

ONTARIO ENERGY BOARD

IN THE MATTER OF a cost of service application made by Hydro One Networks Inc. on May 31, 2016 under section 78 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, (Schedule B), seeking approval for changes to its transmission revenue requirement and to the Ontario Uniform Transmission Rates, to be effective January 1, 2017 and January 1, 2018 (EB-2016-0160);

AND IN THE MATTER OF the Decision and Order dated September 28, 2017 in proceeding EB-2016-0160;

AND IN THE MATTER OF the Decision and Order dated November 9, 2017 in proceeding EB-2016-0160;

AND IN THE MATTER OF the Decision and Order dated August 31, 2018 in proceeding EB-2017-0336; and

AND IN THE MATTER OF sections 40 and 42 of the Ontario Energy Board's *Rules of Practice and Procedure*.

**BOOK OF AUTHORITIES OF HYDRO ONE NETWORKS INC.
(Reconsideration of Future Tax Savings Allocation)**

Date: November 20, 2018

McCarthy Tétrault LLP
Suite 5300, TD Bank Tower
Toronto ON M5K 1E6
Fax: 416-868-0673

Gordon M. Nettleton
gnettleton@mccarthy.ca
Tel: 403-260-3622

Douglas A. Cannon
dcannon@mccarthy.ca
Tel: 416-601-7815

Hydro One Networks Inc.
483 Bay Street, South Tower, 8th Floor
Toronto ON M5G 2P5

Michael Engelberg
mengelberg@Hydroone.com
Tel: 416-645-6318

Counsel for Hydro One Networks Inc.

TO: Ontario Energy Board
P.O. Box 2319
26th Floor
2300 Yonge Street
Toronto ON M4P 1E4

Tel: (416) 481-1967
Fax: (416) 440-7656

AND TO: Intervenors of Record

TABLE OF CONTENTS

TAB DOCUMENT

1. *Saadilla v. York Condominium Corporation No. 187*, 2017 ONCA 797
2. *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 SCR 533
3. *Mota v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth police services board*, 2003 CanLII 47526 (ON CA)
4. *R. v. Louie*, 2017 BCCA 218
5. *Alberta (Securities Commission) v Chandran*, 2015 ABCA 323
6. *Canada (Justice) v. Fischbacher*, [2009] 3 SCR 170
7. *Canadian Union of Postal Workers v. Healy*, 2003 FCA 380
8. *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 SCR 487

TAB 1

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Saadilla v. York Condominium Corporation No. 187, 2017 ONCA 797

DATE: 20171019

DOCKET: C63689

MacPherson, Juriansz and Roberts JJ.A.

BETWEEN

Sardar Saadilla

Plaintiff (Appellant)

and

York Condominium Corporation No. 187

Defendant (Respondent)

Sardar Saadilla, acting in person

Antoni Casalnuovo, for the respondent

Heard: October 16, 2017

On appeal from the order of Justice Michael A. Penny of the Superior Court of Justice, dated January 13, 2017.

REASONS FOR DECISION

[1] The appellant appeals from the order of the motion judge granting summary judgment dismissing his action against the respondent. We allowed his request that he be permitted to be assisted by a friend as he said he had difficulty expressing himself well in English.

[2] First, he asserts that the material he has tendered in his fresh evidence motion should not be considered to be fresh evidence as his affidavit of documents was served and filed in court. He concedes the documents, listed in Schedule A of that affidavit, were not in the record before the motion judge. Consequently, they are fresh evidence in this court.

[3] Second, the appellant explains he did not have all his material before the motion judge because the motion judge did not grant him an adjournment of the motion. He says he advised the motion judge he needed to wait for a police report that would corroborate his claim that the superintendent of the respondent assaulted him. The police occurrence report regarding an incident on July 16, 2016 is included in the appellant's fresh evidence material. Also included are two access to information requests for police reports, which are dated February 27, 2017 and April 3, 2017, after the motion judge's decision dated February 15, 2017.

[4] The police occurrence report, and most of the other fresh evidence the appellant now tenders, could have been obtained prior to the hearing by the exercise of due diligence. More importantly, none of the material, including the police report, could reasonably be expected to have affected the result. The motion to file fresh evidence is dismissed.

[5] The motion judge's refusal of the adjournment was discretionary and reasonable. The appellant had had adequate opportunity to make an access for information request for the report prior to the motion but did not do so.

[6] In dealing with the motion, the motion judge pointed out that the appellant is a tenant in a condominium unit of the respondent, which is a condominium corporation. He correctly held that the appellant had no standing to sue the Corporation with respect to alleged noncompliance with the *Condominium Act, 1998*, S.O. 1998, c. 19, or the condominium's governing by-laws. He correctly held that the authorizations the appellant's landlord provided to him do not include suing the respondent.

[7] In regard to the appellant's other claims, the motion judge found they consisted of bald allegations, lacked particularity, or otherwise failed to raise a genuine issue requiring a trial. The motion judge acknowledged there were competing claims about the alleged assault but found there was no evidence the respondent was or could be liable.

[8] We see no basis that would allow us to interfere.

[9] The appellant also appeals the motion judge's order granting costs in favour of the respondent in the amount of \$7,500. This court does not review costs orders unless there is a clear error of principle or the order is manifestly unreasonable. Neither condition is present here.

[10] The appeal is dismissed. Costs in favour of the successful respondent are fixed in the amount of \$8,500, inclusive of applicable taxes and disbursements.

“J.C. MacPherson J.A.”

“R.G. Juriansz J.A.”

“L.B. Roberts J.A.”

TAB 2

Biolyse Pharma Corporation *Appellant*

v.

Bristol-Myers Squibb Company, Bristol-Myers Squibb Canada Inc. and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Canadian Generic Pharmaceutical Association and Pfizer Canada Inc. *Intervenors*

INDEXED AS: BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 26.

File No.: 29823.

2004: November 5; 2005: May 19.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents — Patented medicines — Notice of compliance — Whether new drug submission falls within scope of s. 5(1.1) of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

In the 1970s, information that the bark of the Pacific yew contained *paclitaxel*, an anticarcinogenic component, was discovered by the National Cancer Institute, a government-funded organization in the United States, and put into the public domain. There were practical concerns that insufficient quantities could be made available for large scale pharmaceutical production, however, as the yew bushes died when stripped of their bark. In the 1980s the respondent BMS companies developed a drug containing *paclitaxel*, later marketed as Taxol. In the course of that work it obtained several Canadian patents covering new formulations and methods of administration of the medicine. None of the patents covered *paclitaxel* itself.

Working independently of BMS, the appellant, Biolyse, discovered that *paclitaxel* could be extracted

Biolyse Pharma Corporation *Appelante*

c.

Bristol-Myers Squibb Company, Bristol-Myers Squibb Canada Inc. et procureur général du Canada *Intimés*

et

Association canadienne du médicament générique et Pfizer Canada Inc. *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : BRISTOL-MYERS SQUIBB Co. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 26.

N° du greffe : 29823.

2004 : 5 novembre; 2005 : 19 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Médicaments brevetés — Avis de conformité — La présentation de drogue nouvelle est-elle visée par l'art. 5(1.1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133?

Dans les années 70, le National Cancer Institute, un organisme américain financé par le gouvernement, a découvert que l'écorce de l'if de l'Ouest contenait du *paclitaxel*, un élément anticancérogène, et il a versé dans le domaine public les renseignements à ce sujet. Comme l'if est un arbuste qui meurt si on le dépouille de son écorce, on craignait ne pas pouvoir se procurer suffisamment de matière première pour une production pharmaceutique à grande échelle. Dans les années 80, les sociétés BMS intimées ont développé la drogue Taxol, contenant du *paclitaxel*, et l'ont ensuite mise sur le marché. Dans le cadre de ces travaux, elles ont obtenu plusieurs brevets canadiens relatifs à la formulation et au mode d'administration de ce médicament. Aucun de ces brevets ne vise le *paclitaxel* en soi.

Indépendamment des travaux de BMS, l'appelante Biolyse a découvert qu'elle pouvait extraire le

from a different species of yew without killing it, and applied to the Minister of Health for a notice of compliance (“NOC”) in order to market its product. The Minister required Biolyse to submit a New Drug Submission (“NDS”) rather than an Abbreviated New Drug Submission (“ANDS”) because its different botanical source and its claims for new and different uses for the medicine prevented any reliance on BMS’s Taxol as a Canadian reference product. Biolyse prepared and submitted independent clinical studies. The Minister approved the safety and efficacy of the Biolyse product as a new drug and issued Biolyse a NOC in 2001. BMS sought to quash this NOC on the basis that its issuance depended on a finding of bioequivalence to the BMS product.

After repealing the former compulsory licencing system, Parliament wished to facilitate early market entry by generic manufacturers immediately after the expiry of a patent, by eliminating the usual regulatory lag of two years or so before a generic manufacturer could obtain an NOC. However, in order to prevent abuse of these “early working” and “stockpiling” exceptions by the generic companies the government also enacted the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (“NOC Regulations”). Under the *NOC Regulations*, a patent owner may submit a patent list in respect of any drug that contains a “medicine”. If another manufacturer subsequently applies for a NOC for the same drug this “second person” may allege that the patent list filed by the “first person” is not a proper bar. After being served with a Notice of Allegation, the innovator may apply for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC until all of the listed patents have expired. This application for prohibition triggers a 24-month statutory freeze on the issuance of a NOC.

On an application for judicial review, the motions judge found that Biolyse had neither applied for nor obtained regulatory approval on the basis of bioequivalence. He ruled that Biolyse was caught by s. 5(1.1) of the *NOC Regulations* however, because both the Biolyse and the BMS products contained *paclitaxel*, even though neither BMS nor Biolyse had any patent claim to *paclitaxel*. He quashed the NOC. The Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held (Major, Bastarache and Charron JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

paclitaxel d’une autre espèce d’if sans tuer l’arbre, et elle a demandé au ministre de la Santé un avis de conformité (« ADC ») en vue de mettre son produit sur le marché. Le ministre a demandé à Biolyse de soumettre une présentation de drogue nouvelle (« PDN ») au lieu d’une présentation abrégée de drogue nouvelle (« PADN ») parce que l’origine biologique différente et les revendications relatives aux autres vertus médicales de son produit l’empêchaient de recourir au Taxol de BMS au titre de produit canadien de référence. Biolyse a procédé à des essais cliniques indépendants qu’elle a présentés. Le ministre a approuvé l’innocuité et l’efficacité du produit de Biolyse en tant que drogue nouvelle et en 2001, il a délivré à Biolyse un ADC. BMS a demandé l’annulation de cet ADC en affirmant qu’il avait été délivré en raison de la bioéquivalence avec le produit de BMS.

Après avoir abrogé le système de licences obligatoires, le Parlement a voulu favoriser l’entrée rapide sur le marché de produits génériques immédiatement après l’expiration d’un brevet en éliminant le délai réglementaire minimal de deux ans avant qu’un fabricant de produits génériques puisse obtenir un ADC. Toutefois, afin de prévenir le recours abusif aux exceptions relatives aux « travaux préalables » et à « l’emmagasiner » par les fabricants de produits génériques, le gouvernement a aussi adopté le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (« Règlement ADC »). En vertu du *Règlement ADC*, le titulaire de brevet peut soumettre une liste de brevets à l’égard de toute drogue qui contient un « médicament ». Si un autre fabricant demande par la suite un ADC relatif à la même drogue, cette « deuxième personne » peut alléguer que la liste de brevets soumise par la « première personne » n’empêche pas la délivrance d’un ADC. Après qu’un avis d’allégation lui a été signifié, la société innovatrice peut demander une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un ADC avant l’expiration de tous les brevets énumérés sur la liste. Cette demande d’interdiction déclenche un gel légal de 24 mois à l’égard de la délivrance d’un ADC.

Le juge des requêtes saisi d’une demande de contrôle judiciaire a conclu que Biolyse n’avait ni demandé ni obtenu l’approbation réglementaire en se fondant sur la bioéquivalence. Il a cependant jugé que le par. 5(1.1) du *Règlement ADC* s’appliquait à Biolyse parce que ses produits et ceux de BMS contenaient du *paclitaxel*, même si ni BMS ni Biolyse n’ont revendiqué un brevet visant le *paclitaxel*. Le juge des requêtes a annulé l’ADC et la Cour d’appel fédérale a maintenu cette décision.

Arrêt (les juges Major, Bastarache et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: The Minister was entitled to issue the NOC to Biolyse on the basis of its NDS without subjecting it to the statutory freeze. An interpretation of the *NOC Regulations* that confers on BMS a monopoly merely by demonstrating the presence of a public domain medicine like *paclitaxel* in its product would provide no value to the public in exchange for the monopoly BMS seeks. When the *NOC Regulations* are considered in their proper context, and in particular in light of the wording of the statutory power that authorized them, the *NOC Regulations* do not have the sweeping effect contended for by BMS. [4] [69]

Parliament enacted the legislation in question in order to protect the rights of patentees by preventing generic manufacturers from marketing “copy-cat drugs” until the expiry of all relevant patents. Under the *NOC Regulations* the court hearing the prohibition application has no discretion to lift the stay even if it thinks the innovator’s case for interim relief is weak. Nor does the court have a discretion to leave the contending parties to their remedies under the *Patent Act*. The “second person’s” application for a NOC simply goes into deep-freeze until the statutory procedures have played themselves out. [24] [45-46]

Section 5(1.1) of the *NOC Regulations* does not apply to innovative drugs. It should be confined to applications for generic copies of patented drugs in the circumstances contemplated by the regulator, namely, where a manufacturer makes a submission for an NOC for a drug which it purports to copy from another generic but in fact copies from the innovator company that has filed the patent list. Furthermore, since Biolyse did not rely on bioequivalence, its product did not fall within the scope of s. 5(1) of the *NOC Regulations* either. The product was properly treated as an innovator drug, rather than a copy-cat drug, and neither ss. 5(1) nor 5(1.1) had any application. [69]

Applying the modern approach to statutory interpretation, the word “submission” in s. 5(1.1) cannot be isolated from this context and from the scope of the regulation making power in s. 55.2(4) of the *Patent Act*, which permits a generic manufacturer to work the patented invention within the 20-year period (“the early working exception”) to the extent necessary to obtain a NOC at the time the patent(s) expired and to “stockpile” generic product towards the end of the 20-year period to

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella : Le ministre avait le droit de délivrer à Biolyse un ADC qui reposait sur sa PDN sans l’assujettir au gel légal. Une interprétation du *Règlement ADC* qui confère un monopole à BMS du simple fait qu’elle a établi que son produit contient un médicament comme le *paclitaxel*, qui appartient au domaine public, n’apporte rien au public en échange du monopole auquel aspire BMS. Si on l’examine dans le contexte qui lui est propre et, en particulier, à la lumière du libellé de la disposition législative qui l’autorise, le *Règlement ADC* n’a pas la vaste portée que lui prête BMS. [4] [69]

Le législateur a adopté la loi en question en vue de protéger les droits des titulaires de brevets en empêchant les fabricants de produits génériques de mettre sur le marché des copies de drogues avant l’expiration de tous les brevets pertinents. Aux termes du *Règlement ADC*, le tribunal saisi de la demande d’interdiction n’a aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant de lever la suspension, même s’il estime faibles les arguments sur lesquels se fonde la demande de mesures provisoires de la société innovatrice. Le tribunal n’a pas non plus le pouvoir discrétionnaire de renvoyer les parties opposées aux recours prévus par la *Loi sur les brevets*. La demande d’ADC soumise par la « deuxième personne » est simplement reléguée aux oubliettes jusqu’à ce que la procédure réglementaire ait connu son dénouement. [24] [45-46]

Le paragraphe 5(1.1) du *Règlement ADC* ne s’applique pas aux drogues nouvelles. Il devrait se limiter aux demandes relatives aux copies génériques de drogues brevetées dans les cas envisagés par l’autorité de réglementation, soit les cas où le fabricant demande un ADC à l’égard d’une drogue qu’il prétend être une copie d’un autre produit générique mais qui, en fait, est une copie du produit de la société innovatrice qui a soumis la liste de brevets. En outre, comme Biolyse ne s’est pas fondée sur la bioéquivalence, son produit n’est pas non plus visé par le par. 5(1) du *Règlement ADC*. Le produit a été considéré à juste titre comme une drogue nouvelle plutôt que comme une copie d’une drogue, et ni le par. 5(1) ni le par. 5(1.1) ne s’appliquent. [69]

En appliquant la méthode moderne d’interprétation des lois, le terme « demande » au par. 5(1.1) ne peut être isolé de son contexte et de la portée du pouvoir de réglementation prévu au par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, qui permet au fabricant de produits génériques de fabriquer l’invention brevetée avant l’expiration du brevet (« l’exception relative aux travaux préliminaires ») dans la mesure nécessaire pour obtenir un ADC dès l’expiration du brevet, et d’« emmagasiner » des

await lawful market entry. The grammatical and ordinary sense of the words and the precise scope of the word “submission” in s. 5(1.1) must be given a purposive interpretation within this context. Secondly, in analyzing the more specific schemes of the *Patent Act* and the Minister’s regulation-making power, it is apparent that the *NOC Regulations* are directed to persons who are making use of the “patented invention” which is not necessarily co-extensive with the patented drug or the patented claims. BMS has no patent on *paclitaxel* and the mere fact *paclitaxel* is found in the Biolyse product does not mean that Biolyse took advantage of BMS inventions for the purpose of “early working” a generic copy or “stockpiling” in anticipation of the expiry of the BMS patents. Moreover, the limiting words of s. 55.2(4) do not disturb the usual requirement that regulations must fall within the regulation making power. The “plain meaning” adopted by the Federal Court of Appeal in this case would suggest that s. 5(1.1) is *ultra vires* the very specific authority given by s. 55.2(4). Finally, the internal structure of the *NOC Regulations* supports a narrower interpretation. The word “submission” is also used in s. 4(1), which provides the template upon which s. 5(1.1) is modelled, and s. 4(1) has been held not to apply to all submissions. Any other interpretation of s. 4(1) would allow innovator companies to sidestep the time limits applicable to patent lists by the simple expedient of making corporate or technical changes to their filing by way of what is called a supplementary NDS. In this context, the courts have found that an unqualified and unrestricted interpretation of the word “submission” would be destructive of regulatory intent. [11] [41-61] [67]

The interpretation of s. 5(1.1) accepted by the courts below would lead to an absurd result. The “medicine” in the drug to which the patent list relates need not itself be patented, or indeed, owe anything to the ingenuity of the “first” person. So long as such “medicine” shows up as a component, however minor, in the chemical composition of the drug to which the patent list relates, the “second person” (including an innovator who is seeking to manufacture a new and useful drug) will be barred from proceeding to market by the automatic statutory freeze, and this bar will continue for so long as the patent list holder can evergreen its product by resort to patentable improvements to other components or additions. This would stifle competition and innovation in the pharmaceutical industry and produce a result

produits génériques vers la fin de la période de 20 ans en attendant qu’ils entrent légalement sur le marché. Il faut dans ce contexte appliquer une interprétation téléologique au sens grammatical et ordinaire des mots et à la portée exacte du terme « demande » au par. 5(1.1). Deuxièmement, en analysant les régimes plus spécifiques de la *Loi sur les brevets* et le pouvoir de réglementation du ministre, il est évident que le *Règlement ADC* doit s’appliquer aux personnes qui utilisent l’« invention brevetée », qui ne correspond pas nécessairement à la drogue brevetée ou aux revendications du brevet. BMS n’a aucun brevet relatif au *paclitaxel*, et le simple fait que le *paclitaxel* se trouve dans le produit de Biolyse ne signifie pas que Biolyse a tiré avantage des inventions de BMS dans le but de procéder aux « travaux préliminaires » d’une copie générique ou d’« emmagasiner » en attendant l’expiration des brevets de BMS. De plus, les termes restrictifs du par. 55.2(4) ne remettent pas en cause l’exigence habituelle selon laquelle le règlement doit entrer dans le cadre du pouvoir de réglementation. Le « sens ordinaire » adopté par la Cour d’appel fédérale en l’espèce laisse entendre que le par. 5(1.1) excède le pouvoir très spécifique qu’accorde le par. 55.2(4). Enfin, l’organisation interne du *Règlement ADC* appuie une interprétation plus stricte. Le mot « demande » figure également au par. 4(1), qui fournit un modèle dont est inspiré le par. 5(1.1), et selon les tribunaux, le par. 4(1) ne s’applique pas à toutes les demandes. Toute autre interprétation du par. 4(1) permettrait à des sociétés innovatrices de passer outre aux délais applicables aux listes de brevets par le simple expédient consistant à apporter des modifications relatives à la société ou des modifications techniques à leur présentation au moyen de ce qu’on appelle un supplément à une PDN. Dans ce contexte, les tribunaux ont conclu qu’une interprétation large et sans réserve du terme « demande » anéantirait l’objectif que vise le règlement. [11] [41-61] [67]

L’interprétation du par. 5(1.1) acceptée par les tribunaux inférieurs conduirait à un résultat absurde. Le « médicament » contenu dans la drogue visée par la liste de brevets n’a pas en soi besoin d’être breveté, ou plutôt, il ne doit rien à l’ingéniosité de la « première » personne. Tant que ce « médicament » apparaît comme un élément, si négligeable soit-il, de la composition chimique de la drogue à laquelle se rattache la liste de brevets, la « deuxième personne » (y compris l’innovateur qui cherche à fabriquer une drogue nouvelle et utile) se verra interdire l’accès au marché en raison du gel légal automatique, et cette interdiction se poursuivra tant que le titulaire du brevet visé par la liste pourra perpétuer son produit en recourant à des améliorations brevetables apportées à d’autres éléments ou ajouts. Cela aurait

at odds with what the regulator was trying to achieve. [66]

Per Major, Bastarache and Charron JJ. (dissenting): The Minister was not entitled to issue the NOC to Biolyse. Where, as here, s. 5 of the *NOC Regulations* applies to a drug manufacturer, a NOC cannot be issued by the Minister under s. 7 unless the manufacturer makes a submission and serves a Notice of Allegation (“NOA”) on the originating, innovator manufacturing company, to advise the latter that it is seeking approval of a drug containing a medicine found in the innovator company’s already approved drug. [74]

The ordinary and grammatical meaning of s. 5(1.1) is unambiguous and clearly indicates that Biolyse’s submission for a NOC falls within the purview of that provision. First, s. 5(1) did not apply to the current situation because Biolyse did not make reference to Taxol for the purpose of demonstrating bioequivalence. Second, Biolyse filed a submission for a NOC and it is settled law that “a submission for a notice of compliance” in s. 5(1.1) includes a NDS and an ANDS, as well as a supplement to either of these submissions. Third, s. 5(1.1) was triggered because Biolyse’s Paclitaxel contained the same medicine, employed the same route of administration and had a comparable strength and dosage form as Taxol, a drug already marketed in Canada pursuant to a NOC issued to BMS and in respect of which a patent list had been submitted. The term “medicine” in s. 5(1.1) is not limited to patented medicines. Biolyse therefore had to make an allegation in its submission pursuant to s. 5(1.1)(b) and, until it complied, the Minister was prohibited by s. 7(1)(b) from issuing a NOC in respect of Paclitaxel for injection. This legislative scheme cannot work without its main tool: the NOA. The ability to circumvent the NOA would render the patent list an empty shell. [107-121]

Furthermore, regarding the broader and external contexts of s. 5(1.1), the *NOC Regulations*, the regulation-making power set out in s. 55.2 of the *Patent Act* and the legislative history of s. 5(1.1), all support the ordinary and grammatical meaning of that provision. This meaning is consistent with the purpose of the *NOC Regulations* and s. 55.2, which is to protect the rights of patent holders. Section 5(1.1) is also a proper exercise of regulatory power conferred under s. 55.2(4) of the Act as it strives to stop a second entry manufacturer from circumventing the *NOC Regulations* by

pour effet d’étouffer la concurrence et l’innovation dans l’industrie pharmaceutique et produirait un résultat contraire à celui recherché par l’autorité de réglementation. [66]

Les juges Major, Bastarache et Charron (dissidents) : Le ministre n’avait pas le droit de délivrer un ADC à Biolyse. Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, l’art. 5 du *Règlement ADC* s’applique à un fabricant de drogues, l’art. 7 interdit au ministre de délivrer un ADC à moins que le fabricant ne présente une demande et ne signifie un avis d’allégation (« ADA ») à la société innovatrice pour informer cette dernière qu’elle cherche à faire approuver une drogue contenant un médicament que l’on trouve dans la drogue déjà approuvée de la société innovatrice. [74]

Le sens ordinaire et grammatical du par. 5(1.1) n’est pas ambigu et indique clairement que la demande d’ADC soumise par Biolyse est visée par cette disposition. Premièrement, le par. 5(1) ne s’appliquait pas en l’espèce parce que Biolyse n’avait pas fait référence au Taxol pour démontrer la bioéquivalence de sa drogue. Deuxièmement, Biolyse a déposé une demande d’ADC et il est acquis qu’« une demande d’avis de conformité » au par. 5(1.1) inclut une PDN et une PADN, ainsi qu’un supplément à l’une ou l’autre de ces présentations. Troisièmement, le par. 5(1.1) s’appliquait parce que la drogue Paclitaxel de Biolyse contient le même médicament et présente la même voie d’administration et une forme posologique et une concentration comparables à celles de la drogue Taxol, qui est déjà commercialisée au Canada par suite de la délivrance d’un ADC à BMS à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise. Le terme « médicament » au par. 5(1.1) n’est pas restreint aux seuls médicaments brevetés. Biolyse devait par conséquent formuler dans sa demande une allégation fondée sur l’al. 5(1.1)(b) et, tant qu’elle ne se conformait pas à cette exigence, l’al. 7(1)(b) interdisait au ministre de délivrer un ADC à l’égard du Paclitaxel pour perfusion. Ce régime législatif ne peut fonctionner sans son principal outil : l’ADA. La faculté de contourner l’ADA ferait de la liste de brevets une coquille vide. [107-121]

En outre, pour ce qui est du contexte plus général et externe du par. 5(1.1), le *Règlement ADC*, le pouvoir de réglementation prévu à l’art. 55.2 de la *Loi sur les brevets* et l’historique législatif du par. 5(1.1) viennent tous appuyer le sens grammatical et ordinaire de cette disposition. Ce sens est compatible avec l’objet du *Règlement ADC* et de l’art. 55.2, soit protéger les droits des titulaires de brevets. Le paragraphe 5(1.1) est également le résultat de l’exercice légitime du pouvoir de réglementation conféré aux termes du par. 55.2(4) de la Loi puisqu’il vise à empêcher le fabricant de

forcing it to address the question of infringement. Lastly, the evolution of s. 5(1.1) demonstrates how the government was active in its efforts to transform and broaden the provision. [152-153] [159]

Section 5(1.1) cannot reasonably be restricted to an ANDS. Such an attempt to restrict the circumstances under which a NOA must be sent cannot possibly be in accordance with the purpose of the *NOC Regulations* and s. 55.2 of the *Patent Act*. Moreover, if s. 5(1.1) required a demonstration of bioequivalence, it would never be invoked because, where a comparison is made to demonstrate bioequivalence, the provisions of s. 5(1) apply. Accordingly, an interpretation that renders a section redundant should be rejected in favour of one that is consistent with s. 5 as a whole. [151] [179]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; **distinguished:** *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 620; **considered:** *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, [2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318, aff'd (2002), 16 C.P.R. (4th) 425, 2002 FCA 32; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155, 2003 FCA 274; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232, 2002 FCT 927; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58, 2004 FC 736; *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21, aff'd (2000), 5 C.P.R. (4th) 138; **referred to:** *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100; *Imperial Chemical Industries PLC v. Novopharm Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 137; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193; *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250.

