. Celle-ci visera à contester les prétentions formulées dans l’avis de demande et à réfuter la preuve de l’innovateur. La question se pose de savoir si le fabricant de génériques peut, en tout ou partie, se contenter d’invoquer les allégations formulées dans l’avis d’allégation comme si elles faisaient partie de sa preuve, dans la mesure où l’innovateur ne prend pas suffisamment en considération, dans sa propre preuve, le contenu desdites allégations. Il n’a pas encore été définitivement répondu à cette question, mais il serait dans tous les cas imprudent de la part du fabricant de génériques de ne pas étayer ses allégations des éléments de preuve factuelle et des témoignages d’opinion appropriés.

[38] Where the issues are directed to validity, there is a complication. The innovator can, in its notice of application, invoke the presumption of validity provided in the *Patent Act*, subsection 43(2) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42] of the post-October 1, 1996, version, to the effect that a patent is presumed valid “in the absence of any evidence to the contrary.” Having raised the presumption but being forced by the Rules to file evidence first to address the allegations of invalidity, an innovator should file evidence rebutting the allegations as to invalidity. The generic should then file its own evidence supporting its allegations and rebutting the evidence of the innovator.

[39] The question of burden of proof in NOC proceedings, where issues of validity are raised, was canvassed in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2006), 46 C.P.R. (4th) 281, at paragraphs 6 to 12, in *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2006), 54 C.P.R. (4th) 356 (F.C.), at paragraphs 85 to 94, and in *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2007 FC 26, at paragraphs 5 to 12. The respondent (generic) must put the invalidity allegations in play, the applicant may respond by asserting the presumption of validity. Should the applicant lead no evidence as to validity but the respondent does lead some evidence, the applicant would place itself at a serious disadvantage. Once the evidence is in, the applicant bears the ultimate burden to establish that the allegations of invalidity are not justified.

The meaning of “justified”

[40] Subsection 6(2) of the NOC Regulations require a determination by the Court as to whether the applicant has demonstrated that “none of those allegations is justified.”

[41] The meaning of the word “justified” or in the French language “fondée”, was considered by the Federal Court of Appeal in *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2005] 2 F.C.R. 269. It means the ordinary civil burden on a balance of probabilities.

[38] Les choses se compliquent lorsque c’est la validité qu’on met en litige. L’innovateur peut, dans son avis de demande, invoquer la présomption de validité établie au paragraphe 43(2) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42] de la version d’application postérieure au 1^{er} octobre 1996 de la *Loi sur les brevets*, selon lequel le brevet est présumé valide « sauf preuve contraire ». S’il invoque cette présomption, l’innovateur devrait néanmoins produire des éléments de preuve tendant à réfuter les allégations d’invalidité, puisque les Règles l’obligent à déposer le premier sa preuve touchant ces allégations. Le fabricant de génériques devrait ensuite déposer les éléments dont il dispose pour étayer ses allégations et contrer les moyens de preuve de l’innovateur.

[39] La question de la charge de la preuve dans les instances relatives aux AC où sont soulevées des questions de validité a fait l’objet d’un examen approfondi dans les décisions suivantes : *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 220, aux paragraphes 6 à 12; *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 1558, aux paragraphes 85 à 94; et *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 26, aux paragraphes 5 à 12. Le défendeur (le fabricant de génériques) doit mettre les allégations d’invalidité en jeu. Le demandeur peut répondre en faisant valoir la présomption de validité. Le demandeur se trouverait sérieusement désavantagé dans le cas où il ne produirait pas de preuve touchant la validité alors que le défendeur le ferait. Une fois la preuve produite, c’est au demandeur qu’incombe la charge ultime d’établir que les allégations d’invalidité ne sont pas fondées.

Le sens du terme « fondée »

[40] Le paragraphe 6(2) du Règlement AC exige que la Cour décide si le demandeur a démontré qu’« aucune des allégations n’est fondée ».

[41] La Cour d’appel fédérale a examiné le sens du terme « fondée » et de son équivalent anglais « justified » dans *Cie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2005] 2 R.C.F. 269. Elle a conclu que ce terme met en jeu la charge civile ordinaire fondée sur la prépondérance de la preuve.

History of the development of celecoxib

[42] Much of what is at issue in these proceedings turns on what was known to the applicant, Searle, and various persons including Dr. Seibert and her group at Searle doing biological work, as well as what was done by or known to the inventors named in the patent (Talley *et al.*), at relevant periods of time and what was disclosed by Searle to the public. This is to be measured against what the evidence shows would have been known to the ordinary person skilled in the art as of the relevant time.

[43] As will be discussed, there is a lack of evidence in many areas that are critical to this discussion. The Court must deal with the record that it has.

[44] I will first deal with the scheme of the *Patent Act* as it pertains to the '576 patent, then with the nature of the evidence in the record and then with the pertinent matters disclosed in that evidence.

Scheme of the Patent Act

[45] The *Patent Act* although it is cited as R.S.C., 1985, c. P-4, is actually divided into three parts, one part deals with applications filed before October 1, 1989, the second with applications filed after that date and before October 1, 1993, and the third with applications filed after October 1, 1996. To some extent, the patents resulting from those applications will be affected by later versions of the Act even though the application was filed at a time period pertinent to an earlier version.

[46] The application for the '576 patent was filed with the Canadian Patent Office on an effective date of November 14, 1994, thus the version of the *Patent Act* for the period between October 1, 1993, and October 1, 1996, is pertinent. However the application continued to be prosecuted in the Canadian Patent Office after October 1, 1996. The patent was ultimately issued on October 26, 1999. Thus post-October 1, 1996, provisions of the *Patent Act* will be pertinent as well. I will refer to these two versions as pre-October 1, 1996, and post-October 1, 1996. The transitional provisions of the post-October 1, 1996, version, sections 78.4 [as

Historique de l'élaboration du célécoxib

[42] La présente instance consiste en grande partie à essayer d'établir ce que savaient la demanderesse Searle et diverses personnes, dont M^{me} Seibert et les membres de son groupe d'études biologiques chez Searle, ainsi que ce qu'ont fait ou savaient les inventeurs dénommés dans le brevet (Talley *et al.*), aux époques pertinentes, et ce que Searle a communiqué au public. Ces éléments sont à comparer à ce que, selon la preuve, la personne du métier était censée savoir aux époques pertinentes.

[43] Comme on le verra plus loin, la preuve se révèle insuffisante sur de nombreux points d'importance cruciale pour cette analyse. Or la Cour doit fonder ses conclusions sur le dossier dont elle dispose.

[44] J'examinerai d'abord le régime de la *Loi sur les brevets* relativement au brevet '576, puis la nature de la preuve au dossier et enfin les renseignements pertinents que celle-ci contient.

Le régime de la Loi sur les brevets

[45] La *Loi sur les brevets*, bien qu'on lui attribue la référence L.R.C. (1985), ch. P-4, se divise en fait en trois parties; la première porte sur les demandes de brevet déposées avant le 1^{er} octobre 1989, la deuxième sur les demande déposées entre cette date et le 1^{er} octobre 1993, et la troisième sur les demandes déposées après le 1^{er} octobre 1996. Les brevets délivrés à la suite de demandes qu'on a déposées pendant la période relevant d'une version antérieure de cette Loi seront aussi touchés, dans une certaine mesure, par les versions postérieures de ladite Loi.

[46] La demande du brevet '576 a été déposée au Bureau canadien des brevets en date du 14 novembre 1994; par conséquent, elle relève de la version de la *Loi sur les brevets* applicable à la période du 1^{er} octobre 1993 au 1^{er} octobre 1996. Cependant, cette demande a suivi son cours au Bureau canadien des brevets au-delà du 1^{er} octobre 1996. Le brevet a en fin de compte été délivré le 26 octobre 1999. Les dispositions de la *Loi sur les brevets* applicables après le 1^{er} octobre 1996 seront donc également pertinentes. Je désignerai ces deux versions comme étant antérieure au 1^{er} octobre 1996 et postérieure au 1^{er} octobre 1996. Les disposi-

enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 55; 2001, c. 10, s. 4] and 78.5 [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 55; 2001, c. 10, s. 4] provide as to how the transition, for purposes here, is managed:

78.4 Applications for patents in Canada filed on or after October 1, 1989, but before October 1, 1996, shall be dealt with and disposed of in accordance with subsection 27(2) as it read immediately before October 1, 1996 and with the provisions of this Act as they read on October 1, 1996.

78.5 Any matter arising in respect of a patent issued on the basis of an application filed on or after October 1, 1989, but before October 1, 1996, shall be dealt with and disposed of in accordance with the provisions of this Act and with subsection 27(2) as it read immediately before October 1, 1996.

[47] Subsection 27(2) as referred to in these provisions, as it read in the pre-October 1, 1996, version of the Act, dealt with a situation where a patent was previously granted to the applicant in another country before an application was filed in Canada. It said:

27. . . .

(2) Any inventor or legal representative of an inventor who applies in Canada for a patent for an invention for which application for patent has been made in any other country by that inventor or his legal representative before the filing of the application in Canada is not entitled to obtain in Canada a patent for that invention unless his application in Canada is filed, either

(a) before issue of any patent to that inventor or his legal representative for the same invention in any other country, or

(b) if a patent has issued in any other country, within twelve months after the filing of the first application by that inventor or his legal representative for patent for that invention in any other country.

[48] There is a further complexity since the application for the '576 patent was filed in Canada under the provisions of the *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22] (PCT). That treaty provides that a single application can be filed in an appropriate "receiving office" of one of the countries adhering to that Treaty and obtain a filing date pertinent to all, or a selected group of other of such countries,

tions transitoires de la version d'application postérieure au 1^{er} octobre 1996, soit les articles 78.4 [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 55; 2001, ch. 10, art. 4] et 78.5 [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 55; 2001, ch. 10, art. 4], établissent le régime transitoire à prendre en considération dans la présente instance :

78.4 La présente loi dans sa version du 1^{er} octobre 1996 de même que le paragraphe 27(2) dans sa version du 30 septembre 1996 s'appliquent aux demandes de brevet déposées le 1^{er} octobre 1989 ou par la suite, mais avant le 1^{er} octobre 1996.

78.5 La présente loi de même que le paragraphe 27(2) dans sa version du 30 septembre 1996 s'appliquent aux affaires relatives aux brevets délivrés au titre de demandes déposées le 1^{er} octobre 1989 ou par la suite, mais avant le 1^{er} octobre 1996.

[47] Le paragraphe 27(2) auquel renvoient ces deux articles, dans son texte de la version d'application antérieure au 1^{er} octobre 1996 de la Loi, avait pour objet le cas où un brevet avait été délivré au demandeur dans un autre pays avant que la demande correspondante ne soit déposée au Canada. Il était libellé comme suit :

27. [. . .]

(2) Un inventeur ou représentant légal d'un inventeur, qui a fait une demande de brevet au Canada pour une invention à l'égard de laquelle une demande de brevet a été faite dans tout autre pays par cet inventeur ou par son représentant légal avant le dépôt de sa demande au Canada, n'a pas le droit d'obtenir au Canada un brevet couvrant cette invention sauf si sa demande au Canada est déposée :

(a) soit avant la délivrance d'un brevet à cet inventeur ou à son représentant légal couvrant cette même invention dans tout autre pays;

(b) soit, si un brevet a été délivré dans un autre pays, dans un délai de douze mois à compter du dépôt de la première demande, par cet inventeur ou son représentant légal, d'un brevet pour cette invention dans tout autre pays.

[48] Les choses se compliquent encore du fait que la demande du brevet '576 a été déposée au Canada en vertu du *Traité de coopération en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22] (le PCT). Ce traité stipule qu'il est possible, en déposant une seule demande auprès d'un « office récepteur » compétent de l'un des pays signataires, d'obtenir une date de dépôt valable pour tous ces pays, ou un nombre déterminé

provided that the applicant enters the “national phase” of such other countries within an appropriate time period. Here the original “international” application was filed in the United States at a receiving office on November 14, 1994, and entered the national phase in Canada on May 28, 1996, (applicants record, Vol. 3, page 613). However, in accordance with the Treaty, the application is considered to have been filed in the Canadian Patent Office with an effective date of November 14, 1994.

[49] An “applicant” is defined in section 2 of both versions of the *Patent Act* as the inventor and legal representative of the inventor, such as an assignee. Thus the “applicant” is a person standing in the shoes of the inventor(s). Searle is the applicant because it is the assignee of Talley *et al.*, the named inventors and not otherwise.

[50] As of the Canadian filing date (November 14, 1994), both versions of the *Patent Act* (paragraphs 27(1)(c) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 33, s. 8] and (d) [as am. *idem*] pre-October 1, 1996, and paragraph 28.2(a) [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33] post-October 1, 1996) provide that the invention should not have been previously disclosed in such a manner as to become available to the public before that date except that the applicant or person obtaining knowledge from the applicant has a 12-month grace period prior to that date as to disclosures.

[51] Section 28.3 [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33] of the post-October 1, 1996, Act provides that an invention must not have been obvious as of the “claim date” having regard to information disclosed to the public prior to that date, except for information disclosed by the applicant or person gaining knowledge from the applicant, in which case a 12-month grace period prior to the Canadian filing date applies to such information.

[52] Sections 28.1 [as enacted *idem*] and 28.4 [as enacted *idem*; 2001, c. 34, s. 63] of the post-October 1, 1996, Act provides that the “claim date” is the Canadian

d’entre eux, à condition que l’auteur de la demande entre en « phase nationale » dans les pays en question dans le délai prescrit. En l’occurrence, la demande originale « internationale » a été déposée auprès d’un office récepteur des États-Unis le 14 novembre 1994 et est entrée en phase nationale au Canada le 28 mai 1996 (dossier de la demanderesse, volume 3, page 613). Cependant, en vertu du PCT, cette demande est réputée avoir été déposée auprès du Bureau canadien des brevets en date du 14 novembre 1994.

[49] Selon l’article 2 des deux versions de la *Loi sur les brevets*, sont assimilés à un demandeur un inventeur et les représentants légaux d’un inventeur, tels que les cessionnaires. Par conséquent, le « demandeur » est une personne agissant à la place ou pour le compte de l’inventeur ou des inventeurs. Searle est en l’occurrence le demandeur de brevet en tant que cessionnaire de Talley *et al.*, les inventeurs dénommés dans le brevet, et à aucun autre titre.

[50] À la date de dépôt au Canada (soit le 14 novembre 1994), les deux versions de la *Loi sur les brevets*—soit les alinéas 27(1)c) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 8] et d) [mod., *idem*] de la version d’application antérieure au 1^{er} octobre 1996, et l’alinéa 28.2a) [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 33] du texte d’application postérieure à cette date—disposent que l’invention ne doit pas avoir fait l’objet d’une communication qui l’a rendue accessible au public avant cette date, à la réserve près que le demandeur ou un tiers ayant obtenu de lui l’information à cet égard dispose d’un délai de grâce de 12 mois précédant cette date en ce qui a trait aux divulgations.

[51] L’article 28.3 [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 33] de la version de la Loi d’application postérieure au 1^{er} octobre 1996 porte que l’invention ne doit pas être évidente à la « date de la revendication », eu égard à toute communication faite au public avant ladite date, à l’exception des communications faites par le demandeur ou un tiers ayant obtenu de lui l’information à cet égard, auxquelles s’applique un délai de grâce de 12 mois précédant la date de dépôt au Canada.

[52] Les articles 28.1 [édicte, *idem*] et 28.4 [édicte, *idem*; 2001, ch. 34, art. 63] de la version de la Loi d’application postérieure au 1^{er} octobre 1996 disposent

filing date unless there has been a proper assertion of one or more priority dates respecting applications filed in another “treaty or convention country disclosing the subject-matter defined by the claims.” If such priority has been claimed, and such subject-matter was disclosed before the Canadian filing date, then the priority date becomes the “claim date” for which obviousness may be tested, provided that it can be shown that the priority application disclosed the same invention as claimed in the ultimate patent as issued. Sections 27 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 8] and 28 [as am. *idem*, s. 10] of the pre-October 1, 1996, Act are to the same effect, except that section 28 uses the word describe rather than disclose, the meaning is the same for the purposes of the discussion here.

[53] On a different point, effective October 1, 1996, section 73 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 52] was added to the *Patent Act* requiring a “reply in good faith” to requisitions by a patent office examiner, payment of fees and other compliances, failing which an application would become abandoned subject to certain re-instatement opportunities. It reads:

73. (1) An application for a patent in Canada shall be deemed to be abandoned if the applicant does not

(a) reply in good faith to any requisition made by an examiner in connection with an examination, within six months after the requisition is made or within any shorter period established by the Commissioner;

(b) comply with a notice given pursuant to subsection 27(6);

(c) pay the fees payable under section 27.1, within the time provided by the regulations;

(d) make a request for examination or pay the prescribed fee under subsection 35(1) within the time provided by the regulations;

(e) comply with a notice given under subsection 35(2); or

que la « date de la revendication » est la date de dépôt de la demande de brevet au Canada, sauf si l’on a présenté une demande de priorité fondée sur une ou plusieurs demandes de brevet « divulguant l’objet que définit la revendication », déposées de façon régulière dans un autre pays qui protège les droits du déposant « par traité ou convention [. . .] auquel le Canada est partie ». Si une telle demande de priorité a été présentée et que l’objet défini par la revendication a été divulgué avant la date de dépôt au Canada, la date de priorité devient la « date de la revendication » en fonction de laquelle l’évidence peut être évaluée, à condition qu’on puisse démontrer que la demande déposée en priorité révélait la même invention que celle revendiquée dans le brevet en fin de compte délivré. Les articles 27 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 8] et 28 [mod., *idem*, art. 10] de la version de la Loi d’application antérieure au 1^{er} octobre 1996 portent les mêmes dispositions, à cette réserve près que l’article 28 emploie le verbe « décrire » plutôt que « divulguer »—mais le sens est le même aux fins qui nous occupent.

[53] Par ailleurs, on a ajouté à la *Loi sur les brevets* un article entré en vigueur le 1^{er} octobre 1996, soit l’article 73 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 52], selon lequel le demandeur doit « répondre de bonne foi » aux demandes de l’examineur, payer les taxes applicables et se conformer à d’autres prescriptions, à défaut de quoi sa demande sera considérée comme abandonnée, sous réserve d’une possibilité de rétablissement à certaines conditions. Cet article est libellé comme suit :

73. (1) La demande de brevet est considérée comme abandonnée si le demandeur omet, selon le cas :

a) de répondre de bonne foi, dans le cadre d’un examen, à toute demande de l’examineur, dans les six mois suivant cette demande ou dans le délai plus court déterminé par le commissaire;

b) de se conformer à l’avis mentionné au paragraphe 27(6);

c) de payer, dans le délai réglementaire, les taxes visées à l’article 27.1;

d) de présenter la requête visée au paragraphe 35(1) ou de payer la taxe réglementaire dans le délai réglementaire;

e) de se conformer à l’avis mentionné au paragraphe 35(2);

- (f) pay the prescribed fees stated to be payable in a notice of allowance of patent within six months after the date of the notice.
- (2) An application shall also be deemed to be abandoned in any other circumstances that are prescribed.
- (3) An application deemed to be abandoned under this section shall be reinstated if the applicant
- (a) makes a request for reinstatement to the Commissioner within the prescribed period;
- (b) takes the action that should have been taken in order to avoid the abandonment; and
- (c) pays the prescribed fee before the expiration of the prescribed period.
- (4) An application that has been abandoned pursuant to paragraph (1)(f) and reinstated is subject to amendment and further examination.
- (5) An application that is reinstated retains its original filing date.
- f) de payer les taxes réglementaires mentionnées dans l'avis d'acceptation de la demande de brevet dans les six mois suivant celui-ci.
- (2) Elle est aussi considérée comme abandonnée dans les circonstances réglementaires.
- (3) Elle peut être rétablie si le demandeur :
- a) présente au commissaire, dans le délai réglementaire, une requête à cet effet;
- b) prend les mesures qui s'imposaient pour éviter l'abandon;
- c) paie les taxes réglementaires avant l'expiration de la période réglementaire.
- (4) La demande abandonnée au titre de l'alinéa (1)f) et rétablie par la suite est sujette à modification et à nouvel examen.
- (5) la demande rétablie conserve sa date de dépôt.

Nature of the evidence in the record

[54] The evidence that is pertinent to the issues of obviousness and candor of disclosure consists of the following:

1. The '576 patent itself (applicants record, Vol. 1, Tab 4, pages 25-221);
2. The file history of the application for the '576 patent as it exists in the records of the Canadian Patent Office (applicants record, Vols. 2 & 3, Tab A, pages 225-821). This record includes, among other things, the application as originally filed in the Canadian Patent Office, Vol. 3, pages 616-821. It must be noted that this is not either of the priority applications relied upon in the patent;
3. The affidavit of Dr. Karen Seibert, Vice-President of Discovery Research at Pfizer Inc., together with Exhibits A through J (applicants record, Vol. 5, Tabs 10 and A through J, pages 1110-1201). She is not a named inventor of the '576 patent;
4. Transcript of the cross-examination of Dr. Seibert and Exhibits 1, 2 and 3 thereto (respondents record, all of

La nature de la preuve au dossier

[54] Les éléments de preuve pertinents à l'égard des questions de l'évidence et de la franchise de la divulgation sont les suivants :

1. Le texte du brevet '576 (dossier des demanderesse, volume 1, onglet 4, pages 25 à 221).
2. Le dossier de l'administration du brevet '576 conservé dans les archives du Bureau canadien des brevets (dossier de la demanderesse, volumes 2 et 3, onglet A, pages 225 à 821). Ce dossier comprend entre autres la demande de brevet telle qu'elle a été déposée à l'origine auprès du Bureau canadien des brevets (volume 3, pages 616 à 821). Il est à noter qu'il ne s'agit là d'aucune des deux demandes prioritaires invoquées dans le brevet.
3. L'affidavit de M^{me} Karen Seibert, vice-présidente à la recherche chez Pfizer Inc., ainsi que les pièces y afférentes, cotées de A à J (dossier des demanderesse, volume 5, onglets 10 et A à J, pages 1110 à 1201). M^{me} Seibert ne compte pas parmi les inventeurs dénommés dans le brevet '576.
4. La transcription du contre-interrogatoire de M^{me} Seibert, ainsi que les pièces y afférentes, cotées 1, 2 et

Vol. 14, pages 4458-4635); and

5. The two priority applications relied upon by Searle in the '576 patent (respondents record, Vol 4, pages 876-1128).

[55] It is important to note what is not in the record.

1. Evidence from any inventor named in the '576 patent. Dr. Seibert in her cross-examination, pages (4500-4506, respondents record, Vol. 14) acknowledged that many of them are still alive and can be located;

2. The exhibits A to J of Dr. Seibert's affidavits dealing with laboratory work at Searle, are severely redacted so that apparently only references to celecoxib and nothing else, are visible. Although she says in paragraph 8 of her affidavit (applicants record, Vol. 5, page 1113) that she reviewed the unredacted versions, in cross-examination (Vol. 14 of respondents record commencing at page 4547) she said the redactions were made by the "legal team" and that she did not compare the copies with the original notebooks. Therefore I have placed little reliance on these documents; and

3. No other person who would have direct knowledge as to what was happening at Searle at the relevant time, gave evidence.

Pertinent Matters Disclosed in Evidence

[56] From the evidence as presented in the record as described above, I make the following findings:

1. Commencing in or before 1991, certain teams of scientists at Searle were investigating the potential use of compounds to treat inflammation that would selectively inhibit what became known as COX II as opposed to COX I, the theory being that such a compound would minimize gastrointestinal side effects experienced with other inflammation treating

3 (dossier des défendeurs, ensemble du volume 14, pages 4458 à 4635).

5. Les deux demandes prioritaires invoquées par Searle dans le brevet '576 (dossier des défendeurs, volume 4, pages 876 à 1128).

[55] Il est important aussi de préciser ce que ne contient pas le dossier :

1. Les éléments de preuve provenant d'un des inventeurs dénommés dans le brevet '576. Or M^{me} Seibert a admis au cours de son contre-interrogatoire qu'un bon nombre d'entre eux sont encore vivants et peuvent être retrouvés (dossier des défendeurs, volume 14, pages 4500 à 4506).

2. Les pièces jointes à l'affidavit de M^{me} Seibert (A à J), qui portent sur les travaux de laboratoire effectués chez Searle, sont considérablement expurgées de sorte que, apparemment, seuls les passages relatifs au célécoxib y ont été conservés et rien d'autre. M^{me} Seibert écrit au paragraphe 8 de son affidavit (dossier des demandeurs, volume 5, page 1113) qu'elle a examiné les versions non expurgées, mais elle a déclaré dans son contre-interrogatoire (volume 14 du dossier des défendeurs, à partir de la page 4547) que c'est [TRADUCTION] « l'équipe juridique » qui avait expurgé le texte et qu'elle n'avait pas comparé les copies aux registres originaux. Par conséquent, je n'ai pas accordé beaucoup de crédit à ces documents.

3. Aucune autre personne qui aurait eu directement connaissance de ce qui se passait chez Searle à l'époque pertinente n'a témoigné.