By Bastarache J. (dissenting)

Merck & Co. v. Canada (Attorney General) (1999), 176 F.T.R. 21, aff'd (2000), 5 C.P.R. (4th) 138, leave to appeal denied, [2000] 1 S.C.R. xvii; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 80 C.P.R. (3d) 74; *Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)*

produits génériques de contourner le *Règlement ADC* en l'obligeant à régler la question de la contrefaçon. Enfin, l'évolution du par. 5(1.1) démontre comment le gouvernement a activement tenté de transformer la disposition et d'en élargir la portée. [152-153] [159]

Le paragraphe 5(1.1) ne peut raisonnablement s'appliquer qu'à la seule PADN. Une telle tentative pour limiter les circonstances dans lesquelles il faut envoyer un ADA ne saurait s'harmoniser avec l'objet du *Règlement ADC* et de l'art. 55.2 de la *Loi sur les brevets*. De plus, si le par. 5(1.1) exigeait une démonstration de la bioéquivalence, il ne serait jamais invoqué puisque, si l'on fait une comparaison dans le but de démontrer la bioéquivalence, les dispositions du par. 5(1) s'appliquent. Par conséquent, il faut rejeter l'interprétation qui rend une disposition redondante au profit de celle qui est compatible avec l'art. 5 dans son ensemble. [151] [179]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts appliqués : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; **distinction d'avec l'arrêt :** *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 620; **arrêts examinés :** *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902, 2004 CSC 34; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. n° 51 (QL), conf. par [2002] A.C.F. n° 96 (QL), 2002 CAF 32; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] A.C.F. n° 982 (QL), 2003 CAF 274; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. n° 1208 (QL), 2002 CFPI 927; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2004] A.C.F. n° 883 (QL), 2004 CF 736; *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 1825 (QL), conf. par [2000] A.C.F. n° 380 (QL); **arrêts mentionnés :** *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100; *Imperial Chemical Industries PLC c. Novopharm Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 137; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Merck & Co. c. Canada (Procureur général), [1999] A.C.F. n° 1825 (QL), conf. par [2000] A.C.F. n° 380 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xvii; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1998] A.C.F. n° 274 (QL); *Syntex (U.S.A.)*

- (2002), 20 C.P.R. (4th) 29, 2002 FCA 289; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Pfizer Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare* (1986), 12 C.P.R. (3d) 438; *Reference re: Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 7* (1999), 3 C.P.R. (4th) 77; *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140, 2003 FCA 24; *Novopharm Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 3 F.C. 50; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *R. v. McDonald* (2002), 209 N.S.R. (2d) 283; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318, aff'd (2002), 16 C.P.R. (4th) 425, 2002 FCA 32; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232, 2002 FCT 927; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155, 2003 FCA 274; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58, 2004 FC 736; *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 38 C.P.R. (4th) 27, 2004 FC 1302; *Gerber Garment Technology Inc. v. Lectra Systems Ltd.*, [1997] R.P.C. 443; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 84 C.P.R. (3d) 492, aff'd (2000), 8 C.P.R. (4th) 48; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193; *Merck Frosst Canada Inc. v. Apotex Inc.*, [1997] 2 F.C. 561; *Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *R. v. McIntosh, L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2002] A.C.F. n° 1020 (QL), 2002 CAF 289; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Pfizer Canada Inc. c. Minister of National Health and Welfare* (1986), 12 C.P.R. (3d) 438; *Renvoi concernant une question portant sur l'application de l'art. 7 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, [1999] A.C.F. n° 1535 (QL) (sub nom. *Merck & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*); *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140, 2003 CAF 24; *Novopharm Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 3 C.F. 50; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *R. c. McDonald* (2002), 209 N.S.R. (2d) 283; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [1999] A.C.F. n° 458 (QL); *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. n° 51 (QL), conf. par [2002] A.C.F. n° 96 (QL), 2002 CAF 32; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. n° 1208 (QL), 2002 CFPI 927; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] A.C.F. n° 982 (QL), 2003 CAF 274; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2004] A.C.F. n° 883 (QL), 2004 CF 736; *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2004] A.C.F. n° 1578 (QL), 2004 CF 1302; *Gerber Garment Technology Inc. c. Lectra Systems Ltd.*, [1997] R.P.C. 443; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] A.C.F. n° 1882 (QL), conf. par [2000] A.C.F. n° 1028 (QL); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. n° 662 (QL); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193; *Merck Frosst Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1997] 2 C.F. 561; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670;

[1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *Degelder Construction Co. v. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 S.C.R. 90; *Zeitel v. Ellscheid*, [1994] 2 S.C.R. 142; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588.

Statutes and Regulations Cited

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1.
Food and Drug Regulations, C.R.C. 1978, c. 870 [am. SOR/95-411], ss. C.08.001, C.08.002, C.08.002.1, C.08.003, C.08.004(1).
Food and Drugs Act, R.S.C. 1985, c. F-27.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2(1) “enactment”, 3(1), 12.
Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 39(4), (5), (14), 54(1), 55, 55.2 [am. 2001, c. 10, s. 2(1)], 60(1), (2), 65, 66.
Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993, c. 2.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133 [am. SOR/99-379], ss. 2 “claim for the medicine itself”, “claim for the use of the medicine”, “first person”, “medicine”, “notice of compliance”, 3(1), 4(1), (2), (4), (6), 5(1), (1.1), (2), (3), 6, 7, 8, Regulatory Impact Analysis Statement.

Treaties and Other International Instruments

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1869 U.N.T.S. 299 (being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 1867 U.N.T.S. 3), signed April 15, 1994.
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2, art. 1709(10).

Authors Cited

Barrigar, Robert H. *Canadian Patent Act annotated*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 2004).

R. c. Ulybel Enterprises Ltd., [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 826 (QL); *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *Degelder Construction Co. c. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 R.C.S. 90; *Zeitel c. Ellscheid*, [1994] 2 R.C.S. 142; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2(1) « texte », 3(1), 12.
Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets, L.C. 1993, ch. 2.
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. 1985, ch. F-27.
Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 39(4), (5), (14), 54(1), 55, 55.2 [mod. 2001, ch. 10, art. 2(1)], 60(1), (2), 65, 66.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1.
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C. 1978, ch. 870 [mod. DORS/95-411], art. C.08.001, C.08.002, C.08.002.1, C.08.003, C.08.004(1).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133 [mod. DORS/99-379], art. 2 « avis de conformité », « médicament », « première personne », « revendication pour le médicament en soi », « revendication pour l'utilisation du médicament », 3(1), 4(1), (2), (4), (6), 5(1), (1.1), (2), (3), 6, 7, 8, Résumé de l'étude d'impact de la réglementation.

Traités et autres instruments internationaux

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 n° 2, art. 1709(10).
Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1867 R.T.N.U. 3), signé le 15 avril 1994.

Doctrine citée

Barrigar, Robert H. *Canadian Patent Act annotated*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 2004).

- Canada. Health Canada, Therapeutic Products Programme. *Guidance for Industry — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Ottawa: The Department, May 10, 2000.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
- Garland, Steven B., and Jeremy E. Want. “The Canadian Patent System: An Appropriate Balance Between the Rights of the Public and the Patentee” (1999), 16 *C.I.P.R.* 43.
- Grenier, François M., et Catherine Lemay. “Le règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)” (2003), 20 *C.I.P.R.* 51.
- Henderson, Gordon F., ed. *Patent Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Hore, Edward. “The Notice of Compliance Regulations Under the Patent Act: The First Two Years” (1995), 12 *C.I.P.R.* 207.
- Hughes, Roger T., and John H. Woodley. *Hughes and Woodley on Patents*, loose-leaf ed. Toronto: Butterworths, 1984 (loose-leaf updated October 2004, Issue 60).
- Kernochan, John M. “Statutory Interpretation: An Outline of Method” (1976), 3 *Dal. L.J.* 333.
- Orlhac, Thierry. “The New Canadian Pharmaceutical Compulsory Licensing Provisions or How to Jump Out of the Frying Pan and Into the Fire” (1990), 6 *C.I.P.R.* 276, www.robic.ca/publications/pdf/167E-TO.pdf.
- Smith, Margaret. *Patent Protection for Pharmaceutical Products* (BP-354E). Background Paper. Library of Parliament, Research Branch, Law and Government Division. Ottawa: November 1993.
- Smith, Margaret. *Patent Protection for Pharmaceutical Products in Canada — Chronology of Significant Events* (PRB 99-46E). Library of Parliament, Research Branch, Law and Government Division. Ottawa: March 30, 2000.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Takach, George Francis. *Patents: A Canadian compendium of law and practice*. Edmonton: Juriliber, 1993.
- Wilcox, Peter R., and Daphne C. Ripley. “The Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations” (2000), 16 *C.I.P.R.* 429.
- Canada. Santé Canada, Programme des produits thérapeutiques. *Ligne directrice à l'intention de l'industrie — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Ottawa : Le Ministère, le 10 mai 2000.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto : Carswell, 1969.
- Garland, Steven B., and Jeremy E. Want. « The Canadian Patent System : An Appropriate Balance Between the Rights of the Public and the Patentee » (1999), 16 *R.C.P.I.* 43.
- Grenier, François M., et Catherine Lemay. « Le règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) » (2003), 20 *R.C.P.I.* 51.
- Henderson, Gordon F., ed. *Patent Law of Canada*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994.
- Hore, Edward. « The Notice of Compliance Regulations Under the Patent Act : The First Two Years » (1995), 12 *R.C.P.I.* 207.
- Hughes, Roger T., and John H. Woodley. *Hughes and Woodley on Patents*, loose-leaf ed. Toronto : Butterworths, 1984 (loose-leaf updated October 2004, Issue 60).
- Kernochan, John M. « Statutory Interpretation : An Outline of Method » (1976), 3 *Dal. L.J.* 333.
- Organisation mondiale du commerce. Rapport du Groupe spécial, « Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques », Plainte des Communautés européennes et de leurs États membres, Doc. OMC WT/DS114/R, le 17 mars 2000.
- Orlhac, Thierry. « Les nouvelles dispositions de la *Loi canadienne sur les brevets* en ce qui concerne l'octroi de licences obligatoires dans le domaine pharmaceutique ou Comment tomber de mal en pis » (1990), 6 *R.C.P.I.* 276.
- Smith, Margaret. *Les produits pharmaceutiques et la protection accordée par les brevets* (BP-354F). Étude générale. Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, Division du droit et du gouvernement. Ottawa, novembre 1993.
- Smith, Margaret. *Protection des brevets pour les produits pharmaceutiques au Canada — Chronologie* (PRB 99-46F). Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, Division du droit et du gouvernement. Ottawa, le 30 mars 2000.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

World Trade Organization. Report of the Panel, Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products, complaint by the European Communities and their member States, WTO Doc. WT/DS114/R, March 17, 2000.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Strayer, Nadon and Evans J.J.A.), [2003] 4 F.C. 505, 226 D.L.R. (4th) 138, 303 N.R. 63, 24 C.P.R. (4th) 417, [2003] F.C.J. No. 566 (QL), 2003 FCA 180, upholding a decision of Blanchard J. (2002), 224 F.T.R. 236, 22 C.P.R. (4th) 345, [2002] F.C.J. No. 1638 (QL), 2002 FCT 1205, granting an application for judicial review and setting aside a notice of compliance issued by the Minister of Health in respect of a drug. Appeal allowed, Major, Bastarache and Charron J.J. dissenting.

Andrew J. Roman, for the appellant.

Anthony G. Creber and *Patrick S. Smith*, for the respondents Bristol-Myers Squibb Company and Bristol-Myers Squibb Canada Inc.

No one appeared for the respondent the Attorney General of Canada.

Written submission only by *Edward Hore*, for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association.

John Terry and *Conor McCourt*, for the intervener Pfizer Canada Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella J.J. was delivered by

1

BINNIE J. — Our Court has often spoken of “the balance struck under the *Patent Act*” in which the public gives an inventor the right to prevent anybody else from using his or her invention for a period of 20 years in exchange for disclosure of what has been invented. As a general rule, if the patent holder obtains a monopoly for something which does not fulfil the statutory requirements of novelty, ingenuity and utility, then the public is short-changed. See *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R.

Takach, George Francis. *Patents : A Canadian compendium of law and practice*. Edmonton : Juriliber, 1993.

Wilcox, Peter R., and Daphne C. Ripley. « The Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations » (2000), 16 *R.C.P.I.* 429.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Strayer, Nadon et Evans), [2003] 4 C.F. 505, 226 D.L.R. (4th) 138, 303 N.R. 63, 24 C.P.R. (4th) 417, [2003] A.C.F. n° 566 (QL), 2003 CAF 180, qui a confirmé une décision du juge Blanchard (2002), 224 F.T.R. 236, 22 C.P.R. (4th) 345, [2002] A.C.F. n° 1638 (QL), 2002 CFPI 1205, accueillant une demande de contrôle judiciaire et annulant l’avis de conformité que le ministre de la Santé avait délivré relativement à une drogue. Pourvoi accueilli, les juges Major, Bastarache et Charron sont dissidents.

Andrew J. Roman, pour l’appelante.

Anthony G. Creber et *Patrick S. Smith*, pour les intimées Bristol-Myers Squibb Company et Bristol-Myers Squibb Canada Inc.

Personne n’a comparu pour l’intimé le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Edward Hore*, pour l’intervenante l’Association canadienne du médicament générique.

John Terry et *Conor McCourt*, pour l’intervenante Pfizer Canada Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella rendu par

LE JUGE BINNIE — Notre Cour a souvent parlé de « l’équilibre établi par la *Loi sur les brevets* » par lequel le public donne à un inventeur le droit d’empêcher quiconque d’utiliser son invention pendant une période de 20 ans en échange de la divulgation de l’invention. En règle générale, si le breveté obtient un monopole pour une chose qui ne répond pas aux exigences de nouveauté, d’ingéniosité et d’utilité prévues par la loi, alors le public se fait rouler. Voir *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S.

1067, 2000 SCC 67, and *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66.

In the present appeal, the Court is required to consider this “balance” in the much-litigated field of patented medicines, where Parliament is concerned not only with the balance between inventors and potential users, but between the protection of intellectual property on the one hand and, on the other hand, the desire to reduce health care costs while being fair to those whose ingenuity brought the drugs into existence in the first place.

The drug in dispute contains a cancer-fighting medicine called *paclitaxel*. *Paclitaxel* was discovered by the National Cancer Institute in the United States, not the respondents Bristol-Myers Squibb Company and Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (collectively “BMS”), but BMS has three subsisting patents related to its formulation and administration. The appellant, Biolyse Pharma Corporation (“Biolyse”), argues that the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (“*NOC Regulations*”), must be taken to refer to *patented* medicines, and points out that BMS can have no patent on *paclitaxel* itself. There is an unchallenged finding of fact by the motions judge that approval of the Biolyse product was not based on bioequivalence with the BMS product, but on its own clinical studies and “what was known to scientists in the public realm about *paclitaxel*” ((2002), 224 F.T.R. 236, 2002 FCT 1205, at para. 40 (emphasis added)).

Nevertheless, BMS says that a literal application of the words in s. 5(1.1) of the *NOC Regulations* entitles it to the statutory injunction under s. 7 to keep a Biolyse product containing *paclitaxel* off the market despite the clear indication that an application of s. 5(1.1) would put the *NOC Regulations* in conflict with the terms of the regulation-making power under which they were issued. BMS contends that under the *NOC Regulations* the mere presence of the public domain medicine *paclitaxel* in the

1067, 2000 CSC 67, et *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66.

Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à examiner cet « équilibre » dans le domaine très litigieux qu’est celui des médicaments brevetés, alors que le Parlement se soucie non seulement de l’équilibre entre les inventeurs et les utilisateurs potentiels, mais également de l’équilibre entre la protection de la propriété intellectuelle, d’une part, et d’autre part, la volonté de réduire le coût des soins de santé tout en traitant de façon équitable les personnes qui, par leur ingéniosité, ont permis aux drogues de voir le jour.

La drogue en litige contient un médicament contre le cancer appelé *paclitaxel*. Le *paclitaxel* a été découvert aux États-Unis par le National Cancer Institute et non par les intimées Bristol-Myers Squibb Company et Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (appelées collectivement « BMS »), mais cette dernière est titulaire de trois brevets relatifs à sa formulation et à son administration. L’appelante Biolyse Pharma Corporation (« Biolyse ») soutient que le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (« *Règlement ADC* ») doit être interprété comme s’appliquant aux médicaments *brevetés* et signale que BMS ne peut détenir de brevet sur le *paclitaxel* en soi. Le juge des requêtes a tiré une conclusion de fait non contestée selon laquelle l’approbation du produit de Biolyse reposait non pas sur sa bioéquivalence avec le produit de BMS, mais sur les propres études cliniques de Biolyse et « sur les connaissances scientifiques relatives au *paclitaxel* qui faisaient partie du domaine public » ([2002] A.C.F. n° 1638 (QL), 2002 CFPI 1205, par. 40 (je souligne)).

Cependant, BMS affirme qu’une interprétation littérale du libellé du par. 5(1.1) du *Règlement ADC* lui donne droit à l’injonction prévue à l’art. 7 pour empêcher Biolyse de mettre en marché un produit contenant du *paclitaxel*, malgré l’indication claire que si le par. 5(1.1) devait s’appliquer, le *Règlement ADC* irait à l’encontre de la disposition législative autorisant la prise de ce règlement. BMS prétend que, en vertu du *Règlement ADC*, la simple présence du médicament *paclitaxel*, qui fait partie du

2

3

4

Biolyse formulation is enough. (Although there are other similarities between the Biolyse product and the BMS product, the only common component relevant to the *NOC Regulations* is the medicine *paclitaxel*.) The Federal Court of Appeal accepted this argument but in my opinion, with respect, it erred in doing so ([2003] 4 F.C. 505, 2003 FCA 180). An interpretation of the *NOC Regulations* that confers on BMS a monopoly merely by demonstrating the presence of a public domain medicine like *paclitaxel* in its product provides no value to the public in exchange for the monopoly BMS seeks. When the *NOC Regulations* are considered in their proper context, and in particular in light of the wording of s. 55.2(4) of the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, that authorized them, the *NOC Regulations* do not have the sweeping effect contended for by BMS. I would therefore allow the appeal.

I. Introduction

5 Before addressing the specific issues raised by the appeal, it is useful to set out the regulatory context in which the dispute arises.

A. *Innovator Drug Companies and Generic Drug Companies*

6 Over the years, Canada has developed a major sector of “generic drug” manufacturers described as companies that generally manufacture and distribute “drugs which were researched, developed and first brought to market by ‘innovator’ companies” (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), at p. 751, aff’d [1994] 3 S.C.R. 1100). They produce what is sometimes known in the trade as “copy-cat” drugs.

7 The success of the generic drug manufacturers has been a source of grievance to owners of patents for pharmaceutical medicines, who view monopoly profits conferred by patents as essential to recoup the cost of their research program as well as to earn a profit on their investment. Generic drug manufacturers, who generally do not have significant research costs in relation to a drug first brought to

domaine public, dans la formulation du produit de Biolyse suffit. (Malgré d’autres ressemblances entre le produit de Biolyse et celui de BMS, le seul élément commun pertinent pour l’application du *Règlement ADC* est le médicament *paclitaxel*.) La Cour d’appel fédérale a retenu cet argument, mais, en toute déférence, j’estime qu’elle a eu tort ([2003] 4 C.F. 505, 2003 CAF 180). Une interprétation du *Règlement ADC* qui confère un monopole à BMS du simple fait qu’elle a établi que son produit contient un médicament comme le *paclitaxel*, qui appartient au domaine public, n’apporte rien au public en échange du monopole auquel aspire BMS. Si on l’examine dans le contexte qui lui est propre et, en particulier, à la lumière du libellé du par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, qui l’autorise, le *Règlement ADC* n’a pas la vaste portée que lui prête BMS. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

I. Introduction

Avant d’aborder les questions particulières que pose le présent pourvoi, il est utile d’établir le contexte réglementaire dans lequel le litige s’inscrit.

A. *Sociétés pharmaceutiques de produits innovateurs et sociétés pharmaceutiques de produits génériques*

Au fil des ans, le Canada est devenu un joueur important du secteur des « produits génériques » dans lequel les fabricants sont généralement décrits comme des sociétés qui fabriquent et distribuent des « drogues qui ont été conçues, élaborées et lancées sur le marché par des sociétés “innovatrices” » (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), p. 751, conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100). Ces sociétés produisent ce que l’on appelle parfois dans le commerce des « copies » de médicaments.

Le succès des fabricants de produits génériques a été une source de mécontentement pour les propriétaires de brevets de produits pharmaceutiques qui estiment que les profits du monopole conféré par les brevets sont essentiels au recouvrement du coût de leur programme de recherche ainsi qu’à la rentabilisation de leur investissement. Les fabricants de produits génériques, dont les frais de recherches liés à

market by an innovator company, need only turn a profit on their manufacturing and distribution facilities. Generic drugs can therefore be sold at a discount to “brand name” products in the market place, at considerable savings to the public and at considerable cost to the profits of the innovator drug companies.

Until 1993 the Minister of Health was not directly concerned with patent issues. Indeed, Parliament’s policy since 1923 had been to favour health cost savings over the protection of intellectual property by making available to generic manufacturers a scheme of compulsory licencing of an “invention intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine” under s. 39(4) of the *Patent Act*. The compulsory licencing scheme gathered momentum after 1969 when it was extended to imported drugs. A compulsory licence could invariably be obtained from the Commissioner of Patents, and a notice of compliance (“NOC”) from the Minister of Health, providing the generic manufacturer could establish pharmaceutical equivalence of its product with the innovator drug (“the Canadian reference product”). In determining the terms of the licence and amount of royalty payable, the Commissioner of Patents was required to “have regard to the desirability of making the medicine available to the public at the lowest possible price consistent with giving to the patentee due reward for the research leading to the invention and for such other factors as may be prescribed” (s. 39(5)). The royalty payable to the patent owner was generally fixed at 4 percent to 5 percent of the net selling price of the drug in posological form, or 15 percent of the net selling price of the drug in bulk (T. Orhac, “The New Canadian Pharmaceutical Compulsory Licensing Provisions on How to Jump Out of the Frying Pan and Into the Fire” (1990), 6 *C.I.P.R.* 276; G. F. Takach, *Patents: A Canadian compendium of law and practice* (1993), at p. 119; and see *Imperial Chemical Industries PLC v. Novopharm Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 137 (F.C.A.), at pp. 139-40). Linking licence fees to the cost of the “research leading to the invention” did not cover the cost of

une drogue introduite sur le marché par une société innovatrice sont généralement peu élevés, n’ont que leurs unités de production et de distribution à rentabiliser. Les produits génériques peuvent donc être vendus sur le marché à prix moindre que les produits « d’origine », ce qui se traduit par des économies importantes pour le public et par un manque à gagner important pour les sociétés pharmaceutiques innovatrices.

Jusqu’en 1993, le ministre de la Santé n’était pas directement touché par les questions de brevet. En effet, depuis 1923, le Parlement avait comme politique de favoriser les économies dans le secteur des soins de santé au détriment de la protection de la propriété intellectuelle en rendant accessible aux fabricants de produits génériques, en vertu du par. 39(4) de la *Loi sur les brevets*, un régime de licence obligatoire à l’égard des brevets portant sur une « invention destinée à des médicaments ou à la préparation ou à la production de médicaments, ou susceptible d’être utilisée à de telles fins ». Le régime de licence obligatoire a gagné du terrain après 1969, lorsqu’il a été appliqué aux drogues importées. Un fabricant de produits génériques pouvait invariablement obtenir du commissaire aux brevets une licence obligatoire et, du ministre de la Santé, un avis de conformité (« ADC »), pourvu qu’il puisse établir l’équivalence pharmaceutique de son produit avec la nouvelle drogue (« le produit de référence canadien »). En arrêtant les conditions de la licence et en fixant le montant de la redevance à payer, le commissaire aux brevets devait « [tenir] compte de l’opportunité de rendre les médicaments accessibles au public au plus bas prix possible tout en accordant au breveté une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l’invention et pour les autres facteurs qui peuvent être prescrits » (par. 39(5)). La redevance payable au breveté était en général fixée à un taux variant entre 4 et 5 pour 100 du prix de vente net du médicament sous forme posologique, ou à 15 pour 100 du prix de vente net du médicament en vrac (T. Orhac, « Les nouvelles dispositions de la *Loi canadienne sur les brevets* en ce qui concerne l’octroi de licences obligatoires dans le domaine pharmaceutique ou Comment tomber de mal en pis » (1990), 6 *R.C.P.I.* 276; G. F. Takach, *Patents: A Canadian compendium of law and*

massive research programs required by the innovators to produce the few “winners” from the many false starts and failed research projects that never came to market.

practice (1993), p. 119; et voir *Imperial Chemical Industries PLC c. Novopharm Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 137 (C.A.F.), p. 139-140). En établissant un lien entre les redevances et les « recherches qui ont conduit à l’invention », on ne tenait pas compte du coût de la masse de programmes de recherches que les innovateurs doivent mener avant d’obtenir, sur la quantité de faux départs et de projets infructueux qui n’aboutissent jamais sur le marché, quelques rares « gagnants ».

⁹ Section 39(14) of the *Patent Act* simply required the Commissioner of Patents to notify the Department of National Health and Welfare of all compulsory licence applications.

Le paragraphe 39(14) de la *Loi sur les brevets* obligeait simplement le commissaire des brevets à aviser le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social de toutes les demandes de licence obligatoire.

¹⁰ In a reversal of policy, Parliament in 1993 repealed the compulsory licence provisions of the *Patent Act* by what became known as Bill C-91 (S.C. 1993, c. 2) and extinguished all compulsory licences issued on or after December 20, 1991. In part, these changes flowed from international obligations accepted by Canada under the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299 (“TRIPS”). More immediately, perhaps, it was thought that Canada’s compulsory licensing system would be declared incompatible with Canada’s obligations under the *North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2, in particular art. 1709(10), signed at the end of 1992.

En 1993, le Parlement a fait volte-face et a abrogé les dispositions de la *Loi sur les brevets* relatives aux licences obligatoires en adoptant ce que l’on a appelé le projet de loi C-91 (L.C. 1993, ch. 2), et en annulant toutes les licences obligatoires octroyées le 20 décembre 1991 ou par la suite. Ces modifications découlaient notamment des obligations internationales assumées par le Canada dans le cadre d’un accord international, l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 332 (« ADPIC »). Il est possible qu’à plus court terme, on ait pensé que le régime canadien de licences obligatoires serait jugé incompatible avec les obligations incombant au Canada en vertu de l’*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 n° 2, signé à la fin de 1992, en particulier avec son par. 1709(10).

¹¹ However, having agreed to respect the 20-year monopoly granted by patents, Parliament wished to facilitate the entry of competition immediately thereafter. It acted to eliminate the usual regulatory lag of two years or more after expiry of a patent for the generic manufacturer to do the work necessary to obtain a NOC. Parliament did so by introducing an exemption from the owner’s patent rights under which the generic manufacturers could work the patented invention within the 20-year period (“the early working exception”) to the extent necessary to obtain a NOC at the time the patent(s) expired (s. 55.2(1)) and to “stockpile” generic product towards

Toutefois, après avoir consenti à respecter le monopole de 20 ans conféré par les brevets, le Parlement a aussitôt souhaité faciliter l’arrivée de la concurrence. Il a fait en sorte d’éliminer le délai réglementaire minimal de deux ans ou plus dont le fabricant de produits génériques avait habituellement besoin après l’expiration d’un brevet pour obtenir un ADC. Le Parlement y est parvenu en introduisant une exception relative aux droits des titulaires de brevets grâce à laquelle les fabricants de produits génériques pouvaient fabriquer l’invention brevetée avant l’expiration du brevet (« l’exception relative aux travaux préalables ») dans la mesure

the end of the 20-year period to await lawful market entry (s. 55.2(2)). In order to prevent abuse of the “early working” and “stockpiling” exceptions to patent protection, the government enacted the *NOC Regulations* that are at issue in this appeal.

The patent owner’s remedies under the *NOC Regulations* are *in addition to* all of the usual remedies for patent infringement under the *Patent Act*.

B. *The Regulatory Approval Procedure*

The *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1985, c. F-27, sets up a regulatory structure to ensure that before drugs are allowed on the Canadian market they meet rigorous health and safety requirements. Regulatory approval culminates in the issuance of a NOC by the Minister on the advice of his officials in the Therapeutic Products Program (“TPP”) of the federal Department of Health.

The *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870 (“*FDA Regulations*”), and departmental policies require drug manufacturers to submit different types of new drug submission for different purposes. The two principal forms of submission are the New Drug Submission (“NDS”), filed by an innovative drug manufacturer for a new drug product, and the Abbreviated New Drug Submission, filed by a generic manufacturer that claims its product is the “pharmaceutical equivalent” of a previously approved “Canadian reference product” (s. C.08.002.1(1)(a)).

A pharmaceutical company proposing to market a new drug in Canada must include in its NDS a description of the benefits claimed, the adverse reactions experienced, the chemical composition of the ingredients and the methods of manufacture and purification in sufficient detail to enable the

nécessaire pour obtenir un ADC dès l’expiration du brevet (par. 55.2(1)) et pour « emmagasiner » des produits génériques vers la fin de la période de 20 ans en attendant qu’ils entrent légalement sur le marché (par. 55.2(2)). Afin de prévenir le recours abusif aux exceptions de « travaux préalables » et d’« emmagasinage » en matière de protection de brevet, le gouvernement a pris le *Règlement ADC*, en cause dans le présent pourvoi.

Les recours que le breveté peut exercer aux termes du *Règlement ADC* s’ajoutent à tous ceux dont il dispose habituellement en cas de contrefaçon de brevets en vertu de la *Loi sur les brevets*.

B. *La procédure d’approbation réglementaire*

La *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, ch. F-27, met en place un cadre réglementaire qui permet de s’assurer que les exigences rigoureuses en matière de santé et de sécurité soient respectées avant que les drogues ne puissent être commercialisées au Canada. La procédure d’approbation réglementaire aboutit à un ADC que délivre le ministre suivant les conseils de ses fonctionnaires du Programme des produits thérapeutiques (« PPT ») du ministère fédéral de la Santé.

Selon le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870, et les politiques ministérielles, les fabricants de produits pharmaceutiques doivent soumettre différents types de présentations de drogue nouvelle à des fins différentes. Les deux principales formes de présentation sont la Présentation de drogue nouvelle, déposée par un fabricant de produits d’origine à l’égard d’un nouveau produit pharmaceutique, et la Présentation abrégée de drogue nouvelle, déposée par un fabricant de produits génériques qui allègue que son produit est l’« équivalent pharmaceutique » d’un « produit de référence canadien » déjà approuvé (al. C.08.002.1(1)(a)).

Une société pharmaceutique qui entend commercialiser une drogue nouvelle au Canada doit indiquer dans sa PDN les qualités qu’on lui attribue, les effets indésirables éprouvés, la composition chimique de ses ingrédients et les procédés de fabrication et de purification et ce, de manière

12

13

14

15

Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug as therein specified. The Minister and his departmental officials then proceed to examine the material, possibly require further studies, pose questions, and generally conduct a wide-ranging inquiry, all of which may consume several years.

suffisamment détaillée pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle en fonction de ce qu'indique la PDN. Par la suite, le ministre et ses fonctionnaires examinent les documents, exigent éventuellement d'autres études, posent des questions et se livrent généralement à une enquête approfondie, ce qui peut prendre en tout plusieurs années.

16 A “new drug” is defined in s. C.08.001 of the *FDA Regulations* as a drug which contains a substance which “has not been sold as a drug in Canada for sufficient time and in sufficient quantity to establish in Canada the safety and effectiveness of that substance for use as a drug”.

Selon l'art. C.08.001 du *Règlement sur les aliments et drogues*, l'expression « drogue nouvelle » s'entend d'une drogue qui renferme une substance qui « n'a pas été vendue comme drogue au Canada pendant assez longtemps et en quantité suffisante pour établir, au Canada, l'innocuité et l'efficacité de ladite substance employée comme drogue ».

17 Eventually the Minister, if so satisfied, “shall” issue a NOC (s. C.08.004(1)). The Minister must also be satisfied with the proposed arrangements of manufacture, quality control and so forth (s. C.08.002). The new drug may then go to market.

En définitive, s'il est satisfait, le ministre « doit » délivrer un ADC (par. C.08.004(1)). Le ministre doit aussi être satisfait des procédés prévus pour la fabrication, le contrôle de la qualité, etc. (art. C.08.002). La drogue nouvelle peut alors être commercialisée.

18 The health issues and patent issues are now linked because the Minister is prohibited from issuing a NOC even if satisfied of the safety and efficacy of a drug until potential patent issues are addressed under the *NOC Regulations* (s. 7(1)).

Les questions relatives à la santé et celles relatives au brevet sont maintenant interreliées puisqu'il est interdit au ministre de délivrer l'ADC, même s'il est convaincu de l'innocuité et de l'efficacité d'une drogue, tant que les éventuelles questions de brevet n'ont pas été examinées au regard du *Règlement ADC* (par. 7(1)).

C. *The NOC Regulations*

C. *Le Règlement ADC*

19 Under the *NOC Regulations*, a patent owner may submit to the Minister a patent list in respect of any drug that contains a “medicine”, defined in s. 2 of the *NOC Regulations* as

En vertu du *Règlement ADC*, le titulaire de brevet peut soumettre au ministre une liste de brevets à l'égard d'une drogue qui contient un « médicament », défini comme suit à l'art. 2 du *Règlement ADC* :

a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof.

Substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes.

(The party filing the patent list is called the “first person”.) *Paclitaxel* is a medicine. As stated, it was given to the public domain by the U.S. National Cancer Institute.

(La partie qui dépose la liste de brevets est appelée la « première personne ».) Le *paclitaxel* est un médicament. Comme je l'ai indiqué, il a été donné au domaine public par le National Cancer Institute des États-Unis.

If another manufacturer subsequently applies for a NOC for the same drug, this “second person” has two options.

- (i) It may state in its application that it accepts that the NOC will not issue until the patent(s) expires *or*
- (ii) it may allege that by reference to a number of listed grounds, the patent list filed by the “first” person provides no obstacle because, contrary to the assertions in the patent list, the first person is not in fact the owner or exclusive licensee in Canada of the drug, or that the patent(s) have expired, are invalid, or that the applicant would not infringe any claim “for the medicine itself and no claim for the use of the medicine” (s. 5(1)(b)).

The *NOC Regulations* do not use the term “generic manufacturer”, but a manufacturer that obtains a NOC on the basis of pharmaceutical equivalence to a “Canadian reference product” can conveniently be called by that name.

Generally speaking, the “second person” intends to manufacture and distribute a “copy-cat” version of the active medicinal ingredient. If it copies the approved product, it can rely on the safety and efficacy data and the clinical studies submitted by the “innovator” first person. Such reliance reduces the amount of required supporting data and the approval time, and the shortened submission is therefore known as an Abbreviated New Drug Submission (“ANDS”).

The innovator that filed the patent list may, within 45 days after being served with a Notice of Allegation, apply to the Federal Court for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC until all of the listed patents have expired. Commencement of the application for prohibition automatically triggers a 24-month statutory freeze that stops the Minister from issuing a NOC unless within that period the prohibition application is finally disposed

Si, par la suite, un autre fabricant soumet une demande d'ADC à l'égard de la même drogue, cette « deuxième personne » a deux possibilités.

- (i) Elle peut déclarer dans sa demande qu'elle accepte que l'ADC ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet; *ou*
- (ii) elle peut alléguer que, au regard d'un certain nombre de motifs énumérés, la liste de brevets soumise par la « première » personne ne présente aucun obstacle parce que, contrairement aux affirmations qui y sont contenues, la première personne n'est pas en fait le propriétaire de la drogue ou le titulaire exclusif d'une licence au Canada s'y rapportant, que le brevet est expiré, qu'il est invalide ou que le demandeur ne contreferait « aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament » (al. 5(1)b)).

Le *Règlement ADC* n'emploie pas l'expression « fabricant de produits génériques », mais il est possible de désigner ainsi, pas souci de simplicité, le fabricant qui obtient un ADC en raison d'une équivalence pharmaceutique avec un « produit de référence canadien ».

De façon générale, la « deuxième personne » entend fabriquer et distribuer une « copie » du médicament actif. Si elle copie le produit approuvé, elle peut s'appuyer sur les données relatives à son innocuité et à son efficacité et sur les études cliniques soumises par la première personne « innovatrice ». Ces emprunts réduisent la quantité de données justificatives nécessaires et le délai d'approbation, d'où le fait que la demande écourtée est connue sous le nom de Présentation abrégée de drogue nouvelle (« PADN »).

La société innovatrice qui a soumis une liste de brevets peut, dans les 45 jours suivant la signification d'un avis d'allégation, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un ADC avant l'expiration de tous les brevets énumérés sur la liste. L'introduction de la demande d'interdiction déclenche automatiquement un gel légal de 24 mois qui empêche le ministre de délivrer un ADC à moins que le tribunal ne rende,

20

21

22

23

of by the court (see ss. 7(1)(e) and 7(4) of the *NOC Regulations*). In practice the prohibition proceedings can easily drag on beyond the initial 24-month period.

24 It is important to note that under this procedure, the court hearing the prohibition application has no discretion to lift the stay even if it thinks the innovator's case for interim relief is weak. Nor does the court have a discretion to leave the contending parties to their remedies under the *Patent Act*. The "second person"'s application for a NOC simply goes into deep-freeze until the statutory procedures have played themselves out. For these reasons, Iacobucci J. described the regime as "draconian" in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, at para. 33.

II. Facts

25 By 1970, the National Cancer Institute had discovered that the bark of the Pacific yew (*taxus brevifolia*) possessed anticarcinogenic properties. Research was carried forward funded by the U.S. government and in 1971 the active component (*paclitaxel*) was isolated. Because it was sourced in a slow-growing bush that died when stripped of its bark, there was concern that manufacturers would not be able to obtain sufficient quantities of the raw material for large-scale pharmaceutical production. Nevertheless, by 1979 the National Cancer Institute had not only identified the mechanism of *paclitaxel*'s therapeutic action as an antitumour drug, but further screening identified some highly desirable uses, particularly for the treatment of refractory ovarian cancer.

26 BMS was brought into the picture by the U.S. National Cancer Institute to undertake clinical trials of *paclitaxel* in the 1980s. This work eventually earned BMS a number of Canadian patents, none of which cover *paclitaxel* itself (being a medicine

à l'égard de la demande d'interdiction, une décision définitive avant l'expiration de cette période (voir l'al. 7(1)e) et le par. 7(4) du *Règlement ADC*). En pratique, la procédure d'interdiction peut facilement excéder la période initiale de 24 mois.

Il importe de signaler que, dans le cadre de cette procédure, le tribunal saisi de la demande d'interdiction n'a aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant de lever la suspension, même s'il estime faibles les arguments sur lesquels se fonde la demande de mesures provisoires de la société innovatrice. Le tribunal n'a pas non plus le pouvoir discrétionnaire de renvoyer les parties opposées aux recours prévus par la *Loi sur les brevets*. La demande d'ADC soumise par la « deuxième personne » est simplement reléguée aux oubliettes jusqu'à ce que la procédure réglementaire ait connu son dénouement. Pour ces motifs, le juge Iacobucci a qualifié ce régime de « draconien » dans l'arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193, par. 33.

II. Les faits

Déjà en 1970, le National Cancer Institute avait découvert que l'écorce de l'if de l'Ouest (*taxus brevifolia*) possédait des propriétés anticancérogènes. Les recherches se sont poursuivies grâce au financement du gouvernement américain et, en 1971, l'élément actif (*paclitaxel*) a été isolé. Comme le *paclitaxel* provient d'un arbuste à croissance lente qui meurt lorsqu'il est dépouillé de son écorce, on craignait que les fabricants ne puissent se procurer la matière première en quantité suffisante pour une production pharmaceutique à grande échelle. Or, dès 1979, non seulement le National Cancer Institute avait découvert le mécanisme d'action thérapeutique du *paclitaxel* en tant que drogue antitumorale, mais des examens plus poussés avaient permis de découvrir certaines utilisations très souhaitables, en particulier pour le traitement du cancer ovarien réfractaire.

Dans les années 1980, le National Cancer Institute des États-Unis a fait appel aux sociétés BMS intimées pour procéder à des essais cliniques du *paclitaxel*. Ces travaux ont valu à BMS un certain nombre de brevets canadiens, mais aucun ne vise le

put into the public domain by the National Cancer Institute). As stated, the BMS patents cover new and useful formulations and methods of administration, and its product Taxol is presently approved for the treatment of breast, ovarian and non-small-cell lung cancer.

The abstracts appearing in the Patent Register with respect to Taxol state in part as follows:

Patent 2,086,874

Paclitaxel dosages of about 135 mg/m² or greater are administered via infusions of less than 6 hours duration; the method makes it possible to provide paclitaxel infusions on an out-patient basis to patients who do not otherwise require hospitalization. . . .

Patent 2,132,936

A stabilized pharmaceutical composition containing paclitaxel, teniposide, camptothecin or other antineoplastic agent susceptible to degradation during storage is produced using a solvent system containing a low carboxylate anion content. . . .

(Canadian Intellectual Property Office, Canadian Patents Database, CA 2086874 and CA 2132936)

It is thus claimed in these patents that the inventions render the product more stable, and it will not degrade as easily, thereby extending its shelf life. These patents expire in 2013 and 2014 respectively. The third patent abstract reads as follows:

Patent 2,189,916

This invention provides for novel dose regimen of paclitaxel to treat Kaposi's sarcoma.

(Canadian Intellectual Property Office, Canadian Patents Database, CA 2189916)

It is common ground that Biolyse's product is not tested or approved for treatment of Kaposi's sarcoma. The Biolyse product is directed towards breast and lung cancer.

paclitaxel en soi (s'agissant d'un médicament versé dans le domaine public par le National Cancer Institute). Comme je l'ai dit, les brevets de BMS portent sur des formulations et des modes d'administration nouveaux et utiles, et son produit Taxol est actuellement approuvé pour le traitement du cancer du sein, du cancer de l'ovaire et du cancer du poumon non à petites cellules.

Les abrégés figurant au registre des brevets à l'égard de la drogue Taxol énoncent en partie ce qui suit :

Brevet 2 086 874

[TRADUCTION] Doses de paclitaxel d'environ 135 mg/m² ou plus, administrées en perfusion d'une durée inférieure à 6 heures; la méthode rend possible les perfusions de paclitaxel en clinique externe aux patients qui n'ont pas par ailleurs besoin d'être hospitalisés. . . .

Brevet 2 132 936

[TRADUCTION] Une composition pharmaceutique stabilisée contenant du paclitaxel, du téniposide, de la camptothécine ou un autre agent antinéoplasique pouvant se dégrader durant son entreposage est produite à l'aide d'un système de solvants ayant une faible teneur en ion carboxylate. . . .

(Office de la propriété intellectuelle du Canada, Base de données sur les brevets canadiens, CA 2086874 et CA 2132936)

On revendique ainsi dans ces brevets que les inventions rendent le produit plus stable et moins facilement dégradable, prolongeant de ce fait sa durée. Ces brevets expirent en 2013 et en 2014 respectivement. L'abrégé figurant dans le troisième brevet est rédigé de la façon suivante :

Brevet 2 189 916

[TRADUCTION] La présente invention prévoit l'administration de paclitaxel selon un nouveau schéma posologique dans le traitement du sarcome de Kaposi.

(Office de la propriété intellectuelle du Canada, Base de données sur les brevets canadiens, CA 2189916)

Il est admis que le produit de Biolyse n'est pas testé ni approuvé pour le traitement du sarcome de Kaposi. Le produit de Biolyse vise le traitement des cancers du sein et du poumon.

28 In the 1980s, Biolyse became interested in the National Cancer Institute work on *paclitaxel* and, recognizing the supply shortage problem, it began research on alternative sources of *paclitaxel*. Biolyse eventually claimed that *paclitaxel* could be extracted from the needles and small regrowth branches of a different species of yew, the *taxus canadensis*. The advantage was that harvesting from *taxus canadensis* does not kill the host tree. Biolyse still uses its naturally sourced *paclitaxel*, while the BMS product uses a synthetic chemical compound.

29 Biolyse also formed the opinion that *paclitaxel* was not only useful for treatment of refractory ovarian cancer (which was the use identified by the respondent BMS in its initial NDS to the Department of Health), but could also be useful in the treatment of non-small-cell lung cancer and forms of breast cancer. The officials at the Department of Health were concerned about the different botanical source of *paclitaxel*, and the claim of Biolyse for new and different uses for the medicine. The Department of Health therefore required independent clinical studies to be performed. In short, the officials at TPP regarded the Biolyse product as a substance which “has not been sold as a drug in Canada for sufficient time and in sufficient quantity to establish in Canada [its] safety and effectiveness” (emphasis added), and was therefore a “new drug” within the meaning of s. C.08.001 of the *FDA Regulations*.

30 The TPP advised Biolyse in 1999 that its application must be submitted as a NDS and not an ANDS because the different botanical source and additional medical claims prevented any reliance on BMS’ Taxol as a “Canadian reference product”. The TPP examiner, Dr. Agnes Klein, wrote Biolyse as follows:

Based on the limited information that you have provided, I would like to make the following comments:

- 1- The submission you are proposing will be considered a NDS, rather than a ANDS.

Dans les années 1980, Biolyse s’est intéressée aux travaux réalisés par le National Cancer Institute sur le *paclitaxel* et, constatant le problème d’approvisionnement, elle a entrepris des recherches sur les autres sources de *paclitaxel*. Biolyse a par la suite soutenu que le *paclitaxel* pouvait être extrait des aiguilles et des brindilles d’une autre espèce d’if, le *taxus canadensis*. L’avantage était que les cueillettes effectuées sur le *taxus canadensis* ne tuent pas l’arbre hôte. Biolyse utilise encore son *paclitaxel* d’origine naturelle alors que le produit de BMS fait appel à un composé synthétique.