Les faits pertinents révélés par la preuve

[56] À la lumière de la preuve présentée dans le dossier décrit ci-dessus, j'en arrive aux conclusions suivantes :

1. À partir de 1991, ou avant, certaines équipes de scientifiques de Searle ont étudié l'usage potentiel de composés anti-inflammatoires qui inhiberaient sélectivement ce qui est appelé maintenant la COX II par opposition à la COX I, la théorie étant qu'un tel composé réduirait au minimum les effets secondaires gastro-intestinaux causés par d'autres composés anti-

compounds (Seibert affidavit, paragraphs 3 to 7, applicants record, pages 1112-1113);

2. Dr. Seibert headed up the biology team of those working on the COX II project. Dr. Peter Isakson was the overall team leader. (Seibert cross-examination, respondents record, page 4490). Dr. Seibert is not listed as an inventor of the '597 patent (cross-examination, respondents record, page 4506) nor is Dr. Isakson (patent cover page, applicants record, page 26);

3. Molecules identified in Figure 1 of Exhibit 1 to Dr. Seibert's cross-examination as 1 (DuPont 697) and 2 (NS-398) became known to Dr. Seibert's team in the 1992 time frame. (Seibert cross-examination, respondents record, pages 4506-4516). This cross-examination makes it clear that Dr. Seibert is not the chemist who developed the compounds, her task was to evaluate them from a biological standpoint. Her testimony does not reveal how knowledge of those compounds or their development came about;

4. Dr. Seibert's group in this early 1990's period were screening randomly a number of compounds including SC-58125, DuP 697 and NS-398 looking for appropriate compounds. They studied different constituents on the structure of those compounds to understand the structure-to-activity relationship. (Seibert cross-examination, respondents record, pages 4527-4531);

5. Sometime prior to October 1993, Dr. Seibert's team was working on celecoxib and other compounds including SC-58125 in addition to DuP 697 and NS-398. (Seibert affidavit, Exhibits A et seq, applicants record, pages 1131 ff);

6. By November 1993, Dr. Seibert's team had established, *in vitro* that celecoxib selectively inhibits COX-2 more than 250 times more than COX-1. (Seibert affidavit, applicants record, paragraph 24, page 1117);

7. November 30, 1993, the first priority application as claimed in the '597 patent, was filed in the United States

inflammatoires (affidavit de M^{me} Seibert, paragraphes 3 à 7, dossier des demanderesse, pages 1112 et 1113);

2. M^{me} Seibert dirigeait l'équipe chargée des questions biologiques qui travaillait avec d'autres scientifiques au projet sur la COX II. M. Peter Isakson supervisait l'ensemble du projet (contre-interrogatoire de M^{me} Seibert, dossier des défendeurs, page 4490). Le nom de M^{me} Seibert ne figure pas dans la liste des inventeurs du brevet 597 (contre-interrogatoire, dossier des défendeurs, page 4506) ni celui de M. Isakson (page couverture du brevet, dossier des demandeurs, page 26);

3. Les molécules identifiées dans la figure 1 de la pièce 1 du contre-interrogatoire de M^{me} Seibert comme étant 1 (DuPont 697) et 2 (SN-398) ont été portées à la connaissance de l'équipe de M^{me} Seibert vers 1992 (contre-interrogatoire de M^{me} Seibert, dossier des défendeurs, 4506 à 4516). Ce contre-interrogatoire montre clairement que M^{me} Seibert n'est pas le chimiste qui a mis au point les composés, sa tâche consistait à les évaluer du point de vue biologique. Son témoignage ne révèle pas comment ces composés ont été découverts ou mis au point;

4. Au début des années 90, le groupe de M^{me} Seibert passait au crible un certain nombre de composés choisis au hasard, notamment le SC-58125, le DuP 697 et le NS-398, à la recherche de composés appropriés. Le groupe a étudié différents constituants de la structure de ces composés afin de comprendre la relation entre leur structure et leur activité (contre-interrogatoire de M^{me} Seibert, dossier des défendeurs, pages 4527 à 4531);

5. Un peu avant octobre 1993, l'équipe de M^{me} Seibert travaillait sur le célécoxib et d'autres composés, notamment le SC-58125 en plus du DuP 697 et du NS-398 (affidavit de M^{me} Seibert, pièces A et suiv., dossier des demanderesse, pages 1131 et suiv.);

6. En novembre 1993, l'équipe de M^{me} Seibert avait démontré *in vitro* que le célécoxib inhibait sélectivement 250 fois plus la COX-2 que la COX-1 (affidavit de M^{me} Seibert, dossier des demanderesse, paragraphe 24, page 1117);

7. Le 30 novembre 1993, la première demande de priorité telle que revendiquée dans le brevet '597, a été

(respondents record Vol 4, pages 1006-1128). As will be discussed later the compound now known as celecoxib is not specifically described nor is any biological data given as to that compound. No mention is made of COX 1 or COX 2;

8. By 1994 the approaches to be taken by scientists to assess gastric toxicity studies for such compounds was pretty well known. (Seibert cross-examination, respondents record, page 4534);

9. By February 14, 1994, Dr. Seibert's team had determined, using a rat model, that celecoxib exhibited both anti-inflammatory and analgesic effects. (Seibert affidavit, applicant's record, paragraph 61, page 1129);

10. April 6, 1994, the second priority application as claimed in the '597 patent was filed in the United States (respondents record Vol 4, pages 876-1004). Again no specific disclosure of celecoxib is made nor any biological data as to that compound give nor any mention as to COX 1 or COX 2;

11. By June 1994, Dr. Seibert's team had determined that compound SC-58125 exhibited anti-inflammatory properties while not causing gastric toxicity (Seibert cross-examination, respondents record, pages 4530-4531);

12. At a meeting in June 1994, Dr. Seibert made a public disclosure that SC-58125 treated inflammation while not causing gastric toxicity. (Seibert cross-examination, respondents record, page 4531);

13. In August 1994, Dr. Seibert's paper respecting SC-58125 was submitted to a peer review scientific publication for publication. That paper was published in the December 1994 issue of that publication. That paper disclosed that compound SC-58125 treated inflammation without exhibiting gastric side effects. (Seibert cross-examination, respondents record, pages 4527-4534; copy of the published paper, respondents record, pages 4630-4634);

déposée aux États-Unis (dossier des défendeurs, vol. 4, pages 1006 à 1128). Comme nous le verrons plus loin, le composé maintenant appelé célécoxib n'est pas expressément décrit et aucune donnée biologique n'est fournie sur ce composé. Aucune mention n'est faite de la COX 1 ni de la COX 2;

8. En 1994, la façon dont les scientifiques devaient évaluer les études de toxicité gastrique pour de tels composés était assez bien connue (contre-interrogatoire de M^{me} Seibert, dossier des défendeurs, page 4534);

9. Le 14 février 1994, l'équipe de M^{me} Seibert a établi, à l'aide d'un modèle chez le rat, que le célécoxib présentait des propriétés tant anti-inflammatoires qu'analgsiques (affidavit de M^{me} Seibert, dossier des demanderesse, paragraphe 61, page 1129);

10. Le 6 avril 1994, la deuxième demande de priorité telle que revendiquée dans le brevet '597 a été déposée aux États-Unis (dossier des défendeurs, vol. 4, pages 876 à 1004). Encore une fois, aucun renseignement spécifique sur le célécoxib n'est divulgué, aucune donnée biologique sur ce composé n'est fournie et on ne mentionne pas la COX 1 ni la COX 2;

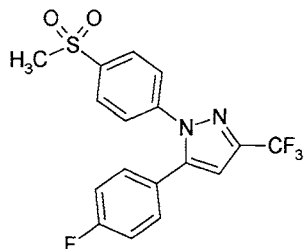
11. En juin 1994, l'équipe de M^{me} Seibert avait établi que le composé SC-58125 possédait des propriétés anti-inflammatoires sans avoir d'effets toxiques sur l'estomac (contre-interrogatoire de M^{me} Seibert, dossier des défendeurs, pages 4530 et 4531);

12. Lors d'une réunion en juin 1994, M^{me} Seibert a divulgué publiquement que le SC-58125 était un agent anti-inflammatoire qui ne comportait aucune toxicité gastrique (contre-interrogatoire de M^{me} Seibert, dossier des défendeurs, page 4531);

13. En août 1994, l'article de M^{me} Seibert concernant le SC-58125 a été soumis pour publication dans une revue scientifique dotée d'un comité de lecture. Cet article est paru dans le numéro de décembre 1994 de cette publication. L'article révélait que le composé SC-58125 traitait l'inflammation sans entraîner d'effets gastriques indésirables (contre-interrogatoire de M^{me} Seibert, dossier des défendeurs, pages 4527 à 4534; copie de l'article publié, dossier des défendeurs, pages 4630 à 4634);

14. The compound SC-58125 is one of the compounds that comes within the scope of a patent granted to Matsuo, U.S. Patent 5134142 (the '142 patent) that is referenced at page 2 of the '576 patent. (Exhibit 3 to Seibert cross-examination, respondents record, page 1635; Moody affidavit, paragraphs 107-109, applicants record, pages 2258-2259; Knaus affidavit, paragraphs 146-158, applicants record, pages 3733-3735);

15. The difference between the Matsuo '142 compound (SC-58125) and one of the applicants compounds specifically disclosed in the '576 patent in example 17 are illustrated in Exhibit 3 to Dr. Seibert's cross-examination as follows:



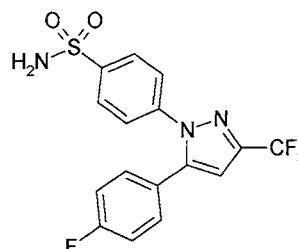
Matsuo Compound
Composé de Matsuo

The difference is that in the upper left hand corner of the illustration, Matsuo has H₃C whereas the example 17 compound has H₃N. This can be described as Matsuo having a methyl group on the sulphonyl (methylsulphonyl) and example 17 having an amino group on the sulphonyl (aminosulphonyl). Methylsulphonyl is, chemically speaking, an isostere of aminosulphonyl. (Supuran cross-examination, respondents record, page 4993). The difference between the Matsuo compound and celecoxib is that celecoxib has an H₃C at the lower left instead of an F as well as an aminosulphonyl rather than a methylsulphonyl; and

16. November 14, 1994, is the effective filing date in the Canadian Patent Office of the application for the '597 patent. (applicants record, Vol. 3, page 613 ff).

14. Le composé SC-58125 est l'un des composés visés par un brevet délivré à Matsuo, le brevet américain 5134142 (le brevet '142) dont il est question à la page 2 du brevet '576 (pièce 3 du contre-interrogatoire de M^{me}Seibert, dossier des défendeurs, page 1635; affidavit de M. Moody, paragraphes 107 à 109, dossier des demanderesse, pages 225 et 2259; affidavit de M. Knaus, paragraphes 146 à 158, dossier des demanderesse, pages 3733 à 3735);

15. La différence entre le composé 142 de Matsuo (SC-58125) et un des composés des demanderesse expressément divulgué dans le brevet '576 dans l'exemple 17 est illustré dans la pièce 3 du contre-interrogatoire de M^{me} Seibert :



Applicants Compound
Composé des demanderesse

La différence tient au fait que dans le composé de Matsuo, il y a une molécule de H₃C à l'extrémité supérieure gauche alors que dans le composé de l'exemple 17, c'est une molécule de H₃N. On peut ainsi dire que le composé de Matsuo a un groupement méthyle sur le sulfonyle (méthylsulfonyl) et que l'exemple 17 a un groupement amino sur le sulfonyle (aminosulfonyl). Le méthylsulfonyl est, du point de vue chimique, un isostère de l'aminosulfonyl (contre-interrogatoire de M. Supuran, dossier des défendeurs, page 4993). Le composé de Matsuo diffère du célécoxib en ce que le célécoxib a une molécule de H₃C à l'extrémité inférieure plutôt qu'un F de même qu'un aminosulfonyl plutôt qu'un méthylsulfonyl;

16. Le 14 novembre 1994 est la date de dépôt effective au Bureau canadien des brevets de la demande de brevet '597 (dossier des demanderesse, vol. 3, page 613 et suivantes).

Conclusions respecting the evidentiary findings and claim construction

[57] The evidence in the record, taken together with the claims of the '547 patent as construed herein, lead to the following conclusions to be applied to the allegations made by Novopharm. The question for the Court is whether or not the allegations have been shown by the applicants, Searle, not to be justified:

1. Claim 4 of the '576 patent is directed to celecoxib which has dual utility in treating inflammation while reducing unwanted side effects such as ulcers of the gastrointestinal system. Claim 8 is directed to the use of a drug containing an appropriate quantity of celecoxib for treatment of inflammation or an inflammation related disorder;

2. Celecoxib was first prepared at Searle by a team of chemists sometime prior to 1994. That compound, together with many others including DuP 697, NS-398 and SC-58125 prepared by some of these chemists were turned over in or about early 1994 to another team, being biologists led by Dr. Seibert, to test for biological activity such as that in respect of inflammation and gastrointestinal effects. The latter effects were measured using the relative inhibition of COX II to COX I as a surrogate;

3. Both the chemical team and the biological team at Searle were led overall by Dr. Isakson;

4. The '576 patent names Talley and 12 others as inventors, they assigned their rights to Searle (applicants record, Vol 2, pages 226-252) Searle therefore stands as "legal representative" of those inventors for purposes of the *Patent Act*;

5. Neither Dr. Isakson nor Dr. Seibert or anyone on her team are named as inventors of the '576 patent. There is no record of any assignment of any of their interests. As far as the *Patent Act* is concerned, Searle is not the "legal representative" of any of Dr. Isakson, Dr Seibert or her team;

Conclusions concernant la preuve et l'interprétation des revendications

[57] La preuve contenue dans le dossier, jointe aux revendications contenues dans le brevet '547, suivant l'interprétation que nous en avons donnée ici, nous amène à conclure ce qui suit des allégations formulées par Novopharm. La question que doit trancher la Cour est de savoir si la demanderesse, Searle, a montré ou non que les allégations n'étaient pas justifiées :

1. La revendication 4 du brevet '576 vise le célécoxib qui a une double utilité, soit traiter l'inflammation tout en réduisant les effets indésirables tels que les ulcères de l'appareil digestif. La revendication 8 vise l'utilisation d'un médicament contenant une quantité adéquate de célécoxib pour le traitement de l'inflammation ou d'un trouble associé à une inflammation;

2. Le célécoxib a d'abord été préparé dans les laboratoires de Searle par une équipe de chimistes un peu avant 1994. Ce composé, de même que de nombreux autres, notamment le DuP 697, le NS-398 et le SC-58125, préparés par certains de ces chimistes ont été remis vers le début de 1994 à une autre équipe, soit celle des biologistes dirigée par M^{me} Seibert, qui devait évaluer leur activité biologique, notamment en ce qui concerne l'inflammation et les effets gastro-intestinaux. Ces derniers effets ont été mesurés en utilisant comme mesure indirecte l'inhibition de la COX II par rapport à la COX I;

3. Tant l'équipe chargée des questions chimiques que celle chargée des questions biologiques à Searle travaillaient sous la supervision générale de M. Isakson;

4. Dans le brevet '576, Talley et 12 autres scientifiques sont nommés comme inventeurs, leurs droits sont cédés à Searle (dossier des demanderesse, vol. 2, pages 226 à 252). Searle reste donc le « représentant légal » de ces inventeurs aux fins de la *Loi sur les brevets*;

5. Ni M. Isakson ni M^{me} Seibert ni personne de l'équipe de cette dernière ne sont nommés parmi les inventeurs du brevet '576. Rien n'est indiqué quant à la cession de leurs intérêts. Aux termes de la *Loi sur les brevets*, Searle n'est pas le « représentant légal » de M. Isakson, de M^{me} Seibert ou des membres de son équipe;

6. The earliest date respecting celecoxib not just as a compound but one that was determined to have utility in treating inflammation while having reduced unwanted side effects is February 14, 1994, the date when Dr. Seibert's team made that determination. That team does not apparently include any of the named inventors, Talley, *et al.*;

7. The first disclosure of celecoxib and its properties that is of record in these proceedings is the application filed in Canada in accordance with the *Patent Cooperation Treaty* having an effective date in Canada of November 14, 1994. I find that neither priority document describes or discloses the same invention as claimed in claim 4 or 8 of the patent at issue. First, neither of the two priority applications specifically discloses celecoxib and neither provide any data as to the biological properties of that compound. Second, the structure (scaffold) disclosed in those priority applications as Formula II is found at page 1031 of the respondents record for the first priority document and at page 903 for the second. That Formula II is different from Formula II as found in the '576 patent which formula the basic structure for all claims of the patent at issue including celecoxib. The priority documents Formula I structure contains H_3CSO_2 at the left portion of the compound whereas Formula II of the '576 patent, hence celecoxib, contains H_3NSO_2 . All claims of the priority documents when read in conjunction with the references to the earlier claims (for instance claims 19 and 26 of the second priority document found at pages 986 and 991 of the respondents record) are references to the H_3CSO_2 structure and not the H_3NSO_2 structure of claims 4 or 8 of the '576 patent. Thus, the priority documents do not describe or disclose the "same invention" as claims 4 or 8, the structure is different and, importantly as stated before, no utility in treating inflammation with reduced side effects for celecoxib is described or disclosed in the priority documents;

8. Dr. Seibert made a public disclosure in June 1994 of the fact that a compound identified as SC-58125 had properties which treated inflammation and had reduced

6. La première date en ce qui a trait au célécoxib, non seulement comme composé mais comme un composé jugé utile pour traiter l'inflammation tout en produisant moins d'effets indésirables, est le 14 février 1994, date à laquelle l'équipe de M^{me} Seibert a établi ces propriétés. Cette équipe ne comprend apparemment aucun des inventeurs nommés, Talley *et al.*;

7. La première divulgation du célécoxib et de ses propriétés mentionnée dans la présente instance est la demande déposée au Canada conformément au *Traité de coopération en matière de brevets*, dont la date d'entrée en vigueur au Canada est le 14 novembre 1994. J'estime que le document de priorité ne décrit ni ne divulgue la même invention revendiquée à la revendication 4 ou 8 du brevet en litige. Tout d'abord, aucune des deux demandes de priorité ne mentionne expressément le célécoxib et aucune des deux ne fournit des données sur les propriétés biologiques de ce composé. Deuxièmement, la structure (échafaudage) divulguée dans ces demandes de priorité comme étant la Formule II est présentée à la page 1031 du dossier des défendeurs pour le premier document de priorité et à la page 903 pour le second. Cette Formule II est différente de la Formule II dans le brevet '576 qui présente la structure de base de toutes les revendications du brevet en litige, y compris le célécoxib. La structure de la Formule II dans les documents de priorité contient de l' H_3CSO_2 dans la portion gauche du composé alors que la Formule II du brevet '576, à savoir le célécoxib, contient de l' H_3NSO_2 . Toutes les revendications des documents de priorité, lorsqu'on les lit conjointement avec les références à des revendications antérieures (par exemple les revendications 19 et 26 du second document de priorité figurant aux pages 986 et 991 du dossier des défendeurs), sont des références à la structure contenant l' H_3CSO_2 et non à la structure contenant de l' H_3NSO_2 des revendications 4 ou 8 du brevet '576. Ainsi, les documents de priorité ne décrivent ni ne divulguent la « même invention » que les revendications 4 ou 8, la structure est différente et, surtout comme je l'ai mentionné précédemment, on ne décrit ni ne divulgue dans les documents de priorité que le célécoxib est utile dans le traitement de l'inflammation et entraîne moins d'effets secondaires;

8. M^{me} Seibert a divulgué publiquement en juin 1994 le fait qu'un composé identifié comme étant le SC-58125 avait des propriétés anti-inflammatoires et entraînait

unwanted gastric side effects. This disclosure meant that the person skilled in the art would recognize the compound as a good lead compound for further research. A scientific paper discussing those findings was submitted for publication in August 1994 and published in December 1994;

9. SC-58125 has a structure, sometimes called a scaffold, identical to celecoxib and differs only in respect of two substituents on the scaffold. Persons skilled in the art were accustomed to making such substitutions once a lead compound had been identified; and

10. While the Talley *et al.* group named as inventors of the '576 patent and Dr. Seibert's group all worked at Searle under the common leadership of Dr. Isakson, it is only of Talley *et al.* that are named as inventors thus Searle can claim to be a legal representative only of Talley *et al.*

[58] To apply these findings to the scheme of the *Patent Act*:

1. A public disclosure of a compound closely related to celecoxib, namely SC-58125, described as having the same utility as that described for celecoxib, was made by Dr. Seibert in June 1994. Neither she nor her group are named inventors of the patent at issue nor does the evidence show that they derived this knowledge from the named inventors;

2. The knowledge obtained by Dr. Seibert's group as to the activity of SC-58125 namely as to inflammation and non-gastric was information they developed, not Talley *et al.* Thus the disclosure in June 1994 was not disclosure of information of the named inventors Talley, *et al.* The fact that Searle is the "applicant" of the '576 patent does not mean that it can claim common ownership of Dr. Seibert's information since section 2 of the *Patent Act* limits an "applicant" to a legal representative of the named inventors Talley *et al.*;

3. The disclosure in June 1994 as to SC-58125 pre-dates the earliest date that Searle can rely upon for

moins d'effets gastriques indésirables. Il résulte de cette divulgation que la personne versée dans l'art reconnaît alors le composé comme étant un bon chef de file pour d'autres recherches. Un article scientifique décrivant les résultats de ces recherches a été soumis pour publication en août 1994 et publié en décembre 1994;

9. Le SC-58125 a une structure, parfois appelée échafaudage, identique à celle du célécoxib et diffère uniquement au niveau de ces deux substituants sur l'échafaudage. Les personnes versées dans l'art sont habituées à faire ce genre de substitution une fois qu'un chef de file a été identifié;

10. Bien que le groupe de Talley *et al.* nommés comme étant les inventeurs du brevet '576 et le groupe de M^{me} Seibert aient tous travaillé chez Searle sous la direction commune de M. Isakson, seuls Talley *et al.* sont nommés comme inventeurs; ainsi, Searle peut prétendre être le représentant légal uniquement de Talley *et al.*

[58] Appliquons maintenant ces conclusions à l'économie de la *Loi sur les brevets* :

1. Un composé étroitement apparenté au célécoxib, soit le SC-58125, décrit comme ayant la même utilité que celle décrite pour le célécoxib, a été divulgué publiquement par M^{me} Seibert en juin 1994. Ni elle ni son groupe ne sont nommés comme inventeurs du brevet en litige et la preuve ne montre pas qu'ils ont obtenu ces connaissances des inventeurs nommés;

2. Les connaissances acquises par le groupe de M^{me} Seibert relativement à l'activité du SC-58125, notamment en ce qui concerne l'inflammation et l'absence de toxicité gastrique, ont été acquises par le groupe lui-même, non pas par Talley *et al.* La divulgation en juin 1994 ne concernait donc pas l'information provenant des inventeurs nommés, Talley *et al.* Le fait que Searle soit le « demandeur » du brevet '576 ne signifie pas qu'il peut prétendre à la propriété commune de l'information de M^{me} Seibert, vu que selon l'article 2 de la *Loi sur les brevets*, le terme de « demandeur » ne peut être qu'un représentant légal des inventeurs nommés, Talley *et al.*;

3. La divulgation en juin 1994 concernant le SC-58125 précède la première date que peut invoquer Searle à titre

obviousness is the Canadian filing date of November 14, 1994, since the contents of the priority applications do not describe or disclose the same invention as claimed in claim 4 or 8; and

4. By November 14, 1994, Searle clearly knew that SC-58125 was not only one of the many compounds described in the Matsuo '142 patent, but a most relevant one. Searle included that Matsuo '142 patent as a relevant piece of prior art in its patent application filed with the Canadian Patent Office and discussed it at page 2 of the patent application without disclosing the properties of SC-58125 that it knew about and had publicly disclosed in June 1994 in the patent application nor in responses filed with the Canadian Patent Office during the course of the prosecution of the application.

Abandonment

[59] The first allegations to be considered as being “justified” are those of abandonment. These allegations as to abandonment are set out in the notice of allegation as follows:

1.4 The Application that Issued as the '576 Patent (Application) Was Abandoned During its Prosecution and Never Reinstated

The Canadian patent application that issued as the '576 Patent (hereinafter “the Application”) was deemed to have been abandoned due to the Applicant’s failure to respond in good faith to a requisition of an Examiner in connection with the examination of the Application. The Applicant never reinstated the abandoned application pursuant to subsection 73(3) of the *Patent Act*, therefore the Notice of Allowance issued by the Patent Office was a nullity and the '576 Patent should never have issued.

Section 73 of the *Patent Act* reads, in part:

...

The Application was deemed abandoned when the Applicant failed to respond within 6 months in good faith to the requisition by the Examiner (the first office action) dated October 21, 1998.

d’évidence et la date de dépôt au Canada, soit le 14 novembre 1994, étant donné que le contenu des demandes de priorité ne décrit ni ne divulgue la même invention que celle revendiquée aux revendications 4 ou 8;

4. Le 14 novembre 1994, Searle savait bien que le SC-58125 était non seulement un des nombreux composés décrits dans le brevet '142 de Matsuo, mais l’un des composés les plus pertinents. Searle a inclus ce brevet '142 de Matsuo comme élément pertinent des réalisations antérieures dans sa demande de brevet déposée au Bureau canadien des brevets et en a parlé à la page 2 de la demande de brevet sans divulguer les propriétés du SC-58125 dont elle était au courant et qu’elle avait divulguées publiquement en juin 1994 dans la demande de brevet et elle ne l’a pas fait non plus dans les réponses déposées au Bureau canadien des brevets au cours de l’instruction de la demande.

L’abandon

[59] Les premières allégations à considérer comme « fondées » sont les allégations d’abandon. Elles sont formulées comme suit dans l’avis d’allégation :

[TRADUCTION]

1.4 La demande qui a donné lieu à la délivrance du brevet '576 (la demande) a été abandonnée en cours de poursuite et n’a pas été rétablie.

La demande déposée au Canada qui a donné lieu à la délivrance du brevet '576 (ci-après désignée la demande) devait être considérée comme abandonnée du fait que la demanderesse n’avait pas répondu de bonne foi, dans le cadre de l’examen, à une demande de l’examinateur. La demanderesse n’ayant pas rétabli la demande abandonnée sous le régime du paragraphe 73(3) de la *Loi sur les brevets*, l’avis d’acceptation émis par le Bureau des brevets était nul, et le brevet '576 n’aurait pas dû être délivré.

L’article 73 de la *Loi sur les brevets* dispose entre autres ce qui suit :

[...]

La demande devait être considérée comme abandonnée lorsqu’il s’est avéré que la demanderesse n’avait pas répondu de bonne foi, dans le délai prescrit de six mois, à la demande de l’examinateur en date du 21 octobre 1998 (la première mesure du Bureau).

Dutch Industries v. Canada (Commissioner of Patents), [2002] 1 F.C. 325 (F.C.T.D.), stands for the proposition that deemed abandonment of a patent application prior to the issue of a patent is not rectified or overcome by the granting of the patent itself.

In the first office action, the Examiner made two specific requisitions of the Applicant. First, the Examiner requisitioned the Applicant pursuant to Rule 29 “to provide an identification of any prior art cited in respect of the corresponding United States and European Patent Office applications and the patent numbers, if granted, subsequent to the International Search Report”.

In its Response dated February 16, 1999, the Applicant stated, “[t]he new claims filed herewith [claims 1-16] have been accepted by the EPO [European Patent Office] in the corresponding European application”. The Applicant further reiterated this statement when it stated, “it is noted that the same patent families were cited in the IPER and that the enclosed claims [claim 1-16] have been accepted over the citation of such references in the EPO”. Finally, the Applicant stated again “[a]s noted above, new claims 1-16 have been accepted in the corresponding European application”.

These statements were false at the time they were made, and were known to the Applicant to be false. The statements were made by the Applicant with knowledge that the Examiner would be misled into believing that the EPO had accepted all of claims 1-16. At that time, only 8 claims had been accepted by the European Patent Office in the corresponding EPO application, namely, claims to the compounds of Formula I (and narrowing dependent claims thereto) and one claim for a pharmaceutical composition. None of the use claims (i.e., claims 9-16 as filed by the Applicant in the response of February 16, 1999) had been allowed in Europe as at the date of the Response.

Thus, the Applicant’s statements that all of “the new claims filed herewith” were accepted by the EPO was false and misleading, and was not a good faith response to the requisition by the Examiner.

Second, in the first office action, the Examiner rejected all 20 claims (as were then on file) as not complying with Section 28.3 of the *Patent Act* because the subject matter would have been obvious on the claim date to a person skilled in the art or science to which they pertain in view of EP 418,845 (Matsuo, M. et al.), CA 959,838 (Rainer, G.) and CA 2,008,835

Selon la décision *Dutch Industries c. Canada (Commissaire des brevets)*, [2002] 1 C.F. 325 (C.F. 1^{re} inst.), le fait que la demande de brevet puisse être considérée comme ayant été abandonnée avant la délivrance du brevet n’est pas annulé par cette délivrance.

Dans le cadre de la première mesure du Bureau, l’examineur a fait deux demandes précises à la demanderesse. Premièrement, il lui a demandé, sous le régime de l’article 29 des *Règles sur les brevets* de [TRADUCTION] « spécifier toute antériorité citée à l’égard des demandes correspondantes déposées auprès du United States Patent Office et de l’Office européen des brevets, ainsi que les numéros des brevets, s’ils [avaient] été octroyés à la suite du rapport de recherche internationale ».

Dans sa réponse, en date du 16 février 1999, la demanderesse déclare que [TRADUCTION] « [l]es nouvelles revendications déposées par la présente [les revendications 1 à 16] ont été acceptées par l’OEB [l’Office européen des brevets] dans le cadre de la demande européenne correspondante ». La demanderesse réitère cette affirmation lorsqu’elle déclare : [TRADUCTION] « nous notons que les mêmes familles de brevets ont été citées dans le rapport d’examen préliminaire international et que les revendications ci-jointes [les revendications 1 à 16] ont été acceptées par l’OEB sur la base de la citation de ces antériorités ». Enfin, la demanderesse déclare encore une fois que, [TRADUCTION] « comme il a été dit plus haut, les nouvelles revendications 1 à 16 ont été acceptées dans le cadre de la demande européenne correspondante ».

Ces déclarations étaient fausses au moment où la demanderesse les a faites, et elle les savait telles. Elle a fait ces déclarations en sachant qu’elles induiraient l’examineur à croire à tort que l’OEB avait accepté la totalité des revendications 1 à 16. Or, à ce moment, l’OEB n’avait accepté que 8 des revendications de la demande européenne correspondante, à savoir celles portant sur les composés de la formule I (et les revendications dépendantes de portée progressivement plus restreinte) et une autre relative à une composition pharmaceutique. L’OEB n’avait encore accepté aucune des revendications pour l’utilisation (c’est-à-dire les revendications 9 à 16 telles que déposées par la demanderesse dans sa réponse du 16 février 1999) à la date de la réponse de la demanderesse.

Ainsi, les déclarations de la demanderesse comme quoi l’OEB avait accepté toutes [TRADUCTION] « les nouvelles revendications déposées par la présente » étaient fausses et de nature à induire en erreur, et ne constituaient donc pas une réponse de bonne foi à la demande de l’examineur.

Deuxièmement, toujours dans le cadre de la première mesure du Bureau, l’examineur a rejeté l’ensemble des 20 revendications (telles qu’elles figuraient alors au dossier) au motif de leur non-conformité à l’article 28.3 de la *Loi sur les brevets*, parce que l’objet défini dans ces revendications aurait été, à la date desdites revendications, évident pour une

(Matsuo, M. et al.). The Examiner stated:

“1,5-(di) aryl/heteroaryl substituted pyrazoles and their anti-inflammatory activity are well known in the art. The claimed pyrazoles (I) differ only in the substitution of those well known aryl/heteroaryl radicals (amino sulfonyl instead of methyl sulfonyl).