Biolyse a aussi conclu que le *paclitaxel* était non seulement utile pour le traitement du cancer ovarien réfractaire (l’utilisation indiquée par l’intimée BMS dans sa PDN initiale au ministère de la Santé), mais qu’il pouvait aussi servir dans le traitement du cancer du poumon non à petites cellules et de certaines formes de cancer du sein. Les fonctionnaires du ministère de la Santé s’inquiétaient de l’origine biologique différente du *paclitaxel* et de la revendication de Biolyse relative à des utilisations nouvelles et différentes du médicament. Le ministère de la Santé a alors exigé qu’il soit procédé à des essais cliniques indépendants. Bref, les fonctionnaires du PPT ont estimé que le produit de Biolyse était une substance qui « n’avait pas été vendue comme drogue au Canada pendant assez longtemps et en quantité suffisante pour établir, au Canada, [son] innocuité et [son] efficacité » (je souligne) et qu’il s’agissait donc d’une « drogue nouvelle » au sens de l’art. C.08.001 du *Règlement sur les aliments et drogues*.

En 1999, le PPT a avisé Biolyse que sa demande devait prendre la forme d’une PDN et non d’une PADN parce que l’origine biologique différente et les autres revendications relatives aux vertus médicales de son produit l’empêchaient de recourir au Taxol de BMS au titre de « produit canadien de référence ». L’examinatrice du PPT, la D^{re} Agnes Klein, a écrit ceci à Biolyse :

[TRADUCTION] Compte tenu du peu de renseignements que vous avez fournis, je tiens à formuler les commentaires suivants :

- 1- La demande que vous soumettez sera examinée comme une PDN et non comme une PADN.

- 2- You have a number of studies that will form the core of the clinical part of your submission. In addition, you should provide data from the public domain and link this information to the broader safety and efficacy of the product.
- 3- Please ensure that your Product Monograph for your Paclitaxel for injection reflects the general knowledge on the drug as well as your own data. [Emphasis added.]

The Minister agreed with Dr. Klein's view that the Biolyse product could not be considered a copy-cat generic product. In the Minister's opinion, the Biolyse product was an "innovator" drug that required a NDS. It could not piggyback on the BMS work by using BMS Taxol as a "Canadian reference product" by way of an ANDS. The Attorney General of Canada intervened in support of Biolyse in the courts below but took no active part in the appeal to this Court.

In due course, the Minister of Health approved the safety and efficacy of the Biolyse product as a new drug and issued Biolyse a NOC on September 20, 2001 for the treatment of advanced breast cancer and non-small-cell lung cancer.

III. Relevant Statutory Provisions

Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4

55.2 (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1), including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(a) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice, certificate, permit or other document

- 2- Un certain nombre d'études formeront l'essentiel de la partie clinique de votre demande. Vous devriez de plus présenter des données provenant du domaine public et établir un lien entre ces renseignements et l'innocuité et l'efficacité générales du produit.
- 3- Veuillez vous assurer que la monographie de votre produit Paclitaxel pour perfusion reflète les connaissances générales sur la drogue ainsi que vos propres données. [Je souligne.]

Le ministre a souscrit à l'opinion de la D^{re} Klein selon qui le produit de Biolyse ne pouvait être considéré comme une « copie » ou un produit générique. À son avis, le produit de Biolyse était une drogue « nouvelle » qui nécessitait une PDN. Biolyse ne pouvait tirer profit des travaux de BMS en utilisant le Taxol de cette dernière au titre de « produit canadien de référence » dans le cadre d'une PADN. Le procureur général du Canada est intervenu en faveur de Biolyse devant les tribunaux inférieurs, mais il n'a pris aucune part active au pourvoi formé devant cette Cour.

En temps voulu, le ministre de la Santé a approuvé l'innocuité et l'efficacité du produit de Biolyse en tant que drogue nouvelle et, le 20 septembre 2001, il a délivré à Biolyse un ADC pour le traitement du cancer avancé du sein et du cancer du poumon non à petites cellules.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4

55.2 (1) Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit.

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon d'un brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance, en vertu de lois fédérales

31

32

33

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.

(5) In the event of any inconsistency or conflict between

(a) this section or any regulations made under this section, and

(b) any Act of Parliament or any regulations made thereunder,

this section or the regulations made under this section shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, as amended by SOR/99-379

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bio-availability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent

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.

(5) Une disposition réglementaire prise sous le régime du présent article prévaut sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente.

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, modifié par DORS/99-379

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard

list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

- (a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or
- (b) allege that
 - (i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,
 - (ii) the patent has expired,
 - (iii) the patent is not valid, or
 - (iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

5. (1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form,

- (a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or
- (b) allege that
 - (i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,
 - (ii) the patent has expired,
 - (iii) the patent is not valid, or
 - (iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

IV. Analysis

As always, the facts are important. BMS sought to quash the NOC issued to Biolyse on the basis that its issuance depended on the Minister's

de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

- a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;
- b) soit une allégation portant que, selon le cas :
 - (i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fautive,
 - (ii) le brevet est expiré,
 - (iii) le brevet n'est pas valide,
 - (iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

5. (1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s'applique pas, la personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables :

- a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet;
- b) soit une allégation portant que, selon le cas :
 - (i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fautive,
 - (ii) le brevet est expiré,
 - (iii) le brevet n'est pas valide,
 - (iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

IV. Analyse

Comme toujours, les faits sont importants. BMS a sollicité l'annulation de l'ADC délivré à Biolyse au motif que sa délivrance était subordonnée à la

finding that the Biolyse product was “bioequivalent” to the BMS product. It was therefore a “copy-cat” drug which s. 5(1) of the *NOC Regulations* required the Minister to put into the statutory freeze. The BMS position was rejected both by the Minister and by the motions judge. It is useful to quote the language of the motions judge:

Biolyse did not compare its drug or make reference to another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence. Biolyse did not apply for a declaration of equivalence nor was one granted.

On the evidence, the Biolyse submission contains clinical studies on sick patients; specifically those with advanced breast cancer unresponsive to usual treatments and those with locally advanced non-small-cell lung cancer. The safety and efficacy of the Biolyse product assessment was based on those studies and on what was known to scientists in the public realm about paclitaxel. This is consistent with the usual procedure for a NDS. [Emphasis added; paras. 39-40.]

This finding was not challenged by BMS in the Federal Court of Appeal (para. 15). We must therefore proceed on the basis that the Biolyse product was properly treated as an innovator drug rather than a copy-cat drug.

35 The motions judge went on to rule that Biolyse was nevertheless caught by s. 5(1.1) of the *NOC Regulations* because both the Biolyse product and the BMS product contain *paclitaxel*, even though neither BMS nor Biolyse have any patent claim to *paclitaxel*, which, as stated, was put into the public domain by the U.S. government supported National Cancer Institute.

36 We therefore come to the legal issue that lies at the heart of this appeal, namely the conflicting interpretations of s. 5(1.1) of the *NOC Regulations*. On the question of interpretation, the Minister’s opinion is not entitled to deference. The Federal Court quite properly said that the standard of review on that point is correctness.

conclusion du ministre portant que le produit de Biolyse était « bioéquivalent » au produit de BMS. Il s’agissait donc d’une « copie » d’une drogue assujettie au gel légal imposé par le ministre comme l’exige le par. 5(1) du *Règlement ADC*. La position de BMS a été rejetée tant par le ministre que par le juge des requêtes. Il est utile de citer les propos du juge des requêtes :

Biolyse n’a pas comparé sa drogue ou fait référence à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence. Biolyse n’a pas présenté de demande en vue d’obtenir une déclaration de bioéquivalence et aucune n’a été accordée.

Il ressort de l’ensemble de la preuve que la PDN de Biolyse renferme des études cliniques sur des patients malades et plus précisément sur des femmes atteintes de cancer du sein avancé ne répondant pas aux traitements habituels et sur des personnes souffrant de cancer avancé du poumon « non à petites cellules ». L’évaluation de l’innocuité et de l’efficacité du produit de Biolyse était fondée sur les études en question et sur les connaissances scientifiques relatives au paclitaxel qui faisaient partie du domaine public. Cette façon de procéder était conforme à la procédure habituellement suivie dans le cas d’une PDN. [Je souligne; par. 39-40.]

BMS n’a pas contesté cette conclusion devant la Cour d’appel fédérale (par. 15). Nous devons donc procéder à l’analyse en tenant pour acquis que le produit de Biolyse a été considéré à juste titre comme une drogue nouvelle plutôt que comme une copie d’une drogue.

Le juge des requêtes a ensuite conclu que Biolyse était néanmoins visée par le par. 5(1.1) du *Règlement ADC* parce que son produit et celui de BMS contiennent du *paclitaxel*, même si ni BMS ni Biolyse n’ont revendiqué un brevet visant le *paclitaxel* qui, comme je l’ai dit, a été versé dans le domaine public par le National Cancer Institute avec l’appui du gouvernement américain.

Nous arrivons donc à la question de droit qui est au cœur du présent pourvoi, à savoir celle des interprétations divergentes du par. 5(1.1) du *Règlement ADC*. En matière d’interprétation, la retenue judiciaire ne s’applique pas à l’opinion du ministre. La Cour fédérale a à juste titre affirmé que la norme de contrôle applicable en la matière était celle de la décision correcte.

BMS argues that once it is established that *paclitaxel* is present in the Biolyse product, s. 5(1.1) bars the issuance of a NOC. Biolyse responds that the BMS approach is too simplistic. Biolyse invokes the modern approach to statutory interpretation, which it says is equally applicable to regulations, as set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. In that case, the Ontario *Employment Standards Act* provided for termination pay and severance pay for workers where their employment was terminated by an employer. Rizzo Shoes went bankrupt. The trustee disallowed the workers' claims because their jobs had been terminated by the bankruptcy, not by the employer. The Ontario courts agreed with the trustee. This Court reversed, Iacobucci J. observing as follows:

At the heart of this conflict is an issue of statutory interpretation. Consistent with the findings of the Court of Appeal, the plain meaning of the words of the provisions here in question appears to restrict the obligation to pay termination and severance pay to those employers who have actively terminated the employment of their employees. At first blush, bankruptcy does not fit comfortably into this interpretation. However, with respect, I believe this analysis is incomplete.

... Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, 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.

Although the Court of Appeal looked to the plain meaning of the specific provisions in question in the present case, with respect, I believe that the court did not pay sufficient attention to the scheme of the ESA, its object or the intention of the legislature; nor was the context of the words in issue appropriately recognized. I now

BMS soutient que, dès qu'il est établi que le *paclitaxel* est présent dans le produit de Biolyse, le par. 5(1.1) interdit la délivrance d'un ADC. Biolyse répond que la position de BMS est trop simpliste. Biolyse invoque la méthode moderne d'interprétation des lois laquelle, affirme-t-elle, s'applique également aux règlements, comme l'indique l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Dans cette affaire, la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario prévoyait le versement aux employés d'indemnités de licenciement et de cessation d'emploi en cas de licenciement par l'employeur. La société Rizzo Shoes a fait faillite. Le syndic a rejeté les réclamations des employés parce que la cessation d'emploi résultait de la faillite et non de la volonté de l'employeur. Les tribunaux ontariens ont souscrit à l'opinion du syndic. Notre Cour a infirmé ces décisions et le juge Iacobucci a fait observer ce qui suit :

Une question d'interprétation législative est au centre du présent litige. Selon les conclusions de la Cour d'appel, le sens ordinaire des mots utilisés dans les dispositions en cause paraît limiter l'obligation de verser une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi aux employeurs qui ont effectivement licencié leurs employés. À première vue, la faillite ne semble pas cadrer très bien avec cette interprétation. Toutefois, en toute déférence, je crois que cette analyse est incomplète.

... Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit :

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Bien que la Cour d'appel ait examiné le sens ordinaire des dispositions en question dans le présent pourvoi, en toute déférence, je crois que la cour n'a pas accordé suffisamment d'attention à l'économie de la LNE, à son objet ni à l'intention du législateur; le contexte des mots en cause n'a pas non plus été pris en compte adéquatement.

turn to a discussion of these issues. [Emphasis added; paras. 20, 21 and 23.]

38

The same edition of Driedger adds that in the case of regulations, attention must be paid to the terms of the enabling statute:

It is not enough to ascertain the meaning of a regulation when read in light of its own object and the facts surrounding its making; it is also necessary to read the words conferring the power in the whole context of the authorizing statute. The intent of the statute transcends and governs the intent of the regulation.

(Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 247)

This point is significant. The scope of the regulation is constrained by its enabling legislation. Thus, one cannot simply interpret a regulation the same way one would a statutory provision. In this case, the distinction is crucial, for when viewed in that light the impugned regulation cannot take on the meaning suggested by BMS. Moreover, while the respondents' argument draws some support from the language of s. 5(1.1) isolated from its context, it overlooks a number of significant aspects of the "modern approach".

A. *The Grammatical and Ordinary Sense of the Words*

39

For ease of reference, I repeat the triggering words of s. 5(1.1) of the *NOC Regulations*:

5. (1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

Je passe maintenant à l'analyse de ces questions. [Je souligne; par. 20, 21 et 23.]

Dans la même édition, Driedger ajoute qu'il faut porter attention, dans le cas d'un règlement, au libellé de la loi habilitante :

[TRADUCTION] Il ne suffit pas de déterminer le sens d'un règlement en l'interprétant au regard de son propre objet et des circonstances dans lesquelles il a été pris; il faut aussi interpréter les termes conférant les pouvoirs dans le contexte global de la loi habilitante. L'objet de la loi transcende et régit l'objet du règlement.

(Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 247)

Ce point est important. La portée du règlement est restreinte par le texte législatif qui l'habilite. Ainsi, on ne peut simplement interpréter un règlement de la même façon que l'on interprète une disposition d'une loi. En l'espèce, la distinction est cruciale puisque, lorsqu'on l'envisage sous cet angle, la disposition réglementaire attaquée ne peut avoir le sens que BMS lui attribue. En outre, alors que l'argument des intimées prend appui dans une certaine mesure sur le libellé du par. 5(1.1) isolé de son contexte, il néglige de nombreux aspects importants de la « méthode moderne ».

A. *Le sens ordinaire et grammatical des mots*

Par souci de commodité, je répète les termes qui déclenchent l'application du par. 5(1.1) du *Règlement ADC* :

5. (1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s'applique pas, la personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables :

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet;

- (b) allege that
- (i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,
 - (ii) the patent has expired,
 - (iii) the patent is not valid, or
 - (iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

The word “submission” provides the gateway into s. 5(1.1) but the term is not defined in the *NOC Regulations*.

BMS argues that “submission” must include any submission including a NDS for an innovator drug. Using this interpretation, s. 5(1.1) would apply, even if the common component is an old medicine like aspirin used in a minor amount. The BMS drug Taxol contains *paclitaxel*. *Paclitaxel* is clearly a medicine. BMS has filed a patent list in relation to its formulation of Taxol. The Biolyse drug also contains *paclitaxel*. It is administered by the same route (injection) and is in “comparable strength and dosage form”. Therefore BMS argues that the statutory freeze should apply irrespective of what role, if any, BMS played in the discovery of *paclitaxel*.

Biolyse contends that not all “submissions” to the Minister are caught by s. 5(1.1), and on this point it is supported by the intervener Pfizer Canada Inc., itself an innovator drug company. Pfizer argues that s. 5(1.1) does not apply to certain types of submissions (in its case Supplementary New Drug Submissions (“SNDS”)) which are outside the policy objective s. 5(1.1) was intended to implement. Biolyse agrees that s. 5(1.1) should be construed by reference to the policy objective, and in particular that it should not apply to an innovator drug NDS (as the motions judge found its

- b) soit une allégation portant que, selon le cas :
- (i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l’alinéa 4(2)c) est fausse,
 - (ii) le brevet est expiré,
 - (iii) le brevet n’est pas valide,
 - (iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l’utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l’utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l’objet de la demande d’avis de conformité.

Le mot « demande » enclenche l’application du par. 5(1.1) mais n’est pas défini dans le *Règlement ADC*.

BMS soutient que le mot « demande » s’entend de toute demande, y compris une PDN relative à une drogue nouvelle. Selon cette interprétation, le par. 5(1.1) s’appliquerait même si l’élément commun est un vieux médicament comme l’aspirine utilisé en faible quantité. La drogue Taxol de BMS contient du *paclitaxel*. De toute évidence, le *paclitaxel* est un médicament. BMS a soumis une liste de brevets relativement à la formulation de son produit Taxol. La drogue de Biolyse contient aussi du *paclitaxel*. Elle présente la même voie d’administration (injection) et « une forme posologique et une concentration comparables ». Par conséquent, BMS allègue qu’il y aurait lieu d’appliquer le gel légal peu importe le rôle joué par BMS, le cas échéant, dans la découverte du *paclitaxel*.

Biolyse prétend que les « demandes » soumises au ministre ne sont pas toutes visées par le par. 5(1.1) et, sur ce point, elle reçoit l’appui de l’intervenante Pfizer Canada Inc., elle-même une société pharmaceutique innovatrice. Pfizer soutient que le par. 5(1.1) ne s’applique pas à certains types de demandes (dans son cas, les suppléments aux PDN), qui échappent à l’objectif de la politique que le par. 5(1.1) était destiné à mettre en œuvre. Biolyse convient que le par. 5(1.1) devrait être interprété en fonction de l’objectif de la politique et, plus particulièrement, qu’il ne devrait

40

41

42

product had correctly been classified by the Minister) but only to submissions for generic “copy-cat” drugs which use a “Canadian reference product” and are applied for under an ANDS.

43 While at first blush the word “submission” would appear to be all inclusive, this Court held in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, that

one must consider the “entire context” of a provision before one can determine if it is reasonably capable of multiple interpretations. . . .

. . . It is necessary, in every case, for the court charged with interpreting a provision to undertake the contextual and purposive approach set out by Driedger, and thereafter to determine if “the words are ambiguous enough to induce two people to spend good money in backing two opposing views as to their meaning” [Emphasis added; paras. 29-30.]

44 It is therefore necessary to suspend judgment on the precise scope of the word “submission” in s. 5(1.1) and turn to other elements of the Driedger approach. As Professor J. M. Kernochan puts it: “The precise words which are in issue in relation to the facts must be weighed in the light of successive circles of context” (“Statutory Interpretation: An Outline of Method” (1976), 3 *Dal. L.J.* 333, at pp. 348-49).

B. *The General Context*

45 This Court has accepted the view that Parliament enacted Bill C-91 “with the intent of thwarting the possible appropriation by generic drug companies, such as Apotex, of the research and development initiatives of innovators, such as Merck” (*Apotex v. Canada (Attorney General)*, per Robertson J.A., at p. 752 (emphasis added), whose reasons were substantially adopted by this Court at [1994] 3 S.C.R. 1100).

pas s’appliquer à une PDN relative à une drogue nouvelle (le juge des requêtes a conclu que le ministre avait à bon droit classé le produit de Biolyse dans cette catégorie), mais seulement aux demandes relatives aux « copies » ou produits génériques qui utilisent un « produit canadien de référence » et que l’on demande en déposant une présentation abrégée de drogue nouvelle.

Si, à première vue, le terme « demande » pourrait sembler englober toute demande, notre Cour a affirmé ce qui suit dans l’arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42 :

Il est cependant nécessaire de tenir compte du « contexte global » de la disposition pour pouvoir déterminer si elle est raisonnablement susceptible de multiples interprétations. . . .

. . . Il est donc nécessaire, dans chaque cas, que le tribunal appelé à interpréter une disposition législative se livre à l’analyse contextuelle et téléologique énoncée par Driedger, puis se demande si [TRADUCTION] « le texte est suffisamment ambigu pour inciter deux personnes à dépenser des sommes considérables pour faire valoir deux interprétations divergentes » [Je souligne; par. 29-30.]

Il est donc nécessaire de réserver notre jugement sur la portée exacte du terme « demande » au par. 5(1.1) et d’examiner d’autres éléments de la méthode préconisée par Driedger. Comme le dit le professeur J. M. Kernochan : [TRADUCTION] « Les termes précis qui sont en litige eu égard aux faits doivent être appréciés d’après des cercles contextuels successifs » (« Statutory Interpretation : An Outline of Method » (1976), 3 *Dal. L.J.* 333, p. 348-349).

B. *Le contexte général*

La Cour a fait sienne l’opinion selon laquelle le législateur a adopté le projet de loi C-91 « afin d’empêcher les sociétés pharmaceutiques de produits génériques, comme Apotex, de s’approprier les résultats de la recherche et des découvertes de sociétés innovatrices, comme Merck » (*Apotex c. Canada (Procureur général)*, le juge Robertson, p. 752 (je souligne), dont cette Cour a retenu intégralement les motifs à [1994] 3 R.C.S. 1100).

The Regulatory Impact Analysis Statement, which accompanied but did not form part of the *NOC Regulations*, confirms that this was the intention of the regulator. It says that following the abolition of the compulsory licensing system, the government enacted the *NOC Regulations* in order to protect the right of patentees by preventing generic manufacturers from marketing their products until the expiry of all relevant patents (*Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21, at para. 51). The relevant portion of the Regulatory Impact Analysis Statement reads:

... As a general rule, judicial remedies are sufficient to address patent infringement. However, with the enactment of Bill C-91 the government has created an exception to patent infringement allowing generic competitors to undertake any activities necessary to work up a submission to obtain regulatory approval of a product. This removes a patent right that may have otherwise been available to patentees to prevent generic competitors from obtaining such regulatory approval of their products.

These Regulations are needed to ensure this new exception to patent infringement is not abused by generic drug applicants seeking to sell their product in Canada during the term of their competitor's patent while nonetheless allowing generic competitors to undertake the regulatory approval work necessary to ensure they are in a position to market their products immediately after the expiry of any relevant patents. [Emphasis added.]

(Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/93-133, *Canada Gazette*, Part II, vol. 127, No. 6, at p. 1388)

In *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250, a case concerning the interpretation of the *Federal Child Support Guidelines*, Bastarache J., writing for the Court, notes, at para. 35, that “[p]roper statutory interpretation principles . . . require that all evidence of legislative intent be considered, provided that it is relevant and reliable.” It seems clear that the *NOC Regulations* were introduced to help generic drug companies and at the same time curb potential patent abuse by them. This was confirmed by Canada's submissions to the World Trade Organization (“WTO”), whose decision on this point was relied on by BMS in this appeal. The European-based patent owners

Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, qui accompagnait le *Règlement ADC* sans toutefois en faire partie, confirme que telle était l'intention de l'autorité de réglementation. D'après ce résumé, à la suite de l'abolition du régime de licence obligatoire, le gouvernement a pris le *Règlement ADC* afin de protéger les droits des brevetés en empêchant les fabricants de produits génériques de commercialiser leur produit jusqu'à l'expiration de tous les brevets en cause (*Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 1825 (QL), par. 51). Le passage suivant du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation est pertinent :

... En règle générale, les recours judiciaires suffisent pour régler les cas de contrefaçon. Toutefois, avec l'adoption du projet de loi C-91, le gouvernement fait une exception dans ce domaine en permettant aux fabricants de médicaments génériques d'entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire d'un produit. Par conséquent, le titulaire d'un brevet perd un droit dont il aurait pu se prévaloir pour empêcher ses concurrents de faire approuver leurs produits.

Le présent règlement est nécessaire si on veut éviter que cette nouvelle exception en matière de contrefaçon soit mal utilisée par les fabricants de produits génériques désireux de vendre leurs produits au Canada pendant que le brevet original est encore valide. En vertu du règlement, ces fabricants peuvent toutefois entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire et ainsi commercialiser leurs produits dès que les brevets pertinents arrivent à expiration. [Je souligne.]

(Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/93-133, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 127, n° 6, p. 1388)

Dans *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250, une affaire concernant l'interprétation des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, le juge Bastarache, s'exprimant au nom de la Cour, signale au par. 35 que « [l]es principes applicables d'interprétation des lois exigent [. . .] que tous les éléments de preuve relatifs à l'intention du législateur soient pris en considération, à condition qu'ils soient pertinents et fiables. » Il semble évident que le *Règlement ADC* a été pris pour aider les fabricants de produits génériques et, par la même occasion, pour freiner l'exploitation potentiellement abusive de brevets, ce que confirment les

brought a complaint against Canada at the WTO that the exceptions in s. 55.2 of the *Patent Act* and the *NOC Regulations* violated their Canadian patent rights and the TRIPS agreement. This complaint was rejected: WTO, Report of the Panel “Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products”, Complaint by the European Communities and their member States, WTO Doc. WT/DS114/R, March 17, 2000. In effect, the WTO accepted Canada’s argument that Bill C-91 achieved a fair compromise between important social interests in health (represented by cheaper generic drugs) balanced against the interests of patentees. Canada argued that, while patent owners were entitled to enjoy a monopoly for the 20-year period of the patent, they had no entitlement to the regulatory time lag *after* expiry of the relevant patents in order to extend the term of the monopoly by a further period of years. (The WTO panel upheld a related complaint that in this respect Canada had discriminated unfairly by singling out pharmaceutical patents for exceptional treatment.)

observations présentées par le Canada à l’Organisation mondiale du commerce (« OMC »), dont la décision à cet égard a été invoquée par BMS dans le présent pourvoi. Les titulaires de brevets européens ont déposé une plainte contre le Canada devant l’OMC au motif que les exceptions prévues à l’art. 55.2 de la *Loi sur les brevets* et au Règlement ADC enfreignaient les droits que leur conféraient leurs brevets canadiens et l’ADPIC. Cette plainte a été rejetée : OMC, Rapport du Groupe spécial, « Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques », plainte des Communautés européennes et de leurs États membres, Doc. OMC WT/DS114/R, 17 mars 2000. En effet, l’OMC a retenu l’argument du Canada voulant que le projet de loi C-91 ait établi un compromis équitable entre les importants intérêts sociaux en matière de santé (que représentent des produits génériques plus abordables) et les intérêts des brevetés. Le Canada a soutenu que si les titulaires de brevets pouvaient jouir d’un monopole pendant les vingt ans de validité du brevet, ils n’avaient nullement le droit de profiter du délai réglementaire *après* l’expiration des brevets en cause pour prolonger ce monopole de quelques années. (Le Groupe spécial de l’OMC a confirmé, dans le cadre d’une plainte connexe, qu’à cet égard, le Canada avait injustement fait preuve de discrimination en accordant un traitement exceptionnel aux titulaires de brevets pharmaceutiques.)

48 Canada’s explanation to the WTO of the purpose of Bill C-91, set out in the WTO report, included the following statements about generic manufacturers:

... the current legislation decisively strengthened patent protection by not only eliminating compulsory licensing but also providing a summary procedure for preventing patent infringement, under which the Minister of Health might be prohibited from issuing marketing approval for a new generic drug during the term of any applicable patent. [p. 40]

The use of generic medicines resulted in important economies for the public health care system, and so contributed to its viability and the protection of public health. [p. 26]

Les explications fournies par le Canada à l’OMC au regard de l’objet du projet de loi C-91, exposées dans le rapport de l’OMC, comprenaient les déclarations suivantes au sujet des fabricants de produits génériques :

... la législation maintenant en vigueur renforçait nettement la protection conférée par les brevets non seulement en éliminant les licences obligatoires mais aussi en instituant pour empêcher les contrefaçons de brevet une procédure sommaire en vertu de laquelle le Ministre de la santé pourrait se voir interdire de délivrer une approbation de commercialisation d’un nouveau médicament générique pendant la période de validité de tout brevet pertinent. [p. 48]

L’utilisation de médicaments génériques se traduisait pour le système public de soins de santé par d’importantes économies et contribuait ainsi à sa viabilité et à la protection de la santé publique. [p. 32]

The legitimacy of measures to promote the use of generic drug products as means of protecting public health was endorsed by the World Health Organization (WHO). [p. 27]

Thus, society at large and individual and institutional consumers of the health care system had an undeniably legitimate, indeed essential, interest in assuring the availability of competitively priced generic medicines as soon after patent expiry as possible. [p. 27]

... The extension of market exclusivity which was lost because generic manufacturers were permitted to make regulatory submissions during the term was of course a post [patent]-expiry phenomenon. [p. 23]

(Emphasis added.)

From this general context, we move more specifically to the scheme of the *Patent Act* and the *NOC Regulations*.

C. *The Regulation-Making Power of the Patent Act*

Recognizing that the “early working” and “stockpiling” exceptions could be abused, Parliament balanced creation of these exceptions with creation of a summary procedure designed to strengthen the hand of patent owners against generic competitors *within* the 20-year patent period. This carrot and stick combination is found in s. 55.2 of the *Patent Act* 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. [The “early working” exception.]

(2) It is not an infringement of a patent for any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1) to make, construct or use the invention, during the applicable period provided for by the regulations, for the manufacture and storage of articles intended for sale after the date on which the term of the patent expires. [The “stockpiling” exception.]

La légitimité des mesures visant à promouvoir le recours à des médicaments génériques pour protéger la santé publique a été confirmée par l’Organisation mondiale de la santé (OMS). [p. 32]

Donc, la société en général et les consommateurs individuels et institutionnels de soins de santé avaient un intérêt incontestablement légitime, et même essentiel, à veiller à ce que des médicaments génériques soient accessibles à des prix compétitifs dès que possible après l’expiration du brevet. [p. 32]

... La prolongation de la période d’exclusivité commerciale perdue parce que des fabricants de génériques ont été autorisés à produire un dossier d’information réglementaire pendant la durée du brevet se situait bien entendu après l’expiration de celui-ci. [p. 27]

(Je souligne.)

Je passe de ce contexte général à l’examen plus particulier de l’économie de la *Loi sur les brevets* et du *Règlement ADC*.

C. *Le pouvoir de réglementation prévu à la Loi sur les brevets*

Reconnaissant que les exceptions relatives aux « travaux préalables » et à « l’emmagasinement » pouvaient faire l’objet d’abus, le Parlement a établi un équilibre en créant une procédure sommaire destinée à renforcer la position des brevetés face à leurs concurrents fabricants de produits génériques *pendant* la période de 20 ans de validité du brevet. Cette combinaison incitative est établie comme suit à l’art. 55.2 de la *Loi sur les brevets* :

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. [L’exception relative aux « travaux préalables ».]

(2) Il n’y a pas contrefaçon de brevet si l’utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d’une invention brevetée, au sens du paragraphe (1), a lieu dans la période prévue par règlement et qu’elle a pour but la production et l’emmagasinement d’articles déterminés destinés à être vendus après la date d’expiration du brevet. [L’exception relative à l’« emmagasinement ».]

(3) The Governor in Council may make regulations for the purposes of subsection (2), but any period provided for by the regulations must terminate immediately preceding the date on which the term of the patent expires.

(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) or (2) including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(a) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice [e.g. of compliance] . . . may be issued . . . ;

(b) respecting the earliest date on which a notice [e.g. of compliance] . . . may take effect . . . ;

(c) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice [e.g. of compliance] . . . as to the date on which that notice . . . may be issued or take effect.

51 It is convenient at this stage to emphasize a number of features of this regulation-making power.

52 Firstly, the regulations are to be directed to persons who are making use of the “patented invention”. As pointed out by this Court in *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, [2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34, the patented *invention* is not necessarily co-extensive with the patent *claims*. The distinction was critical in that case to the issue of remedy. While farmer Schmeiser had used the patented *product* (Roundup Ready Canola seed), he had not taken advantage of the patented *invention* (its herbicide resistant property) because he had not sprayed his crop with Roundup. The Court thus rejected Monsanto’s claim to Schmeiser’s profits from his canola crop.

The difficulty with the trial judge’s award is that it does not identify any causal connection between the profits the appellants were found to have earned through growing Roundup Ready Canola and the invention. On the facts found, the appellants made no profits as a result of the invention. [Emphasis in original; para. 103.]

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures nécessaires à l’application du paragraphe (2) étant entendu que toute période ainsi prévue doit se terminer à la date qui précède immédiatement celle où expire le brevet.

(4) Afin d’empêcher la contrefaçon de brevet d’invention par l’utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d’une invention brevetée au sens des paragraphes (1) ou (2), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance [. . .] d’avis [p. ex. de conformité] . . . ;

b) concernant la première date [. . .] à laquelle un titre [p. ex. un avis de conformité] [. . .] peut prendre effet;

c) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l’ancien titulaire du brevet, et le demandeur d’un titre [p. ex. un avis de conformité] [. . .], quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet.

Il convient à cette étape de souligner quelques-unes des caractéristiques de ce pouvoir de réglementation.

Premièrement, le règlement doit s’appliquer aux personnes qui utilisent l’« invention brevetée ». Ainsi que la Cour l’a souligné dans l’arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902, 2004 CSC 34, l’*invention* brevetée ne correspond pas nécessairement aux *revendications* du brevet. Dans cette affaire, cette distinction était cruciale pour la question de la réparation. S’il est vrai que l’agriculteur, M. Schmeiser, avait utilisé le *produit* breveté (des graines de canola Roundup Ready), il n’avait tiré aucun avantage de l’*invention* brevetée (sa résistance à l’herbicide) parce qu’il n’avait pas pulvérisé de Roundup sur ses cultures. La Cour a ainsi débouté Monsanto de sa prétention aux profits que Schmeiser avait tirés de sa récolte de canola :

Le problème est que, en ordonnant la remise des profits, le juge de première instance n’a fait état d’aucun lien de causalité entre l’invention et les profits que, selon lui, les appelants ont tirés de la culture de canola Roundup Ready. D’après les faits constatés, les appelants n’ont réalisé aucun profit dû à l’invention. [Souligné dans l’original; par. 103.]

The use of the expression “patented *invention*” in s. 55.2 is therefore an important clue to the scope of the regulations it authorizes to be made. BMS did not invent or discover *paclitaxel*.

Secondly, it is not every use of the patented invention that will trigger the *NOC Regulations*. Section 55.2(4) is specifically directed to preventing infringement by persons who use “the patented invention” for the “early working” exception and the “stockpiling” exception set out earlier in ss. 55.2(1) and 55.2(2). That is all the Governor in Council is authorized to regulate. (The stockpiling exception was repealed by S.C. 2001, c. 10, s. 2(1); assented to June 14, 2001.)

The fact *paclitaxel* is found in the Biolyse product does not mean that Biolyse took advantage of BMS inventions for the purpose of “early working” a generic copy or “stockpiling” in anticipation of the expiry of the BMS patents. On the contrary, the trial judge’s finding is that the Biolyse product was *not* approved on the basis of bioequivalence with the BMS product embodying its inventions.

Thirdly, the limiting words of s. 55.2(4) are not affected by the so-called “paramountcy clause” set out in s. 55.2(5) which provides as follows:

(5) In the event of any inconsistency or conflict between

(a) this section or any regulations made under this section, and

(b) any Act of Parliament or any regulations made thereunder,

this section or the regulations made under this section shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

This provision does not disturb the usual requirement that regulations must fall within — and to be valid *construed* to fall within — the regulation-making power.

L’emploi de l’expression « *invention* brevetée » à l’art. 55.2 est donc un indice important de la portée des règlements que cette disposition autorise à prendre. BMS n’a pas inventé ni découvert le *paclitaxel*.

Deuxièmement, ce ne sont pas toutes les utilisations de l’invention brevetée qui déclencheront l’application du *Règlement ADC*. Le paragraphe 55.2(4) est expressément destiné à prévenir la contrefaçon par les personnes qui utilisent « l’invention brevetée » en se prévalant des exceptions relatives aux « travaux préalables » et à l’« emmagasinage » susmentionnées aux par. 55.2(1) et 55.2(2). Voilà tout ce que le gouverneur en conseil est autorisé à réglementer. (L’exception relative à l’emmagasinage a été abrogée par L.C. 2001, ch. 10, par. 2(1), sanctionnée le 14 juin 2001.)

Le fait que le *paclitaxel* se trouve dans le produit de Biolyse ne signifie pas que Biolyse a tiré avantage des inventions de BMS dans le but de procéder aux « travaux préalables » d’une copie générique ou d’« emmagasiner » en attendant l’expiration des brevets de BMS. Au contraire, le juge de première instance a conclu que l’approbation du produit de Biolyse *ne* reposait *pas* sur sa bioéquivalence avec le produit de BMS dans lequel se retrouvent ses inventions.

Troisièmement, les termes restrictifs du par. 55.2(4) ne sont pas touchés par la soi-disant « disposition attributive de prépondérance » énoncée au par. 55.2(5), lequel prévoit ce qui suit :

(5) Une disposition réglementaire prise sous le régime du présent article prévaut sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente.

Cette disposition ne remet pas en cause l’exigence habituelle selon laquelle le règlement doit entrer dans le cadre — et, pour être valide, doit être *interprété* comme entrant dans le cadre — du pouvoir de réglementation.

53

54

55

56 With these observations in mind, we next turn to the *NOC Regulations* themselves.

D. *The Scheme of the NOC Regulations*

57 The word “submission” is used in various places in the *NOC Regulations*. In particular, the text of s. 4(1) provides the template on which s. 5(1.1) is modelled. The relevant words in s. 4(1) are:

4. (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine

58 Section 4(2) permits a person who makes the “submission” to file at the same time a list of patents “that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine”. (There is a procedure to add after-acquired patents but otherwise the deadline is enforced.) The patent list becomes the minefield that the generic “copy-cat” manufacturer must navigate to obtain a NOC. The Federal Court has consistently held that the word “submission” in s. 4(1) does not include all submissions. It does not include a *supplementary* NDS. (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318 (F.C.T.D.), at paras. 13, 19 and 21, aff’d (2002), 16 C.P.R. (4th) 425, 2002 FCA 32; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155, 2003 FCA 274, at para. 18; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232, 2002 FCT 927, at para. 34; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58, 2004 FC 736, at paras. 39-40.)

59 Applying a purposive interpretation, the Federal Court in these cases held that to read “submission” in s. 4(1) to include all NDSs would allow innovator companies to sidestep the time limits applicable to patent lists by the simple expedient of submitting a supplementary New Drug Submission (SNDS) making corporate or technical changes to their filing (*Bristol-Myers*, at para. 19). Such a result would not be consistent with the scheme of the *NOC Regulations* as a whole. In my view, this purposive approach is correct.

À la lumière de ces observations, j’examine maintenant le *Règlement ADC* lui-même.

D. *L’économie du Règlement ADC*

Le mot « demande » figure à divers endroits dans le *Règlement ADC*. En particulier, le libellé du par. 4(1) fournit un modèle dont est inspiré le par. 5(1.1). Les termes pertinents du par. 4(1) sont les suivants :

4. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis

Le paragraphe 4(2) autorise la personne qui dépose la « demande » à déposer en même temps une liste de brevets « qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l’utilisation du médicament ». (Une procédure prévoit l’ajout des brevets obtenus postérieurement, mais par ailleurs, le délai s’applique.) La liste de brevets devient le champ de mines que le fabricant de « copies » génériques doit traverser pour obtenir un ADC. La Cour fédérale a statué de façon constante que le mot « demande » au par. 4(1) ne s’entend pas de toutes les demandes. Il n’inclut pas un *supplément* à une PDN. (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. n° 51 (QL) (1^{re} inst.), par. 13, 19 et 21, conf. par [2002] A.C.F. n° 96 (QL), 2002 CAF 32; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] A.C.F. n° 982 (QL), 2003 CAF 274, par. 18; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. n° 1208 (QL), 2002 CFPI 927, par. 34; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2004] A.C.F. n° 883 (QL), 2004 CF 736, par. 39-40.)

Dans ces affaires, après avoir appliqué une interprétation téléologique, la Cour fédérale a conclu qu’une interprétation du mot « demande » au par. 4(1) qui inclurait toutes les PDN permettrait à des sociétés innovatrices de passer outre aux délais applicables aux listes de brevets par le simple expédient qu’est la présentation d’un supplément à une PDN en vue d’apporter des modifications relatives à la société ou des modifications techniques à leur présentation (*Bristol-Myers*, par. 19). Pareil résultat serait contraire à l’économie générale du *Règlement ADC*. À mon avis, cette approche téléologique est la bonne.

The parallel words in s. 5(1.1) are:

5. (1.1) . . . where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine

The text of s. 5(1.1) closely tracks the language of s. 4(1). It is a reciprocal provision in the sense that s. 4(1) sets up the patent list that the person subject to s. 5(1.1) must circumnavigate. Section 5(1.1) should therefore receive a similarly purposive interpretation. The word “submission” should also be construed so as to fulfill the purposes laid out in s. 55.2(4) of the *Patent Act*.

E. *The Mischief Sought to Be Cured by Section 5(1.1)*

Section 5(1.1) was added in 1999 to deal with what turned out to be a non-existent problem. In *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 620 (T.D.), Cullen J. had held that a generic manufacturer could use as its “Canadian reference product” the product of another generic manufacturer without complying with the *NOC Regulations*. In his view no notice had to be given to the party truly interested, namely the manufacturer of the innovative drug from which that other generic had copied its product, even though the reality was that the supporting data for *both* generic manufacturers had been filed by the innovator drug company. This view was quickly corrected in *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21, aff’d (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.).

In the case at bar, the Federal Court of Appeal acknowledged this to be “the mischief”:

There is no doubt much to be said for the view that subsection 5(1.1) was introduced in response to the situation in [*Nu-Pharm*]. Indeed, Blanchard J. (at paragraph 48) found that this was the reason for the amendment. . . . The problem was that generic drug companies were attempting to avoid triggering section 5 by submitting documents that took the form of a NDS, but in

Les termes correspondants au par. 5(1.1) sont les suivants :

5 (1.1) . . . la personne qui dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue contenant un médicament . . .

Le libellé du par. 5(1.1) reproduit fidèlement celui du par. 4(1). Il s’agit d’une disposition réciproque dans le sens où le par. 4(1) crée la liste de brevets que doit contourner la personne soumise au par. 5(1.1). Le paragraphe 5(1.1) devrait donc recevoir une interprétation téléologique semblable. L’interprétation du mot « demande » devrait également permettre d’atteindre les objectifs visés par le par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*.

E. *Le mal auquel le par. 5(1.1) doit remédier*

Le paragraphe 5(1.1) a été ajouté en 1999 pour remédier à ce qui s’est révélé être un faux problème. Dans *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 620 (1^{re} inst.), le juge Cullen avait conclu qu’un fabricant de produits génériques pouvait employer comme « produit de référence canadien » le produit d’un autre fabricant de produits génériques sans respecter le *Règlement ADC*. À son avis, il n’y avait pas lieu d’aviser la partie réellement intéressée, à savoir le fabricant de la nouvelle drogue dont le produit avait été copié par le fabricant de produits génériques, même si en réalité, les données étayant les demandes des *deux* fabricants de produits génériques avaient été soumises par la société pharmaceutique innovatrice. Cette opinion a rapidement été corrigée dans *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 1825 (QL) (1^{re} inst.), conf. par [2000] A.C.F. n° 380 (QL) (C.A.).

En l’espèce, la Cour d’appel fédérale a reconnu que « le mal » provenait de cette décision du juge Cullen :

L’on pourrait débattre longuement de l’hypothèse que le paragraphe 5(1.1) a été adopté en réponse à [*Nu-Pharm*]. Le juge Blanchard a d’ailleurs conclu en ce sens (au paragraphe 48). [. . .] [L]es fabricants de médicaments génériques tentaient de contourner l’article 5 en présentant des documents qui revêtaient la forme d’un PDN, mais qui constituaient en fait des PADN déguisées

60

61

62

63

reality were disguised ANDSs because they relied heavily on data generated in connection with a drug that was approved, but without making a comparison to demonstrate bioequivalence. [para. 25]

64 The motions judge in this case found Biolyse to have properly filed an NDS. It was not a “disguised AND[S]”. The Minister takes the position that s. 5(1.1) is restricted to the *Nu-Pharm* type situation and does not extend to the NDS filed by Biolyse in the present case.

F. *Conclusion on the Issue of Interpretation*

65 The interpretation offered by BMS of s. 5(1.1) pushes the provision well beyond its stated purpose of preventing generic manufacturers from hiding their reliance on innovator drugs by putting forward as their reference drug another generic manufacturer’s product, in circumstances where both generics are simply copies of the innovator drug. If the approval of the generic drug is related to the work of another drug manufacturer in respect of which a patent list has been filed (as in the *Nu-Pharm* type situations), it will be caught by s. 5(1.1). However, in this case, as stated, the motions judge found that the Minister did not rely on the BMS work. He relied on work performed by Biolyse itself and “on what was known to scientists in the public realm about paclitaxel” (para. 40).

66 The broad interpretation urged by BMS would lead to an absurd result. The “medicine” in the drug to which the patent list relates need not itself be patented, or indeed owe anything to the ingenuity of the “first” person. It could be a “medicine” whose usefulness was discovered by somebody else (as in the case of *paclitaxel*) or something in the public domain as common as penicillin. So long as such “medicine” shows up as a component, however minor, in the chemical composition of the drug to which the patent list relates, the “second person” (including an innovator who is seeking to manufacture a new and useful drug) is barred from proceeding to market by the automatic statutory freeze, and this “bar” will continue for so long as the patent list

en ce qu’ils s’en remettaient largement à des données produites en liaison avec un médicament approuvé, mais sans faire de comparaison pour en établir la bioéquivalence. [par. 25]

Dans la présente affaire, le juge des requêtes a estimé que Biolyse avait à juste titre déposé une PDN. Il ne s’agissait pas d’une « PADN déguisé[e] ». Le ministre affirme que le par. 5(1.1) est limité aux cas comme celui de *Nu-Pharm* et qu’il ne s’étend pas à la PDN déposée par Biolyse en l’espèce.

F. *Conclusion sur la question de l’interprétation*

L’interprétation que donne BMS du par. 5(1.1) pousse la disposition bien au-delà de son objet déclaré, qui est d’empêcher les fabricants de produits génériques de cacher qu’ils se fondent sur des drogues nouvelles en soumettant un autre produit générique au titre de médicament de référence, alors que les deux produits génériques ne sont que des copies de la drogue nouvelle. Si l’approbation d’un produit générique est liée aux travaux d’une autre société pharmaceutique à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise (comme dans les cas semblables à celui de *Nu-Pharm*), cette approbation sera visée par le par. 5(1.1). Or, en l’espèce, ainsi que je l’ai mentionné, le juge des requêtes a conclu que le ministre ne s’était pas fondé sur les travaux de BMS. Il s’est fondé sur les travaux réalisés par Biolyse elle-même et « sur les connaissances scientifiques relatives au paclitaxel qui faisaient partie du domaine public » (par. 40).

L’interprétation libérale préconisée par BMS conduirait à un résultat absurde. Le « médicament » contenu dans la drogue visée par la liste de brevets n’a pas en soi besoin d’être breveté, ou plutôt, il ne doit rien à l’ingéniosité de la « première » personne. Il pourrait s’agir d’un « médicament » dont l’utilité a été découverte par quelqu’un d’autre (comme c’est le cas du *paclitaxel*) ou d’une chose aussi courante que la pénicilline qui fait partie du domaine public. Tant que ce « médicament » apparaît comme un élément, si négligeable soit-il, de la composition chimique de la drogue à laquelle se rattache la liste de brevets, la « deuxième personne » (y compris l’innovateur qui cherche à fabriquer une drogue nouvelle et utile) se voit interdire l’accès au marché en raison

holder can evergreen its product by resort to patentable improvements to other components or additions, be they ever so minor. This would stifle competition and innovation in the pharmaceutical industry and produce a result at odds with what the regulator was trying to achieve.

The “plain meaning” adopted by the Federal Court of Appeal in this case would suggest that s. 5(1.1) is *ultra vires* the regulation-making power which, as noted earlier, only authorizes regulations “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) [the ‘early working’ exception] or (2) [the ‘stock-piling’ exception — now repealed]”. While there are other similarities between the Biolyse product and the BMS product, the decision of the Federal Court under s. 5(1.1) rests entirely on the presence of *paclitaxel* in both the BMS and the Biolyse products.

The interpretation put forward by BMS should be rejected, based not only on the limiting language of s. 55.2 of the *Patent Act* but on the more fundamental objection that on such a view a “first person” could extend its monopoly far beyond the scope of any possible *quid pro quo* its own skill and ingenuity have contributed to the public.

V. Conclusion

In my view, s. 5(1.1) does not apply to innovative drugs. It should be confined to applications for generic copies of patented drugs in the circumstances contemplated by the regulator, i.e., where a manufacturer makes a submission for a NOC for a drug which contains a medicine that it purports to copy from another generic but in fact copies from the innovator company that has filed the patent list. That is not this case. Where the applicant relies on bioequivalence, it will be caught by s. 5(1). On the facts here, neither s. 5(1) nor s. 5(1.1) applies.

du gel légal automatique, et cette « interdiction » se poursuivra tant que le titulaire du brevet visé par la liste pourra perpétuer son produit en recourant à des améliorations brevetables apportées à d’autres éléments ou ajouts, si négligeables soient-elles. Cela aurait pour effet d’étouffer la concurrence et l’innovation dans l’industrie pharmaceutique et produirait un résultat contraire à celui recherché par l’autorité de réglementation.