The Examiner further stated

“Therefore, in view of the art, the claims must be restricted to those specific pyrazoles (I) for which there is an improvement over the prior art and for which there is full support in the description.” [Examiner’s emphasis].

The Applicant, in its Response dated February 16, 1999, stated the following:

“The present compounds are characterized by the sulfamyl group attached to the phenyl substituent at position 1 of the pyrazole-moiety of the present compounds. This new feature common to the claimed subject matter shows an effect not having been derivable from and nowhere suggested in the art, namely the COX-II selectivity.” [Emphasis added.]

By responding in this fashion, the Applicant represented to the Examiner that the claimed compounds are COX-II selective whereas the Matsuo et al. and Rainer compounds are not. In effect, the Applicant represented that the improvement over the prior art is the presence of the aminosulfonyl group, which rendered its 1,5-diaryl/heteroaryl substituted pyrazoles COX-II selective whereas the prior art 1,5-diaryl/heteroaryl substituted pyrazoles were not COX-II selective.

The Applicant knew that these statements were incorrect and misleading. The Applicant was aware as of February 16, 1999, as is evident from its own earlier 1994 publication (Seibert et al.), that at least one of the compounds taught in EP 418,845 (Matsuo, M. et al.), namely, 1-[(4-methylsulfonyl)phényl]-3-trifluorométhyl-5-(4-fluorophényl)pyrazole (the “Matsuo Compound”), was an anti-inflammatory agent, was analgesic, did not cause gastric toxicity and was a selective inhibitor of COX-2 (i.e., IC₅₀ of less than 0.2 µM and a selectivity ratio of COX-2 inhibition over COX-1 inhibition of at least 50).

The Matsuo compound is identical to one of the compounds specifically claimed in the Applicant’s submitted claims 2, 3 and 7, namely, 4-[5-(4-fluorophényl)-3-(trifluorométhyl)-1H-pyrazol-1-yl]benzènesulfonamide (the “Applicant’s Com-

personne versée dans l’art ou la science dont relève cet objet, étant donné les brevets EP 418845 (Matsuo, M. et al.), CA 959838 (Rainer, G.) et CA 2008835 (Matsuo, M. et al.). L’examinateur a déclaré ce qui suit :

« Les 1,5-aryl/hétéroarylpyrazoles et leur activité anti-inflammatoire sont bien connus dans le domaine. Les pyrazoles revendiqués (I) ne diffèrent que dans la substitution de ces radicaux aryles/hétéroaryles bien connus (l’aminosulfonyl au lieu du méthylsulfonyl). »

L’examinateur a également ajouté :

« Ainsi, compte tenu de l’état de la technique, les revendications doivent être limitées à ces pyrazoles (I) spécifiques qui représentent une amélioration par rapport aux réalisations antérieures et que la description appuie pleinement. » [Souligné par l’examinateur].

La demanderesse, dans sa réponse datée du 16 février 1999, a mentionné ce qui suit :

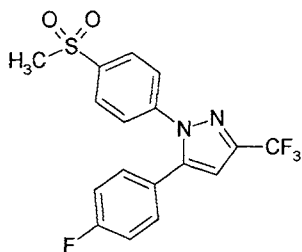
« Les présents composés sont caractérisés par le groupement sulfamyle fixé au substituant phényle en position 1 de la fraction pyrazole des présents composés. Ce nouvel élément qu’on retrouve aussi dans l’objet revendiqué présente un effet qui ne peut pas avoir été dérivé ni suggéré dans les réalisations antérieures, soit la sélectivité pour la COX-II. » [Non souligné dans l’original.]

En répondant de cette façon, la demanderesse a indiqué à l’examinateur que les composés revendiqués sont sélectifs pour la COX-II alors que les composés de Matsuo et al. et de Rainer ne le sont pas. En effet, la demanderesse a soutenu que l’amélioration par rapport aux réalisations antérieures est la présence du groupement aminosulfonyl, qui a rendu ces 1,5-diaryl/hétéroarylpyrazoles sélectifs pour la COX-II alors que dans les réalisations antérieures, les 1,5-diaryl/hétéroarylpyrazoles n’étaient pas sélectifs pour la COX-II.

La demanderesse savait que ces affirmations étaient incorrectes et trompeuses. Le 16 février 1999, le demandeur savait, comme le démontre son propre article publié en 1994 (Seibert et al.), qu’au moins un des composés décrits dans l’EP 418,845 (Matsuo, M. et al.), à savoir le 1-[(4-méthylsulfonyl)phényl]-3-trifluorométhyl-5-(4-fluorophényl)pyrazole (le composé de Matsuo), était un agent anti-inflammatoire, un analgésique, n’entraînait pas d’effets gastriques toxiques et était un inhibiteur sélectif de la COX-2 (c.-à-d. CI₅₀ de moins de 0,2 µM et un ratio de sélectivité pour l’inhibition de COX-2 par rapport à l’inhibition de COX-1 d’au moins 50).

Le composé de Matsuo est identique à un des composés expressément revendiqués dans les revendications 2, 3 et 7 soumis par la demanderesse, soit le 4-[5-(4-fluorophényl)-3-(trifluorométhyl)-1H-pyrazol-1-yl]benzènesulfonamide (le

pound”), except that the Matsuo compound has a methylsulfonyl group and the Applicant’s compound has an aminosulfonyl group. The Matsuo compound and the Applicant’s compound are illustrated below:



Matsuo Compound
Composé de Matsuo

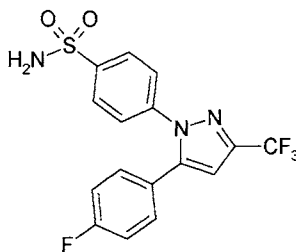
Thus, the replacement of the methylsulfonyl group of the Matsuo compound with an aminosulfonyl group (the Applicant’s compound) did not result in an improvement over the prior art. For the Applicant to suggest that such a substitution did result in an improvement (i.e., COX-II selectivity), when in fact the Applicant was aware that it was not an improvement, is a failure to respond in good faith to the Examiner’s requisition to show that the Applicant’s specific pyrazoles were an improvement over the prior art.

In summary, in view of the facts known by the Applicant at the time, for the Applicant to allege that there was an improvement over the prior art was knowingly misleading and was neither a truthful nor a good faith response to the requisition by the Examiner. In the alternative, the Applicant did not adequately point out the improvement of its specific pyrazoles and thus did not respond in good faith to the Examiner’s obviousness rejection.

As the Applicant did not respond in good faith within 6 months of the date of the office action (i.e., by April 21, 1999), the Application became abandoned as of April 21, 1999. Further, the Application was not reinstated by the Applicant pursuant to subsection 73(3) of the *Patent Act* within one year of the deemed abandonment. Consequently, there was in fact no valid application extant to support the issuance of the notice of allowance and the subsequent granting of the ‘576 Patent.

[60] Briefly, the allegations are that Searle misled (Novopharm’s counsel was careful not to use the word

composé de la demanderesse), sauf que le composé de Matsuo a un groupement méthylsulfonyle et que le composé de la demanderesse a un groupement aminosulfonyle. Le composé de Matsuo et le composé de la demanderesse sont illustrés ci-dessous :



Applicant’s Compound
Composé de la demanderesse

Ainsi, le remplacement du groupement méthylsulfonyle du composé de Matsuo par un groupement aminosulfonyle (composé de la demanderesse) n’a pas apporté d’amélioration par rapport aux réalisations antérieures. La suggestion par la demanderesse qu’une telle substitution apporte une amélioration (c.-à-d. sélectivité pour la COX-II), alors qu’en fait la demanderesse savait que ce n’était pas une amélioration, montre que celle-ci n’a pas répondu de bonne foi à la demande de l’examinateur, qui voulait que la demanderesse montre que ses pyrazoles spécifiques constituaient une amélioration par rapport aux réalisations antérieures.

En résumé, compte tenu des faits connus par la demanderesse à l’époque, l’allégation par la demanderesse qu’il s’agissait d’une amélioration par rapport aux réalisations antérieures était sciemment trompeuse et ne constituait pas une réponse franche ni de bonne foi à la demande de l’examinateur. Par ailleurs, la demanderesse n’a pas signalé adéquatement l’amélioration de ses pyrazoles spécifiques et n’a donc pas répondu de bonne foi au rejet de la demande par l’examinateur pour raison d’évidence.

Comme la demanderesse n’a pas répondu de bonne foi dans les 6 mois suivant la date de la décision du Bureau (avant le 21 avril 1999), la demande a été considérée comme abandonnée en date du 21 avril 1999. De plus, la demande n’a pas été rétablie par la demanderesse conformément au paragraphe 73(3) de la *Loi sur les brevets* dans l’année qui suit le présumé abandon. Par conséquent, il n’y avait en fait aucune demande valide pour appuyer la notification d’acceptation et la délivrance subséquente du brevet ‘576.

[60] Bref, on allègue que Searle a trompé (l’avocat de Novopharm a pris soin de ne pas utiliser le mot fraude)

fraud) the Canadian Patent Office in two respects during the course of the prosecution of the application for the '576 patent. The first was to say that the European Patent Office had allowed claims identical to claims 1 to 16 to proceed to a patent, whereas in fact the European Patent Office had done so in respect of only claims 1 to 8. The second was to remain silent in respect of certain information as the Matsuo reference, which appears at page 2 of the patent and later in responses to the examiner. Searle said only that the Matsuo reference, on its face, does not state that at least one of the compounds described in that reference did not cause gastric problems while being effective as against inflammation. In fact, as discussed, Searle had, before the Canadian patent application had been filed (November 14, 1999) tested at least one of the Matsuo compounds, had found that it was useful in treating inflammation and did not cause gastric problems. As discussed, Dr. Seibert, the head of the biological team at Searle dealing with the Matsuo compounds, disclosed this finding to the public at a scientific conference held in June 1994, and in August 1994, submitted a scientific paper to a peer reviewed journal for publication. The paper was published in a December 1994 edition of that journal.

[61] There is no provision in the *Patent Act* or Rules that directly provides to a third party a right to invalidate a patent for fraud or lack of good faith during the prosecution of the application. Section 53 of the Act provides that a patent may be invalidated if a material allegation in the petition for the patent is untrue or if the specification of the patent itself was willfully drafted so as to contain or lack a material disclosure so as to mislead. Section 76 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 53] provides that a person who provides false information or documents is guilty of an indictable offence.

[62] Section 73 of the *Patent Act*, the provision relied upon by Novopharm, was introduced into the Act in the October 1, 1996, amendments. It requires that a party applying for a patent shall reply "in good faith" to requisitions made by the Patent Office examiner within a stipulated period of time and that failure to do so will

le Bureau canadien des brevets à deux égards durant l'instruction de la demande du brevet '576. Dans le premier cas, on a dit que l'Office européen des brevets avait autorisé que des revendications identiques aux revendications 1 à 16 soient brevetées, alors qu'en fait il ne l'avait fait que pour les revendications 1 à 8. Dans le second cas, on a omis de dévoiler certains renseignements comme la référence à Matsuo, qui figure à la page 2 du brevet et plus tard dans les réponses données à l'examinateur. Searle a uniquement affirmé que la référence à Matsuo, comme telle, n'indique pas qu'au moins un des composés décrits dans cette référence n'a pas causé de problèmes gastriques tout en étant efficace comme anti-inflammatoire. En fait, comme nous l'avons vu, avant que la demande de brevet canadien ne soit déposée (14 novembre 1999), Searle avait testé au moins un des composés de Matsuo, avait constaté qu'il était utile pour traiter l'inflammation et ne causait pas de problèmes gastriques. Comme nous l'avons vu, M^me Seibert, chef de l'équipe chargée des questions biologiques chez Searle en ce qui concerne les composés de Matsuo, a fait part publiquement de cette conclusion lors d'une conférence scientifique tenue en juin 1994 et a soumis en août 1994 un article scientifique pour publication dans une revue dotée d'un comité de lecture dans le numéro de décembre 1994 de cette revue.

[61] Il n'y a pas de disposition dans la *Loi sur les brevets* ni dans son règlement d'application qui prévoit directement qu'un tiers a le droit d'invalider un brevet pour fraude ou absence de bonne foi durant l'instruction de la demande. L'article 53 de la Loi prévoit qu'un brevet peut être invalidé si une allégation importante dans la pétition relative à ce brevet n'est pas conforme à la vérité ou si le mémoire descriptif du brevet lui-même a été sciemment rédigé de façon à présenter ou à omettre de présenter une information importante afin d'induire en erreur. L'article 76 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 53] prescrit qu'une personne qui fournit une fausse information ou de faux documents commet un acte criminel.

[62] L'article 73 de la *Loi sur les brevets*, disposition invoquée par Novopharm, a été introduit dans la Loi dans le cadre des modifications apportées le 1^{er} octobre 1996. Il exige qu'une partie présentant une demande de brevet réponde « de bonne foi » aux demandes faites par l'examinateur du bureau des brevets à l'intérieur de la

result in abandonment of the application. A process is provided for reinstatement. Can a party such as Novopharm, after the patent has issued, direct the Court's attention to one or more of these responses and ask the Court to hold that the application was abandoned because the responses were not made "in good faith"?

[63] In the United States there is a well-developed body of law dealing with what is called inequitable conduct. The recent decision the Court of Appeal for the Federal Circuit in *Digital Control Inc. v. Charles Mach. Works*, 437 F.3d 1309, February 8, 2006, gives a good explanation as to this law. That Court points out that the inequitable conduct doctrine, serves to invalidate a patent if there was a material misrepresentation intentionally made. It started as a judicially created doctrine and was subsequently codified in rule 56 [37 C.F.R. § 1.56 (1977)] which requires an applicant to disclose "information they are aware of which is material." That Court discussed the appropriate standard as to what was material and an appropriate standard against which the intent of the applicant was to be measured. It found essentially, that the more material the matter was, the less necessary it was to show deliberate intent.

[64] The Federal Court of Australia very recently in *Ranbaxy Australia Pty Ltd. v. Warner-Lambert Company LLC (No. 2)*, [2006] F.C.A. 1787, considered paragraph 138(3)(d) of the Australian *Patents Act, (1990)* (Cth.) which expressly provides that a Court may revoke a patent, in whole or in part, where the patent was obtained by fraud, false suggestion or misrepresentation. The jurisprudence as applied by that Court was to the effect that a statement that was calculated substantially to influence the Patent Office's decision could serve to revoke a patent. It was not necessary to show that the patent would not have been granted but for the statement. There was no requirement for showing that there was a deliberate intent to deceive.

[65] In Canada, *Fada Radio Ltd. v. Canadian General Electric Co.*, [1927] S.C.R. 520, and the cases

période prescrite, à défaut de quoi la demande sera abandonnée. Un processus est prévu pour le rétablissement de la demande. Une partie telle que Novopharm peut-elle, après la délivrance du brevet, attirer l'attention de la Cour sur une ou plusieurs de ces réponses et demander à la Cour de juger que la demande a été abandonnée parce que les réponses n'ont pas été faites « de bonne foi »?

[63] Il existe aux États-Unis un ensemble de règles et de droit concernant ce qu'il est convenu d'appeler la conduite inéquitable. On trouve une bonne explication de ce droit dans une décision récente de la Cour d'appel du circuit fédéral, intitulée *Digital Control Inc. v. Charles Mach. Works*, 437 F.3d 1309, en date du 8 février 2006. Cette Cour fait observer que la doctrine de la conduite inéquitable peut être invoquée pour invalider un brevet lorsque son titulaire a donné de propos délibéré une présentation inexacte de faits importants. Cette doctrine, de création judiciaire, a par la suite été codifiée par la règle 56 [37 C.F.R. § 1.56 (1977)], qui prescrit au demandeur de brevet de communiquer [TRADUCTION] « les renseignements dont il dispose sur les faits importants ». La Cour américaine a examiné la question de la norme applicable pour savoir quels sont les faits importants et comment mesurer l'intention du demandeur. Elle conclut essentiellement que plus le fait en question est important, moins il est nécessaire d'établir cette intention.

[64] La Cour fédérale d'Australie a examiné dans une décision très récente—*Ranbaxy Australia Pty Ltd. v. Warner-Lambert Company LLC (No. 2)*, [2006] F.C.A. 1787—l'alinéa 138(3)d) de la *Patents Act, (1990)* (Cth.) de l'Australie, qui dispose expressément qu'un tribunal peut annuler en tout ou partie un brevet obtenu par fraude ou sur la foi de déclarations inexactes ou de nature à induire en erreur. Selon la jurisprudence appliquée par cette Cour, un brevet peut être annulé au motif d'une déclaration visant essentiellement à influencer la décision de l'office des brevets; il n'est pas nécessaire d'établir que celui-ci n'aurait pas délivré le brevet n'eût été cette déclaration; et il n'est pas nécessaire non plus de prouver le propos délibéré de tromper.

[65] Au Canada, suivant l'arrêt *Fada Radio Ltd. v. Canadian General Electric Co.*, [1927] R.C.S. 520, et

subsequently referring to that case, held that the statement set out in the grant of the patent to the effect that the provisions of the *Patent Act* had been complied with, served to preclude attacks on validity based on failure to follow procedural requirements during prosecution. There is no longer, and has not been for decades, an actual grant attached to a patent and no such statement now appears on or with the patent as issued.

[66] In *Bourgault Industries Ltd. v. Flexi-Coil Ltd.* (1999), 86 C.P.R. (3d) 221, the Federal Court of Appeal considered an argument as to lack of candour, in that case failure to provide certain prior art to the Patent Office during prosecution. It is to be noted that section 73 of the *Patent Act* did not exist at the time of prosecution of the application. That Court held that a duty of disclosure must be one provided for in the statute, rules or jurisprudence and that even if there was such a duty, it would not affect the validity of the patent but could affect equitable remedies. That Court said at paragraphs 30 and 31:

At the hearing, counsel for Flexi-Coil relied heavily on the most recent decision of the Supreme Court of Canada in *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.* 24 S.C.C. No. 25778, January 28, 1999, [1999] S.C.J. No. 6 (QL) [reported 83 C.P.R. (3d) 289] to suggest a higher duty of disclosure than that already required by law or by the jurisprudence. He referred in particular to the following passage from Mr. Justice Binnie's reasons, at paragraph 46:

I do not think that the respondents' reliance on intellectual property law is of much assistance here. It ignores "the bargain" that lies at the heart of patent protection. A patent is a statutory monopoly which is given in exchange for a full and complete disclosure by the patentee of his or her invention. The disclosure is the essence of the bargain between the patentee, who obtains a 17-year monopoly on exploiting the invention, and the public, which obtains open access to all of the information necessary to practice the invention. Accordingly, at least one of the policy objectives underlying the statutory remedies available to a patent owner is to make disclosure more attractive, and thus hasten the availability of useful knowledge in the public sphere in the public interest . . .

les décisions postérieures qui s'y réfèrent, la déclaration formulée dans le document de délivrance du brevet comme quoi les dispositions de la *Loi sur les brevets* avaient été respectées avait pour effet d'empêcher les contestations de validité fondées sur l'inobservation des prescriptions de procédure pendant la poursuite de la demande. Mais un tel document de délivrance n'est plus joint au brevet depuis des décennies, et aucune déclaration de la nature susdite ne figure maintenant dans le brevet ni ne l'accompagne.

[66] La Cour d'appel fédérale a examiné dans *Bourgault Industries Ltd. c. Flexi-Coil Ltd.*, [1990] A.C.F. n° 315 (C.A.) (QL), un moyen fondé sur le manque de franchise, en l'occurrence le fait de ne pas avoir informé le Bureau des brevets de certaines réalisations antérieures au cours de la demande. Il est à noter que les dispositions de l'actuel article 73 de la *Loi sur les brevets* n'existaient pas à l'époque de la demande de brevet en question. La Cour d'appel a conclu que toute obligation de divulgation doit être établie par la loi, les règles ou la jurisprudence applicables et que, même s'il existait une telle obligation, elle n'affecterait pas la validité du brevet, mais pourrait influencer sur la réparation en *equity*. On peut lire ce qui suit aux paragraphes 30 et 31 de cet arrêt :

À l'audience, l'avocat de Flexi-Coil a fortement tablé sur l'arrêt très récent rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Cadbury Schweppes Inc. c. FBI Foods Ltd.* (C.S.C., dossier n° 25778, 28 janvier 1999, [1999] S.C.J. No. 6) pour soutenir que l'obligation de divulgation est plus exigeante que celle qui était auparavant imposée par la loi ou par la jurisprudence. Il a notamment cité le passage suivant des motifs du juge Binnie, au paragraphe 46 :

Je ne crois pas qu'il soit bien utile pour les intimées en l'espèce d'invoquer le droit de la propriété intellectuelle. Cela ne tient pas compte du « marché » qui est au cœur même de la protection conférée par les brevets. Un brevet est un monopole légal accordé en contrepartie de la divulgation totale et complète de son invention par le breveté. La divulgation est la condition essentielle du marché intervenu entre le breveté, qui obtenait à l'époque un monopole de 17 ans sur l'exploitation de son invention, et le public, qui obtient le libre accès à tous les renseignements nécessaires pour mettre en œuvre l'invention. Par conséquent, au moins un des objectifs de principe qui sous-tendent les réparations que le titulaire d'un brevet peut demander en vertu de la loi est de rendre la divulgation plus attrayante, et à ainsi faire en sorte que

des connaissances utiles soient rendues publiques le plus rapidement possible conformément à l'intérêt public [...]

Counsel reads more into this passage than is permissible. The issue before the Court related to breach of confidence and trade secrets. The "full and complete disclosure by the patentee of his or her invention" to which Binnie J. refers can only be, in my view, that which the statute, the rules and the jurisprudence, Notably *Consolboard Inc.*, supra, note 4.25 already require. Furthermore, even if the duty of disclosure had been extended as suggested by counsel, the impact of the extension would be felt not at the level of the validity of the patent but at the level of the remedies where equitable considerations might come into play.

L'avocat attache à ce passage un sens plus large que celui qui est permis. La question soumise à la Cour se rapportait à un abus de confiance et à des secrets commerciaux. La « divulgation totale et complète de son invention par le breveté » dont parle le juge Binnie ne peut être, à mon sens, que celle que la loi, les règles et la jurisprudence (Notamment l'arrêt *Consolboard Inc.*, supra, note 4) exigent déjà. En outre, même si l'obligation de divulgation avait été élargie comme le prétend l'avocat, les répercussions de cette extension se feraient sentir non pas au niveau de la validité du brevet, mais au niveau des réparations, lorsque des considérations d'équité pourraient entrer en jeu.

[67] Section 73 was introduced into the *Patent Act* after the decision in *Flexi-Coil*. In other subsections, section 73 requires timely payment of appropriate fees. In *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 1 F.C. 325, the Federal Court held that a patent had lapsed for failure to pay sufficient maintenance fees on time. That decision on that point was upheld by the Federal Court of Appeal, [2003] 4 F.C. 67.

[67] L'article 73 a été intégré dans la *Loi sur les brevets* après l'arrêt *Flexi-Coil*. D'autres dispositions de l'article 73 prescrivent le paiement des taxes applicables dans les délais réglementaires. La Cour fédérale a statué, dans la décision *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 1 C.F. 325 (1^{re} inst.), que le brevet en litige était tombé en déchéance au motif que son titulaire n'avait pas payé dans les délais le montant total des taxes périodiques exigées. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision sur ce point ([2003] 4 C.F. 67).

[68] In *Johnson & Johnson v. Boston Scientific Ltd.*, [2005] 4 F.C.R. 110, this Court held that failure to pay the appropriate level of fees at the time of filing the application for a patent served to invalidate the subsequently granted patent. That decision was stayed pending proposed legislative revisions.

[68] Dans *Johnson & Johnson Inc. c. Boston Scientifique Ltée*, [2005] 4 R.C.F. 110, notre Cour a conclu que le fait de n'avoir pas payé le plein montant de la taxe réglementaire au moment du dépôt de la demande de brevet avait pour effet d'invalider le brevet délivré par la suite. Cette décision a été suspendue en attendant la révision projetée de la législation.

[69] Thus, there is precedent for using section 73 of the *Patent Act* as a basis for, in effect, holding a patent to be invalid or lapsed. The Federal Court of Appeal in *Flexi-Coil*, has held, pre-section 73, that lack of candour can, at least, provide a basis for consideration by the Court as to equitable relief.

[69] Il y a donc des précédents permettant en fait d'invalider un brevet, ou de le déclarer échu, en vertu de l'article 73 de la *Loi sur les brevets*. La Cour d'appel fédérale a statué dans *Flexi-Coil*, soit avant la promulgation de l'article 73, que le tribunal saisi peut prendre en considération le manque de franchise à tout le moins pour ce qui concerne le redressement en *equity*.

[70] The Supreme Court of Canada states in the *FBI [Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.]*, [1999] 1 S.C.R. 142, case, quoted at paragraphs 30 and 31 of *Flexi-Coil*, and also in *Whirlpool Inc. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraph 37 and in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of*

[70] Dans l'arrêt *FBI [Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée]*, [1999] 1 R.C.S. 142 (cité aux paragraphes 30 et 31 de *Flexi-Coil*), ainsi qu'au paragraphe 37 de *Whirlpool Inc. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, et au paragraphe 12 d'*AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la santé)*, [2006] 2

Health), [2006] 2 S.C.R. 560, at paragraph 12, that disclosure by the patentee is an essential part of the bargain for which this country grants the patent monopoly.

[71] Since at least 60 years ago there has been a doctrine of good faith in respect of patents. President Thorson of the Exchequer Court in *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306, at page 317, said that the inventor must act *uberrimae fide* and give all information known to him that will enable the invention to be carried out to the best effect as contemplated by him.

[72] A patent is a monopoly sought voluntarily by an applicant, there is no compulsion to do so. An application for a patent is effectively an *ex parte* proceeding, only the applicant and the Patent Office examiner are involved in dialogue. The patent, when issued, is afforded a presumption of validity by the *Patent Act*.

[73] A patent is not issued simply to afford a member of the public an opportunity to challenge its validity (see e.g. by way of analogy to revenue legislation *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, [2007] 1 S.C.R. 3, at paragraph 54). An obligation arises on those seeking to gain a patent to act in good faith when dealing with the Patent Office. The application for the patent includes a specification and draft claims. The specification is the disclosure for which the monopoly defined by the claims is granted. This disclosure, as the Supreme Court has said, should be full, frank and fair. Further disclosure made in dialogue with the Patent Office examiner. Since at least October 1, 1996, communications with the examiner must be made in good faith. It is to be expected that there will be full, frank and fair disclosure. There is afforded during the prosecution ample opportunity to make further disclosure or to correct an earlier misstatement or shortcoming. It is not harsh or unreasonable, if after the patent issues, and disclosure is found to lack good faith, that the Court deems the application and thus the patent, to have been abandoned.

R.C.S. 560, la Cour suprême du Canada rappelle que la divulgation de l'invention par le breveté constitue une contrepartie essentielle de l'octroi par le Canada du monopole de ladite invention.

[71] Il existe une doctrine de la bonne foi en matière de brevets depuis au moins 60 ans. Le président Thorson de la Cour de l'Échiquier faisait observer, à la page 317 de l'affaire *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C.É. 306, que l'inventeur doit agir avec la plus entière bonne foi et communiquer tous les renseignements dont il dispose permettant la réalisation optimale, telle qu'il la conçoit, de son invention.

[72] Le brevet est un monopole que le demandeur recherche volontairement : il n'y est pas obligé. La demande de brevet est dans les faits une procédure *ex parte*, c'est-à-dire un dialogue engageant seulement le demandeur et l'examineur du Bureau des brevets. Par ailleurs, la *Loi sur les brevets* établit une présomption de validité du brevet lorsqu'il est délivré.

[73] Le brevet n'est pas délivré à seule fin d'offrir à un membre du public la possibilité d'en contester la validité; voir le paragraphe 54 de *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3, où la Cour suprême formule un principe analogue dans le contexte de la législation fiscale. Le demandeur de brevet est tenu d'agir de bonne foi dans ses rapports avec le Bureau des brevets. La demande de brevet comprend un mémoire descriptif et des projets de revendications. Le mémoire descriptif constitue la divulgation en contrepartie de quoi est octroyé le monopole défini par les revendications. Cette divulgation, pour reprendre les termes de la Cour suprême, doit être complète, franche et impartiale. Des renseignements complémentaires peuvent être communiqués au cours du dialogue avec l'examineur du Bureau des brevets. Depuis au moins le 1^{er} octobre 1996, l'obligation de bonne foi est applicable aux rapports avec l'examineur. On attend du demandeur une divulgation complète, franche et impartiale. Ce dernier a toute possibilité, au cours de la poursuite de sa demande, de communiquer des renseignements complémentaires, ainsi que de corriger les inexactitudes ou de combler les lacunes de ses déclarations antérieures. Il n'est ni déraisonnable ni excessivement sévère de la part de la Cour de considérer la demande, et par suite le

[74] I find that the representation that claims 1-16 of the European patent applications had been allowed, (the truth being that claims 1-8 had been allowed and the remainder had been transferred to another, divisional, application) does not provide a basis for finding abandonment of the application for lack of good faith. Claims 1-8 include the subject-matter of claims 4 and 8 now at issue here. The other claims 9-16 do not relate to claim 4 or 8 at issue here. A subsequent response provided the information that only claims 1-8 had been allowed, even though that information was not specifically referred to or highlighted. There is nothing on the record to indicate that the information materially influenced the examiner, nor is there any information as to the intent of the applicant or its patent agent. The materiality is low and evidence of intent is lacking.

[75] I find otherwise as to the responses dealing with the Matsuo reference. It is clear that the patent as applied for was intended to deal with compositions that not only treated inflammation but also had lesser undesirable side effects. The applicant, Searle, failed to advise the Patent Office that not only had it already found that at least one of the Matsuo compounds had similar properties but also that Searle had disclosed this fact to the public before the application for the Canadian patent was filed.

[76] I appreciate that if Searle had not made the public disclosure things might have been different. If that were the case, such investigations could be kept secret as they are part of the research and inventive process. However, having made the fact public before filing the Canadian application, the story changes.

[77] I have found that Searle cannot rely on the fact that there was a priority application or two predating the

brevet, comme ayant été abandonnés si, après la délivrance de celui-ci, elle déclare la divulgation entachée de mauvaise foi.

[74] Je conclus que l'affirmation selon laquelle les revendications 1 à 16 des demandes européennes avaient été acceptées (la vérité étant que seules les revendications 1 à 8 l'avaient été et que les autres avaient été transférées à une demande complémentaire) ne suffit pas à justifier une conclusion d'abandon de la demande de brevet fondée sur la mauvaise foi. Les revendications 1 à 8 incluent l'objet des revendications 4 et 8 ici en litige. Quant aux revendications 9 à 16, elles ne se rapportent à aucune desdites revendications 4 et 8. Au surplus, la demanderesse a déclaré dans une réponse ultérieure que seules les revendications 1 à 8 avaient été acceptées, encore qu'elle n'ait pas souligné cette information ni ne l'ait rappelée expressément. Aucun élément du dossier n'indique que l'information en question ait influencé l'examineur dans une mesure importante, et l'on n'y trouve non plus aucun renseignement sur l'intention de la demanderesse ou de son agent de brevets. L'importance du fait est donc faible, et la Cour ne dispose d'aucune preuve d'intention.

[75] Les réponses concernant la référence du brevet Matsuo appellent cependant une conclusion différente. Il est clair que le brevet, tel qu'il était demandé, devait porter sur des compositions qui, en plus de traiter les inflammations, produisaient moins d'effets secondaires indésirables. La demanderesse, Searle, a omis d'informer le Bureau des brevets non seulement qu'elle avait déjà découvert qu'au moins un des composés du brevet Matsuo avait des propriétés semblables, mais encore qu'elle avait elle-même communiqué ce fait au public avant le dépôt de la demande de brevet canadien.

[76] Je suis conscient du fait que la situation aurait pu être différente si Searle n'avait pas fait cette communication au public. Dans cette hypothèse, elle aurait pu garder le secret sur de telles enquêtes, étant donné qu'elles faisaient partie de la recherche et du processus d'invention. Mais la communication au public du fait en question avant le dépôt de la demande canadienne change tout.

[77] Je conclus que Searle ne peut invoquer ni le fait que la communication au public ait été précédée d'une

disclosure or rely on provisions of the *Patent Act* allowing disclosure by the inventors or those deriving information from the inventors up to one year prior to the Canadian filing date. The essential point is that all appropriate facts should have been stated in the patent application itself, and disclosed to the Patent Office so as to allow the examiner to make an appropriate assessment and, if necessary, require amendment or cancellation respecting the specification and proposed claims. I find, therefore, that “good faith” was not shown originally in submitting the application as filed with the Canadian Patent Office without fuller disclosure as to Matsuo nor was “good faith” shown subsequently in responses to the Patent Office examiner dealing with Matsuo. As a result the application was, as provided in section 73 of the post-October 1, 1996, Act, abandoned.

[78] I find therefore, that the applicant, Searle, have failed to demonstrate that the allegation as to abandonment is not justified.

Obviousness

[79] Novopharm stated in its notice of allegation that celecoxib and its properties in treating inflammation while having reduced gastric side effects, was obvious having regard to a number of previously disclosed compounds which would have led the skilled person to make obvious chemical substitutions and come “directly and without difficulty” to celecoxib.

[80] A page from the notice of allegation, which I reproduce here, illustrates some of Novopharm’s selections of what it describes as known anti-inflammatory compositions with less harmful side effects in juxtaposition with celecoxib.

ou deux demandes prioritaires ni les dispositions de la *Loi sur les brevets* qui permettent la communication de l’objet d’une revendication par l’inventeur, ou un tiers ayant obtenu de lui l’information à cet égard, dans l’année précédant la date de dépôt de la demande au Canada. Le point essentiel est que la demanderesse aurait dû déclarer tous les faits pertinents dans la demande de brevet même et les communiquer au Bureau des brevets, de manière à permettre à l’examinateur d’évaluer cette demande en complète connaissance de cause et, le cas échéant, d’exiger la modification ou l’annulation d’éléments du mémoire descriptif ou de l’une ou l’autre des revendications proposées. Par conséquent, je conclus que la demanderesse n’a pas fait preuve de « bonne foi » au moment du dépôt de sa demande au Bureau canadien des brevets du fait de l’insuffisance de sa communication touchant Matsuo, ni par la suite dans ses réponses aux questions de l’examinateur concernant Matsuo. Il s’ensuit que, en vertu de l’article 73 de la version de la Loi d’application postérieure au 1^{er} octobre 1996, la demande de brevet doit être considérée comme ayant été abandonnée.

[78] En conséquence, Searle n’a pas démontré le caractère infondé de l’allégation d’abandon.

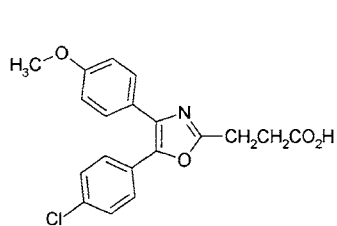
Évidence

[79] Novopharm a déclaré dans son avis d’allégation que le célécoxib et ses propriétés comme anti-inflammatoire entraînant moins d’effets gastriques indésirables étaient évidents eu égard à un certain nombre de composés déjà divulgués, ce qui aurait amené la personne versée dans l’art à faire des substitutions chimiques évidentes et à arriver « directement et facilement » au célécoxib.

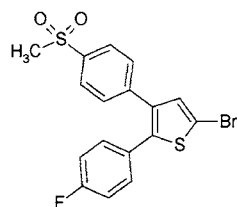
[80] Une page de l’avis d’allégation, que je reproduis ici, illustre certaines des sélections faites par Novopharm parmi ce qu’il décrit comme étant des compositions anti-inflammatoires connues qui comportent des effets secondaires moins nocifs; elles sont juxtaposées ici au célécoxib.

Compounds known to be anti-inflammatory and having less harmful side effects /

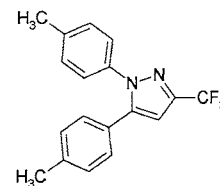
Composés connus pour être des agents anti-inflammatoires et avoir des effets secondaires moins nocifs



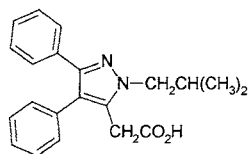
Brown *et al.* /
Brown *et al.*



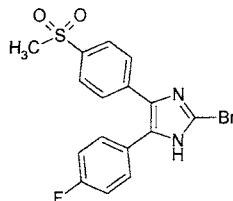
Gans *et al.* and the '827 Patent (DuP 697) /
Gans *et al.* et le brevet 827 (DuP 697)



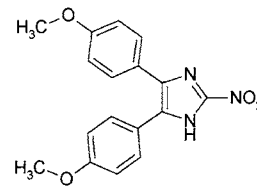
the '808 Patent /
Le brevet '808



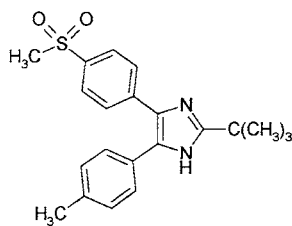
Mizoule *et al.*



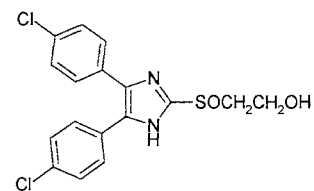
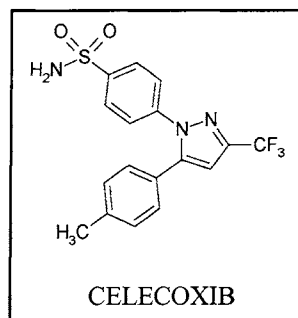
The '065 Patents
Le brevet '065



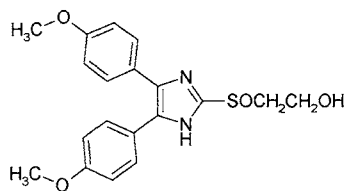
the '592 Patents
Le brevet '592



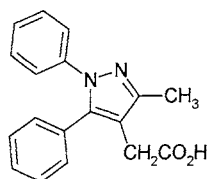
the '691 Patents
Le brevet '691



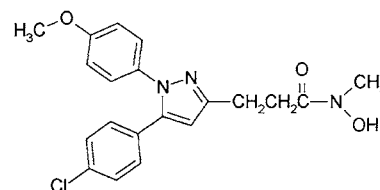
the '776 Patents
Le brevet '776



The '776 Patents
Le brevet '776



The '721 Patents
Le brevet '721



Anderson *et al.* and the '381 Patents
Anderson *et al.* et le brevet '381

[81] The notice of allegation provided a good deal of discussion as to these and other compounds. With respect to the Matsuo compounds (sometimes called the '142 patent or SC-58125) previously discussed in these reasons, it was alleged:

It is further of note that some of the inventors on the '576 Patent had published results in 1994 on a compound identical to compound 17 taught in the '576 Patent, except that the aminosulfonyl group is replaced with a methylsulfonyl group (SC-58125, or 1-[(4-methylsulfonyl)phenyl]-3-trifluoromethyl-5-(4-fluorophenyl)pyrazole; see Seibert et al.). The results showed that SC-58125 inhibited edema at the inflammatory site and was analgesic but did not cause gastric toxicity. It was also shown that SC-58125 was a selective inhibitor of COX-2 (i.e., IC_{50} of less than 0.2 μ M and a selectivity ratio of COX-2 inhibition over COX-1 inhibition of at least 50).

[82] Searle rejected these allegations. It made no specific rebuttal in its notice of application providing only a general denial and an assertion that it relied upon the presumption of validity afforded by the *Patent Act*. However, Searle filed a great deal of evidence to the effect that celecoxib would not have been obvious. One of the main assertions Searle made was that the compounds identified by Novopharm would not have been readily identified by a skilled person as logical and readily apparent starting materials nor would substitutions have been easily made that would have "directly and without difficulty" led to celecoxib. Paragraphs 24 to 26 of the affidavit of Dr. Supuran, one of Searle's expert witnesses, are representative of Searle's position:

Novopharm's arguments are incorrect. Novopharm cites numerous patents that disclose compounds having structural similarities to celecoxib. However, Novopharm's argument fails to take into account that the primary compounds on which it relies as having structural similarities to celecoxib are actually buried deep within the generic formulas of those patents, apparently never having been synthesized or tested by the inventors (or anyone else) for their anti-inflammatory properties. As a medicinal chemist currently working in the field, I would never begin a new research endeavour by selecting a compound that has never been synthesized or tested, nor would I have done so in 1993 or 1994. In my opinion, no medicinal chemist would ever do so now (nor would he have done so in 1993 or 1994). It would be completely illogical.

[81] L'avis d'allégation traitait abondamment de ces composés et d'autres composés. Pour ce qui est des composés de Matsuo (parfois appelés le brevet '142 ou le SC-58125) déjà mentionnés dans les présents motifs, on alléguait ce qui suit :

[TRADUCTION] Il convient en outre de noter que certains des inventeurs du brevet '576 avaient publié en 1994 des résultats concernant un composé identique au composé 17 dévoilé dans le brevet '576, sauf que le groupement aminosulfonyle était remplacé par un groupement méthylsulfonyle (SC-58125 ou 1-[(4-méthylsulfonyl)phényl]-3-trifluorométhyl-5-(4-fluorophényl)pyrazole; voir Seibert et al.). Les résultats ont montré que le SC-58125 inhibait l'œdème au siège de l'inflammation et avait des propriétés analgésiques mais ne causait pas de toxicité gastrique. Ils révélaient également que le SC-58125 était un inhibiteur sélectif de la COX-2 (c.-à-d. CI_{50} de moins de 0,2 μ M et un ratio de sélectivité pour l'inhibition de la COX-2 par rapport à l'inhibition de la COX-1 d'au moins 50).

[82] Searle a rejeté ces allégations. Elle n'a présenté aucune réfutation spécifique dans son avis de demande, ne faisant qu'une dénégation générale et affirmant qu'elle s'appuyait sur la présomption de validité prévue dans la *Loi sur les brevets*. Toutefois, Searle a déposé une grande quantité de données indiquant que le célécoxib n'aurait pas été évident. Une des principales affirmations de Searle était que les composés identifiés par Novopharm n'auraient pas été facilement identifiés par une personne versée dans l'art comme étant des produits de départ logiques et très apparents et que les substitutions n'auraient pas été facilement faites et n'auraient pas mené « directement et facilement » au célécoxib. Les paragraphes 24 à 26 de l'affidavit de M. Supuran, un des témoins experts de Searle, reflètent la position de Searle :

[TRADUCTION] Les arguments de Novopharm sont incorrects. Novopharm cite de nombreux brevets qui divulguent des composés ayant des similitudes structurales à celles du célécoxib. Toutefois, l'argumentation de Novopharm ne tient pas compte du fait que les composés primaires qui, selon elle, ont des similitudes structurales avec le célécoxib sont en fait bien cachés dans les formules génériques de ces brevets, n'ayant apparemment jamais été synthétisés ni testés par les inventeurs (ni personne d'autre) pour vérifier leurs propriétés anti-inflammatoires. En tant que spécialiste en chimie médicinale travaillant activement dans le domaine, je n'entreprendrais jamais un nouveau projet de recherche en choisissant un composé qui n'a jamais été synthétisé ni testé, et je ne l'aurais pas fait en 1993 ni en 1994. À mon avis, aucun spécialiste en chimie médicinale ne le ferait maintenant (ni ne l'aurait fait en 1993 ou en 1994). Ce serait complètement illogique.

In addition, in my opinion Novopharm's reliance on the principles of isosterism and bioisosterism is insufficient to sustain the argument that it would have been obvious to predict the biological activity of celecoxib based on the prior art. The concepts of isosterism and bioisosterism are too rudimentary to allow one to predict the biological activities of a compound, as the concepts cannot account for the large physiochemical changes that can occur when switching between isosteres or bioisosteres.

For these reasons, which I analyze in greater detail below, I disagree with Novopharm's allegations that in 1993 or 1994 it would have been obvious to a medicinal chemist to synthesize the celecoxib compound and that the compound would have anti-inflammatory activity, or that it would be gastric sparing.

[83] The process commonly followed by drug companies in their researches to discover new compounds with beneficial properties was discussed by several witnesses including one of Novopharm's experts, Dr. Knaus, in his cross-examination. In brief the process includes:

1. The setting of the task such as finding a compound that will treat inflammation while sparing the gastric system;
2. Searching through the literature and other sources such as information already known to the organization or compounds about which there is current "buzz" in the industry so as to identify candidates for potential "lead compounds";
3. Preparing lead compounds and variants of them and testing the compounds and variants to determine if they exhibit good properties or bad; and
4. Selecting from the tested compounds those most likely to have sufficient good properties and fewest bad properties for further testing.

[84] It is a long, arduous and expensive process. Some parts of the process may be obvious to a skilled person, the selection of some lead compounds and the making of certain variants may be obvious so as to attain a desired result. The selection of other lead compounds and making

En outre, selon moi, le fait que Novopharm invoque les principes de l'isostérie et de la bioisostérie ne suffit pas à prouver l'argument selon lequel il serait évident de prédire l'activité biologique du célécoxib à partir des réalisations antérieures. Les concepts de l'isostérie et de la bioisostérie sont trop rudimentaires pour permettre à quiconque de prédire les propriétés biologiques d'un composé, car ces concepts ne peuvent expliquer les importants changements physiochimiques qui surviennent lorsqu'on remplace des isostères ou des bioisostères.

Pour ces raisons, que j'analyserai plus en détail ci-dessous, je n'accepte pas les allégations de Novopharm selon lesquelles en 1993 ou 1994, il aurait été évident pour un spécialiste en chimie médicinale de synthétiser le composé célécoxib et que le composé aurait une activité anti-inflammatoire ou ne causerait pas de troubles gastriques.

[83] Le processus suivi couramment par les sociétés pharmaceutiques dans leurs recherches en vue de découvrir de nouveaux composés ayant des propriétés bénéfiques a été décrit par plusieurs témoins, notamment un des experts de Novopharm, M. Knaus, dans son contre-interrogatoire. En résumé, le processus inclut les étapes suivantes :

1. Identifier la tâche à accomplir, soit trouver un composé qui traitera l'inflammation tout en étant sans danger pour l'appareil digestif;
2. Dépouiller la littérature et d'autres sources comme les informations déjà détenues par l'organisation au sujet d'un composé qui retient actuellement l'attention dans l'industrie, de façon à identifier des candidats susceptibles d'être des « chefs de file »;
3. Préparer les chefs de file et leurs variantes et tester ces composés et leurs variantes pour déterminer s'ils présentent des propriétés intéressantes ou non;
4. Sélectionner parmi les composés testés ceux qui ont le plus de chances d'avoir suffisamment de propriétés intéressantes et le moins de propriétés nocives afin qu'ils fassent l'objet de tests plus approfondis.

[84] C'est un processus long, ardu et coûteux. Certaines parties du processus peuvent être évidentes pour une personne versée dans l'art, la sélection de certains chefs de file et la préparation de certaines variantes peuvent être évidentes pour atteindre un résultat souhaité. La sélection

certain kinds of variants may be less obvious or not obvious at all. Experts stated that even seemingly minor variants to the makeup of a compound could result in sometimes quite surprising changes. What is relevant for this case is that a key lead compound, Matsuo 142, otherwise identified by Searle as SC-58125, was the subject of a public disclosure in June 1994.

[85] For purposes of obviousness, Searle can rely upon the Canadian filing date of November 14, 1994, as being the “claim date.” No earlier date can be relied upon since the applications relied upon for priority, do not describe or disclose the same invention as claims 4 or 8. We know that the evidence shows that as of February 14, 1994, Dr. Seibert and her team had established, through biological testing, that the compound celecoxib had the essential requirements of inflammation effectiveness without gastric side effects. However, there is no evidence that the named inventors, Talley *et al.*, did this or knew of it at the time. Therefore, February 14, 1994, is not a date upon which Searle can rely.

[86] Prior to November 14, 1994, the effective filing date of the Canadian application, the Matsuo compound SC-58125 had been disclosed to the public in June 1994 as being a compound which exhibited inflammation effectiveness without gastric side effects. It was not, as Searle has asserted, just one of thousands hidden in the literature. The Matsuo compound was isolated, described and shown to have the essential dual utility. It was disclosed to the public as a good “lead compound” as of June 1994.

[87] What was left to be done to arrive at celecoxib given the disclosure in June 1994, was to make variations as to the molecules found at various locations on the structure (scaffold) and to determine if those variants were equally effective, or better, or less effective. One such variant is that which would produce Example 17 of the '576 patent by changing a methyl group to an amino group. Novopharm's witnesses such as Dr. Knaus at paragraph 152 of his affidavit says that substitutions would have been made by a person skilled in the art expecting that the resulting compound would exhibit similar

d'autres chefs de file et la préparation de certains types de variantes peuvent être moins évidentes ou pas évidentes du tout. Des experts ont déclaré que même des variantes apparemment mineures de la composition d'une molécule pourraient entraîner des changements assez surprenants parfois. Ce qui nous intéresse en l'espèce, c'est qu'un chef de file, le composé 142 de Matsuo, identifié autrement par Searle comme le SC-58125, a fait l'objet d'une divulgation publique en juin 1994.

[85] Pour prouver l'évidence, Searle peut se référer à la date de dépôt au Canada, soit le 14 novembre 1994, comme étant la « date de la revendication ». Aucune date antérieure ne peut être invoquée vu que les demandes servant à établir la priorité ne décrivent ni ne divulguent la même invention que les revendications 4 ou 8. Comme nous le savons, les faits montrent qu'en date du 14 février 1994, M^{me} Seibert et son équipe avaient établi, par des tests biologiques, que le célécoxib remplissait les conditions essentielles, c.-à-d. avait une activité anti-inflammatoire sans effets gastriques indésirables. Rien ne montre cependant que les inventeurs nommés, Talley *et al.*, le savaient ou l'avaient vérifié à cette époque. Le 14 février 1994 n'est donc pas une date que peut invoquer Searle.

[86] Avant le 14 novembre 1994, date de dépôt effective de la demande canadienne, le composé de Matsuo, le SC-58125, avait été divulgué publiquement (juin 1994) comme étant un composé qui avait une activité anti-inflammatoire sans effets gastriques indésirables. Ce n'était pas, comme Searle l'a affirmé, juste un produit parmi des milliers d'autres enfouis dans la littérature. Le composé de Matsuo a été isolé, décrit et sa double utilité essentielle a été démontrée. Il a été divulgué publiquement comme un bon « chef de file » en juin 1994.

[87] Ce qu'il restait à faire pour en arriver au célécoxib, à partir de la divulgation en juin 1994, c'était apporter des modifications aux molécules situées à divers endroits de la structure (échafaudage) et de déterminer si ces variantes étaient aussi efficaces, plus efficaces ou moins efficaces. Une telle variante est celle qui produirait l'exemple 17 du brevet '576, où on a échangé un groupement méthyle par un groupement amino. Les témoins de Novopharm, comme M. Knaus au paragraphe 152 de son affidavit, affirment que des substitutions auraient été faites par une personne versée dans l'art qui s'attendrait à ce que le

properties. Another of the Novopharm experts, Dr. Moody says the same thing at paragraphs 168 to 170 of his affidavit. Searle's evidence, of which paragraphs 75 to 96 of Dr. McGeer's affidavit are a good example, focuses on the argument that the compound is not featured in the Matsuo '142 patent, it is only one of many, and that this patent in turn is not particularly prominent among the many others. His evidence does not address the fact that the Matsuo compound had been disclosed to the public.

[88] Another of Searle's witnesses, Dr. Supuran says the same thing at paragraphs 58 to 98 of his affidavit. Dr. Supuran refutes the allegation that a substitution of an amino group for a methyl group would have been readily recognized as producing useful results (particularly paragraphs 73 to 91). In cross-examination, (pages 4994-4995) Dr. Supuran said that while such a substitution could be made, you could not be a hundred percent sure as to its activity until it was tested. Dr. Supuran does not address the situation wherein the Matsuo compound had been disclosed to the public. He does not seem to have been made aware of that.

[89] Thus the issue is, as between the scientists, just how motivated a person skilled in the art would be as of June 1994, given Searle's disclosure of the SC-58125 compound and its utility, to make variants. Would they have, with a good level of confidence, expected successful results with substitution? The evidence indicates no technical difficulties in making the substitution on a given lead compound structure (scaffold). Given SC-58125 as an attractive lead compound, the evidence such as that of Dr. Supuran, a Searle expert, at paragraph 53 of his affidavit, is that chemists may be able to determine whether changes to any particular portion of the molecule will influence its activity. This type of research he describes at paragraph 56 as not illogical or irrational. The reason he ascribes to not following Matsuo as a good lead compound is set out at paragraphs 64-67 of his affidavit as a lack of data to the effect that it was identified as a good lead. In fact there was the public disclosure of June 1994 to the effect that it was a good lead. He apparently was not directed to that fact by Searle in giving his evidence.

composé résultant présente des propriétés similaires. Un autre expert de Novopharm, M. Moody, dit la même chose aux paragraphes 168 à 170 de son affidavit. La preuve de Searle, et les paragraphes 75 à 96 de l'affidavit de M. McGeer en est un bon exemple, met l'accent sur l'argument selon lequel le composé n'est pas présenté dans le brevet '142 de Matsuo, ce n'est qu'un parmi tant d'autres, et ce brevet ne se démarque pas particulièrement parmi les nombreux autres qui existent. Cette preuve ne tient pas compte du fait que le composé de Matsuo a été divulgué publiquement.

[88] Un autre témoin de Searle, M. Supuran, affirme la même chose aux paragraphes 58 à 98 de son affidavit. M. Supuran réfute l'allégation selon laquelle on aurait facilement reconnu qu'une substitution d'un groupement amino par un groupement méthyle produirait des résultats utiles (voir en particulier les paragraphes 73 à 91). En contre-interrogatoire (pages 4994 et 4995), M. Supuran a déclaré que bien qu'une telle substitution puisse être faite, on ne serait pas sûr à cent pour cent de son activité tant qu'elle n'a pas été testée. M. Supuran ne dit pas que le composé de Matsuo avait été divulgué publiquement. Il semble qu'on ne l'ait pas mis au courant.

[89] La question pour les scientifiques est donc de savoir dans quelle mesure, en date de juin 1994, une personne versée dans l'art serait intéressée à fabriquer des variantes, compte tenu de la divulgation par Searle du composé SC-58125 et de son utilité. Cette personne se serait-elle attendue avec une bonne dose d'assurance à obtenir des résultats efficaces avec une substitution? La preuve indique que la substitution apportée à la structure d'un chef de file donné (échafaudage) ne présente pas de difficultés techniques. Le SC-58125 étant un chef de file attrayant, il semble, comme le démontre M. Supuran, un expert de Searle, au paragraphe 53 de son affidavit, que des chimistes peuvent être capables de déterminer si des changements apportés à une portion particulière de la molécule influenceront sur son activité. Ce type de recherche qu'il décrit au paragraphe 56 n'est pas illogique ni irrationnel. La raison qu'il invoque pour ne pas considérer le composé de Matsuo comme un bon chef de file est décrite aux paragraphes 64 à 67 de son affidavit, soit l'absence de données indiquant que le composé avait été identifié comme un bon chef de file. En fait, il avait été divulgué publiquement en juin 1994 que le composé était

[90] It is useful to look at the decision of Justice Pumfrey in the English Chancery Division in *Monsanto Co. v. Merck & Co. Inc.*, [2000] E.W.J. No. 447 (QL). That decision involved a Searle patent that is not the European equivalent of the one at issue here, but another patent that also claims compounds having anti-inflammatory properties while sparing gastric side effects. It is not the celecoxib patent (see paragraph 2 of the reasons). However, it was alleged that what was claimed in the patent at issue there was obvious particularly in view of DuP 697, one of the same prior art compounds asserted as prior art in the case before me. Justice Pumfrey found the claims at issue to be invalid for obviousness. The decision was affirmed on appeal [2001] EWCA Civ 1610.