Le « sens ordinaire » adopté par la Cour d’appel fédérale en l’espèce laisse entendre que le par. 5(1.1) excède le pouvoir de réglementation qui, comme je l’ai déjà mentionné, n’autorise la prise de règlements que s’ils sont nécessaires « afin d’empêcher la contrefaçon de brevet d’invention par l’utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d’une *invention brevetée* au sens des paragraphes (1) [l’exception relative aux ‘travaux préalables’] ou (2) [l’exception relative à l’‘emmagasiner’ — maintenant abrogée] ». Bien qu’il y ait d’autres éléments similaires entre le produit de Biolyse et celui de BMS, la décision de la Cour fédérale rendue en vertu du par. 5(1.1) repose entièrement sur la présence du *paclitaxel* dans le produit de BMS et dans celui de Biolyse.

L’interprétation avancée par BMS devrait être rejetée, non seulement à cause des termes limitatifs du par. 55.2 de la *Loi sur les brevets*, mais pour la raison plus fondamentale qu’une telle conception permettrait à la « première personne » de voir l’étendue de son monopole dépasser, et de loin, toute contrepartie possible que son talent et son ingéniosité auraient pu procurer au public.

V. Conclusion

J’estime que le par. 5(1.1) ne s’applique pas aux drogues nouvelles. Il devrait se limiter aux demandes relatives aux copies génériques de drogues brevetées dans les cas envisagés par l’autorité de réglementation, c.-à-d. ceux où le fabricant demande un ADC à l’égard d’une drogue qui contient un médicament qu’il prétend être une copie d’un autre produit générique mais qui, en fait, est une copie du produit de la société innovatrice qui a soumis la liste de brevets. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Si le demandeur se fonde sur la bioéquivalence, il sera visé par

67

68

69

Accordingly, I conclude that the Minister was entitled to issue the NOC to the appellant Biolyse on the basis of its NDS without subjecting Biolyse to the statutory freeze.

70 If BMS believes that the Biolyse product infringes its patent(s), it has recourse to the usual remedies under the *Patent Act*.

71 The NOC ought not to have been quashed, and the appeal should be allowed with costs throughout.

The reasons of Major, Bastarache and Charron JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

72 While the appellant, Biolyse Pharma Corporation (“Biolyse”), raised a number of issues, only one, namely the determination of the scope of s. 5(1.1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (“*NOC Regulations*”), was dealt with in the courts below and requires our attention. This appeal arises following an application by the respondents, Bristol-Myers Squibb Company and Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (collectively “BMS”), seeking an order quashing a notice of compliance (“NOC”) granted by the Minister of Health (“Minister”) to Biolyse in respect of Paclitaxel for injection, 6 mg/ml.

73 Patent protection is crucial to the innovative pharmaceutical industry. Like other inventions, medicines are entitled to patent protection if they meet certain requirements (see M. Smith, *Patent Protection for Pharmaceutical Products* (November 1993), p. 1). The *NOC Regulations* with their intimate connection with the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, provide for the protection of private patent rights.

74 Simply put, where s. 5 of the *NOC Regulations* applies to a drug manufacturer, a NOC cannot be

le par. 5(1). Au vu des faits de l’espèce, ni le par. 5(1) ni le par. 5(1.1) ne s’appliquent. Par conséquent, je conclus que le ministre avait le droit de délivrer à l’appelante Biolyse un ADC qui reposait sur sa PDN sans l’assujettir au gel légal.

Si BMS estime que le produit de Biolyse contrefait son ou ses brevets, elle peut se prévaloir des recours habituels prévus par la *Loi sur les brevets*.

L’ADC n’aurait pas dû être annulé et le pourvoi devrait être accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Major, Bastarache et Charron rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

Bien que l’appelante, Biolyse Pharma Corporation (« Biolyse »), ait soulevé un certain nombre de questions, seule celle relative à la délimitation de la portée du par. 5(1.1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (« *Règlement ADC* »), a été abordée par les tribunaux inférieurs et retient notre attention. Le présent pourvoi fait suite à une demande des intimées, Bristol-Myers Squibb Company et Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (appelées collectivement « BMS »), visant l’annulation de l’avis de conformité (« ADC ») que le ministre de la Santé (« ministre ») a délivré à Biolyse à l’égard du Paclitaxel pour perfusion, 6 mg/ml.

La protection par brevet est essentielle à l’industrie pharmaceutique innovatrice. À l’instar des autres inventions, les médicaments sont admissibles à la protection par brevet s’ils satisfont à certaines exigences (voir M. Smith, *Les produits pharmaceutiques et la protection accordée par les brevets* (novembre 1993), p. 1). De par son lien étroit avec la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, le *Règlement ADC* pourvoit à la protection des droits privés conférés par les brevets.

En termes simples, lorsque l’art. 5 du *Règlement ADC* s’applique à un fabricant de drogues, l’art. 7

issued by the Minister under s. 7 unless the manufacturer has complied with s. 5. Section 5 establishes a procedure by which a “second person”, a subsequent (entry) manufacturing company, in this case Biolyse, is required to make submissions and serve a notice of allegation (“NOA”) on the “first person”, the originating, innovative, manufacturing company, in this case BMS, to advise the latter that it is seeking approval of a drug containing a medicine found in the innovator company’s already approved drug.

Biolyse believes that the result reached by the Federal Court of Appeal is unjust and unreasonable. It asks this Court to accept a different interpretation of the words used by the legislator and Governor in Council. The nature of the suggestion made by Biolyse is best understood by reading para. 86 of its factum. It writes:

Reading subsection 5(1.1) in the context of the Act and these other relevant sections of the Regulations, the courts below should have implied the words italicized below (or similar language) to provide an interpretation of subsection 5(1.1) that is faithful to the intent of the Act and the Regulations:

5(1.1) . . . where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a *patented active ingredient* found in another drug or a *patented process used in manufacturing* that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person *who is the patent holder* and in respect of which a patent list of that *patent holder* has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form, and where the same route of administration and a comparable strength and dosage form *are patented*, . . . [Emphasis in appellant’s factum.]

The Court must be guided by the need to preserve the value and centrality of the scheme of the patent list system and its content. In my respectful view, this Court ought not lend support to a self-described “innovative” small family company by disregarding the rules of statutory interpretation and the true scheme of the *NOC Regulations*. This

interdit au ministre de délivrer un ADC à moins que le fabricant ne se soit conformé à l’art. 5. Cet article établit une procédure en vertu de laquelle la « seconde personne », le fabricant subséquent, Biolyse en l’occurrence, est tenue de présenter une demande et de signifier un avis d’allégation (« ADA ») à la « première personne », le fabricant d’origine, la société innovatrice, BMS en l’occurrence, pour l’informer qu’elle cherche à faire approuver une drogue contenant un médicament que l’on trouve dans la drogue déjà approuvée de la société innovatrice.

Biolyse croit que la conclusion de la Cour d’appel fédérale est injuste et déraisonnable. Elle demande à la Cour d’adopter une interprétation différente des termes employés par le législateur et le gouverneur en conseil. Il est plus facile de saisir la nature de la proposition avancée par Biolyse en lisant le par. 86 de son mémoire. Voici ce qu’elle écrit :

[TRADUCTION] En lisant le par. 5(1.1) dans le contexte de la Loi et des autres dispositions pertinentes du Règlement, les tribunaux inférieurs auraient dû y voir les termes figurant en italique ci-dessous (ou des termes semblables) afin de lui donner une interprétation qui soit fidèle à l’objet de la Loi et du Règlement :

5(1.1) . . . la personne qui dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue contenant un *ingrédient actif breveté* que l’on trouve dans une autre drogue ou un *procédé de fabrication breveté* qui a été commercialisé au Canada par suite de la délivrance d’un avis de conformité à la première personne *qui est la titulaire du brevet* et à l’égard de laquelle une liste des brevets *de cette titulaire de brevets* a été soumise, doit inclure dans la demande, à l’égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d’administration et une forme posologique et une concentration comparables, et lorsque cette même voie d’administration et cette même forme posologique et concentration comparables *sont brevetées*, . . . [En italique dans le mémoire de l’appelante.]

La Cour doit se laisser guider par la nécessité de préserver l’utilité et le caractère crucial du système de liste de brevets et du contenu de cette liste. À mon humble avis, la Cour ne devrait pas prêter main-forte à une petite société familiale soi-disant « innovatrice » en faisant abstraction des règles d’interprétation législative et de la véritable économie du

legislative scheme cannot work without its main tool: the NOA. The ability to circumvent the NOA would render the patent list an empty shell.

77 This is a case of regulatory interpretation, and nothing more. The Court must always be careful not to overstep its boundaries. Public policy must be left to the legislature and government, especially when dealing with competing interests where the government has consulted stakeholders and asked Parliament to legislate.

II. Preliminary Issues

78 Biolyse has raised a number of preliminary issues which need to be addressed before embarking on the core of this appeal.

A. *Judicial Review Is the Appropriate Remedy*

79 Biolyse submits that the very remedy used by BMS should not be available to it under s. 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. It claims that the *Patent Act* and the *NOC Regulations* contain a complete code of patent remedies. Since there was a preferable alternative remedy in the *Patent Act*, the courts below should have denied BMS's application for judicial review. I cannot agree.

80 Judicial review is explicitly provided for in s. 18.1 of the *Federal Courts Act* (see Appendix). It has always been available in cases where the Minister was alleged to have failed to comply with the *NOC Regulations*: *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21 (“*Merck 1999*”), aff'd (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.), leave to appeal denied, [2000] 1 S.C.R. xvii; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 80 C.P.R. (3d) 74 (F.C.A.). BMS's interest, insofar as its patents are concerned, is directly affected by Biolyse's submissions and falls within the purview of s. 18.1. The special statutory regime created by the *NOC Regulations* does not provide for the quashing of a NOC. Nonetheless, the *NOC Regulations*, under s. 6, do govern the prohibition proceedings. Moreover,

Règlement ADC. Ce régime législatif ne peut fonctionner sans son principal outil : l'ADA. La faculté de contourner l'ADA ferait de la liste de brevets une coquille vide.

Il s'agit en l'espèce d'une question d'interprétation de règlement, rien de plus. La Cour doit toujours prendre soin de ne pas outrepasser les limites de sa compétence. Elle doit laisser les questions de politique générale au législateur et au gouvernement, surtout lorsque, en présence d'intérêts opposés, ce dernier a consulté les intervenants et demandé au Parlement de légiférer.

II. Questions préliminaires

Biolyse a soulevé un certain nombre de questions préliminaires auxquelles il est nécessaire de répondre avant de plonger au cœur du présent pourvoi.

A. *Le contrôle judiciaire est le recours approprié*

Biolyse soutient que BMS ne devrait pas pouvoir exercer le recours prévu à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. Elle prétend que la *Loi sur les brevets* et le *Règlement ADC* contiennent un code exhaustif des recours en matière de brevets. Vu l'existence d'un meilleur recours subsidiaire dans la *Loi sur les brevets*, les tribunaux inférieurs auraient dû rejeter la demande de contrôle judiciaire de BMS. Je ne puis souscrire à cette prétention.

Le contrôle judiciaire est expressément prévu à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* (voir annexe). Ce recours a toujours été ouvert dans les cas où il est allégué que le ministre n'a pas observé le *Règlement ADC* : *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 1825 (QL) (1^{re} inst.) (« *Merck 1999* »), conf. par [2000] A.C.F. n° 380 (QL) (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xvii; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1998] A.C.F. n° 274 (QL) (C.A.). Les droits de BMS, dans la mesure où ses brevets sont concernés, sont directement touchés par la demande de Biolyse et relèvent de l'art. 18.1. Le cadre réglementaire spécial que crée le *Règlement ADC* ne prévoit pas l'annulation d'un ADC. L'article 6 du *Règlement ADC* régit néanmoins la procédure

although it may have been determined that courts will not normally grant relief on an application for judicial review under s. 18.1 when the applicant could have sought an order of prohibition pursuant to a right of action under s. 6 of the *NOC Regulations* (see *Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)* (2002), 20 C.P.R. (4th) 29, 2002 FCA 289), this is not an absolute rule. As noted by the Federal Court of Appeal ([2003] 4 F.C. 505, 2003 FCA 180, at para. 41), when an applicant had no opportunity to proceed under s. 6, the court's exercise of its judicial review jurisdiction under s. 18.1 is not constrained by the special regime created by the *NOC Regulations*. In the case at bar, it is Biolyse's own action in circumventing the procedure in the *NOC Regulations* that deprived BMS of possible relief under the *NOC Regulations*.

I agree with Blanchard J. of the Federal Court, Trial Division when he expresses the following view:

While a patent infringement action is open to the applicant, the Regulations set out a scheme that is designed to give notice to those whose patent rights may be infringed. A party's right to instigate a patent infringement action should have no bearing on its right to seek to quash a NOC improperly issued, and judicial review of a ministerial decision not to require service of a NOA where a party is of the view that the Minister erred in rendering such decision.

((2002), 224 F.T.R. 236, 2002 FCT 1205, at para. 33)

The alternative option of BMS, i.e., to institute an action in infringement against Biolyse, would not have given rise to the remedy sought. BMS argues that the Minister erred in law when he decided to issue a NOC without requiring that Biolyse comply with s. 5(1.1) of the *NOC Regulations* and that the Court should therefore quash the NOC. But the validity of a NOC is not a subject to be adjudicated in an infringement action. The legislative scheme grants to the Minister the power to decide on the appropriateness of issuing a NOC with regard to

d'interdiction. En outre, même s'il a été établi que les tribunaux n'accorderont habituellement pas de réparation dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire prévue à l'art. 18.1 dans le cas où le demandeur aurait pu demander une ordonnance d'interdiction conformément au droit d'action que lui confère l'art. 6 du *Règlement ADC* (voir *Syntex (U.S.A.) L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2002] A.C.F. n° 1020 (QL), 2002 CAF 289), cette règle n'est pas absolue. Comme l'a indiqué la Cour d'appel fédérale ([2003] 4 C.F. 505, 2003 CAF 180, par. 41), lorsque le demandeur n'a pas pu invoquer l'art. 6, le régime spécial créé par le *Règlement ADC* n'empêche pas le tribunal d'exercer la compétence que lui confère l'art. 18.1 en matière de contrôle judiciaire. En l'espèce, c'est Biolyse elle-même qui, en contournant la procédure établie au *Règlement ADC*, a privé BMS d'un recours possible prévu au *Règlement ADC*.

Je suis d'accord avec le juge Blanchard de la Section de première instance de la Cour fédérale lorsqu'il exprime l'opinion suivante :

Bien que l'action en contrefaçon de brevet soit ouverte à la demanderesse, le Règlement prévoit un mécanisme conçu pour aviser ceux dont les droits de brevet risquent d'être lésés. Le droit d'introduire une action en contrefaçon de brevet ne devrait pas avoir d'incidence sur son droit de chercher à obtenir l'annulation d'un avis de conformité qui n'a pas été régulièrement délivré et le contrôle judiciaire de la décision du ministre de ne pas exiger la signification d'un avis d'allégation lorsque l'intéressé est d'avis que le ministre a commis une erreur en prenant une telle décision.

([2002] A.C.F. n° 1638 (QL), 2002 CFPI 1205, par. 33)

L'autre solution qui s'offrait à BMS, soit engager une action en contrefaçon contre Biolyse, n'aurait pas abouti à la réparation recherchée. BMS soutient que le ministre a commis une erreur de droit lorsqu'il a décidé de délivrer un ADC sans exiger de Biolyse qu'elle se conforme au par. 5(1.1) du *Règlement ADC* et que la Cour devrait par conséquent annuler l'ADC. Or, il n'est pas possible de se prononcer sur la validité d'un ADC dans le cadre d'une action en contrefaçon. Le régime législatif accorde au ministre le pouvoir de décider de l'opportunité de délivrer

safety issues. BMS was not trying to prove infringement of its patent and claim damages. An action in infringement would have served no useful purpose in the case at bar. Hence, there was no alternative procedure to be followed in order to quash the Minister's decision. The "adequate alternative remedy principle" finds no application in the instant case (see *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paras. 32-42).

83 In sum, an application for judicial review was the sole procedural means available to BMS in order to quash the Minister's decision.

B. *Correctness Is the Proper Standard of Review*

84 Having determined that an application for judicial review was the proper course of action, it is now necessary to determine the appropriate level of deference which must be shown to the Minister. Both the Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal agreed that the adequate standard of review was correctness. Biolyse argues that it is the standard at the other end of the spectrum that should have been applied: patent unreasonableness. I disagree. No deference should be shown for the Minister's decision in the present case.

85 As established by this Court in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, a pragmatic and functional analysis must be conducted in order to determine the applicable standard of review. The central determination of this approach turns on legislative intent (*Pushpanathan*, at para. 26). The enquiry entails consideration of the following factors: (1) the absence or presence of a privative clause; (2) the purpose of the Act as a whole and of the applicable provision in particular; (3) the expertise of the tribunal; and (4) the nature of the problem. I now propose to examine these factors.

86 First, the Minister's decision is not protected by a privative clause in the *NOC Regulations*.

un ADC pour ce qui concerne les questions d'innocuité. BMS n'essayait pas de prouver qu'il y avait eu contrefaçon de son brevet et d'obtenir des dommages-intérêts. Une action en contrefaçon n'aurait servi à rien en l'espèce. Il n'y avait donc aucun autre moyen de faire annuler la décision du ministre. Le « principe de l'autre recours approprié » ne s'applique pas dans la présente affaire (voir *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 32-42).

En résumé, la demande de contrôle judiciaire était le seul moyen procédural dont disposait BMS pour faire annuler la décision du ministre.

B. *La norme de la décision correcte est la norme de contrôle appropriée*

Après avoir conclu que la demande de contrôle judiciaire était le recours approprié, il est maintenant nécessaire d'établir le degré de retenue dont il faut faire preuve envers le ministre. La Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont toutes deux reconnu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte. Biolyse prétend que c'est la norme située à l'autre extrémité du spectre qu'il aurait fallu appliquer, soit celle de la décision manifestement déraisonnable. Je ne suis pas d'accord. Il n'y a pas lieu en l'espèce de faire montre de retenue envers la décision du ministre.

Ainsi que l'a établi la Cour dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, pour déterminer la norme de contrôle applicable, il faut procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle. La détermination de cette norme est centrée sur l'intention du législateur (*Pushpanathan*, par. 26). L'examen doit tenir compte des facteurs suivants : (1) l'absence ou la présence d'une clause privative, (2) l'objet de la loi dans son ensemble et, en particulier, de la disposition en cause, (3) l'expertise du tribunal, et (4) la nature du problème. Je me propose maintenant d'examiner ces facteurs.

Premièrement, la décision du ministre n'est protégée par aucune clause privative contenue au

The latter are silent as to the intended standard of review.

Second, as will be detailed below, the legislative function and purpose of the *NOC Regulations* are to protect patent rights, more specifically to prevent patent infringement. This purpose can be contrasted with that of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, which is to protect public health by assuring the safety and efficacy of drugs. As the Court stated in *Pushpanathan*, at para. 36, “[w]here the purposes of the statute and of the decision-maker are conceived not primarily in terms of establishing rights as between parties, or as entitlements, but rather as a delicate balancing between different constituencies, then the appropriateness of court supervision diminishes.” Thus, while determinations made pursuant to the *Food and Drug Regulations* are polycentric, given that the Minister’s decisions are made in contemplation of public health, and therefore amount to an implementation of social and economic policy in a broad sense, the decision of the Minister to grant a NOC under the *NOC Regulations* is one that is judicially based and grapples in essence with the interests of the new drug applicant and the interests of an existing patent holder (see *Pfizer Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare* (1986), 12 C.P.R. (3d) 438 (F.C.A.), at p. 440). Consequently, in the case at bar, the Minister was primarily establishing rights between parties as opposed to undertaking a delicate balancing exercise (see *Reference re: Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 7 (1999), 3 C.P.R. (4th) 77 (F.C.A.), at para. 4).

Third, Biolyse argues that the Minister’s expertise in drug approval should tip the balance in favour of deference. True: the primary area of expertise of the Minister relates to safety and efficacy, basically the evaluation of scientific evidence. However, such expertise is not engaged when simply interpreting the *NOC Regulations*, divorced from their relationship to the science (see *Eli Lilly Canada Inc.*

Règlement ADC. Ce dernier n’indique aucune norme de contrôle voulue par le gouverneur en conseil.

Deuxièmement, ainsi que je le préciserai ultérieurement, le *Règlement ADC* a pour objet de protéger les droits de brevet et, plus particulièrement, de prévenir la contrefaçon. Cet objet peut être distingué de celui du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870, lequel vise à protéger la santé du public en assurant l’innocuité et l’efficacité des médicaments. Comme la Cour l’a dit dans *Pushpanathan*, par. 36, « [I]orsque les objectifs de la loi et du décideur sont définis non pas principalement comme consistant à établir les droits des parties, ou ce qui leur revient de droit, mais bien à réaliser un équilibre délicat entre divers intérêts, alors l’opportunité d’une supervision judiciaire diminue. » Partant, alors que les décisions prises sous le régime du *Règlement sur les aliments et drogues* sont polycentriques, vu que les décisions du ministre procèdent de considérations relatives à la santé du public et, de ce fait, équivalent à une mise en œuvre de politiques sociales et économiques au sens large, la décision du ministre de délivrer un ADC en vertu du *Règlement ADC* est une décision qui repose sur l’impartialité et qui oppose essentiellement les droits de la personne qui présente une demande au sujet d’une drogue nouvelle et ceux d’un titulaire de brevet (voir *Pfizer Canada Inc. c. Minister of National Health and Welfare* (1986), 12 C.P.R. (3d) 438 (C.A.F.), p. 440). Par conséquent, en l’espèce, le ministre procédait essentiellement à l’établissement des droits des parties et non à un exercice d’équilibre délicat (voir *Renvoi concernant une question portant sur l’application de l’art. 7 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, [1999] A.C.F. n° 1535 (QL) (C.A.) (*sub nom. Merck & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*), par. 4).

Troisièmement, Biolyse soutient que la compétence du ministre en matière d’approbation de drogues devrait faire pencher la balance en faveur de la retenue. Certes, l’expertise première du ministre porte sur l’innocuité et sur l’efficacité, en fait sur l’appréciation des éléments de preuve scientifique. Or, cette compétence n’entre pas en jeu quand il ne s’agit que d’interpréter le *Règlement ADC*, sans égard à

v. Canada (Minister of Health), [2003] 3 F.C. 140, 2003 FCA 24, at para. 5.

89

Fourth, there is no doubt that the central issue in this case is the interpretation and application of s. 5(1.1) of the *NOC Regulations*. Hence, the issue before the Court presents a question of mixed law and fact with precedential value. The Minister would arguably have no greater expertise with regard to this issue than the Court (see *Merck 1999*, at para. 68).

90

I agree with Blanchard J. that the appropriate standard of review applicable to the issue of whether s. 5 of the *NOC Regulations* is engaged on the facts of this application is correctness. The Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal have usually concluded that a low level of deference should be adopted when reviewing decisions by the Minister to grant a NOC under the *NOC Regulations* (*Merck 1999*, at para. 68). I would adopt the following comments from Hugessen J. in *Novopharm Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 3 F.C. 50 (T.D.), at paras. 16 and 19, with regard to this:

The Minister is not a specialized tribunal; he is not a tribunal at all. He has no independent decision-making power, no discretion and no policy-making role under the Regulations; his functions are purely ministerial. He is charged with the duty of applying and administering the Regulations and he must do so properly. The standard of review is that of correctness.

The Minister's duty is to keep the register and to administer the Regulations. It is not a duty which sits lightly with a Minister whose primary function is the protection of public health and safety since these Regulations have nothing to do with that subject and everything to do with the regulation of the conflicting relationships between brand name and generic drug manufacturers. The duty is, however, cast upon him by the Regulations and he must carry it out fairly and even-handedly.

son rapport à la science (voir *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140, 2003 CAF 24, par. 5).

Quatrièmement, il ne fait aucun doute que la question de l'interprétation et de l'application du par. 5(1.1) du *Règlement ADC* est au cœur de la présente affaire. La Cour est donc saisie d'une question mixte de droit et de fait ayant valeur de précédent. L'expertise du ministre, s'il en est, ne saurait être plus grande à cet égard que celle de la Cour (voir *Merck 1999*, par. 68).