[91] Justice Pumfrey reviewed the state of the law as to obviousness in the United Kingdom and said in paragraphs 170-173 of his reasons:

Before turning to the specific documents pleaded, I should set out my understanding of the law. For a claim to be anticipated by a prior disclosure, the prior disclosure must contain a clear description of, or clear instructions to do or make, something that would infringe the patentee's claim if carried out after the grant of the patentee's patent. If, on the other hand, the prior publication contains a direction which is capable of being carried out in a manner which would infringe the patentee's claim, but would be at least as likely to be carried out in a way which would not do so, the patentee's claim will not have been anticipated, although it may fail on the grounds of obviousness. A signpost, however clear, upon the road to the patentee's invention will not suffice. The prior inventor must be clearly shown to have planted his flag at the precise destination before the patentee. These propositions are established by the judgment of the Court of Appeal in *General Tire & Rubber Company v Firestone Tyre and Rubber Company Limited* [1972] RPC 457 at 484, and represent the modern law as to anticipation by prior disclosure. The objection of obviousness assumes that there is no anticipation of the claim, but that nonetheless there has been no inventive activity on the part of the patentee which justifies the grant of a patent. Obviousness is a question of fact, and the factual analysis is habitually approached in the manner described by Oliver LJ in *Windsurfing International v Tabur Marine* [1985] RPC 59 at 73.

un bon chef de file. Searle ne lui a pas apparemment mentionné le fait avant son témoignage.

[90] Il est utile d'examiner la décision du juge Pumfrey de la Chancery Division d'Angleterre dans l'affaire *Monsanto Co. v. Merck & Co. Inc.*, [2000] E.W.J. n° 447 (QL). Cette décision concernait un brevet de Searle qui n'est pas l'équivalent européen du brevet en litige ici, mais un autre brevet qui revendique également que des composés ont des propriétés anti-inflammatoires tout en n'entraînant pas d'effets gastriques indésirables. Ce n'est pas le brevet du célécoxib (voir le paragraphe 2 des motifs). On y allègue toutefois que ce qui était revendiqué dans le brevet en litige dans cette affaire était évident vu l'existence du DuP 697, l'un des composés présentés comme une réalisation antérieure dans le cas qui nous intéresse. Le juge Pumfrey a déclaré les revendications en litige invalides pour motif d'évidence. La décision a été confirmée en appel ([2001] EWCA Civ 1610).

[91] Le juge Pumfrey a récapitulé le droit britannique contemporain touchant l'évidence dans son exposé des motifs, dont j'extrais les 2 paragraphes suivants [170 à 173] :

[TRADUCTION] Qu'on me permette, avant d'entreprendre l'examen des documents cités dans les actes de procédure, de passer en revue le droit applicable tel que je le comprends. Pour qu'une revendication se heurte à une antériorité opposable à sa nouveauté, la publication antérieure invoquée doit décrire clairement, ou porter des instructions claires permettant de faire ou de fabriquer, une chose qui contreferait la revendication du breveté si elle était réalisée après la délivrance du brevet de ce dernier. Par contre, si la publication antérieure contient des instructions qu'il est possible d'appliquer d'une manière qui contreferait la revendication du breveté, mais qui pourraient également, au moins aussi vraisemblablement, être exécutées d'une manière qui ne la contreferait pas, ladite revendication ne se heurte pas à une antériorité opposable à sa nouveauté, encore qu'on puisse la rejeter au motif de l'évidence. Mais la seule présence d'un poteau indicateur, si clair qu'il soit, sur la route menant à l'invention du breveté ne suffit pas à cet égard. Il faut établir sans ambiguïté que l'inventeur antérieur avait planté son drapeau avant le breveté précisément à la destination. Ces principes sont posés à la page 484 de l'arrêt de la Cour d'appel *General Tire & Rubber Company v. Firestone Tyre and Rubber Company Limited* [1972] RPC 457, et constituent le droit contemporain concernant l'antériorité par divulgation. Qui invoque le motif de l'évidence suppose que la revendication ne se heurte pas à une antériorité opposable à sa nouveauté, mais que, néanmoins, le breveté ne peut faire état d'une activité inventive qui justifierait la délivrance d'un brevet. L'évidence est

There are, we think, four steps which require to be taken in answering the jury question. The first is to identify the inventive concept embodied in the patent in suit. Thereafter, the court has to assume the mantle of the normally skilled but unimaginative addressee in the art at the priority date and to impute to him what was, at that date, common general knowledge in the art in question. The third step is to identify what, if any, differences exist between the matter cited as [forming part of the state of the art] and the alleged invention. Finally, the court has to ask itself whether, viewed without any knowledge of the alleged invention, those differences constitute steps which would have been obvious to the skilled man or whether they require any degree of invention.

There are a number of arguments which are frequently advanced to fend off an attack of obviousness which need to be considered with care. The first (and perhaps the commonest) is that where there is a number of possible courses of action for the skilled man to pursue in the light of a particular disclosure, no particular course is obvious. This is wrong: all of the courses of action which present themselves without the exercise of invention are obvious (see *Brugger v Medicaid* [1996] rpc 635). The second is that the test in such a case is whether the skilled man could, rather than would, adopt the course of action which would bring him within the claim. A test formulated in this way almost invites the tribunal to consider irrelevant considerations, such as commercial attractiveness (*Hallen v Brabantia* [1991] RPC 195). In each case, the only question is whether something within the claim was technically obvious to the skilled man in the light of the disclosure relied on. Evidence of what was actually done in the art at the relevant time can be of assistance, but what people actually did may be explicable on many grounds having nothing to do with technical obviousness. For this reason it has been said that such evidence has to be kept in its place and it is necessarily valueless unless the persons whose activities are under examination can be shown both to be aware of the prior art and possessed of the common general knowledge (see *Molnlycke v Procter & Gamble* [1994] RPC 49 and *Hoechst Celanese v BP* [1997] FSR 547).

The inventive concept of the patent in suit can be stated compendiously as follows. It is a class of compounds having the structure specified by claim 1 and which possess anti-inflammatory and/or analgesic activity without erosion of the stomach, or with reduced side effects, by reason of their ability selectively to inhibit Cox II.

une question de fait, et l'analyse factuelle y afférente est en général menée suivant la méthode qu'expose dans les termes suivants lord Oliver à la page 73 de *Windsurfing International v Tabur Marine* [1985] RPC 59 :

Il y a selon nous quatre étapes à franchir pour répondre à la question du jury. Premièrement, il faut définir le concept inventif que renferme le brevet en litige. Deuxièmement, le tribunal doit se mettre à la place de la personne du métier—normalement qualifiée mais dépourvue d'imagination—à la date de priorité, et lui attribuer ce qu'étaient à cette date les connaissances générales communes dans le domaine en question. Troisièmement, il faut recenser, le cas échéant, les différences entre l'objet cité [comme faisant partie de l'état de la technique] et l'invention supposée. Enfin, le tribunal doit se demander si, considérées du point de vue d'une ignorance complète de l'invention, ces différences constituent des étapes qui auraient été évidentes pour la personne du métier ou si elles impliquent tant soit peu d'activité inventive.

On oppose fréquemment à la contestation fondée sur l'évidence un certain nombre d'arguments qu'il convient d'examiner avec soin. Le premier de ces moyens (et peut-être le plus souvent invoqué) est que, dans le cas où plusieurs voies possibles s'offrent à la personne du métier à la lumière d'une publication donnée, aucune de ces voies n'est évidente. Cet argument est mal fondé : au contraire, toutes les voies non inventives qui apparaissent sont évidentes; voir *Brugger v Medicaid* [1996] rpc 635. Le deuxième argument est que le critère dans un tel cas consiste à se demander si la personne du métier pourrait adopter, plutôt que si elle adopterait, la voie qui l'entraînerait dans le champ de la revendication. Un critère ainsi formulé invite presque le tribunal à prendre en considération des facteurs non pertinents, par exemple l'attractivité commerciale (*Hallen v Brabantia* [1991] RPC 195). Dans chaque cas, la seule question est de savoir si la revendication contient un élément qui était techniquement évident pour la personne du métier à la lumière de la publication dont il s'agit. Des éléments de preuve touchant les pratiques effectives qui avaient cours dans le domaine à l'époque pertinente peuvent se révéler utiles, mais ces pratiques peuvent s'expliquer de nombreuses façons qui n'ont rien à voir avec l'évidence technique. C'est pourquoi on a pu dire qu'il faut ne tenir compte d'une telle preuve que dans le contexte qui lui convient et qu'elle est nécessairement dénuée de valeur à moins qu'on ne puisse démontrer que les personnes dont l'activité est ainsi examinée étaient au courant de l'état de la technique et possédaient les connaissances générales communes dans le domaine; voir *Molnlycke v Procter & Gamble* [1994] RPC 49 et *Hoechst Celanese v BP* [1997] FSR 547.

Le concept inventif du brevet en litige peut être formulé brièvement comme suit. Il s'agit d'une classe de composés ayant la structure que spécifie la revendication 1, capables d'une activité anti-inflammatoire et/ou analgésique sans érosion de l'estomac, ou avec des effets secondaires réduits, du fait de leur aptitude à l'inhibition sélective de la Cox II.

[92] He then reviewed the evidence as to the prior art and determined at paragraph 215 that the claims were obvious in view of DuP 697:

Structurally, there is a clear similarity between DuP 697 and its close 3,4 disubstituted analogues. It is a matter of reasonable prediction that they will have similar activity. I think that a medical chemist wishing to investigate the structure/activity relationship of DuP 697 would think of making its 3,4-diaryl analogues, with a view to seeing whether they are active. I also think that confronted with DuP 697 and required to develop a novel compound of similar activity, the 3,4-diaryl substitution is one of the first things which would occur to the medical chemist. The claimants point to DuPont. Why, they say, if it was so obvious to use the 3,4-diaryl substitution, did not DuPont do so. The answer to this is, I think, threefold. First of all, DuP 697 was a good compound: it was not commercialised not because it had poor bioavailability but because it has too long a lifetime in the body. Second, it was comparatively straightforward to synthesise. Third, Dr Galbraith's evidence suggests that there was a degree of inertia in this field, which was only dissipated with the discovery of the inducible Cox II enzyme. All the evidence gave me the clear picture that the 3,4 diaryl compounds were obvious to try for any skilled person knowing of DuP 697, and the ones which were most obvious to try (Examples 1 and 2 of the specification) are both Cox II selective, anti-inflammatory, and gastric sparing. It follows that in my judgment claim 1 both as granted and as sought to be amended is obvious in the light of Dr Galbraith's disclosure, which provides the impulse to test for Cox II selectivity. Given also that the existence of the inducible isoform of the COX enzyme was in my view common general knowledge at the priority date, it was obvious to investigate the compound of Gans, which was said to be gastric sparing, to see why.

[93] The law as to obviousness in Canada may be somewhat different, see *Janssen-Ortho Inc. v. Novopharm Ltd.* (2006), 57 C.P.R. (4th) 6 (F.C.), at paragraphs 109 to 113, the difference being the degree of certainty with which a person skilled in the art can be said to have possessed at the relevant time as to whether a claimed invention could have been arrived at "directly and without difficulty."

[94] As I pointed out in paragraph 116 of the reasons in *Janssen-Ortho*, there are differences between a trial with real witnesses and an application under the NOC Regulations. The question of obviousness can be considered with greater certainty at trial where the

[92] Il a ensuite examiné la preuve relative à l'état de la technique et conclu au paragraphe 215 que les revendications étaient évidentes vu l'existence du DuP 697 :

[TRADUCTION] Sur le plan structural, il y a une nette similitude entre le DuP 697 et ses analogues étroitement apparentés substitués en position 3,4. On peut raisonnablement prédire qu'ils auront une activité similaire. Je pense qu'un spécialiste en chimie médicale qui veut examiner la relation structure/activité du DuP 687 songerait à fabriquer ces analogues 3,4-diaryles en vue de voir s'ils sont actifs. Je crois également que si on met cette personne en présence du DuP 697 et on l'oblige à mettre au point un nouveau composé ayant une activité similaire, la substitution 3,4-diaryle est l'une des premières choses auxquelles songerait le spécialiste en chimie médicale. Les revendicateurs pointent DuPont du doigt. Pourquoi, disent-ils, s'il était aussi évident d'utiliser la substitution 3,4-diaryle, DuPont ne l'a-t-il pas fait. La réponse est, selon moi, triple. Premièrement, DuP 697 était un bon composé : il n'a pas été commercialisé non pas parce qu'il avait une piètre biodisponibilité mais parce que sa durée de vie dans le corps était trop longue. Deuxièmement, il était relativement simple à synthétiser. Troisièmement, la preuve de M. Galbraith semble indiquer qu'il y avait un certain degré d'inertie dans le domaine, qui a été dissipé uniquement par la découverte de l'enzyme Cox II inductible. L'ensemble de la preuve m'a donné clairement l'idée que les composés 3,4-diaryles étaient évidents pour toute personne versée dans l'art qui connaissait le DuP 697, et les produits les plus évidents à essayer (exemples 1 et 2 du mémoire descriptif) sont tous les deux des anti-inflammatoires sélectifs pour la Cox II qui ne causent pas de troubles gastriques. Il s'ensuit, à mon avis, que la revendication 1 telle qu'accueillie et telle qu'on voulait la modifier est évidente à la lumière de la divulgation de M. Galbraith, qui donne l'idée de tester la sélectivité pour la Cox II. Compte tenu également du fait que l'existence de l'isoforme inductible de l'enzyme COX était généralement connue à la date de priorité, il était évident d'étudier le composé de Gans, qu'on disait ne pas causer de troubles gastriques, afin de découvrir pourquoi.

[93] Le droit canadien relatif à l'évidence est peut-être un peu différent; voir *Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2006 CF 1234, aux paragraphes 109 à 113. La différence réside dans le degré de certitude que peut posséder la personne du métier à l'époque pertinente touchant le point de savoir si elle pouvait « directement et facilement » avoir découvert l'invention revendiquée.

[94] Comme je le faisais observer au paragraphe 116 de l'exposé des motifs de *Janssen-Ortho*, il y a des différences entre un procès, où les témoins déposent à la barre, et une demande introduite sous le régime du Règlement AC. La question de l'évidence peut être

witnesses are observed in person and the Court can ask questions. In NOC proceedings the evidence has been presented only by way of affidavits and transcripts of cross-examination. Further, the objective in NOC proceedings is to determine whether, on the record before the Court, the applicant has shown that the allegations are not justified.

[95] Having reviewed the evidence in this proceeding as to obviousness, I am satisfied that SC-58125 would have been identified as a lead compound by a person skilled in the art given the public disclosure by Searle in June 1994, which is before the earliest date of invention that Searle can rely upon of November 14, 1994. The evidence further satisfies me that a person skilled in the art would in the ordinary course have made substitutions to the structure (scaffold) of the compound. I find on the balance of probabilities based on the evidence before me that a person skilled in the art would be sufficiently confident as to the result so that, under Canadian law, the so-called invention of celecoxib would have been obvious to a person skilled in the art as of June 1994, given the disclosure by Searle of the effectiveness of the Matsuo compound. The onus is on Searle to displace the allegations of Novopharm as to obviousness. I find that such allegations have not been shown by Searle not to be justified.

Lack of utility

[96] Novopharm in its notice of allegation alleged that the relevant claims of the '576 patent, were invalid as the patent failed to establish utility whether demonstrated utility or utility based on sound prediction. In so doing, Novopharm alleged that the relevant date for establishing utility was the earliest priority date, November 30, 1993. Novopharm further alleged that if the relevant date was not the earliest priority date, then even as of the second priority date April 6, 1994, no utility had been established for the subject-matter of the claims at issue.

[97] As of the date that the notice of allegation was served, May 3, 2005, the Supreme Court of Canada had given its decision in the *AZT* case, *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153, where it said at paragraphs 71 and 72:

examinée avec plus de certitude dans le cadre d'un procès, où la Cour peut observer le comportement des témoins et leur poser des questions, alors que dans les instances relatives à un AC, la preuve ne consiste qu'en affidavits et en transcriptions de contre-interrogatoires. En outre, l'objet des instances relatives à un AC est d'établir, sur la base du dossier dont la Cour est saisie, si le demandeur a démontré que les allégations de l'AA ne sont pas fondées.

[95] Vu la preuve relative à l'évidence produite dans la présente espèce, je suis convaincu que la personne versée dans l'art aurait identifié le SC-58125 comme chef de file, étant donné la communication faite au public par Searle en juin 1994, soit avant le 14 novembre 1994, date la plus ancienne que Searle puisse invoquer pour l'invention. De plus, la preuve me convainc que la personne du métier aurait normalement opéré les substitutions sur la structure (l'échafaudage) du composé en question. Je conclus suivant la prépondérance de la preuve produite devant moi que la personne versée dans l'art aurait été suffisamment certaine du résultat de l'opération pour que, en droit canadien, la prétendue invention du célécoxib ait été évidente pour elle à compter de juin 1994, étant donné la divulgation par Searle de l'efficacité du composé Matsuo. C'est à Searle qu'il incombait de réfuter les allégations de Novopharm concernant l'évidence. Je conclus que Searle n'a pas démontré l'absence de fondement de ces allégations.

Le défaut d'utilité

[96] Novopharm affirmait dans son avis d'allégation que les revendications pertinentes du brevet '576 étaient invalides, au motif que ce brevet n'établissait ni l'utilité démontrée ni la prédiction valable d'utilité. Dans ce contexte, Novopharm faisait valoir que la date pertinente pour établir l'utilité était la première date de priorité, soit le 30 novembre 1993. Novopharm soutenait en outre que, si la date pertinente n'était pas la première date de priorité, l'utilité n'avait pas été établie pour l'objet des revendications en litige même à la deuxième date de priorité, c'est-à-dire au 6 avril 1994.

[97] À la date de la signification de l'avis d'allégation, soit le 3 mai 2005, la Cour suprême du Canada s'était prononcée sur l'affaire de l'AZT dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, dont je reproduis ci-dessous les paragraphes 71 et 72 :

It bears repetition that the soundness (or otherwise) of the prediction is a question of fact. Evidence must be led about what was known or not known at the priority date, as was done here. Each case will turn on the particularities of the discipline to which it relates. In this case, the findings of fact necessary for the application of “sound prediction” were made and the appellants have not, in my view, demonstrated any overriding or palpable error.

On March 1, 1985, Glaxo/Wellcome received from the NIH the key results of the *in vitro* test of AZT against the HIV in a human cell line. This, taken together with Glaxo/Wellcome’s own data on AZT, including the mouse tests, provided a factual foundation. Glaxo/Wellcome’s knowledge of the mechanism by which a retrovirus reproduces, and the “chain terminator effect” of AZT, as disclosed in the patent, was found by the trial judge to provide a line of reasoning by which utility could be established as of the date of the U.K. patent application, March 16, 1985, which is also the priority date by which the invention must be evaluated for purposes of the Canadian patent. Although “sound prediction” was not the precise approach followed by the trial judge, his reasoning as well as his ultimate ruling is entirely consistent with its application.

[98] On the face of it, Novopharm in selecting a priority date as being the relevant date for dealing with the issue of utility, had in mind these passages from the *AZT* decision. However, in the *AZT* decision the Supreme Court discussed the Canadian filing date as well as the priority date, it was not critical to make a distinction in that case. This caused Justice Mactavish of this Court in *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 43 C.P.R. (4th) 161, at paragraphs 88 to 96; affirmed by the Federal Court of Appeal (2006), 265 D.L.R. (4th) 308, at paragraph 30, to conclude that the appropriate date in considering utility was the Canadian filing date, here November 14, 1994, a date not addressed in Novopharm’s notice of allegation.

[99] The facts as presented, particularly the evidence of Dr. Seibert, demonstrates that as of the earliest of the priority dates, November 30, 1993, insufficient work had been done to establish whether celecoxib would provide the desired combination of effectiveness respecting inflammation while avoiding unwanted side effects.

Il vaut la peine de répéter que la question de savoir si la prédiction est valable est une question de fait. Il faut présenter, comme on l’a fait en l’espèce, une preuve de ce qui était connu ou inconnu à la date de priorité. Tout dépendra, dans chaque cas, des particularités de la discipline en cause. En l’espèce, les conclusions de fait nécessaires à l’application de la règle de la « prédiction valable » ont été tirées et j’estime que les appelantes n’ont pas démontré l’existence d’une erreur dominante ou manifeste.

Le 1^{er} mars 1985, Glaxo/Wellcome a reçu du NIH les résultats cruciaux des tests *in vitro* effectués sur l’AZT pour en vérifier l’action sur le VIH dans une lignée cellulaire humaine. Ces résultats, conjugués aux données que Glaxo/Wellcome avait elle-même obtenues au sujet de l’AZT, grâce notamment aux tests effectués sur des souris, constituaient un fondement factuel. Le juge de première instance a estimé que la connaissance qu’avait Glaxo/Wellcome du mécanisme de reproduction d’un rétrovirus et de l’« effet bloquant [de l’AZT] sur l’élongation de la chaîne », divulgués dans le brevet, fournissait le raisonnement nécessaire pour établir l’utilité de l’invention à la date de la demande de brevet britannique, soit le 16 mars 1985, qui est également la date de priorité à utiliser afin d’évaluer l’invention pour les besoins du brevet canadien. Même si le juge de première instance n’a pas exactement appliqué la règle de la « prédiction valable », son raisonnement et la décision qu’il a rendue en définitive concordent parfaitement avec l’application de cette règle.

[98] À première vue, Novopharm pensait à ces passages de l’arrêt sur l’AZT lorsqu’elle a établi la date pertinente à l’égard de la question de l’utilité comme étant la date de priorité. Cependant, la Cour suprême a examiné la date de dépôt au Canada aussi bien que la date de priorité dans cette affaire, où il n’était pas d’importance critique de distinguer les deux. C’est dans ce contexte que la juge Mactavish de notre Cour—aux paragraphes 88 à 96 de la décision *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1283, confirmée par la Cour d’appel fédérale, 2006 CAF 64, au paragraphe 30—a conclu que la date pertinente pour la question de l’utilité était la date de dépôt au Canada, qui est en l’espèce le 14 novembre 1994, date que Novopharm ne prend pas en considération dans son avis d’allégation.

[99] Les faits tels qu’ils sont ici présentés, en particulier la preuve de M^{me} Seibert, montrent que, à la première des dates de priorité, soit au 30 novembre 1993, les travaux n’étaient pas suffisamment avancés pour établir si le célécoxib réunirait les avantages recherchés de l’efficacité contre les inflammations et de l’absence d’effets secondaires indésirables.

[100] Dr. Seibert's evidence indicates that her group at Searle prepared and tested celecoxib, finding to have desirable properties as to treatment of inflammation while having little unwanted side effects on or about February 14, 1994.

[101] The Canadian patent application, as filed effective November 14, 1994, makes ample disclosure as to the utility of celecoxib; it is described, a process for preparing it is disclosed as example 2 and data demonstrating effectiveness in dealing with inflammation and having appropriate COX II selectivity is all disclosed.

[102] The law is clear as to utility. There must have been, as of the relevant date, a demonstration of utility or, lacking that, a sound prediction of utility based on the information and science available at the time of the prediction (*Merck & Co. v. Apotex Inc.* (2005), 41 C.P.R. (4th) 35 (F.C.), at paragraph 121; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* 2007 FC 26, at paragraphs 36-40).

[103] I find that, certainly by the Canadian filing date, Searle had determined and articulated sufficient utility. Since the work had actually been done, there is no need to consider the law as to sound prediction, which comes into play only when the work has not been done.

[104] Novopharm's counsel argued that it would be inequitable given what he described as a change in the law, to preclude Novopharm from arguing lack of utility as of the Canadian filing date. Since I have found that there was sufficient utility as of that date it is unnecessary to address that argument.

[105] I find, therefore, that Searle has sufficiently demonstrated that Novopharm's allegations as to lack of utility are not justified.

Sufficiency

[106] In its notice of allegation, Novopharm alleged that claim 8 of the '576 patent was invalid in that the words "therapeutically—effective amount of the compound" were insufficiently described and supported in the

[100] La preuve de M^{me} Seibert révèle que c'est le ou vers le 14 février 1994 que son groupe de recherche chez Searle, ayant préparé et mis à l'essai le célécoxib, a constaté que ce dernier possédait les caractéristiques recherchées pour le traitement des inflammations tout en provoquant peu d'effets secondaires indésirables.

[101] La demande canadienne de brevet, déposée en date du 14 novembre 1994, expose largement l'utilité du célécoxib; celui-ci y est décrit, on y divulgue un procédé pour le préparer sous la rubrique de l'exemple 2 et on y consigne des données démontrant son efficacité dans le traitement des inflammations, ainsi que son aptitude à l'inhibition sélective de la COX II.

[102] Le droit est sans ambiguïté concernant l'utilité. Il doit y avoir eu, à la date pertinente, une démonstration de l'utilité ou, à défaut, une prédiction valable de celle-ci, fondée sur l'information et les connaissances scientifiques disponibles au moment de la prédiction : *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 755, au paragraphe 121; et *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 26, aux paragraphes 36 à 40.

[103] Je constate que Searle avait certainement établi et exposé une utilité suffisante à la date de dépôt au Canada. Comme le travail nécessaire avait déjà été fait, la Cour n'a pas à examiner le droit relatif à la prédiction valable, qui n'entre en ligne de compte que lorsque ce travail n'avait pas été effectué à la date pertinente.

[104] L'avocat de Novopharm a fait valoir qu'il ne serait pas équitable, étant donné ce qu'il a défini comme un changement du droit, d'empêcher Novopharm de plaider le défaut d'utilité à la date de dépôt au Canada. Comme j'ai constaté que l'utilité était suffisante à cette date, il n'est pas nécessaire d'examiner cet argument.

[105] En conséquence, je conclus que Searle a suffisamment démontré le caractère infondé des allégations de Novopharm concernant le défaut d'utilité.

Le caractère suffisant

[106] Novopharm soutenait dans son avis d'allégation que la revendication 8 du brevet '576 était invalide au motif que les termes [TRADUCTION] « quantité thérapeutiquement efficace du composé » n'étaient pas suffisam-

specification. Some of Novopharm's evidence described the amounts set out in the specification as little more than a lucky guess.

[107] I find, particularly on the affidavit evidence of Warner, Maskowitz, Bookman and Whittle, that the patent makes sufficient disclosure such that a person skilled in the art, as of the Canadian filing date and even earlier, would readily establish what comprises a therapeutically—effective amount of celecoxib.

[108] Therefore, I find that Searle has demonstrated that Novopharm's allegations that claim 8 was insufficient is not justified.

Conclusions

[109] In summary, I have found that Searle has not proven, on the record before the Court, that Novopharm's allegations as to abandonment and obviousness are not justified. Searle has proven the allegations as to utility and sufficiency not to be justified. As a result, the application will be dismissed.

[110] As to costs, Searle conceded during argument at trial that Novopharm was entitled to its costs in respect of claims 9 to 13 and 16 of the '576 patent and in respect of the whole of the '186 patent, all of which were abandoned by Searle during the course of the trial. I have taken this into consideration in awarding costs, particularly having in mind paragraph 400(3)(i) of the Rules and the desire to encourage counsel to proceed only on such points as may be most appropriate. In taking all matters into consideration, I award costs to the respondent, Novopharm, at the middle of Tariff B [as am. by SOR/2004-283, ss. 30, 31, 32], Column IV. In assessing costs, I provide the following directions to the assessment officer:

1. Two counsel, a first counsel and a second counsel, may be permitted for preparation for and appearance at trial, second counsel is entitled to recover 50% of first counsel fees;

ment explicités et étayés dans le mémoire descriptif. Selon certains éléments de la preuve de Novopharm, les quantités spécifiées dans le mémoire descriptif ne seraient guère plus que d'heureuses conjectures.

[107] Je constate, me fondant en particulier sur les affidavits de Warner, Maskowitz, Bookman et Whittle, que le brevet comporte un exposé suffisant pour que la personne du métier puisse facilement établir, à la date de dépôt au Canada et même avant, la quantité thérapeutiquement efficace de célécoxib.

[108] En conséquence, force m'est de conclure que Searle a démontré le caractère infondé des allégations de Novopharm selon lesquelles la revendication 8 serait insuffisante.

Conclusions

[109] En résumé, je conclus que, vu le dossier dont la Cour est saisie, Searle n'a pas prouvé le caractère infondé des allégations de Novopharm relatives à l'abandon et à l'évidence. Searle a cependant prouvé que les allégations relatives à l'utilité et au caractère suffisant de l'exposé ne sont pas fondées. En conséquence, la présente demande sera rejetée.

[110] En ce qui a trait aux dépens, Searle a admis au cours des plaidoiries que Novopharm avait droit aux dépens concernant les revendications 9 à 13 et 16 du brevet '576, ainsi que l'ensemble du brevet '186, éléments à l'égard desquels Searle s'est désistée de sa demande au cours du procès. J'ai pris ce fait en considération pour l'adjudication des dépens, compte tenu en particulier du sous-alinéa 400(3)i) des Règles et de l'opportunité d'inciter les avocats à ne plaider que sur les questions les plus appropriées. Vu l'ensemble des facteurs en jeu, j'adjuge les dépens à la défenderesse Novopharm, à taxer selon le milieu de la colonne IV du tarif B [mod. par DORS/2004-283, art. 30, 31, 32]. L'officier taxateur fixera les dépens conformément aux directives suivantes :

1. Les honoraires de deux avocats peuvent être accordés pour la préparation du procès et la comparution, le second avocat ayant droit à 50 % des honoraires du premier.

2. Only one counsel shall be permitted in respect of cross-examination of a witness both as to attendance and travel disbursements, if any;
 3. The fees and disbursements charged by witnesses shall be allowed but only if reasonable. The officer shall be guided in that respect by fees charged by first counsel for the respondents for preparing the evidence of such witnesses and attendance at any cross-examination such that the total fees and disbursements of such witness should not exceed those of such counsel;
 4. Photocopies shall be allowed at a rate of the lesser of \$0.25 per page or the rate actually charged to the client;
 5. Disbursements beyond those set out in the tariff shall be allowed only if evidence provided establishes that they are reasonably incurred and at a reasonable rate; and
 6. GST and PST where applicable may be claimed provided that the evidence establishes that the same has been charged to and paid by the respondents.
2. Des frais relatifs à un seul avocat pourront être accordés pour le contre-interrogatoire d'un témoin, au titre de la présence et, le cas échéant, des débours de déplacement.
 3. Les indemnités et débours demandés par les témoins seront accordés à condition d'être raisonnables. L'officier taxateur s'alignera à cet égard sur les honoraires demandés par le premier avocat des demanderesse pour la préparation de la preuve des témoins en question et sa présence, le cas échéant, aux contre-interrogatoires, de telle sorte que le total des indemnités et débours par témoin ne dépasse pas le total des honoraires et débours dudit avocat.
 4. Les frais de photocopie seront accordés à raison de 25 cents la page ou suivant le taux réellement payé, s'il est inférieur.
 5. L'officier taxateur fera droit aux réclamations de débours autres que ceux prévus au tarif seulement si la preuve produite établit qu'ils étaient justifiés et que leur taux est raisonnable.
 6. Il est permis de réclamer la TPS et la TVP, le cas échéant, à condition que la preuve établisse que ces taxes ont été facturées aux défendeurs et payées par eux.

JUDGMENT

FOR THE REASONS GIVEN HEREIN,

THE COURT ADJUDGES THAT:

1. The applicants have discontinued these proceedings in respect of claims 9 to 13 and 16 of Canadian Patent 2177576 and all of Canadian Patent 2267186;
2. This application is dismissed as to all remaining issues; and
3. The respondent, Novopharm, is entitled to recover from the applicants its costs to be assessed at the middle of Column IV and the assessment officer to be guided by the directions as to costs as set out at the end of the reasons provided herein.

JUGEMENT

POUR LES MOTIFS EXPOSÉS CI-DESSUS,

LA COUR STATUE CE QUI SUIT :

1. Les demanderesse se sont désistées de la présente demande à l'égard des revendications 9 à 13 et 16 du brevet canadien 2177576, ainsi que de l'ensemble du brevet canadien 2267186.
2. La demande est rejetée relativement à la totalité des autres questions en litige.
3. La défenderesse Novopharm a droit aux dépens, payables suivant le milieu de la colonne IV et conformément aux directives énoncées à la fin de l'exposé des motifs ci-joints.

A-66-07
2007 FCA 173

A-66-07
2007 CAF 173

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

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

v.

c.

Novopharm Limited and the Minister of Health
(Respondents)

Novopharm Limited et le ministre de la Santé
(intimés)

INDEXED AS: G.D. SEARLE & CO. v. NOVOPHARM LTD.
(F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : G.D. SEARLE & CO. c. NOVOPHARM LTD.
(C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Noël, Sexton and Malone
J.J.A.—Toronto, April 23, 24; Ottawa, April 30, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Sexton et Malone,
J.C.A.—Toronto, 23, 24 avril; Ottawa, 30 avril 2007.

Patents — Appeal from Federal Court decision dismissing application to prohibit Minister of Health from issuing notice of compliance to Novopharm — Patent at issue treating inflammation while reducing undesirable gastric side effects — Applications Judge correctly finding claim date for patent Canadian filing date (November 14, 1994) — But not affording procedural fairness to appellant Searle in holding Searle not applicant on claim date — Issue not raised by parties — Also erred in law in limiting definition of applicant “to a legal representative of the named inventors Talley et al.” — Documentary evidence showing Searle as applicant — Searle thus falling within grace period provided for in Patent Act, s. 28.3(a) — No deemed abandonment of patent — Appeal allowed.

Brevets — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Novopharm — Le brevet en question traitait l'inflammation tout en réduisant les effets gastriques indésirables — Le juge des demandes a conclu à juste titre que la date de la revendication concernant le brevet était la date de dépôt au Canada (le 14 novembre 1994) — Toutefois, le juge a privé l'appelante Searle de l'équité procédurale en concluant qu'elle n'était pas le demandeur à la date de la revendication — La question n'a pas été soulevée par les parties — Le juge a aussi commis une erreur de droit en limitant le sens de la définition de demandeur à celui de « représentant légal des inventeurs nommés, Talley et al. » — La preuve documentaire indiquait que Searle était demandeur — Searle pouvait donc tirer profit du délai de grâce prévu à l'art. 28.3a) de la Loi sur les brevets — Il n'y a pas eu d'abandon présumé — Appel accueilli.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application to prohibit the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the respondent Novopharm, which would have permitted it to sell capsules containing a medicine known as celecoxib in Canada before the expiry of the appellant Searle's Canadian Patent No. 2177576 (the '576 patent). By June 1994, a team of scientists employed by Searle and led by Dr. Seibert had determined that the SC-58125 compound treated inflammation while reducing undesirable gastric side effects. The '576 patent was applied for in Canada on November 14, 1994 and granted to Searle on October 26, 1999. Novopharm filed a notice of allegation (NOA) alleging that the '576 patent was invalid on the basis of abandonment, obviousness, lack of utility and sufficiency. In response, Searle filed a notice of application under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* for

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'intimée Novopharm, ce qui l'aurait autorisée à vendre au Canada, avant l'expiration du brevet canadien n° 2177576 (le brevet '576) de l'appelante Searle, des capsules contenant un médicament appelé célécoxib. En juin 1994, une équipe de scientifiques qui travaillait pour Searle et qui était dirigée par M^{me} Seibert avait établi que le composé SC-58125 traitait l'inflammation tout en réduisant les effets gastriques indésirables. Le brevet '576 a fait l'objet d'une demande au Canada le 14 novembre 1994 et a été délivré à Searle le 26 octobre 1999. Novopharm a déposé un avis d'allégation portant que le brevet '576 était invalide pour cause d'abandon, d'évidence, d'absence d'utilité et d'insuffisance. En réponse, Searle a déposé un avis de demande en vertu du *Règlement sur*

a prohibition order. The applications Judge found that Novopharm's allegations relating to utility and sufficiency were not justified, but that the allegation of invalidity was justified on the basis of abandonment and obviousness.

Held, the appeal should be allowed.

The applications Judge correctly decided that the claim date for the '576 patent was November 14, 1994, the date of filing. Pursuant to paragraph 28.3(a) of the *Patent Act*, patent applicants are afforded a one-year grace period within which they can publicly disclose information before filing a patent application in Canada. One of the purposes of that provision is to enable patent applicants to announce their success by disclosing their inventions before they file. The applications Judge held that Searle was not the applicant on the claim date with the result that it could not benefit from the one-year grace period provided in paragraph 28.3(a) of the Act. The issue as to whether Searle was the "applicant" was not raised in the NOA nor was it argued before the applications Judge. Deciding a case on a basis not raised by parties gives rise to an issue of procedural fairness. Based on a correctness standard, the applications Judge did not afford procedural fairness to Searle, thereby committing an error of law. The determination that Searle is not the applicant under section 2 of the *Patent Act* was not supported by the record. The applications Judge also erred when he limited the definition of applicant "to a legal representative of the named inventors Talley *et al.*" Numerous key documents referred to Searle as the applicant from November 14, 1994 onwards. It was not open to the applications Judge to hold that Searle was not the applicant as of the claim date, both as a matter of procedural fairness and based on the record before him. As an applicant, Searle fell within the grace period provided for in paragraph 28.3(a) of the Act and any disclosure made by Dr. Seibert in June of 1994 or in her article, was exempt from any consideration as to obviousness and did not have to be disclosed to the examiner. There was no deemed abandonment.

les médicaments brevetés (avis de conformité), afin d'obtenir une ordonnance d'interdiction. Le juge des demandes a conclu que les allégations de Novopharm concernant l'utilité et la suffisance n'étaient pas fondées, mais que l'allégation d'invalidité était fondée pour cause d'abandon et d'évidence.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Le juge des demandes a conclu à juste titre que la date de la revendication concernant le brevet '576 était le 14 novembre 1994, la date de dépôt. Conformément à l'alinéa 28.3a) de la *Loi sur les brevets*, les demandeurs de brevet jouissent d'un délai de grâce d'un an dans lequel ils peuvent communiquer des informations au public avant de déposer une demande de brevet au Canada. L'un des objectifs de cette disposition est de permettre aux demandeurs de brevet d'annoncer leur réussite en communiquant leurs inventions avant de déposer une demande. Le juge des demandes a statué que Searle n'était pas le demandeur à la date de la revendication et qu'elle ne pouvait donc tirer profit du délai de grâce d'un an prévu à l'alinéa 28.3a) de la Loi. La question de savoir si Searle était le « demandeur » n'a pas été soulevée dans l'avis d'allégation ni plaidée devant le juge des demandes. Le fait pour un juge de décider une affaire sur le fondement d'une question qui n'a pas été soulevée par les parties soulève une question d'équité procédurale. Suivant la norme de la décision correcte, le juge des demandes a privé Searle de la garantie d'équité procédurale, commettant ainsi une erreur de droit. Le dossier n'appuyait pas la décision selon laquelle Searle n'est pas le demandeur au sens de l'article 2 de la *Loi sur les brevets*. Le juge des demandes a également commis une erreur lorsqu'il a limité le sens de la définition de demandeur à celui de « représentant légal des inventeurs nommés, Talley *et al.* ». De nombreux documents clés renvoyaient tous à Searle en tant que demandeur à compter du 14 novembre 1994. Il n'était pas loisible au juge des demandes de statuer que Searle n'était pas le demandeur à la date de la revendication, tant du point de vue de l'équité procédurale que compte tenu du dossier dont il disposait. À titre de demandeur, Searle pouvait tirer profit du délai de grâce prévu à l'alinéa 28.3a) de la Loi, et toute communication faite par M^{me} Seibert en juin 1994 ou dans son article était exemptée de tout examen de l'évidence et n'avaient pas à être communiquée à l'examinateur. Il n'y a pas eu abandon présumé.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2 (as am. by S.C. 1993, c. 2, s. 2), "applicant", "legal representatives", 28.1(1) (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33), 28.3 (as enacted *idem*), 73(1) (as am. *idem*, s. 52).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 (mod. par L.C. 1993, ch. 2, art. 2), « demandeur », « représentants légaux », 28.1(1) (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 33), 28.3 (édicte, *idem*), 73(1) (mod., *idem*, art. 52).

Patent Cooperation Treaty, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(1) (as am. by SOR/99-379, s. 2), 5(3)(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Comstock Canada v. Elected Ltd. (1991), 38 C.P.R. (3d) 29; 45 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (2000), 7 C.P.R. (4th) 272; 256 N.R. 172 (F.C.A.); *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2006), 46 C.P.R. (4th) 281; 288 F.T.R. 215; 2006 FC 220; *McConnell v. Canada (Human Rights Commission)*, 2005 FCA 389.

APPEAL from a Federal Court decision ([2008] 1 F.C.R. 477; (2007), 56 C.P.R. (4th) 1; 2007 FC 81) dismissing an application to prohibit the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the respondent Novopharm which would have permitted it to sell capsules of celecoxib in Canada before the expiry of the appellant Searle's Canadian patent No. 2177576. Appeal allowed.

APPEARANCES:

John B. Laskin and *Kamleh J. Nicola* for appellants.
John F. Rook, Q.C., and *Dino P. Clarizio* for respondent Novopharm Limited.
 No one appearing for respondent the Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD:

Torys LLP, Toronto, for appellants.
Bennett Jones LLP, Toronto, for respondent Novopharm Limited.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MALONE J.A.:

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1) (mod. par DORS/99-379, art. 2), 5(3)a).
Traité de coopération en matière de brevets, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION EXAMINÉE :

Comstock Canada c. Elected Ltd., [1991] A.C.F. n° 987 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [2000] A.C.F. n° 855 (C.A.) (QL); *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 220; *McConnell c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2005 CAF 389.

APPEL d'une décision ([2008] 1 R.C.F. 477; 2007 CF 81) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'intimée Novopharm, ce qui l'aurait autorisée à vendre des capsules de célécoxib au Canada, avant l'expiration du brevet canadien n° 2177576 de l'appelante Searle. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

John B. Laskin et *Kamleh J. Nicola* pour les appelantes.
John F. Rook, c.r., et *Dino P. Clarizio* pour l'intimée Novopharm Limited.
 Personne n'a comparu pour l'intimé le ministre de la Santé

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Torys LLP, Toronto, pour les appelantes.
Bennett Jones LLP, Toronto, pour l'intimée Novopharm Limited.

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

LE JUGE MALONE, J.C.A. :

I. Introduction

[1] The appellants, G.D. Searle and Co. and Pfizer Canada, Inc. (collectively Searle), appeal from a judgment of the Federal Court of Canada, dated January 24, 2007 and reported at 2007 FC 81. The appellants had sought an order to prohibit the Minister of Health (Minister) from issuing a notice of compliance to Novopharm Limited (Novopharm). If the notice of compliance was issued, that order would have permitted Novopharm to sell 100 mg and 200 mg capsules containing a medicine known as celecoxib in Canada before the expiry of Searle's Canadian Patent No. 2177576 (the '576 patent).

[2] The '576 patent is entitled "Substituted Pyrazolyl Benzenesulfonamides for the Treatment of Inflammation" and names John J. Talley and certain other individuals as inventors. It discloses and claims the compound celecoxib and its uses, including the treatment of inflammation and inflammation-related disorders such as arthritis and pain. The objective of the patent is to provide a means to treat inflammation while reducing undesirable gastric side effects.

II. Time Constraints on Release of Panel's Reasons for Judgment and Judgment

[3] The record on appeal runs to over 10,300 pages in 34 appeal books. The judgment of the learned applications Judge is 56 pages in length encompassing his reasons arising from a four-day hearing.

[4] During the two-day hearing of this appeal on April 22 and 23, counsel for Searle advised this panel of the possibility that the Office of Patented Medicines and Liaison of Health Canada (OPML) could shortly decide to remove from the Patent Register another patent relating to celecoxib. Further, if that patent was delisted the Minister could then issue a notice of compliance to Novopharm to make and sell the medicine celecoxib in Canada thereby rendering the relief sought by the appellants moot. On April 24, 2007, counsel for the appellants advised the Court that this delisting could take place as early as May 1, 2007.

I. Introduction

[1] Les appelantes, G.D. Searle and Co. et Pfizer Canada, Inc. (collectivement Searle), interjettent appel d'une décision rendue par la Cour fédérale du Canada le 24 janvier 2007 et publiée à 2007 CF 81. Elles avaient demandé à la Cour de rendre une ordonnance interdisant au ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité à Novopharm Limited (Novopharm). Si cet avis de conformité lui avait été délivré, Novopharm aurait été autorisée à vendre au Canada, avant l'expiration du brevet canadien n° 2177576 de Searle (le brevet '576), des capsules de 100 mg et de 200 mg contenant un médicament appelé célécoxib.

[2] Le brevet '576 est intitulé « Benzènesulfonamides de pyrazolyle substitués destinés au traitement des inflammations » et John J. Talley ainsi que certaines autres personnes y sont nommés à titre d'inventeurs. Le brevet divulgue et revendique le composé célécoxib et ses utilisations, dont le traitement des inflammations et des troubles apparentés comme l'arthrite et les douleurs. Le brevet a pour objectif de fournir un moyen de traiter les inflammations tout en atténuant les effets gastriques indésirables.

II. Contraintes de temps à l'égard de la délivrance par la cour des motifs du jugement et jugement

[3] Le dossier d'appel compte plus de 10 300 pages, réunies dans 34 recueils. Le jugement du juge des demandes instance a 56 pages, dont les motifs résultant d'une audience ayant duré quatre jours.

[4] Au cours de l'audience de deux jours qui a eu lieu, dans le présent appel, les 22 et 23 avril, l'avocat de Searle a informé la Cour de la possibilité que le Bureau des médicaments brevetés et de la liaison de Santé Canada (BMBL) décide dans peu de temps de retirer du registre des brevets un autre brevet se rapportant au célécoxib. Si ce brevet était rayé de la liste, le ministre pourrait ensuite délivrer un avis de conformité à Novopharm en vue de la fabrication et de la vente du médicament célécoxib au Canada, ce qui rendrait sans objet la mesure de redressement demandée par les appelantes. Le 24 avril 2007, l'avocat des appelantes a indiqué à la Cour que la suppression du brevet de la liste pourrait être effectuée dès le 1^{er} mai 2007.

[5] These reasons are being released now to meet this deadline and should be read with these time constraints in mind.

III. Factual Background

The proceedings

[6] On May 3, 2005, Novopharm filed an abbreviated new drug submission, seeking approval to make and sell 100 mg and 200 mg capsules containing celecoxib. They filed a notice of allegation (NOA) alleging that the '576 patent was invalid on the basis of abandonment, obviousness, lack of utility and sufficiency. In response, the present proceedings were commenced by Searle by notice of application under the provisions of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (Regulations) for a prohibition order.

[7] The issues before the applications Judge were as follows:

1. Was Novopharm's allegation that Searle had abandoned its application for the '576 patent justified? and
2. Could Novopharm's allegations that either or both of claims 4 and 8 of the '576 patent were invalid be justified on the basis of obviousness, lack of utility and sufficiency?

[8] In order to be successful, Searle would have to convince the applications Judge that none of Novopharm's allegations were justified.

Background to the '576 patent

[9] Commencing in or before 1991, various teams of scientists were employed by Searle to investigate the potential use of compounds to treat inflammation that would selectively inhibit what became known as COX II; the theory being that such a compound would minimize gastro-intestinal side effects experienced with other inflammation treating compounds. Dr. Seibert, employed by Searle, headed up the biological team of

[5] Les présents motifs sont prononcés aujourd'hui pour tenir compte de ce délai et doivent être interprétés en fonction de ces contraintes de temps.

III. Contexte factuel

L'instance

[6] Le 3 mai 2005, Novopharm a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle dans laquelle elle a demandé l'autorisation de fabriquer et de vendre des capsules de 100 mg et de 200 mg contenant du célécoxib. Elle a déposé un avis d'allégation dans lequel elle a allégué que le brevet '576 était invalide pour cause d'abandon, d'évidence, d'absence d'utilité et d'insuffisance. En réponse, Searle a intenté la présente instance par voie d'un avis de demande déposé en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement), afin d'obtenir une ordonnance d'interdiction.

[7] Les questions que le juge des demandes a été appelé à trancher sont les suivantes :

1. L'allégation de Novopharm selon laquelle Searle a abandonné sa demande à l'égard du brevet '576 était-elle fondée?
2. Les allégations de Novopharm selon lesquelles l'une ou l'autre des revendications 4 et 8 du brevet '576, ou les deux, étaient invalides pourraient-elles être fondées pour cause d'évidence, d'absence d'utilité et d'insuffisance?

[8] Pour obtenir gain de cause, Searle devait convaincre le juge des demandes qu'aucune des allégations de Novopharm n'était fondée.

Contexte à l'égard du brevet '576

[9] En 1991 ou avant, Searle a embauché des équipes de scientifiques auxquelles elle a confié la tâche d'étudier l'usage potentiel de composés anti-inflammatoires qui inhiberaient sélectivement les effets de ce que l'on appelle maintenant la COX II, la théorie étant que ce composé réduit au minimum les effets secondaires gastro-intestinaux causés par d'autres composés anti-inflammatoires. M^{me} Seibert, qui travaillait pour

those scientists working on this COX II project. Dr. Peter Isakson, also employed by Searle, was the overall team leader for both the biology and chemistry teams (collectively, the Searle researchers).

[10] Prior to October 1993, Dr. Seibert's team was working on celecoxib and other compounds including a compound known as compound SC-58125. They studied different constituents on the structure of those compounds to understand the structure-to-activity relationship. By June 1994, Dr. Seibert's team had determined that the SC-58125 compound treated inflammation while reducing undesirable gastric side effects. That compound is one of the compounds that comes within the scope of the U.S. patent No. 5134142 that is referenced at page 2 of the '576 patent.

[11] All the inventors were employed by Searle as researchers and the assignment of their rights in the '576 patent to Searle are evidenced by individual assignments executed between May and July 1996. The stated consideration is \$10.

[12] At an International Conference on Prostaglandins and Related Compounds in June 1994 (the June 1994 Conference), Dr. Seibert disclosed that the SC-58125 compound treated inflammation while not causing gastric toxicity. Further, in August 1994, Dr. Seibert submitted a paper respecting that compound to a peer review scientific publication for publication (the Seibert article). That paper disclosed that the SC-58125 compound treated inflammation without exhibiting gastric side effects. It was published in December 1994.

[13] The Commissioner of Patents has the authority to cause an application for a patent to be reviewed by examiners employed in the Canadian Patent Office (Patent Office). In this case, such an examiner was appointed during the prosecution stage to examine the '576 patent application. The examiner initially rejected Searle's '576 application on the basis that the claimed invention was obvious on the claim date as a result of

Searle, dirigeait l'équipe chargée des questions biologiques qui collaborait avec d'autres scientifiques au projet sur la COX II. M. Peter Isakson, qui travaillait lui aussi pour Searle, était le chef d'équipe et dirigeait à ce titre l'équipe de biologistes et l'équipe de chimistes (collectivement appelées, les chercheurs de Searle).

[10] Avant octobre 1993, l'équipe de M^{me} Seibert travaillait sur le célécoxib et d'autres composés, dont un connu sous le nom de SC-58125. Elle a étudié différents constituants de la structure de ces composés afin de comprendre la relation entre leur structure et leur activité. En juin 1994, l'équipe de M^{me} Seibert avait établi que le composé SC-58125 traitait l'inflammation tout en réduisant les effets gastriques indésirables. Ce composé est l'un des composés visés par le brevet américain 5134142, dont il est question à la page 2 du brevet '576.

[11] Tous les inventeurs travaillaient pour Searle à titre de chercheurs, et la cession de leurs droits à l'égard du brevet '576 en faveur de Searle est confirmée par les cessions individuelles qui ont été signées entre le mois de mai et le mois de juillet 1996. La contrepartie, selon ces cessions, est de 10 \$.

[12] Lors d'une conférence internationale sur les prostaglandines et les composés connexes qui a eu lieu en juin 1994 (la conférence de juin 1994), M^{me} Seibert a révélé que le composé SC-58125 traitait l'inflammation sans avoir d'effets toxiques sur l'estomac. De plus, en août 1994, M^{me} Seibert a soumis un article portant sur ce composé pour publication dans une revue scientifique dotée d'un comité de lecture (l'article de M^{me} Seibert). L'auteur révélait dans son article que le composé SC-58125 traitait l'inflammation sans entraîner d'effets gastriques indésirables. L'article a été publié en décembre 1994.

[13] Le commissaire aux brevets a le pouvoir de faire examiner une demande de brevet par des examinateurs embauchés par le Bureau des brevets. Dans la présente affaire, un examinateur a effectivement été nommé à l'étape de la poursuite pour examiner la demande de brevet '576. Initialement, il a rejeté la demande de brevet '576 de Searle au motif que l'invention revendiquée était évidente à la date de la demande pour

prior art. Accordingly, on October 21, 1998, the examiner requisitioned Searle to respond to a question it had regarding compliance with paragraph 28.3(a) [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33] of the Act [*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4]. Searle replied to the requisition and stated that its claimed compounds had the effect of being COX II selective and that such selectivity was not derivable from nor suggested in prior art.

[14] The '576 patent was applied for in Canada on November 14, 1994 and granted to Searle on October 26, 1999. Unless otherwise held to be invalid, the patent will expire on November 14, 2014. The '576 patent application claimed priority from two patent applications previously filed in the United States on November 30, 1993 and April 6, 1994 (the priority applications).

IV. Decision Below

[15] The applications Judge found that Novopharm's allegations relating to utility and sufficiency were not justified. However, he further found that the allegation of invalidity was justified on the basis of abandonment and obviousness. On that basis, the application was dismissed.

[16] On the issue of obviousness, the applications Judge held that the claim date, for the purpose of assessing obviousness, was the Canadian filing date, November 14, 1994. He further found that the June 1994 Conference relating to the SC-58125 compound constituted a prior art disclosure. This disclosure, he stated, rendered celecoxib obvious as of the Canadian filing date as an anti-inflammatory compound with reduced side effects (see reasons for judgment, at paragraph 95). Moreover, he determined that the June 1994 Conference was not information that fell within the grace period set out in paragraph 28.3(a) of the *Patent Act*, which provides that:

28.3 The subject-matter defined by a claim in an application for a patent in Canada must be subject-matter that

cause d'antériorité. En conséquence, le 21 octobre 1998, l'examinateur a demandé à Searle de répondre à une question qu'il se posait concernant le respect de l'alinéa 28.3a) [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 33] de la Loi [*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4]. Searle a répondu à cette demande et déclaré que les composés qu'elle revendiquait avaient des effets sélectifs à l'égard de la COX II et que cette caractéristique ne pouvait pas être dérivée d'une réalisation antérieure et n'y était pas suggérée.

[14] Le brevet '576 a fait l'objet d'une demande au Canada le 14 novembre 1994 et a été délivré à Searle le 26 octobre 1999. À moins qu'il ne soit par ailleurs jugé invalide, le brevet expirera le 14 novembre 2014. La demande de brevet '576 revendiquait la priorité en se fondant sur deux demandes de brevet antérieurement déposées aux États-Unis, le 30 novembre 1993 et le 6 avril 1994 (les demandes de priorité).

IV. Décision en première instance

[15] Le juge des demandes a conclu que les allégations de Novopharm concernant l'utilité et la suffisance n'étaient pas fondées. Toutefois, il a conclu également que l'allégation d'invalidité était fondée pour cause d'abandon et d'évidence. C'est sur ce fondement que la demande a été rejetée.

[16] Sur la question de l'évidence, le juge des demandes a statué que la date de la revendication, aux fins de l'évaluation du caractère évident, était la date de dépôt au Canada, soit le 14 novembre 1994. Il a conclu également que la conférence de juin 1994 se rapportant au composé SC-58125 équivalait à la communication d'une réalisation antérieure. Cette communication, a-t-il indiqué, rendait le célécoxib évident à la date du dépôt au Canada à titre de composé anti-inflammatoire aux effets secondaires réduits (voir les motifs du jugement au paragraphe 95). Il a en outre décidé que la conférence de juin 1994 ne constituait pas une communication qui tombait clairement dans le délai de grâce prescrit à l'alinéa 28.3a) de la *Loi sur les brevets*, dont voici le texte :

28.3 L'objet que définit la revendication d'une demande de brevet ne doit pas, à la date de la revendication, être évident

would not have been obvious on the claim date to a person skilled in the art or science to which it pertains, having regard to

(a) information disclosed more than one year before the filing date by the applicant, or by a person who obtained knowledge, directly or indirectly, from the applicant in such a manner that the information became available to the public in Canada or elsewhere . . . [Emphasis added.]

[17] On the basis that a person skilled in the art would be “sufficiently confident as to the result,” the applications Judge found that the test for obviousness was met given the disclosure of information made by Dr. Seibert in June of 1994.

[18] On the issue of abandonment, the applications Judge held that in responding to a requisition from the Patent Office during the prosecution of the ‘576 patent on October 21, 1998, Searle was obliged to advise the Patent Office of the information presented by Dr. Seibert at the June 1994 Conference—that Searle had found the SC-58125 compound to have COX II selectivity and that it had disclosed this fact to the public before the application for the ‘576 patent was filed in Canada. He found that Searle’s failure to advise the Patent Office of this information constituted a lack of good faith (see reasons for judgment at paragraphs 75 and 77).