Je suis d'accord avec le juge Blanchard pour dire que la norme de contrôle appropriée quant à la question de savoir si l'art. 5 du *Règlement ADC* s'applique compte tenu des faits de l'espèce est celle de la décision correcte. La Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont souvent conclu qu'il y aurait lieu de faire preuve d'un faible degré de retenue lors du contrôle des décisions du ministre de délivrer un ADC sous le régime du *Règlement ADC* (*Merck 1999*, par. 68). À cet égard, je souscris aux propos suivants du juge Hugessen dans *Novopharm Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 3 C.F. 50 (1^{re} inst.), par. 16 et 19 :

Le ministre n'est pas un tribunal spécialisé; il n'est pas un tribunal du tout. Il n'est investi d'aucun pouvoir décisionnel indépendant, d'aucun pouvoir discrétionnaire, ni d'aucun pouvoir d'établir des politiques en vertu du Règlement; ses fonctions sont purement ministérielles. Il a le devoir d'appliquer et d'administrer le Règlement et de le faire correctement. La norme de contrôle applicable est celle de la justesse de sa décision.

Le ministre a le devoir de tenir le registre et d'administrer le Règlement. Il ne s'agit pas d'un devoir qui convient d'emblée à un ministre dont la fonction principale consiste à protéger la santé et la sécurité du public, car le Règlement n'a rien à voir avec cette matière et tout à voir avec la réglementation des rapports conflictuels entre les fabricants de médicaments de marque déposée et les fabricants de médicaments génériques. Ce devoir lui est toutefois imposé par le Règlement et il doit s'en acquitter de façon équitable et impartiale.

As will be demonstrated in the analysis below, I am of the view that no significant error of fact or principle was made by the lower courts in concluding that the Minister committed a reviewable error. Biolyse presented a number of new arguments to our Court; none are accepted here.

Absent an error of principle, a misapprehension of the facts, or an otherwise unreasonable determination, this Court should not interfere with the application judge's exercise of discretion conclusion. I would confirm his decision.

C. *Motion by BMS to Admit Reply Evidence Is Allowed*

At the hearing, BMS renewed a motion which it had made to the Court in August 2004. BMS applied for an order admitting new evidence, the affidavit of Noëlle-Dominique Willems, and allowing it to file a reply factum to respond to the new evidence, i.e., the affidavit of James Keon and the factum of the intervener Canadian Generic Pharmaceutical Association. Given that the underlying position of Biolyse, as will be discussed later, is centred on the policy considerations and the impact of the regulatory regime, argument which is developed in great detail by the intervener Canadian Generic Pharmaceutical Association, this Court should be provided with the opposing party's view. I would allow the motion and admit the reply evidence and factum of BMS.

III. Statutory Interpretation

Courts are confronted on a daily basis with the task of interpreting enactments of Parliament and the Governor in Council. Effectively, statutes and regulations are the instruments which embody the voice of parliamentarians and members of legislative assemblies and provide guidance to Canadians in making decisions. In *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 2, Professor Sullivan eloquently explains this important dimension:

Comme le démontrera l'analyse ci-après, j'estime que les tribunaux inférieurs n'ont commis aucune erreur importante de fait ou de principe en concluant que le ministre avait commis une erreur donnant ouverture à révision. Biolyse a soumis à la Cour un certain nombre de nouveaux arguments; aucun d'eux n'est retenu en l'espèce.

En l'absence d'une erreur de principe, d'une interprétation erronée des faits ou d'une décision autrement déraisonnable, la Cour ne devrait pas modifier la conclusion du juge de première instance. Je suis d'avis de confirmer sa décision.

C. *La requête de BMS visant l'admission d'une contre-preuve est accueillie*

À l'audience, BMS a présenté à nouveau une requête qu'elle avait présentée à la Cour en août 2004. BMS a demandé une ordonnance visant l'admission d'un nouvel élément de preuve, l'affidavit de M^{me} Noëlle-Dominique Willems, et l'autorisant à déposer un mémoire en réponse à un nouvel élément de preuve, soit l'affidavit de M. James Keon, ainsi que le mémoire de l'intervenante, l'Association canadienne du médicament générique. Étant donné que la position sous-jacente de Biolyse, dont il sera question plus loin, est axée sur les considérations de politique générale et les incidences du régime réglementaire, un sujet traité en détail par l'intervenante, l'Association canadienne du médicament générique, dans son argumentation, la Cour devrait pouvoir bénéficier du point de vue de la partie adverse. Je suis d'avis d'accueillir la requête et d'admettre la contre-preuve et le mémoire de BMS.

III. Interprétation législative

Les tribunaux sont quotidiennement appelés à interpréter les textes législatifs adoptés par le Parlement ou pris par le gouverneur en conseil. En effet, les lois et les règlements sont les instruments par lesquels s'expriment les parlementaires et les membres des assemblées législatives pour guider les Canadiens dans leurs décisions. Dans l'ouvrage *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 2, la professeure Sullivan explique avec éloquence cette dimension importante :

91

92

93

94

In the case of legislation, the law-maker wants to communicate the law that it intended to enact because that law, as set out in the successive provisions of a statute or regulation, is the means chosen by the law-maker to achieve a set of desired goals. Law-abiding readers (including those who administer or enforce the legislation and those who resolve disputes) try to identify the intended goals of the legislation and the means devised to achieve those goals, so that they can act accordingly.

A. *General Principles*

95 In his book *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, E. A. Driedger sets out this often-cited principle:

Today there is only one principle or approach, namely, 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.

96 It is now well settled in law that this modern approach is the preferred method of statutory interpretation (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at paras. 186-87; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6, at para. 54; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76, at para. 154). However, this framework need not be applied in a formulaic manner. The factors need not be canvassed separately in every case, given that they are very closely related and interdependent: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 28.

97 Biolyse argues that the proper method of interpretation when one is interpreting a regulation, and not an act, is to adopt a two-stage analysis where one first applies the Driedger approach to the regulation in isolation, and then applies the result of the first analysis in the context of the wording and policy objects of the act itself, taking into account other relevant acts and legal policies. BMS submits that there is no need to make a distinction between

[TRADUCTION] Dans le cas d'un texte législatif, le législateur veut communiquer la règle de droit qu'il entend adopter parce que cette règle de droit, qu'énoncent les dispositions successives d'une loi ou d'un règlement, est le moyen qu'il a choisi pour atteindre un ensemble d'objectifs souhaités. Les lecteurs respectueux de la loi (incluant les personnes chargées de l'administrer ou de l'appliquer et celles qui règlent les différends) tentent de déterminer les objectifs du texte législatif et les moyens mis en place pour les atteindre, de façon à pouvoir agir en conséquence.

A. *Principes généraux*

Dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, E. A. Driedger énonce le principe suivant, maintes fois cité :

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Il est maintenant bien établi en droit que cette approche moderne est la méthode d'interprétation législative privilégiée (voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 186-187; *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6, par. 54; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76, par. 154). Cependant, il n'est pas nécessaire d'appliquer ce cadre d'interprétation à la lettre. Nul besoin d'analyser séparément les facteurs dans chaque cas puisqu'ils sont étroitement liés et interdépendants : *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 28.

Biolyse fait valoir que la méthode d'interprétation appropriée lorsqu'il s'agit d'interpréter un règlement, et non une loi, consiste à recourir à une analyse en deux étapes où, dans un premier temps, on applique la méthode préconisée par Driedger au règlement pris isolément et, dans un deuxième temps, on applique le résultat ainsi obtenu dans le contexte du libellé et des objectifs d'intérêt général de la loi elle-même, en tenant compte des autres lois

statutes and regulations. There is only one method of interpretation which applies to all instruments. I agree. Regulations are subject to the same rules of interpretation as statutes themselves (see, e.g., *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 24-25; Driedger, at p. 247).

The interpretation of a regulation merely requires consideration of the purpose and context of the enabling statute, and more specifically the section which confers the powers to enact regulations, as an additional element to be factored into the modern approach to interpretation. In fact, the modern approach already embodies the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute. It is undoubted that words take their colour from their surroundings: *Bell ExpressVu*, at para. 27. Furthermore, this Court acknowledged, on more than one occasion, that one is required to consider the “entire context” of a provision before one can determine if it is reasonably capable of multiple interpretations (meaning) and be labelled ambiguous: *Bell ExpressVu*, at para. 29.

Thus, the specific regulation has to be read in the context of both the regulations, as an ensemble, and the enabling act as a whole: Sullivan, at p. 282.

Even though a regulation is not subject to the usual process of study and debate by members of the House of Commons and the Senate, followed by various amendments, it is often submitted to various industry consultations and amendments before proclamation. As a result, the regulations reflect important policy choices made to ensure order and stability in regulated industries.

The federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, prescribes that the same rules of interpretation apply both to statutes and regulations (ss. 3(1) and 2(1)). Moreover, s. 12 provides that every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair,

et politiques juridiques pertinentes. BMS soutient qu’il n’y a pas lieu d’établir une distinction entre les lois et les règlements. Une seule méthode d’interprétation s’applique à tous les textes législatifs. Je suis d’accord. Les mêmes règles d’interprétation s’appliquent aux règlements et aux lois elles-mêmes (voir, p. ex., *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 2000), p. 31-32; Driedger, p. 247).

L’interprétation d’un règlement exige simplement un examen de l’objet et du contexte de la loi habilitante et, plus précisément, de la disposition qui confère le pouvoir de prendre le règlement, s’agissant d’un autre élément dont il faut tenir compte dans le cadre de la méthode moderne d’interprétation. En fait, cette méthode moderne intègre déjà le rôle important que joue inévitablement le contexte dans l’interprétation que font les tribunaux d’un texte de loi. Il ne fait aucun doute que les mots prennent la couleur de leur environnement : *Bell ExpressVu*, par. 27. De surcroît, la Cour a reconnu à plus d’une occasion la nécessité de tenir compte du « contexte global » de la disposition pour pouvoir déterminer si elle est raisonnablement susceptible de multiples interprétations (sens) et la qualifier d’ambiguë : *Bell ExpressVu*, par. 29.

La disposition réglementaire donnée doit donc être interprétée dans le contexte global du règlement et dans le contexte de l’ensemble de la loi habilitante : Sullivan, p. 282.

Même si un règlement n’est pas soumis au processus habituel d’étude et de débat par les membres de la Chambre des communes et du Sénat qui donne lieu à diverses modifications, il n’est pas rare qu’il soit l’objet de diverses consultations auprès de l’industrie et qu’on y apporte de nombreuses modifications avant sa proclamation. Ainsi, le règlement reflète d’importants choix de politique générale faits en vue d’assurer l’ordre et la stabilité dans les industries réglementées.

La *Loi d’interprétation* fédérale, L.R.C. 1985, ch. I-21, prévoit que les mêmes règles d’interprétation s’appliquent aux lois et aux règlements (par. 3(1) et 2(1)). En outre, l’art. 12 dispose que tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète

98

99

100

101

large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

102 Thus, statutory interpretation is the art of finding the legislative spirit embodied in enactments. In order to master this art, courts need to follow the statutory framework recognized and applied over the years. In this regard, the courts' role will greatly differ when dealing with a legislative rather than a constitutional context. This shift in scenery is of the utmost importance in preserving the integrity and stability of the law, as confirmed in *Bell ExpressVu*, at para. 62:

Statutory enactments embody legislative will. They supplement, modify or supersede the common law. More pointedly, when a statute comes into play during judicial proceedings, the courts (absent any challenge on constitutional grounds) are charged with interpreting and applying it in accordance with the sovereign intent of the legislator.

The above principle was applied repeatedly by the courts: *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19, at para. 16; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, at para. 44; *Harvard College*, at para. 178; *Marche*, at para. 57; *R. v. McDonald* (2002), 209 N.S.R. (2d) 283 (C.A.), at para. 24.

103 The courts must be careful not to confuse policy considerations leading to the adoption of an act or regulations, which are examined in order to discover legislative intent, and the appropriateness of policy choices which are a matter that must be left to legislators. Contextual interpretation does not justify departures from ordinary rules of statutory interpretation; in particular, reading in words cannot be justified in the absence of a demonstrable ambiguity.

B. *Application of the Modern Approach*

104 Simply put, this Court must determine whether Biolyse's submission for a NOC falls within the purview of s. 5(1.1) of the *NOC Regulations*. The difficulty in this case lies in the application of the contextual approach to the interpretation of the impugned

de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

L'interprétation législative est donc l'art de découvrir l'esprit du législateur qui imprègne les textes législatifs. Pour bien maîtriser cet art, les tribunaux doivent suivre le cadre législatif établi et appliqué au fil des ans. À cet égard, le rôle des tribunaux variera grandement selon qu'il s'inscrit dans un contexte législatif ou constitutionnel. Ce changement d'environnement importe au plus haut point lorsqu'il s'agit de préserver l'intégrité et la stabilité du droit, comme l'a confirmé l'arrêt *Bell ExpressVu*, par. 62 :

Les textes législatifs sont l'expression de la volonté du législateur. Ils complètent, modifient ou remplacent la common law. Plus précisément, lorsqu'une loi est en jeu dans une instance judiciaire, il incombe au tribunal (sauf contestation fondée sur des motifs d'ordre constitutionnel) de l'interpréter et de l'appliquer conformément à l'intention souveraine du législateur.

Les tribunaux ont maintes fois appliqué le principe susmentionné : *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19, par. 16; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, par. 44; *Harvard College*, par. 178; *Marche*, par. 57; *R. c. McDonald* (2002), 209 N.S.R. (2d) 283 (C.A.), par. 24.

Les tribunaux doivent se garder de confondre les considérations de politique générale ayant mené à l'adoption d'une loi ou d'un règlement, qui sont examinées en vue de découvrir l'intention du législateur, et l'opportunité des choix politiques, lesquels doivent être laissés aux législateurs. L'interprétation contextuelle ne permet pas de rompre avec les règles ordinaires d'interprétation législative; en particulier, l'interprétation extensive ne saurait se justifier en l'absence d'une ambiguïté manifeste.

B. *Application de la méthode moderne*

En somme, notre Cour doit déterminer si la demande d'ADC soumise par Biolyse est visée par le par. 5(1.1) du *Règlement ADC*. La difficulté réside en l'espèce dans l'application de l'approche contextuelle à l'interprétation du règlement

regulation. Nonetheless, I will start my analysis with the usual first step of looking at the grammatical and ordinary sense of the section before proceeding to consider the broader and external context of s. 5(1.1). This latter inquiry will entail an examination of the legislative history and object of the *NOC Regulations* as a whole, the *Patent Act* and the *Food and Drug Regulations*.

(1) Grammatical and Ordinary Meaning

This first step in the interpretation exercise requires the Court to examine the ordinary meaning of the words used. What is the reader’s first impression, the understanding that spontaneously emerges when the provisions are simply read through? (Sullivan, at p. 21; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735)

When one reads s. 5(1.1), what is understood? For ease of reference, I reproduce ss. 5(1.1) and 5(1), the latter being necessary to interpret the former:

5. (1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form,

- (a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or
- (b) allege that
 - (i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,
 - (ii) the patent has expired,
 - (iii) the patent is not valid, or
 - (iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by that

contesté. Je commencerai néanmoins mon analyse par la première étape habituelle qui consiste à examiner le sens ordinaire et grammatical de la disposition, puis j’examinerai le contexte général et externe du par. 5(1.1). Cette deuxième étape comportera un examen de l’historique législatif et de l’objet du *Règlement ADC* dans son ensemble, de la *Loi sur les brevets* et du *Règlement sur les aliments et drogues*.

(1) Sens ordinaire et grammatical

Cette première étape de l’exercice d’interprétation impose à la Cour d’examiner le sens ordinaire des mots employés. Quelle est la première impression du lecteur, le sens qui s’impose spontanément à la simple lecture des dispositions? (Sullivan, p. 21; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735)

Que comprend-on à la lecture du par. 5(1.1)? Afin de faciliter la consultation, je reproduis les par. 5(1.1) et 5(1), le second étant nécessaire à l’interprétation du premier :

5. (1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s’applique pas, la personne qui dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l’on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d’un avis de conformité à la première personne et à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l’égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d’administration et une forme posologique et une concentration comparables :

- a) soit une déclaration portant qu’elle accepte que l’avis de conformité ne soit pas délivré avant l’expiration du brevet;
- b) soit une allégation portant que, selon le cas :
 - (i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l’alinéa 4(2)c) est fausse,
 - (ii) le brevet est expiré,
 - (iii) le brevet n’est pas valide,
 - (iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l’utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant

105

106

person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bio-availability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fautive,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

107 In a nutshell, s. 5(1.1) will be triggered when the second or subsequent entry manufacturer's drug contains the same medicine, employs the same route of administration and has a comparable strength and dosage form as the drug listed on the patent register. I want to underline here the importance of the list, to which I shall return later.

Bref, le par. 5(1.1) s'appliquera dans les cas où la drogue du deuxième fabricant, ou du fabricant subséquent, contient le même médicament et présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables à celles de la drogue déjà inscrite au registre des brevets. Je tiens à souligner ici l'importance de la liste, sur laquelle je reviendrai.

108 The *Food and Drug Regulations* make a distinction between three types of submissions: (1) a new drug submission ("NDS"); (2) an abbreviated new drug submission ("ANDS"); and (3) a supplement to NDS or ANDS. The Minister's filing requirements are different for innovative new drug product developers and generic manufacturers who sell drugs patented by others, after patent protection has expired. The former requires a NDS and the latter needs only an ANDS. Biolyse argues that s. 5(1.1) was

Le Règlement sur les aliments et drogues distingue trois types de demandes : (1) la présentation de drogue nouvelle (« PDN »), (2) la présentation abrégée de drogue nouvelle (« PADN ») et (3) le supplément à la PDN ou à la PADN. Les exigences de dépôt imposées par le ministre diffèrent selon qu'il s'agit d'une société pharmaceutique innovatrice ou d'un fabricant de produits génériques qui vend des drogues brevetées par d'autres une fois expiré le délai de protection du brevet. Dans le premier cas,

introduced to require that a NOA be served solely by generic manufacturers filing an ANDS. BMS submits that Biolyse's interpretation would render s. 5(1.1) redundant with s. 5(1), and therefore meaningless. Further, BMS submits that s. 5(1.1), and more specifically the NOA procedure, apply equally to an applicant filing a NDS or an ANDS where the drugs contain the same medicine, dosage form and route of administration.

A simple dissection of the impugned section casts light on the five conditions (see F.C.A. judgment, at para. 15):

- (1) Section 5(1) cannot apply to the situation;
- (2) The person must have filed a submission for a NOC;
- (3) The NOC filed must be in respect of a drug that contains a medicine found in another drug;
- (4) The first entry drug has to have been marketed in Canada pursuant to a NOC issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted; and
- (5) The new drug has to have the same route of administration and a comparable strength and dosage form as the first entry drug.

I will now briefly examine each of these components in light of their plain and ordinary meaning. First, s. 5(1) cannot apply. Blanchard J. explains, at para. 40:

In my view, the language in s-s. 5(1) is clear. Without a second drug used for comparative purposes to assess the safety and efficacy of the new product, s-s. 5(1) has no application. Further, a second person would be unable to comply with the requirements under the subsection to provide the specified information, "with respect to

il faut une PDN alors que dans le second, seule une PADN est requise. Biolyse allègue que le par. 5(1.1) a été introduit afin que seuls les fabricants de produits génériques déposant une PADN soient tenus de signifier un ADA. BMS soutient que, au regard du par. 5(1), l'interprétation de Biolyse rendrait le par. 5(1.1) redondant et, par le fait même, vide de sens. En outre, BMS soutient que le par. 5(1.1), et plus particulièrement la procédure d'ADA, s'applique également au demandeur qui soumet une PDN ou à celui qui soumet une PADN lorsque la drogue contient le même médicament et présente les mêmes voie d'administration et forme posologique.

Une simple dissection de la disposition contestée fait ressortir les cinq conditions (voir le jugement de la Cour d'appel fédérale, par. 15) :

- (1) le paragraphe 5(1) ne peut s'appliquer à la situation;
- (2) la personne doit avoir déposé une demande d'ADC;
- (3) la demande d'ADC déposée doit concerner une drogue qui contient un médicament que l'on trouve dans une autre drogue;
- (4) la première drogue doit avoir été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un ADC à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise;
- (5) la nouvelle drogue doit présenter la même voie d'administration que la première drogue et une forme posologique et une concentration comparables.

Je procède maintenant à un bref examen de chacun de ces éléments au regard de leur sens ordinaire. Premièrement, le par. 5(1) ne peut s'appliquer. Le juge Blanchard explique ce qui suit au par. 40 :

À mon avis, le libellé du paragraphe 5(1) est sans équivoque. À défaut de seconde drogue utilisée à des fins de comparaison pour évaluer l'innocuité et l'efficacité du nouveau produit, le paragraphe 5(1) ne s'applique pas. De plus, une seconde personne serait incapable de satisfaire à l'obligation que lui impose ce paragraphe de fournir

each patent on the register in respect of the other drug”, since no “other drug” is identified in this instance.

The application judge, on the evidence, concluded that Biolyse did not compare its drug or make reference to another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence (at para. 40):

On the evidence, the Biolyse submission contains clinical studies on sick patients; specifically those with advanced breast cancer unresponsive to usual treatment and those with locally advanced non-small-cell lung cancer. The safety and efficacy of the Biolyse product assessment was based on those studies and on what was known to scientists in the public realm about paclitaxel.

111 Second, it has been established that, for the purposes of the *NOC Regulations*, “a submission for a notice of compliance” means a NDS, an ANDS, as well as a supplement to either of these submissions. This interpretation was first adopted by McGillis J. in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271 (F.C.T.D.), at para. 36, where she stated:

In considering the expression “a submission for a notice of compliance” in sections 4 and 5 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, the mechanisms which trigger the issuance of a notice of compliance are, by virtue of the definition of “notice of compliance” in section 2, those specified in section C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*, namely a new drug submission, an abbreviated new drug submission and a supplement to a new drug submission or to an abbreviated new drug submission. In the circumstances, the expression “submission for a notice of compliance”, as used in sections 4 and 5 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* means a new drug submission, an abbreviated new drug submission and a supplement to a new drug submission or to an abbreviated new drug submission. [Emphasis added.]

(See also *Merck 1999*, at para. 59.)

les renseignements précisés « [. . .] à l’égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue », étant donné qu’aucune « autre drogue » n’est désignée dans le cas présent.

Au vu de la preuve, le juge saisi de la demande a conclu que Biolyse n’avait pas comparé sa drogue ou fait référence à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence (par. 40) :

Il ressort de l’ensemble de la preuve que la PDN de Biolyse renferme des études cliniques sur des patients malades et plus précisément sur des femmes atteintes de cancer du sein avancé ne répondant pas aux traitements habituels et sur des personnes souffrant de cancer avancé du poumon « non à petites cellules ». L’évaluation de l’innocuité et de l’efficacité du produit de Biolyse était fondée sur les études en question et sur les connaissances scientifiques relatives au paclitaxel qui faisaient partie du domaine public.

Deuxièmement, il a été établi que, pour l’application du *Règlement ADC*, « une demande d’avis de conformité » s’entend d’une PDN, d’une PADN ainsi que d’un supplément à l’une ou l’autre de ces présentations. Cette interprétation a pour la première fois été retenue par la juge McGillis dans *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [1999] A.C.F. n° 458 (QL) (1^{re} inst.), par. 36, où elle a dit ce qui suit :

Pour l’examen de l’expression anglaise « *a submission for a notice of compliance* » (« une demande d’avis de conformité ») qui se trouve aux articles 4 et 5 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, il convient de signaler que les mécanismes qui déclenchent la délivrance d’un avis de conformité sont, en raison de la définition que l’article 2 donne de l’« avis de conformité », ceux qui sont précisés à l’article C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*, à savoir une présentation de drogue nouvelle, une présentation abrégée de drogue nouvelle et un supplément à l’une ou l’autre. Dans ces conditions, l’expression anglaise « *a submission for a notice of compliance* » (« une demande d’avis de conformité ») qui est employée aux articles 4 et 5 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* s’entend d’une présentation de drogue nouvelle, d’une présentation abrégée de drogue nouvelle ou d’un supplément à une présentation de drogue nouvelle ou à une présentation abrégée de drogue nouvelle. [Je souligne.]

(Voir aussi *Merck 1999*, par. 59.)