[19] In finding that Searle’s application for the ‘576 patent was abandoned and ultimately, invalid, the applications Judge relied on paragraph 73(1)(a) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 52] of the Act. That paragraph provides that an application for a patent shall be deemed to be abandoned if the applicant does not reply in good faith to any requisition made by an examiner in connection with the prosecution of a patent.

[20] Finally, on the issues of lack of utility and sufficiency, the applications Judge held that Searle had successfully demonstrated that Novopharm’s allegations were not justified.

V. Legislative Framework

[21] For ease of reference, the following legislative provisions are relevant to this appeal and are set out

pour une personne versée dans l’art ou la science dont relève l’objet, eu égard à toute communication :

a) qui a été faite, plus d’un an avant la date de dépôt de la demande, par le demandeur ou un tiers ayant obtenu de lui l’information à cet égard de façon directe ou autrement, de manière telle qu’elle est devenue accessible au public au Canada ou ailleurs. [Je souligne.]

[17] Étant donné qu’une personne versée dans l’art serait « suffisamment certaine du résultat de l’opération », le juge des demandes a conclu que le critère de l’évidence était rempli vu la communication qu’avait faite M^{me} Seibert en juin 1994.

[18] Sur la question de l’abandon, le juge des demandes a statué qu’au moment de répondre à la demande du Bureau des brevets dans le cadre de la poursuite visant le brevet ‘576 le 21 octobre 1998, Searle devait aviser le Bureau des brevets de la communication faite par M^{me} Seibert lors de la conférence de juin 1994—à savoir que Searle avait conclu que le composé SC-58125 était sélectif à l’égard de la COX II et qu’elle en avait informé le public avant le dépôt au Canada de la demande relative au brevet ‘576. Le juge a conclu que l’omission par Searle d’informer le Bureau des brevets de cette communication constituait de la mauvaise foi (voir les motifs du jugement aux paragraphes 75 et 77).

[19] Pour conclure que la demande de Searle relative au brevet ‘576 avait été abandonnée et, en bout de ligne, qu’elle était invalide, le juge des demandes s’est fondé sur l’alinéa 73(1)a) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 52] de la Loi. Cet alinéa prévoit qu’une demande de brevet est considérée comme abandonnée si le demandeur omet de répondre de bonne foi à toute demande de l’examineur dans le cadre de l’examen d’un brevet.

[20] Enfin, sur les questions d’absence d’utilité et de suffisance, le juge des demandes a statué que Searle avait réussi à démontré que les allégations de Novopharm n’étaient pas fondées.

V. Cadre législatif

[21] Pour en faciliter la consultation, les dispositions législatives qui sont pertinentes dans le présent appel

below [ss. 2 (as am. by S.C. 1993, c. 2, s. 2), 28.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33)]:

2. In this Act, except as otherwise provided,

“applicant” includes an inventor and the legal representatives of an applicant or inventor;

...

“legal representatives” includes heirs, executors, administrators, guardians, curators, tutors, assigns and all other persons claiming through or under applicants for patents and patentees of inventions;

...

28.1(1) The date of a claim in an application for a patent in Canada (the “pending application”) is the filing date of the application, unless,

(a) the pending application is filed by

...

(ii) a person who is entitled to protection under the terms of any treaty or convention relating to patents to which Canada is a party and who has, or whose agent, legal representative or predecessor in title has, previously regularly filed in or for any other country that by treaty, convention or law affords similar protection to citizens of Canada an application for a patent disclosing the subject-matter defined by the claim.

...

73. (1) An application for a patent in Canada shall be deemed to be abandoned if the applicant does not

(a) reply in good faith to any requisition made by an examiner in connection with an examination, within six months after the requisition is made or within any shorter period established by the Commissioner; [Emphasis added.]

[22] This patent application and the '576 patent are to be governed by the Act, incorporating both the post-October 1, 1989 and post-October 1, 1996 provisions.

sont reproduites ci-dessous [art. 2 (mod. par L.C. 1993, ch. 2, art. 2), 28.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 33)] :

2. Sauf disposition contraire, les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« demandeur » Sont assimilés à un demandeur un inventeur et les représentants légaux d'un demandeur ou d'un inventeur.

[. . .]

« représentants légaux » Sont assimilés aux représentants légaux les héritiers, exécuteurs testamentaires, administrateurs, gardiens, curateurs, tuteurs, ayants droit, ainsi que toutes autres personnes réclamant par l'intermédiaire ou à la faveur de demandeurs et de titulaires de brevets.

[. . .]

28.1 (1) La date de la revendication d'une demande de brevet est la date de dépôt de celle-ci, sauf si :

a) la demande est déposée, selon le cas :

[. . .]

(ii) par une personne qui a antérieurement déposé de façon régulière, dans un autre pays ou pour un autre pays, ou dont l'agent, le représentant légal ou le prédécesseur en droit l'a fait, une demande de brevet divulguant l'objet que définit la revendication, dans le cas où ce pays protège les droits de cette personne par traité ou convention, relatif aux brevets, auquel le Canada est partie, et accorde par traité, convention ou loi une protection similaire aux citoyens du Canada.

[. . .]

73. (1) La demande de brevet est considérée comme abandonnée si le demandeur omet, selon le cas :

a) de répondre de bonne foi, dans le cadre d'un examen, à toute demande de l'examineur, dans les six mois suivant cette demande ou dans le délai plus court déterminé par le commissaire;

[22] La présente demande de brevet et le brevet '576 doivent être régis par la Loi, qui incorpore les dispositions postérieures au 1^{er} octobre 1989 ainsi que les dispositions postérieures au 1^{er} octobre 1996.

VI. Analysis

1. Claim Date

[23] In order to resolve this appeal, it is first necessary to inquire as to whether the applications Judge correctly decided that the claim date for the '576 patent was November 14, 1994, the date of filing. At paragraph 48 he stated:

There is a further complexity since the application for the '576 patent was filed in Canada under the provisions of the *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1990, [1990] Can. T.S. No. 22] (PCT). That treaty provides that a single application can be filed in an appropriate "receiving office" of one of the countries adhering to that Treaty and obtain a filing date pertinent to all, or a selected group of other of such countries, provided that the applicant enters the "national phase" of such other countries within an appropriate time period. Here the original "international" application was filed in the United States at a receiving office on November 14, 1994, and entered the national phase in Canada on May 28, 1996 (applicant's record, Vol. 3, page 613). However, in accordance with the Treaty, the application is considered to have been filed in the Canadian Patent Office with an effective date of November 14, 1994.

[24] The '576 patent application claimed priority from two U.S. patent applications previously filed (at paragraph 14). For the purpose of obviousness, the applications Judge held that Searle could only rely upon the Canadian filing date of November 14, 1994 and that no earlier date could be relied upon since the priority applications do not describe or disclose the same invention as claims 4 or 8 of the '576 patent.

[25] On this record, I am satisfied that the applications Judge did not err in making this determination.

2. Obviousness and Abandonment

[26] Pursuant to paragraph 28.3(a), at paragraph 16, patent applicants are afforded a one-year grace period within which they can publicly disclose information before filing a patent application in Canada. One of the purposes of that provision is to enable patent applicants

VI. Analyse

1. Date de la revendication

[23] Pour trancher le présent appel, il faut d'abord déterminer si le juge des demandes a décidé à juste titre que la date de la revendication du brevet '576 était le 14 novembre 1994, soit la date de dépôt. Au paragraphe 48, il a dit :

Les choses se compliquent encore du fait que la demande du brevet '576 a été déposée au Canada en vertu du *Traité de coopération en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22] (le PCT). Ce traité stipule qu'il est possible, en déposant une seule demande auprès d'un « office récepteur » compétent de l'un des pays signataires, d'obtenir une date de dépôt valable pour tous ces pays, ou un nombre déterminé d'entre eux, à condition que l'auteur de la demande entre en « phase nationale » dans les pays en question dans le délai prescrit. En l'occurrence, la demande originale « internationale » a été déposée auprès d'un office récepteur des États-Unis le 14 novembre 1994 et est entrée en phase nationale au Canada le 28 mai 1996 (dossier de la demanderesse, volume 3, page 613). Cependant, en vertu du PCT, cette demande est réputée avoir été déposée auprès du Bureau canadien des brevets en date d'effet du 14 novembre 1994.

[24] La demande relative au brevet '576 revendiquait la priorité en se fondant sur deux demandes de brevet américaines déposées antérieurement (au paragraphe 14). Sur la question de l'évidence, le juge des demandes a statué que Searle ne pouvait se fonder que sur la date de dépôt au Canada, soit le 14 novembre 1994, et qu'aucune date antérieure ne pouvait être invoquée, puisque les demandes de priorité ne décrivent pas et ne révèlent pas la même invention que les revendications 4 ou 8 du brevet '576.

[25] Compte tenu du dossier dans la présente affaire, je suis convaincu que le juge des demandes n'a commis aucune erreur en ce qui a trait à cette décision.

2. Évidence et abandon

[26] Conformément à l'alinéa 28.3a), au paragraphe 16, les demandeurs de brevet jouissent d'un délai de grâce d'un an dans lequel ils peuvent communiquer des informations au public avant de déposer une demande de brevet au Canada. L'un des objectifs de cette disposition

to announce their success by disclosing their inventions before they file. Searle attempted to take advantage of this grace period provision by virtue of the conduct of certain of its employees in 1994 (at paragraph 12).

[27] The applications Judge made several findings with regard to whether Searle was the applicant as of the claim date, November 14, 1994 (see reasons for judgment, at paragraphs 49, 57 and 58). In particular, paragraphs 49 and 58 read as follows:

Searle is the applicant because it is the assignee of Talley *et al.*, the named inventors and not otherwise.

...

The knowledge obtained by Dr. Seibert's group as to the activity of SC-58125 namely as to inflammation and non-gastric was information they developed, not Talley *et al.* Thus the disclosure in June 1994 was not disclosure of information of the named inventors Talley *et al.* The fact that Searle is the "applicant" of the '576 patent does not mean that it can claim common ownership of Dr. Seibert's information since section 2 of the *Patent Act* limits an "applicant" to a legal representative of the named inventors Talley *et al.*

[28] It is apparent that the applications Judge found Searle to be the applicant solely as a result of the assignments made in 1996. Based on this finding, he held that Searle was not the applicant on the claim date (November 14, 1994) with the result that it could not benefit from the one-year grace period provided in paragraph 28.3(a) of the Act.

[29] The ramifications of this finding are critical as the remaining issues that the applications Judge proceeds to address hinge on his finding that Searle was not the applicant as of November 14, 1994. Both his conclusions of obviousness and abandonment are dependent on this finding as follows.

est de permettre aux demandeurs de brevet d'annoncer leur réussite en communiquant leurs inventions avant de déposer une demande. Searle a tenté de profiter de cette disposition sur le délai de grâce par la voie du comportement de certains de ses employés en 1994 (au paragraphe 12).

[27] Le juge des demandes a tiré plusieurs conclusions relativement à la question de savoir si Searle était le demandeur à la date de la revendication, soit le 14 novembre 1994 (voir ses motifs du jugement aux paragraphes 49, 57, et 58). Plus particulièrement, il a dit à aux paragraphes 49 et 58(2) :

Searle est en l'occurrence le demandeur de brevet en tant que cessionnaire de Talley *et al.*, les inventeurs dénommés dans le brevet, et à aucun autre titre.

[. . .]

Les connaissances acquises par le groupe de M^{me} Seibert relativement à l'activité du SC-58125, notamment en ce qui concerne l'inflammation et l'absence de toxicité gastrique, ont été acquises par le groupe lui-même, non pas par Talley *et al.* La divulgation en juin 1994 ne concernait donc pas l'information provenant des inventeurs nommés, Talley *et al.* Le fait que Searle soit le « demandeur » du brevet '576 ne signifie pas qu'il peut prétendre à la propriété commune de l'information de M^{me} Seibert, vu que selon l'article 2 de la *Loi sur les brevets*, le terme de « demandeur » ne peut être qu'un représentant légal des inventeurs nommés, Talley *et al.*;

[28] Il est clair que le juge des demandes a conclu que Searle était le demandeur en raison seulement des cessions effectuées en 1996. Sur le fondement de cette conclusion, il a statué que Searle n'était pas le demandeur à la date de la revendication (le 14 novembre 1994) et qu'elle ne pouvait donc tirer profit du délai de grâce d'un an prévu à l'alinéa 28.3a) de la Loi.

[29] Les conséquences de cette conclusion sont cruciales, car les autres questions en litige sur lesquelles le juge des demandes se penche ensuite dépendent de sa conclusion selon laquelle Searle n'était pas le demandeur du brevet le 14 novembre 1994. Ses deux conclusions d'évidence et d'abandon sont tributaires de cette conclusion ainsi qu'il est expliqué dans les paragraphes qui suivent.

[30] First, Dr. Seibert's disclosure at the June 1994 Conference and in the Seibert article made the invention obvious and as Searle was not the applicant, these disclosures were not covered by the grace period.

[31] Second, by failing to reveal that this information had been disclosed in responding to the examiner's requisition relating to obviousness in October 1996, Searle exhibited bad faith and misled the examiner contrary to paragraph 73(1)(a) of the Act. As a result, he concluded that the '576 patent was deemed abandoned and thus, invalid.

[32] One has to ask how this issue as to whether Searle was the "applicant" arose since it was not raised in the NOA (see appeal book, Vol. 9, at page 2451) nor was it argued before the applications Judge. Counsel for both sides admitted being surprised by the finding of the applications Judge on this crucial point.

[33] The NOA defines the issues to be determined in proceedings under the Regulations. Furthermore, deciding a case on a basis not raised by parties gives rise to an issue of procedural fairness (see *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (F.C.A.), at paragraphs 16-21; Regulations, subsection 5(1) [as am. by SOR/99-379, s. 2], paragraph 5(3)(a); *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2006), 46 C.P.R. (4th) 281 (F.C.) at paragraph 32). Counsel for Searle made the valid point that if it had been raised before the applications Judge, evidence could have been called and submissions made accordingly.

[34] In my analysis, reviewed on a correctness standard, in proceeding as he did, the applications Judge did not afford procedural fairness to Searle, thereby committing an error of law (see *McConnell v. Canada (Human Rights Commission)*, 2005 FCA 389, at paragraph 7). Furthermore, the determination that Searle is not the applicant under section 2 of the Act is not

[30] Premièrement, la communication faite par M^{me} Seibert à la conférence de juin 1994 et dans son article a rendu l'invention évidente et, comme Searle n'était pas le demandeur, cette communication n'était pas visée par le délai de grâce.

[31] Deuxièmement, en omettant, en réponse à la demande de l'examineur se rapportant à l'évidence en octobre 1996, de révéler que cette information avait été communiquée, Searle a fait preuve de mauvaise foi et a induit l'examineur en erreur, en violation de l'alinéa 73(1)a de la Loi. En conséquence, l'examineur a conclu que le brevet '576 était considéré comme abandonné et, par conséquent, invalide.

[32] Il convient de se demander comment la question de savoir si Searle était le « demandeur » s'est posée, alors qu'elle n'a pas été soulevée dans l'avis d'allégation (voir le dossier d'appel, vol. 9, à la page 2451) ni plaidée devant le juge des demandes. Les avocats des deux parties ont admis leur étonnement devant la conclusion du juge des demandes sur ce point crucial.

[33] L'avis d'allégation énonce les questions à trancher dans l'instance engagée en vertu du Règlement. En outre, le fait pour un juge de décider une affaire sur le fondement d'une question qui n'est pas soulevée par les parties soulève une question d'équité procédurale (voir *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] A.C.F. n° 855 (C.A.) (QL), aux paragraphes 16 à 21; Règlement, au paragraphe 5(1) [mod. par DORS/99-379, art. 2] et à l'alinéa 5(3)a; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 220, au paragraphe 32). L'avocat de Searle a fait valoir à juste titre que, si la question avait été soulevée devant le juge des demandes, il aurait été possible de produire une preuve et de présenter des observations en conséquence.

[34] À mon sens, si on applique la norme de la décision correcte, le juge des demandes en procédant ainsi qu'il l'a fait, a privé Searle de la garantie d'équité procédurale, commettant ainsi une erreur de droit (voir *McConnell c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2005 CAF 389, au paragraphe 7). En outre, le dossier ne permet pas de dire que Searle n'est pas le

supported by the record. It is true that the assignment agreements were only executed in May-July of 1996. However, this does not establish that Searle was not the owner of the invention as of the time of discovery. Obviously, a person who is the owner of the rights of the invention can be an applicant. In my view, the applications Judge erred when he limited the definition of applicant in this case “to a legal representative of the named inventors Talley *et al.*” (see the passage of the reasons for judgment quoted at paragraph 27 above).

[35] At the hearing, counsel for Searle pointed to numerous key documents, all of which referred to Searle as the applicant from November 14, 1994 onwards. Among the key documents are the following:

- The application for Canadian patent '576 lists Searle as the applicant for all designated world states who are signatories to the *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22], except the United States. The inventors, Talley *et al.*, are also named as applicants, but conversely, only for the United States. This application was filed on November 14, 1994.
- A notification of election was completed by the International Bureau and sent to the Patent Office on July 10, 1995, and denotes Searle as the applicant.
- The international preliminary examination report completed on January 30, 1996 lists Searle as the applicant.
- A notification concerning transmitted documents was completed by the International Bureau and sent to the Patent Office on January 31, 1996, and lists the applicant as Searle.

[36] In addition to this factual evidence, counsel for Searle relies on a decision of Muldoon J. in *Comstock Canada v. Elected Ltd.* (1991), 38 C.P.R. (3d) 20 (F.C.T.D.). At issue in that case was whether a design that was created by an employee during the course of his or her own separate business is the product of his or her

demandeur au sens de l'article 2 de la Loi. Certes, les ententes de cession n'ont été signées qu'entre le mois de mai et le mois de juillet 1996, mais cela n'établit pas que Searle n'était pas propriétaire de l'invention au moment de la découverte. Manifestement, la personne qui est titulaire des droits sur l'invention peut être un demandeur. À mon avis, le juge des demandes a commis une erreur lorsqu'il a limité le sens de la définition de demandeur dans ce dossier à celui de « représentant légal des inventeurs nommés, Talley *et al.* » (voir le passage des motifs du jugement reproduit au paragraphe 27 des présents motifs).

[35] À l'audience, l'avocat de Searle a souligné de nombreux documents clés qui renvoient tous à Searle en tant que demandeur à compter du 14 novembre 1994. Voici certains de ces documents clés :

- La demande de brevet canadien '576 désigne Searle à titre de demandeur pour tous les États désignés qui sont signataires du *Traité de coopération en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22], à l'exception des États-Unis. Les inventeurs, Talley *et al.*, sont nommés également à titre de demandeurs, mais inversement, uniquement pour les États-Unis. Cette demande a été déposée le 14 novembre 1994.
- Une notification d'élection a été remplie par le Bureau international et envoyée au Bureau des brevets le 10 juillet 1995, et elle mentionne Searle à titre de demandeur.
- Le rapport d'examen préliminaire international signé le 30 janvier 1996 désigne Searle à titre de demandeur.
- Un avis concernant les documents transmis a été signé par le Bureau international et envoyé au Bureau des brevets le 31 janvier 1996, et il indique que le demandeur est Searle.

[36] Outre cette preuve factuelle, l'avocat de Searle invoque une décision rendue par le juge Muldoon dans l'affaire *Comstock Canada c. Elected Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 987 (1^{re} inst.) (QL). Dans cette affaire, il fallait décider si un dessin industriel qui avait été créé par un employé dans le cadre de l'exploitation de sa

employer, where the employee was not hired to invent that particular design. At page 51, Muldoon J. held:

In relation to employees' inventions the general principle was established in *Bloxam v. Elsee* (1825), 1 C. & P. 558 at p. 564, 171 E.R. 1316; *Bloxam v. Elsee* (1827), 6 B. & C. 169, 108 E.R. 415, where it was held by Lord Tenterdon that if a servant, while in the employ of his master, makes an invention, that invention belongs to the servant, not to the master; though if the master employs a skilful person for the express purpose of inventing, the inventions made by him will belong to the master so as to enable him to obtain the patent for them. [Emphasis added.]

[37] From the present record, it is clear that Dr. Seibert and her team were employed by Searle to determine the biological activity of a number of compounds, including the SC-58125 compound and celecoxib. She was employed to perform research particularly to investigate the potential use of compounds to treat inflammation that would minimize gastro-intestinal side effects. As a result, celecoxib and other compounds were turned over from the named inventors to Dr. Seibert and her team for biological testing.

[38] During her cross-examination, Dr. Seibert indicated that the Searle researchers worked in conjunction with the company and that it is all very much a corporate process (see appeal book, Vol. 8, at pages 2039-2040):

Q. Okay. But I guess I was trying to ask who or how did you decide or who decided that, hey, this—the results that you've now obtained in this particular experiment or set of experiments leads to something that may be worth looking at whether it was patentable or not. Was that a team leader, Dr. Isakson, or . . .

A. Well, you know, I think that he probably contributed to those discussions, but that was really in partnership with the scientists, let's say, chemists working to identify novel compounds . . .

Q. Uh-huh

A . . . with members of our legal department, our patent department, . . .

propre entreprise était le produit de son employeur, car l'employé n'avait pas été engagé pour inventer ce dessin industriel en particulier. Au paragraphe 69, le juge Muldoon a conclu :

Quant aux inventions d'employés, le principe général a été établi dans l'arrêt *Bloxam v. Elsee*, (1825) 1 Car. & P. 558, à la p. 564, (1827) 6 B & C 169, où lord Tenterdon a décidé que, si un préposé, pendant qu'il était au service de son maître, a fait une invention, celle-ci appartient au préposé, non au maître; mais si le maître embauche une personne qui a certaines capacités dans le but exprès qu'elle fasse des inventions, celles-ci appartiennent au maître et ce dernier peut se faire délivrer un brevet à cet égard. [Je souligne.]

[37] Dans le présent dossier, il est clair que M^{me} Seibert ainsi que son équipe avaient été engagées par Searle pour déterminer l'activité biologique de divers composés, dont le SC-58125 et le célécoxib. M^{me} Seibert a été engagée pour effectuer des recherches particulièrement en vue de vérifier l'usage potentiel des composés anti-inflammatoires qui réduiraient au minimum les effets secondaires gastro-intestinaux. En conséquence, le célécoxib et d'autres composés ont été remis à M^{me} Seibert et à son équipe par les inventeurs nommés afin qu'elles effectuent des tests biologiques.

[38] Au cours de son contre-interrogatoire, M^{me} Seibert a indiqué que les chercheurs de Searle avaient travaillé en collaboration avec l'entreprise et qu'il s'agissait du processus suivi par l'entreprise (Voir dossier d'appel, vol. 8, aux pages 2039 et 2040) :

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Mais je crois que j'essayais de demander qui ou comment vous avez décidé ou qui a décidé, regardez, ce—les résultats que vous avez maintenant obtenus dans le cadre de cette expérience en particulier ou de cette série d'expériences mènent à quelque chose qui pourrait mériter que l'on s'y attarde pour déterminer si c'est brevetable ou non. Est-ce que c'était un chef d'équipe, M. Isakson, ou [. . .]

R. Vous savez, je crois qu'il a probablement contribué à ces discussions, mais c'était véritablement en partenariat avec les scientifiques, disons, les chimistes qui travaillaient à l'identification de nouveaux composés [. . .]

Q. Hum, hum.

R. [. . .] avec des membres de notre service juridique, de notre service des brevets [. . .]

Q. Right. Okay.

A. . . . who, in fact, would often even attend team meetings and be well-versed in data.

. . .

Q. Okay. And deciding who the inventors would be of a particular invention, because you may have more than one, . . .

A. Uh-huh.

Q. . . . that was done with the patent attorneys as well?

A. Yeah. . . . that's my understanding that the potential inventors and the patent attorneys . . . would take those decisions.

Q. Now, within Searle, back in the early '90s, was there some incentive or some other way of encouraging people, I guess, not only to do their work and do their research, but to be inventive, to try to be . . . come up with new inventions? Was there that kind of incentive within Searle?

A. Well, I don't know what you mean by incentive. I mean . . .

Q. Encouraged.

A. We were—yeah, we were surely encouraged, you know, to think about how we can apply our science, you know, to the identification in discovering development of new medicines or new uses. I mean that's the work we do. [Emphasis added.]

[39] All documentary evidence on this record shows Searle as the applicant. In addition, it is evident from Dr. Seibert's oral evidence that she was hired by Searle as part of the biology team to perform research to investigate the potential use of compounds to treat inflammation that would minimize gastro-intestinal toxicity. Accordingly, it is clear that the Searle researchers were hired to invent, and that any product they invented, belonged to Searle from the onset.

[40] In my analysis, the assignments by the employees in 1996 simply confirmed Searle's pre-existing right to the invention and were provided in accordance with the Patent Office's procedure to have evidence on record as

Q. Bien. D'accord.

R. [. . .] qui, dans les faits, assistaient même souvent aux réunions de l'équipe et connaissaient bien les données.

[. . .]

Q. D'accord. Et décidaient qui seraient les inventeurs d'une invention donnée, parce qu'il peut y en avoir plus d'un [. . .]

R. Hum, hum.

Q. [. . .] c'était fait avec les avocats en droit des brevets aussi?

R. Oui. [. . .] je crois comprendre que les inventeurs potentiels et les avocats en droit des brevets [. . .] prenaient ces décisions.

Q. Alors, au sein de Searle, dans les années 90, y avait-il des mesures incitatives ou d'autres moyens d'encourager les gens, j'imagine, non seulement à faire leur travail et à faire leurs recherches, mais aussi à être inventifs, à essayer de l'être [. . .] de créer de nouvelles inventions? Existait-il de telles mesures incitatives au sein de Searle?

R. J'ignore ce que vous voulez dire par mesures incitatives. Je veux dire [. . .]

Q. Pour encourager.

R. Nous étions—oui, nous étions certainement encouragés, vous savez, à penser à la manière dont nous pouvions appliquer notre science, à l'identification dans la découverte de nouveaux médicaments ou de nouveaux usages. Je veux dire c'est là notre travail. [Non souligné dans l'original.]

[39] Toute la preuve documentaire versée au dossier montre que Searle est le demandeur. En outre, il ressort du témoignage de M^{me} Seibert que cette dernière a été engagée par Searle pour faire partie d'une équipe de biologistes chargés d'effectuer des recherches en vue de vérifier l'usage potentiel de composés anti-inflammatoires qui réduiraient au minimum la toxicité gastro-intestinale. Par conséquent, il est clair que les chercheurs de Searle ont été engagés pour inventer et que tout produit qu'ils inventaient appartenait à Searle dès le départ.

[40] À mon avis, les cessions effectuées par les employés en 1996 ont simplement confirmé le droit préexistant de Searle sur l'invention et elles ont été faites en conformité avec la procédure du Bureau des

to who owns the patent prior to its grant. The fact that the assignments were made for a nominal consideration supports that view.

[41] In sum, it was not open to the applications Judge to hold that Searle was not the applicant as of the claim date, both as a matter of procedural fairness and based on the record before him.

[42] It follows, therefore, that as an applicant, Searle falls within the grace period provided for in paragraph 28.3(a) of the Act and that any disclosure made by Dr. Seibert in June of 1994 or in her article, is exempt from any consideration as to obviousness.

[43] As a consequence of my determination as to Searle's status as an applicant, any disclosure of information made within one year of the claim date is not prior art capable of rendering the '576 patent obvious. It follows that Dr. Seibert's revelations at the June 1994 Conference and in her article did not have to be disclosed to the examiner. As such there was no deemed abandonment.

3. Lack of Utility

[44] As an alternative argument, Novopharm argues that if this Court accepts that the applications Judge erred in determining that Novopharm's allegations of invalidity based on obviousness and abandonment were justified, the Court should find that the applications Judge also erred in finding that the allegation of invalidity based on lack of utility was not justified.

[45] Once this Court accepts that the applications Judge made no error in determining the Canadian filing date to be the relevant date for assessing utility, Novopharm's lack of utility argument falls away. Since I have already accepted the applications Judge's finding that the Canadian filing date is the relevant date in all aspects, there is no need to address this lack of utility issue. The applications Judge made a finding of utility as

brevets selon laquelle il faut avoir une preuve au dossier relativement à la question de savoir qui est propriétaire du brevet avant son octroi. Le fait que les cessions ont été effectuées pour une contrepartie symbolique appuie ce point de vue.

[41] En résumé, il n'était pas loisible au juge des demandes de statuer que Searle n'était pas le demandeur à la date de la revendication, tant du point de vue de l'équité procédurale que compte tenu du dossier dont il disposait.

[42] Il s'ensuit donc qu'à titre de demandeur, Searle peut tirer profit du délai de grâce prévu à l'alinéa 28.3a) de la Loi et que toute communication faite par M^{me} Seibert en juin 1994 ou dans son article est exemptée de tout examen de l'évidence.

[43] Puisque j'ai décidé que Searle était le demandeur, toute communication d'information effectuée dans un délai d'un an de la date de la revendication ne constitue pas une réalisation antérieure susceptible de rendre le brevet '576 évident. Il s'ensuit que les révélations de M^{me} Seibert à la conférence de juin 1994 et dans son article n'avaient pas à être communiquées à l'examineur. Pour cette raison, il n'y a pas eu abandon présumé.

3. Absence d'utilité

[44] À titre subsidiaire, Novopharm fait valoir que, si la Cour reconnaît que le juge des demandes a commis une erreur en décidant que les allégations d'invalidité de Novopharm pour cause d'évidence et d'abandon étaient fondées, la Cour devrait conclure qu'il a également commis une erreur en concluant que l'allégation d'invalidité pour cause d'absence d'utilité n'était pas fondée.

[45] À partir du moment où la Cour reconnaît que le juge des demandes n'a commis aucune erreur en décidant que la date de dépôt au Canada est la date pertinente aux fins de la détermination de l'utilité, l'argument de Novopharm sur l'absence d'utilité ne vaut plus. Puisque j'ai déjà accepté la conclusion du juge des demandes selon laquelle la date de dépôt au Canada est la date pertinente à tous les égards, il n'est pas

of November 14, 1994, which is a finding of fact that Novopharm does not contest nor allege in its NOA.

VII. Conclusion

[46] The appeal should be allowed, the judgment of the applications Judge should be set aside and giving the order that the applications Judge should have given, an order should be issued prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance to Novopharm respecting the making, use and/or selling of celecoxib capsules until after the expiry of the '576 patent.

[47] The appellants should have their costs on appeal. They should also have their costs in the Federal Court but only in-so-far as they relate to '576 patent.

NOËL J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

nécessaire d'examiner la question de l'absence d'utilité. Le juge des demandes a conclu à l'utilité au 14 novembre 1994; il s'agit d'une conclusion de fait que Novopharm ne conteste pas et n'allègue pas dans son avis d'allégation.

VII. Conclusion

[46] L'appel devrait être accueilli, la décision du juge des demandes devrait être infirmée et, étant donné l'ordonnance que le juge des demandes aurait dû rendre, une ordonnance interdisant au ministre de délivrer à Novopharm un avis de conformité concernant la fabrication, l'utilisation et (ou) la vente de capsules de célécoxib avant l'expiration du brevet '576 devrait être rendue.

[47] Les appelantes devraient obtenir leurs dépens en appel. Elles devraient également obtenir leurs dépens devant la Cour fédérale, mais dans la mesure seulement où ceux-ci se rapportent au brevet '576.

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

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

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Refugees

Motion for stay of removal pending judicial review—Interruption of applicant's religious conversion as consequence of removal constituting serious issue, resulting in irreparable harm—Motion granted.

CICHACZEWSKI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3266-07, 2007 FC 882, Harrington J., order dated 4/9/07, 6 pp.)

Removal of Visitors

Judicial review of exclusion order issued against applicants for overstay in Canada—Minister's delegate correct in declaring applicants precluded under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 99(3) from filing refugee claim as result of exclusion order—No requirement exclusion order be in writing—Oral exclusion order herein formal decision engaging, s. 99(3)—Application dismissed.

LIV. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1028-07, IMM-1098-07, IMM-1026-07, IMM-1099-07, 2007 FC 941, Noël J. judgment dated 21/9/07, 40 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Equality Rights

Appeal from Federal Court decision ([2007] 3 F.C.R. 411] dismissing application for declaration *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 133(1)(k), barring sponsorship of spouse if sponsor in receipt of social assistance, unconstitutional—Appeal dismissed as moot—Sponsorship application based on spouse's residence in Canada, but spouse since leaving Canada.

GUZMAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-467-06, 2007 FCA 358, Sharlow J.A., judgment dated 5/11/07, 2 pp.)

CREDITORS AND DEBTORS

Application for injunction prohibiting Sheriff of Newfoundland and Labrador from returning remaining seized goods to judgment debtors, for *mandamus* compelling Sheriff to sell remaining goods—Debts certified pursuant to federal legislation—Some seized items sold—Sheriff acting as officer of Federal Court of Canada pursuant to *Federal Courts Act*,

CREDITORS AND DEBTORS—Concluded

R.S.C., 1985, c. F-7, s. 13(2)—Injunction denied—Applicant not establishing serious issue, irreparable harm—*Mandamus* denied—Sheriff not subject to legal duty to sell remaining goods—According to *Judgment Enforcement Act* (JEA), S.N.L. 1996, c. J-1.1, s. 3, Sheriff to exercise discretion in accordance with criteria set out in s. 3(5) including obligation to act in good faith and in commercially reasonable manner—That obligation overtaken by discretion conferred by s. 80(2) pursuant to which Sheriff can return goods if “of the opinion” appropriate to do so—Manner in which Sheriff exercised discretion can only be challenged by application for judicial review.

INCOME TAX ACT (RE) (ITA-12276-02, ITA-8992-04, ITA-13404-04, ITA-13163-04, GST-4304-04, 2007 FC 1085, Heneghan J., order dated 22/10/07, 21 pp.)

EVIDENCE

Appeal from Federal Court decision ([2008] 1 F.C.R. 547) ordering disclosure of descriptive summary of certain documents—*Per* Létourneau J.A.: (1) Some discrepancies between conclusion on release, what is effectively released error of fact requiring correction—(2) Where appellant disagreeing with disclosure decision, appropriate to bring motion to reconsider pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 397—(3) Judge must determine relevance of evidence, not simply accept Crown’s assessment—(4) Statement “open to respondent to provide evidence as to what publicly disclosed abroad” not putting burden on respondent to show absence of injury to national security, defence or international relations—(5) For meaningful review of information sought, judge must be informed of intended defence or given worthwhile information—Respondent must live with consequences of choosing not to participate—*Per* Pelletier J.A.: Information mistakenly included in document descriptions—Properly subject of motion to reconsider.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. KHAWAJA (DESA-1-07, 2007 FCA 342, Létourneau and Pelletier J.J.A., judgment dated 31/10/07, 20 pp.)

Motion to permit defendant to adduce evidence of more than 10 expert witnesses—Earlier Direction limiting defendant’s expert witnesses to 10 based on own estimates—Given state of case law, *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 7 limiting each party to five expert witnesses in proceeding as a whole, subject to discretion of Court to increase number—Number of “issues” not relevant—Appropriate consideration whether taken as a whole, case which party has to present or to meet requiring more than five experts—Apotex showing more than *prima facie* case that requires up to five more experts than original 10 allowed.

ELI LILLY AND CO. V. APOTEX INC. (T-1321-97, 2007 FC 1041, Hughes J., order dated 10/10/07, 15 pp.)

INCOME TAX

Administration and enforcement—Application for review of order requiring applicants to provide information, documents to M.N.R.—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.2 permitting order requiring Canadian resident to provide information to which has access but stored in data facilities owned by another outside Canada—S. 231.2(1) very broad, enabling Minister to require “any person” to provide “any information”—Information herein not foreign but within Canada for purposes of s. 231.2—Order affirmed.

EBAY CANADA LTD. V. M.N.R. (T-2124-06, 2007 FC 930, Hughes J., partial judgment dated 18/9/07, 18 pp.)

INCOME CALCULATION*Deductions*

Appeal from Tax Court of Canada decision ([2007] 1 C.T.C. 2123) shares disposed of in 1998 not flow-through shares as defined in *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 66(15)—Shares acquired pursuant to agreement whereby Deena Energy Inc. agreeing to incur Canadian exploration and development expenses and to renounce in favour of taxpayer amount of expenses equal to subscription price paid for shares—When Deena failed to incur any such expenses, renunciation invalid—Taxpayer claiming capital loss on shares as result of receivership of Deena—Appeal dismissed—Tax Court erred in determining shares not flow-through shares based on breach of agreement occurring after issuance—Shares not flow-through shares because prescribed shares by virtue of *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 6202.1(1)(c)(i)—When shares issued,

INCOME TAX—Concluded

Deena undertaking to ensure any loss taxpayer sustaining from holding shares, to extent such loss related to expenditure by Deena of subscription price of shares, limited.

CANADA V. JES INVESTMENTS LTD. (A-474-06, 2007 FCA 337, Ryer J.A., judgment dated 26/10/07, 11 pp.)

INTERNAL TRADE

Motion for orders directing Public Works and Government Services Canada (PWGSC) to give effect to Canadian International Trade Tribunal's recommendation PWGSC re-evaluate proposals, declaring judicial review application not having effect of staying recommendations—Within Court's jurisdiction under *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 to grant relief sought—*Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 30.18 requiring government institution to advise Tribunal in writing of reasons if not intending to implement recommendations fully—Not authorizing PWGSC to ignore CITT recommendations solely because disagrees with decision upholding complaint, seeking judicial review—S. 30.18 not allowing for automatic stay of recommendations of CITT at PWGSC's option whenever CITT decision challenged—Absent valid invocation of s. 30.18, PWGSC must abide by CITT recommendations—Motion allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. NORTHROP GRUMMAN OVERSEAS SERVICES CORP. (A-398-07, 2007 FCA 336, Noël J.A., order dated 23/10/07, 11 pp.)

Judicial review of Canadian International Trade Tribunal's dismissal of procurement complaint as time-barred—Tribunal holding applicant aware of basis of ground of complaint when unnamed public servant unofficially informed applicant technical evaluation results being reconfirmed—Contrary to *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 30.11(2)(c), no factual ground on which Tribunal could determine starting point of limitation period—Fairness, openness, impartiality required authorized line of communication if process to meet purposes of Act—Tribunal acted in patently unreasonable manner by not addressing this issue and in treating reply to applicant's objection to appointment of individual because of perceived conflict of interest, as denial of relief—Procurement process beginning when Request For Proposal (RFP) issued—Objection made before RFP issued—Application allowed.

TPG TECHNOLOGY CONSULTING LTD. V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (A-193-07, 2007 FCA 291, Desjardins J.A., judgment dated 18/9/07, 18 pp.)

LABOUR RELATIONS

Appeal from Federal Court order setting aside adjudicator's decision that, assuming unjust dismissal, damages not flowing to respondent under *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 242—Adjudicator lacking jurisdiction to answer stated question based on assumption unjust dismissal exists—Pursuant to s. 242 adjudicator may consider whether dismissal unjust, provide appropriate remedy—Federal Court bound to intervene because adjudicator not empowered to answer stated question.

GEAUVREAU-TURNER ESTATE V. OJBWAYS OF ONIGAMING FIRST NATION (A-234-06, 2007 FCA 284, Noël J.A., judgment dated 13/9/07, 3 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Motion to strike paragraphs of defence and counterclaim dealing with issue of "inventorship"—Patent application filed October 1, 1981—Pre-1989 *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 61(1)(b) stating no patent will be declared invalid on grounds of prior inventorship by some other person unless challenging party can establish other person had, before issue of patent holder's patent, made application for patent in Canada on which conflict proceedings should have been directed—Interpretation of "on which conflict proceedings should have been directed" at issue—Plaintiff's interpretation that s. 61(1)(b) only applies when there has been a "missed conflict" consistent with s. 61(1)(b) and conflict proceedings lines of authority—Defendants cannot meet requirements of s. 61(1)(b)—Also, defendants' inventorship allegations amount to abuse of process—Motion allowed.

LABORATOIRES SERVIER V. APOTEX INC. (T-1548-06, 2007 FC 837, Snider J., order dated 10/8/07, 35 pp.)

PATENTS—Concluded

Appeal from Federal Court decision (2007 FC 837) allowing motion to strike paragraphs of defense and counterclaim pertaining to issue of “inventorship”—Appeal allowed—Allegations in impugned paragraphs not attempting to relitigate issue determined by consent order—As not party to proceedings leading to consent order, Apotex could not challenge consent order—Whether Apotex can raise issue of “inventorship” as ground of invalidity depending on interpretation of pre-1989 *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 61(1)(b)—Question not whether one interpretation preferable to other, but whether meaning of paragraph 61(1)(b) foregone conclusion—Federal Court Judge erred in reaching own conclusion on interpretation—Apotex’ proposed interpretation of s. 61(1)(b) neither tenuous nor devoid of merit—Not plain and obvious Apotex cannot succeed on issue raised in impugned paragraphs.

LABORATOIRES SERVIER V. APOTEX INC. (A-364-07, 2007 FCA 350, Nadon J.A., judgment dated 1/11/07, 20 pp.)

PENITENTIARIES

Application for declaration, mandatory injunction—Interlocutory injunction prohibiting Correctional Service Canada (CSC) from allowing temperature in Temporary Detention Unit (TDU) at Matsqui Institution from dropping below stipulated temperatures—Doors left open to clear cigarette smoke—Evidence winter temperatures ranging from low teens Celsius to as low as -12 degrees, although more typically 0 degrees—Conflicting evidence as to availability of clothes, blankets—Duty to provide safe, healthy living environment set out in *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 70, 86, 87, *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, s. 83 including provision of adequate heat—Proper case for departure from complaints process set out in Regulations given potential health issues, seasonal nature of problem, no evidence as to timeliness, effectiveness of complaint process or that complaints will be acted upon—Motion allowed.

GATES V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2284-06, 2007 FC 1058, Phelan J., judgment dated 16/10/07, 20 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

*** Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.**

BREVETS

PRATIQUE

Requête en radiation de certains paragraphes de la défense et de la demande reconventionnelle portant sur la revendication de l'invention—La demande de brevet a été déposée le 1^{er} octobre 1981—L'art. 61(1*b*) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, dans sa version pré-1989, précise qu'aucun brevet ne peut être déclaré invalide pour la raison que l'invention était déjà revendiquée par une autre personne, à moins qu'il ne soit établi par la partie qui s'oppose que cette autre personne avait, avant la délivrance du brevet, fait une demande pour obtenir au Canada un brevet qui aurait dû donner lieu à des procédures en cas de conflit—L'interprétation du syntagme « qui aurait dû donner lieu à des procédures en cas de conflit » était en cause—L'interprétation de la demanderesse selon laquelle l'art. 61(1*b*) ne s'applique que s'il y a un « conflit qui ne s'est pas matérialisé » était conforme à l'art. 61(1*b*) et à la jurisprudence en matière de procédures en cas de conflit—Les défenderesses ne pouvaient pas satisfaire aux conditions énoncées à l'art. 61(1*b*)—En outre, les allégations des défenderesses en matière de revendication de l'invention constituaient un abus de procédure—Requête accueillie.

LABORATOIRES SERVIER C. APOTEX INC. (T-1548-06, 2007 CF 837, juge Snider, ordonnance en date du 10-8-07, 35 p.)

Appel de la décision (2007 CF 837) par laquelle la Cour fédérale a accueilli la requête en radiation de certains paragraphes de la défense et de la demande reconventionnelle portant sur la revendication de l'invention—Appel accueilli—Les allégations formulées dans les paragraphes contestés n'avaient pas pour but de remettre en litige la question qui a fait l'objet de l'ordonnance sur consentement—Comme elle n'était pas partie à la procédure qui a donné lieu à l'ordonnance sur consentement, Apotex ne pouvait pas la contester—La question de savoir si Apotex peut soulever la question de la revendication de l'invention comme motif d'invalidité est tribunaire de l'interprétation de l'art. 61(1*b*) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, dans sa version pré-1989—Il ne s'agissait pas de déterminer s'il fallait privilégier une interprétation plutôt qu'une autre, mais plutôt d'établir si le sens de l'art. 61(1*b*) était réglé d'avance—La juge de la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a tiré sa propre conclusion quant à l'interprétation—L'interprétation de l'art. 61(1*b*) qu'Apotex a proposée n'était ni tenue ni sans fondement—Il n'était pas clair et évident qu'Apotex ne pouvait avoir gain de cause à l'égard de la question soulevée dans les paragraphes contestés.

LABORATOIRES SERVIER C. APOTEX INC. (A-364-07, 2007 CAF 350, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 1-11-07, 20 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Renvoi de réfugiés

Requête en sursis d'exécution de la mesure de renvoi en attendant l'issue du contrôle judiciaire—L'interruption de la conversion religieuse du demandeur en raison du renvoi constitue une question sérieuse qui entraîne un préjudice irréparable—Requête accueillie.

CICHACZEWSKI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3266-07, 2007 CF 882, juge Harrington, ordonnance en date du 4-9-07, 6 p.)

Renvoi de visiteurs

Contrôle judiciaire de la mesure d'exclusion prise contre les demandeurs, qui ont prolongé leur séjour au Canada sans autorisation—Le représentant du ministre avait raison de déclarer que l'art. 99(3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 empêche les demandeurs de présenter une demande d'asile en raison de la mesure d'exclusion rendue de vive voix —Aucune disposition ne précise que la mesure d'exclusion doit avoir été rendue par écrit—La mesure d'exclusion prononcée de vive voix en l'espèce constitue une décision officielle qui donne ouverture à l'application de l'art. 99(3)—Demande rejetée.

LI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1028-07, IMM-1098-07, IMM-1026-07, IMM-1099-07, 2007 CF 941, juge Noël, jugement en date du 21-9-07, 40 p.)

COMMERCE INTÉRIEUR

Requête sollicitant des ordonnances intimant à Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) de donner effet à la recommandation émise par le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) pour qu'elle évalue de nouveau des propositions et précisant que la demande de contrôle judiciaire n'a pas pour effet de surseoir aux recommandations—La Cour a compétence en vertu de l'art. 18.2 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, d'accorder le redressement demandé—L'art. 30.18 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, oblige l'institution fédérale à motiver par écrit sa décision de ne pas appliquer toutes les recommandations du Tribunal—Cette disposition ne permet pas à TPSGC de faire fi des recommandations du TCCE uniquement parce qu'il n'est pas d'accord avec la décision qui confirme la plainte et qu'il en sollicite le contrôle judiciaire—L'art. 30.18 ne prévoit pas un sursis automatique des recommandations du TCCE au gré de TPSGC lorsque la décision du TCCE est contestée—Si l'art. 30.18 n'est pas invoqué valablement, TPSGC doit se conformer aux recommandations du TCCE—Requête accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. NORTHROP GRUMMAN OVERSEAS SERVICES CORP. (A-398-07, 2007 CAF 336, juge Noël, J.C.A., ordonnance en date du 23-10-07, 11 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur a rejeté la plainte de marché public au motif qu'elle était prescrite—Le Tribunal a statué que la demanderesse a pris connaissance des faits à l'origine de la plainte lorsqu'un fonctionnaire non identifié lui a annoncé officieusement que les résultats de l'évaluation technique devaient être reconfirmés—Contrairement à l'art. 30.11(2)c) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, aucun fait ne permettait au Tribunal d'établir le point de départ du délai de prescription—L'équité, l'ouverture et l'impartialité des procédures nécessitent une communication autorisée pour que les procédures satisfassent aux objectifs de la Loi—Le Tribunal a agi de façon manifestement déraisonnable en n'abordant pas cette question et en traitant la réponse à l'objection formulée par la demanderesse à l'égard de la nomination d'un particulier en raison d'un conflit d'intérêts apparent comme un refus de réparation—Le processus d'approvisionnement débute lorsque la demande de propositions (DDP) est publiée—L'objection a été opposée avant la publication de la DDP—Demande accueillie.

TPG TECHNOLOGY CONSULTING LTD. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (A-193-07, 2007 CAF 291, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 18-9-07, 18 p.)

CRÉANCIERS ET DÉBITEURS

Demande d'injonction interdisant au shérif de Terre-Neuve-et-Labrador de remettre le reliquat des biens saisis aux débiteurs judiciaires et de *mandamus* enjoignant au shérif de vendre le reliquat des biens—Les dettes ont été certifiées en vertu de lois fédérales—Certains articles saisis ont été vendus—Le shérif est un officier de la Cour fédérale du Canada conformément à l'art. 13(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7—Injonction refusée—La demanderesse n'a pas fait état d'une question grave et d'un dommage irréparable—*Mandamus* refusé—Le shérif n'a pas l'obligation juridique de vendre le reliquat des biens—Selon l'art. 3 de la *Judgment Enforcement Act* (JEA), S.N.L. 1996, ch. J-1.1, le shérif dispose d'un pouvoir discrétionnaire qu'il exerce conformément aux critères énoncés à l'art. 3(5), notamment l'obligation d'agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable—Le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 80(2) suivant lequel le shérif peut remettre des biens s'il estime qu'il convient de le faire rejoint cette obligation—La façon dont le shérif a exercé son pouvoir discrétionnaire ne peut être contestée qu'au moyen d'une demande de contrôle judiciaire.

LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU (RE) (ITA-12276-02, ITA-8992-04, ITA-13404-04, ITA-13163-04, GST-4304-04, 2007 CF 1085, juge Heneghan, ordonnance en date du 22-10-07, 21 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Droits à l'égalité

Appel de la décision de la Cour fédérale ([2007] 3 R.C.F. 411) rejetant la demande présentée pour que soit déclaré inconstitutionnel l'art. 133(1)*k* du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, qui fait obstacle à la demande de parrainage d'un conjoint si le répondant (le demandeur) est bénéficiaire d'assistance sociale—Appel rejeté au motif qu'il est théorique—La demande de parrainage repose sur la résidence du conjoint au Canada, mais celui-ci a quitté le Canada depuis.

GUZMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-467-06, 2007 CAF 358, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 5-11-07, 2 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Application et exécution —Demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance enjoignant aux demanderesses de fournir des renseignements et des documents au M.R.N.—L'art. 231.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 prévoit qu'une ordonnance peut être délivrée à un résident canadien pour l'enjoindre à fournir des renseignements auxquels il a accès, mais qui sont entreposés dans des installations de données appartenant à un tiers à l'extérieur du Canada—L'art. 231.2(1) est très vaste et permet au ministre d'exiger « de quiconque » la fourniture « de renseignements »—En l'espèce, il ne s'agissait pas d'un renseignement étranger; il se trouvait au Canada pour l'application de l'art. 231.2—Ordonnance confirmée.

EBAY CANADA LTD. C. M.R.N. (T-2124-06, 2007 CF 930, juge Hughes, jugement partiel en date du 18-9-07, 18 p.)

CALCUL DU REVENU

Déductions

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (2006 CCI 508) portant que les actions qui ont fait l'objet d'une disposition en 1998 n'étaient pas des actions accréditatives au sens de l'art. 66(15) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—Les actions ont été acquises aux termes d'une entente dans laquelle Deena Energy Inc. a convenu d'engager des frais d'exploration et d'aménagement au Canada et de renoncer, en faveur du contribuable, à des frais correspondant au prix de souscription versé en contrepartie des actions—Lorsque Deena n'a pas engagé ces frais, la renonciation a été jugée non valable—Le contribuable a réclamé une perte en capital à l'égard des actions par suite de la mise sous séquestre de Deena—Appel rejeté—La Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a déclaré que les actions n'étaient pas des actions accréditatives en se fondant sur l'inobservation de l'entente survenue après l'émission—Les actions n'étaient pas des actions accréditatives parce qu'elles étaient des actions prescrites en vertu de l'art. 6202.1(1)c)(i) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945—Lorsque les actions ont été émises, Deena s'est engagée à faire en sorte que soit limitée toute perte que le

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

contribuable pouvait subir parce qu'il détenait les actions, dans la mesure où cette perte avait trait à l'affection, par Deena, du prix de souscription des actions.

CANADA C. JES INVESTMENTS LTD. (A-474-06, 2007 CAF 337, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 26-10-07, 11 p.)

PÉNITENCIERS

Requête en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction mandatoire—Une injonction interlocutoire enjoignait à Service correctionnel Canada (SCC) de ne pas laisser la température dans l'unité de détention temporaire de l'établissement Matsqui descendre en deçà de certaines températures—Les portes étaient gardées ouvertes pour éliminer la fumée de cigarette—La preuve démontrait que la température en hiver variait entre 10°C et aussi peu que -12°, bien que la température soit habituellement 0°—Il y avait des éléments de preuve contradictoires quant à la disponibilité de vêtements et de couvertures—L'obligation de fournir un milieu environnant sain et sécuritaire est énoncée aux art. 70, 86 et 87 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, et à l'art. 83 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, notamment de veiller à ce que les détenus soient chauffés convenablement—Il convenait en l'espèce de déroger à la procédure de traitement de plaintes prévue au Règlement en raison des troubles de santé éventuels, de la nature saisonnière du problème ou de l'absence de preuve quant à la rapidité d'exécution, à l'efficacité de la procédure de traitement des plaintes ou au fait qu'il serait donné suite aux plaintes—Requête accueillie.

GATES C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2284-06, 2007 CF 1058, juge Phelan, jugement en date du 16-10-07, 20 p.)

PREUVE

Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale ([2008] 1 R.C.F. 547) a ordonné la divulgation d'un sommaire détaillé de certains documents—Le juge Létourneau, J.C.A. : 1) Il y avait certaines divergences entre la conclusion relative à ce qui pouvait être divulgué et ce qui a effectivement été divulgué; il s'agissait d'une erreur de fait qui devait être rectifiée—2) Lorsque l'appelant n'est pas d'accord avec la décision en matière de divulgation, il convient de demander un réexamen en application de la règle 397 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106—3) Le juge doit établir la pertinence de la preuve plutôt que d'accepter tout simplement l'évaluation de la Couronne—4) La déclaration selon laquelle « il était loisible au défendeur de présenter des preuves sur ce qui avait été publiquement divulgué à l'étranger » n'imposait pas à l'intimé le fardeau d'établir qu'il n'y a pas eu atteinte à la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales—5) Pour se livrer à un examen significatif des renseignements dont on demande la divulgation, le juge doit avoir connaissance de la défense prévue ou obtenir des renseignements appréciables à cet égard—L'intimé doit vivre avec les conséquences de son choix de ne pas participer—Le juge Pelletier, J.C.A. : Des renseignements ont été inclus à tort dans les descriptions de documents—La question doit faire l'objet d'un réexamen.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KHAWAJA (DESA-1-07, 2007 CAF 342, juges Létourneau et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 31-10-07, 20 p.)

Requête en vue de permettre à la défenderesse de présenter la preuve de plus de 10 témoins experts—Une directive antérieure limitait les témoins experts de la défenderesse à 10 selon ses propres estimations—Compte tenu de la jurisprudence, l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 précise que chaque partie ne peut appeler plus de cinq témoins experts dans l'ensemble de la procédure, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'accroître ce nombre—Le nombre de « questions litigieuses » n'est pas pertinent—La question pertinente est celle de savoir si, dans l'ensemble, l'affaire qu'une partie doit présenter ou à laquelle elle doit satisfaire nécessite plus de cinq experts—Apotex a produit davantage qu'un commencement de preuve justifiant qu'elle a besoin d'au plus cinq autres experts en sus des dix premiers qui ont été autorisés.

ELI LILLY AND CO. C. APOTEX INC. (T-1321-97, 2007 CF 1041, juge Hughes, ordonnance en date du 10-10-07, 15 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Appel de l'ordonnance de la Cour fédérale annulant la décision de l'arbitre portant que, dans l'hypothèse d'un congédiement injuste, l'intimée n'aurait pas droit aux dommages-intérêts prévus à l'art. 242 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch.

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

L-2—L'arbitre n'avait pas la compétence pour répondre à la question énoncée en se fondant sur l'hypothèse qu'il y a eu congédiement injuste—Suivant l'art. 242, l'arbitre décide si le congédiement était injuste et, si oui, prend la mesure de redressement pertinente—La Cour fédérale avait l'obligation d'intervenir parce que l'arbitre n'était pas habilité à répondre à la question énoncée.

SUCCESSION GEAUVREAU-TURNER C. PREMIÈRE NATION DES OJIBWAYS D'ONIGAMING (A-234-06, 2007 CAF 284, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 13-9-07, 3 p.)