At para. 58, Binnie J. finds support in a number of cases from the Federal Court for the proposition that the word “submission” does not include any submission, more specifically that it does not include a supplementary NDS (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318 (F.C.T.D.), aff’d (2002), 16 C.P.R. (4th) 425, 2002 FCA 32; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232, 2002 FCT 927; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155, 2003 FCA 274; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58, 2004 FC 736). In my opinion, this line of cases cannot find application here. First of all, these decisions deal with the attempt by patentees to circumvent the time requirements in s. 4 of the *NOC Regulations* by making various administrative modifications (i.e., changing the brand (trade) name or the company’s (manufacturer) name) in a supplementary NDS in order to add patents on the patent register. None of these cases deals with the issue of whether “submission” includes NDS and ANDS. In fact, in *AstraZeneca*, at para. 21, the Federal Court refers and accepts McGillis J.’s comment in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)*.

In the recent decision of the Federal Court in *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 38 C.P.R. (4th) 27, 2004 FC 1302, at paras. 64-71, Lemieux J. recognizes that a “submission” encompasses a NDS and an ANDS, but distinguishes the administrative NDS since its purpose is not to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug. An administrative or supplementary NDS cannot possibly be likened to a NDS or an ANDS. The former submission has no substantive content compared to the latter submissions.

I consequently take issue with Binnie J.’s contention that the intervener Pfizer Canada Inc. supports Biolyse in its claim that the word “submission” does not include any submission (para. 42). Pfizer’s claim was exclusively related to the administrative NDS,

Au paragraphe 58, le juge Binnie appuie sur un certain nombre de décisions de la Cour fédérale la proposition selon laquelle le mot « demande » ne s’entend pas de toute demande, plus particulièrement qu’il n’inclut pas un supplément à une PDN (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. n° 51 (QL) (1^{re} inst.), conf. par [2002] A.C.F. n° 96 (QL), 2002 CAF 32; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. n° 1208 (QL), 2002 CFPI 927; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] A.C.F. n° 982 (QL), 2003 CAF 274; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2004] A.C.F. n° 883 (QL), 2004 CF 736). À mon avis, ce courant jurisprudentiel ne saurait s’appliquer en l’espèce. En premier lieu, ces décisions concernent des brevetés qui tentent de contourner les délais prévus à l’art. 4 du *Règlement ADC* en apportant certains changements administratifs (p. ex. changement de la marque nominative (commerciale) ou de la dénomination sociale (fabricant)) par voie de supplément à une PDN afin d’inscrire d’autres brevets au registre. Aucune de ces décisions ne porte sur la question de savoir si le mot « demande » s’entend d’une PDN ou d’une PADN. En fait, dans *AstraZeneca*, par. 21, la Cour fédérale cite et fait siens les propos de la juge McGillis dans *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*.

Dans la décision récente de la Cour fédérale, *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2004] A.C.F. n° 1578 (QL), 2004 CF 1302, par. 64-71, le juge Lemieux reconnaît qu’une « demande » s’entend d’une PDN et d’une PADN, mais il fait une distinction avec la présentation administrative de drogue nouvelle qui n’a pas pour objet de permettre au ministre d’évaluer l’innocuité et l’efficacité de la nouvelle drogue. Une présentation administrative de drogue nouvelle ou un supplément à une PDN ne saurait être assimilée à une PDN ou à une PADN. Elle n’a aucun contenu substantiel comparativement à ces dernières.

Je suis donc en désaccord avec le juge Binnie qui affirme que l’intervenante Pfizer Canada Inc. appuie Biolyse lorsqu’elle prétend que le mot « demande » ne s’entend pas de toute demande (par. 42). La prétention de Pfizer ne visait que la présentation

i.e., a NDS which contains no scientific or technical data, but is completely administrative, not falling within the ambit of s. 5(1.1). In fact, Pfizer did not take position on whether an ANDS or a NDS was included in the word “submission”, the issue at hand. Finally, it is interesting to note that Pfizer has since the hearing been able to convince the Minister of its position and is no longer preoccupied with the result of this appeal (letter from Pfizer to the Court, dated November 24, 2004).

administrative de drogue nouvelle, soit une PDN qui ne contient aucune donnée scientifique ou technique, qui est purement administrative et qui est exclue du champ d’application du par. 5(1.1). En fait, Pfizer ne s’est pas prononcée sur la question en litige, à savoir si la PADN ou la PDN étaient incluses dans le mot « demande ». Enfin, il est intéressant de noter que, depuis la tenue de l’audience, Pfizer a réussi à convaincre le ministre du bien-fondé de sa position et n’est plus intéressée par l’issue du présent pourvoi (lettre de Pfizer à la Cour, en date du 24 novembre 2004).

115

Third, the NOC must have been filed in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada. Biolyse argues that the definition of medicine must be tied to the patent list because s. 4(2)(b) of the *NOC Regulations* limits what may be on a patent list to any Canadian patent that is owned by that person and contains a claim for the medicine itself. I cannot agree. Section 4(2)(b) is not as restrictive as asserted by Biolyse. It is in fact very comprehensive and allows a patent list to be submitted for any Canadian patent that is owned by that person and contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine. In addition, as was recognized by Biolyse, a “claim for the medicine itself” was given in s. 2 of the *NOC Regulations* by the Governor in Council a very broad ambit. The same can be said for a “claim for the use of the medicine”. These definitions cannot be ignored:

Troisièmement, la demande d’ADC doit avoir été déposée relativement à une drogue contenant un médicament que l’on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada. Biolyse soutient que la définition du terme « médicament » doit être rattachée à la liste de brevets parce que l’al. 4(2)(b) du *Règlement ADC* limite cette liste à tout brevet canadien dont la personne est propriétaire et qui comporte une revendication pour le médicament en soi. Je ne peux accepter cette prétention. L’alinéa 4(2)(b) n’est pas aussi restrictif que Biolyse l’affirme. Il est en fait très exhaustif et permet qu’une liste de brevets soit soumise à l’égard de tout brevet canadien dont la personne est propriétaire et qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l’utilisation du médicament. En outre, ainsi que l’a reconnu Biolyse, le gouverneur en conseil a donné à l’expression une « revendication pour l’utilisation du médicament » à l’art. 2 du *Règlement ADC* une portée très générale. Il en va de même pour l’expression une « revendication pour l’utilisation du médicament ». On ne saurait faire abstraction de ces définitions :

“claim for the medicine itself” includes a claim in the patent for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents; (*revendication pour le médicament en soi*)

« revendication pour le médicament en soi » S’entend notamment d’une revendication, dans le brevet, pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes du procédé de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes. (*claim for the medicine itself*)

“claim for the use of the medicine” means a claim for the use of the medicine for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof; (*revendication pour l’utilisation du médicament*)

« revendication pour l’utilisation du médicament » Revendication pour l’utilisation du médicament aux fins du diagnostic, du traitement, de l’atténuation ou de la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal, ou de leurs symptômes. (*claim for the use of the medicine*)

Moreover, “medicine” is defined in s. 2 as “a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof”.

Biolyse’s interpretation would require the Court to read in the term “patented” in s. 5(1.1), something that would go entirely against a plain reading of the section which clearly refers to “medicine”, a defined term. It has been recognized that in interpreting a statute or regulation words should not be added or deleted, and the readers should not try to fill in any gaps that they think they see: Driedger, at p. 94. Here, the definition of “medicine” is very wide and cannot be said to encompass solely patented medicines.

BMS has three patents listed on the patent register in respect of its drug Taxol, more specifically in connection with *paclitaxel*. Two of the three patents are in relation to the use of paclitaxel solution: (1) patent number 2,086,874, a new method of administering *paclitaxel* which uses less *paclitaxel* and shorter infusion time; and (2) patent number 2,132,936, to increase shelf life of *paclitaxel* using a new solvent (castor oil, ethanol, and aluminum oxide). The third patent is a formulation patent that claims the active ingredient with particular excipients: patent number 2,189,916, composition for treatment of Kaposi’s sarcoma. While one could posit that the patents held by BMS are narrow, it would be inappropriate to venture on uncertain grounds to examine these patents in detail or question their validity, given the absence of a full factual record in the case at bar. It is also totally unnecessary in this case. These patents exist and there has been no challenge regarding their validity. The indirect attack resulting from reading in words as proposed by Binnie J. in paras. 52-53 or reading down the provision as proposed in his paras. 57-61 is, in my opinion, not consistent with the rules of statutory interpretation and constitutes a diversion from the real contentious issue. Only one question needs to be answered: has Biolyse filed a submission in respect of a drug that contains a medicine found in another drug? The

Par ailleurs, le terme « médicament » est défini à l’art. 2 comme étant une « [s]ubstance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l’atténuation ou à la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal, ou de leurs symptômes. »

L’interprétation de Biolyse obligerait la Cour à ajouter le terme « breveté » au par. 5(1.1), ce qui serait tout à fait à l’encontre du sens ordinaire de la disposition, laquelle renvoie clairement à « médicament », un terme défini. Il a été reconnu qu’en interprétant une loi ou un règlement, il ne faut ni ajouter ni supprimer des mots, et le lecteur ne devrait pas essayer de suppléer aux lacunes qu’il croit y voir : Driedger, p. 94. En l’espèce, la définition de « médicament » est très générale et ne saurait viser que les médicaments brevetés.

BMS est propriétaire de trois brevets inscrits au registre des brevets à l’égard de sa drogue Taxol, plus précisément pour le *paclitaxel*. Deux de ces brevets sont relatifs à l’utilisation d’une solution de *paclitaxel* : (1) le brevet numéro 2 086 874 qui porte sur un nouveau mode d’administration du *paclitaxel* prévoyant une concentration plus faible et une durée de perfusion moins longue; et (2) le brevet numéro 2 132 936 qui porte sur la prolongation de la durée de conservation du *paclitaxel* au moyen d’un nouveau solvant (huile de ricin, éthanol et oxyde d’aluminium). Le troisième brevet est un brevet relatif à la formulation qui revendique l’ingrédient actif et certains excipients : le brevet numéro 2 189 916, une composition destinée au traitement du sarcome de Kaposi. Certes, on pourrait affirmer que la portée des brevets détenus par BMS est restreinte, mais il ne serait pas indiqué de s’aventurer sur ce terrain glissant et d’examiner ces brevets en détail ou de remettre leur validité en cause, vu l’absence d’un dossier factuel complet en l’espèce. Ce serait aussi complètement inutile. Ces brevets existent et leur validité n’a pas été contestée. L’attaque indirecte résultant de l’interprétation que propose le juge Binnie aux par. 52-53, ou son interprétation atténuante de la disposition aux par. 57-61, est, à mon avis, incompatible avec les règles d’interprétation législative et détourne notre attention de la véritable question litigieuse.

116

117

118

answer is clear, yes. As found by Blanchard J. and reiterated by Evans J.A., the medicine *paclitaxel* is found in Paclitaxel for injection and in Taxol. This is a finding of fact not contested by Biolyse, which explains why it is trying to qualify the word “medicine” through tortuous constructions.

Une seule question exige une réponse : Biolyse a-t-elle déposé une demande à l’égard d’une drogue qui contient un médicament que l’on trouve dans une autre drogue? La réponse est claire, c’est oui. Comme l’ont conclu le juge Blanchard et le juge d’appel Evans, le médicament *paclitaxel* se trouve dans le Paclitaxel pour perfusion et dans le Taxol. Il s’agit d’une conclusion de fait que Biolyse n’a pas contestée, ce qui explique pourquoi cette dernière tente par des interprétations tortueuses d’atténuer le sens du mot « médicament ».

119 Fourth, the first entry drug has to have been marketed in Canada pursuant to a NOC issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted. As mentioned above, Taxol has been marketed in Canada pursuant to a NOC issued to BMS and the latter owns three patents in connection with the drug.

Quatrièmement, la première drogue doit avoir été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d’un ADC à la première personne et une liste de brevets doit avoir été soumise à son égard. Comme je l’ai mentionné précédemment, le Taxol a été commercialisé au Canada par suite d’un ADC délivré à BMS et cette dernière est titulaire de trois brevets relativement à cette drogue.

120 Fifth, there is no contention that Biolyse’s drug for injection has the same route of administration and a comparable strength and dosage form as BMS’s drug. Blanchard J. found that the evidence established that Biolyse’s Paclitaxel for injection had the same route of administration as Taxol, intravenous injection, and was of identical strength and dosage form as Taxol, 6mg/ml (para. 51).

Cinquièmement, nul ne conteste que la drogue pour perfusion de Biolyse présente la même voie d’administration et une forme posologique et une concentration comparables à la drogue de BMS. Le juge Blanchard a conclu qu’il ressortait de la preuve que le Paclitaxel pour perfusion de Biolyse présentait la même voie d’administration que le Taxol — injection intraveineuse — et que sa forme posologique et sa concentration sont identiques à celles du Taxol, 6mg/ml (par. 51).

121 Consequently, as determined by the two lower courts, if s. 5(1.1) is to be interpreted by giving its language the ordinary and grammatical meaning, Biolyse had to make an allegation in its submission pursuant to s. 5(1.1)(b) and, until Biolyse complied, the Minister was prohibited by s. 7(1)(b) from issuing a NOC in respect of Paclitaxel for injection.

Par conséquent, ainsi que l’ont conclu les deux tribunaux inférieurs, s’il faut interpréter le par. 5(1.1) en lui donnant son sens ordinaire et grammatical, Biolyse devait formuler dans sa demande une allé-gation fondée sur l’al. 5(1.1)(b) et, tant qu’elle ne se conformait pas à cette exigence, l’al. 7(1)(b) interdisait au ministre de délivrer un ADC à l’égard du Paclitaxel pour perfusion.

122 Therefore, a simple reading of s. 5(1.1) does not reveal any ambiguity or incoherence.

Une simple lecture du par. 5(1.1) ne révèle donc ni ambiguïté ni incohérence.

123 Nonetheless, as asserted by this Court in *Chieu*, at para. 34, the grammatical and ordinary sense of a section is not determinative. This Court has long rejected a literal approach to statutory interpretation (see Sullivan, at pp. 20-21). Thus, this first step

Néanmoins, comme l’a dit la Cour dans l’arrêt *Chieu*, au par. 34, le sens ordinaire et grammatical d’une disposition n’est pas déterminant. La Cour rejette depuis longtemps la méthode littérale d’interprétation des lois (voir Sullivan, p. 20-21). Cette

must be followed by a consideration of the entire context.

(2) Entire Context

Since, in this case, the provision under scrutiny is part of a bigger scheme, the context that will colour the words is more expansive: *Bell ExpressVu*, at para. 27. Context is an indefinite and adaptable concept. Different fact situations will warrant different appreciations of context, all with the goal of discovering the clear intention of the legislature (or Parliament) and the true purpose of the statute or regulation.

The entire context in this appeal can be analysed in two stages. First, I will explore the broader context, i.e., the legislative scheme in which is found the litigious section. Second, I will probe into the external context which consists of the extrinsic evidence relating to the historical setting in which s. 5(1.1) was enacted and currently operates (see Sullivan, at pp. 260-62; *Marche*, at para. 66).

Contrary to Binnie J., I contend that, when read in its entire context, s. 5(1.1) applies to Biolyse.

(a) *Broader Context: Legislative Scheme*

The broader context in which is found the impugned section contains three pieces of legislation which require this Court’s attention: (1) the *Food and Drug Regulations*; (2) the *Patent Act*; and (3) the *NOC Regulations*. I will canvass these instruments with, for obvious reasons, a particular attention to the last two.

When analysing the legislative scheme, the Court tries to discover how the provisions or parts of different acts and regulations work together to give effect to a plausible and coherent plan: see Sullivan, p. 284. As the product of a rational government, the *NOC Regulations* are seen as part of a system, every component contributing to the whole (see Côté, at p. 308; *Marche*, at para. 72). One cannot criticize the larger scheme in place in the guise of “contextual analysis” to subsequently apply the contextual

première étape doit donc être suivie d’un examen du contexte global.

(2) Contexte global

Puisque la disposition litigieuse en l’espèce fait partie d’un cadre législatif plus large, le contexte qui en colore les mots est plus vaste : *Bell ExpressVu*, par. 27. Le contexte est une notion imprécise et flexible. Des situations de fait différentes justifieront des appréciations contextuelles différentes, et cela en vue de découvrir l’intention claire du législateur et le véritable objet du texte législatif ou réglementaire.

Dans le présent pourvoi, le contexte global peut être analysé en deux étapes. D’abord, j’examinerai le contexte général, c.-à-d. le cadre législatif dans lequel s’inscrit la disposition litigieuse. Ensuite, j’étudierai le contexte externe, lequel consiste en la preuve extrinsèque relative aux circonstances historiques de l’adoption du par. 5(1.1) et de son application actuelle (voir Sullivan, p. 260-262; *Marche*, par. 66).

Contrairement au juge Binnie, j’affirme que, considéré dans son contexte global, le par. 5(1.1) s’applique à Biolyse.

a) *Le contexte général : le cadre législatif*

Le contexte général dans lequel s’inscrit la disposition contestée comporte trois textes législatifs qui retiennent l’attention de la Cour : (1) le *Règlement sur les aliments et drogues*; (2) la *Loi sur les brevets*; et (3) le *Règlement ADC*. J’examinerai attentivement ces textes législatifs en accordant, pour des raisons évidentes, une attention particulière aux deux derniers.

Lorsqu’elle analyse le cadre législatif, la Cour tente de découvrir de quelle façon les dispositions ou les parties des divers lois et règlements interagissent pour mettre à exécution un plan plausible et cohérent : voir Sullivan, p. 284. Œuvre d’un gouvernement rationnel, le *Règlement ADC* est censé faire partie d’un système, chaque élément contribuant à l’ensemble (voir Côté, p. 388; *Marche*, par. 72). On ne peut pas critiquer le cadre général mis en place sous prétexte de se livrer à une « analyse

124

125

126

127

128

values one favours. The examination of the broader context should be executed objectively in order to avoid a distorted application of the intention of the legislator (or Governor in Council).

(i) *Food and Drug Regulations*

129 The *Food and Drug Regulations* are intrinsically linked to the *NOC Regulations* given the usage in the latter of the instrument called the “notice of compliance” first introduced as a notice issued by the Minister under s. C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*.

130 On the one hand, for new product developers, s. C.08.002(2) of the *Food and Drug Regulations* sets out the requirements for an approval by way of a NDS. The innovative developer must show safety and effectiveness in humans by the submission of evidence of clinical testing. On the other hand, for generic manufacturers, s. C.08.002.1 of the *Food and Drug Regulations* sets out the requirements for an approval by means of the shorter ANDS. The generic manufacturer must only show that its product is bioequivalent or is the pharmaceutical equivalent to a Canadian reference product for which safety and efficacy have already been demonstrated and that the route of administration and the conditions of use of the new drug is the same as that of the Canadian reference product.

131 Further, s. C.08.003(1) provides that a supplement to a NDS or a supplement to an ANDS needs to be filed with the Minister where there have been changes to a new drug (for which a notice of compliance has been issued) in respect of specified matters such as the description, the brand name, the name of the manufacturer, the specifications of ingredients, the methods of manufacture, the labels used, the representations made, the recommended route of administration, the dosage and similar matters.

132 The *Food and Drug Regulations* differ greatly from the *NOC Regulations*, and more specifically s. 5(1.1). I will address these differences later.

contextuelle » et ensuite appliquer les valeurs contextuelles que l’on préconise. L’examen du contexte général devrait se faire de façon objective pour éviter de dénaturer l’intention du législateur (ou du gouverneur en conseil).

(i) *Règlement sur les aliments et drogues*

Le *Règlement sur les aliments et drogues* est intrinsèquement lié au *Règlement ADC* en ce que ce dernier prévoit le recours à l’instrument appelé « avis de conformité » dont le *Règlement sur les aliments et drogues* avait d’abord prévu la délivrance par le ministre en vertu de l’art. C.08.004.

D’une part, en ce qui concerne les concepteurs de nouveaux produits, le par. C.08.002(2) du *Règlement sur les aliments et drogues* énonce les conditions d’obtention d’une autorisation par voie d’une PDN. La société innovatrice doit démontrer l’innocuité et l’efficacité de son produit pour l’être humain par la présentation d’une preuve sous forme d’essai clinique. D’autre part, pour ce qui est des fabricants de produits génériques, l’art. C.08.002.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* énonce les conditions d’obtention d’une autorisation au moyen d’une PADN. Le fabricant de produits génériques n’a qu’à démontrer que son produit est bioéquivalent au produit de référence canadien dont l’innocuité et l’efficacité ont déjà été démontrées, ou qu’il en est l’équivalent pharmaceutique, et qu’il présente la même voie d’administration et les mêmes conditions d’usage que le produit de référence canadien.

En outre, le par. C.08.003(1) prévoit qu’un supplément à la PDN, ou un supplément à la PADN, doit être déposé auprès du ministre lorsque certains éléments précis de la drogue nouvelle (à l’égard de laquelle un ADC a été délivré) ont été modifiés, tels que sa description, sa marque nominative, le nom du fabricant, les spécifications de ses ingrédients, les méthodes de fabrication, les étiquettes à utiliser, les observations faites, la voie d’administration recommandée, la posologie et d’autres éléments semblables.

Le *Règlement sur les aliments et drogues* diffère grandement du *Règlement ADC*, et plus particulièrement du par. 5(1.1). Je traiterai de ces différences ultérieurement.

(ii) *Patent Act*

The granting of a patent in Canada can be compared to a contract between the Government of Canada, the general public, and the patentee. S. B. Garland and J. E. Want, in their article “The Canadian Patent System: An Appropriate Balance Between the Rights of the Public and the Patentee” (1999), 16 *C.I.P.R.* 43, discuss the policy values underlying the Canadian patent system:

It is well understood that in Canada the grant of a patent is akin to a contract or bargain between the patentee on the one hand and the government of Canada (representing the interests of the general public) on the other. The patentee receives the grant of an exclusive right to use the patented invention in Canada for a specific period of time in return for fully disclosing the invention to the public by way of the patent specification. [p. 43]

H. G. Fox, in his oft-cited text *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed. 1969), indicates at p. 163:

The grant of a patent is in the nature of a bargain between the inventor on the one hand and the Crown, representing the public, on the other hand. The consideration for the grant is double: first, there must be a new and useful invention, and secondly, the inventor must, in return for the grant of a patent, give to the public an adequate description of the invention with sufficiently complete and accurate details as will enable a workman, skilled in the art to which the invention relates, to construct or use that invention when the period of the monopoly has expired. The function of the description contained in the specification is both to enable the construction and use of the devices contained therein after the expiry of the patent, and also to enable others to ascertain with some measure of exactness the boundaries of the exclusive privilege upon which they may not trespass during the existence of the grant.

In Canada, the patent right and its protection against infringement are based entirely in the *Patent Act*. Sections 54 and 55 of the *Patent Act* permit a person to bring an action for infringement of a patent against another person. This action for what has been described as a statutory tort (see *Gerber Garment Technology Inc. v. Lectra Systems Ltd.*, [1997] R.P.C. 443 (Eng. C.A.), at p. 452) is not without its exceptions. Under s. 55.2(1), reproduced in the

(ii) *Loi sur les brevets*

Au Canada, l’octroi d’un brevet peut se comparer à un contrat entre le gouvernement du Canada, l’ensemble de la population et le breveté. Dans leur article « The Canadian Patent System : An Appropriate Balance Between the Rights of the Public and the Patentee » (1999), 16 *R.C.P.I.* 43, S. B. Garland et J. E. Want traitent des considérations d’intérêt public qui sous-tendent le régime canadien des brevets :

[TRADUCTION] Il est reconnu qu’au Canada, l’octroi d’un brevet s’apparente à un contrat ou à un marché entre le breveté, d’une part, et le gouvernement du Canada (représentant les intérêts de l’ensemble de la population) de l’autre. Le breveté se voit accorder le droit exclusif d’utiliser l’invention brevetée au Canada pendant une période déterminée en échange de la divulgation intégrale de son invention au public au moyen du mémoire descriptif du brevet. [p. 43]

Dans son ouvrage fréquemment cité, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4^e éd. 1969), H. G. Fox indique ce qui suit, à la p. 163 :

[TRADUCTION] L’octroi d’un brevet s’apparente à un marché entre l’inventeur d’une part, et l’État, représentant le public, d’autre part. L’octroi est accordé pour une double considération : d’abord, il doit y avoir une invention nouvelle et utile, et deuxièmement, en échange de l’octroi d’un brevet, l’inventeur doit donner au public une description adéquate de l’invention avec des détails suffisamment complets et exacts pour permettre à un ouvrier versé dans l’art auquel se rapporte l’invention de construire ou d’utiliser l’invention quand sera terminée la période de monopole. La description contenue dans le mémoire descriptif a pour fonction de permettre la construction et l’utilisation des dispositifs qu’il contient après l’expiration du brevet, et aussi de permettre aux autres de connaître avec une certaine exactitude les frontières du privilège exclusif sur lesquelles ils ne peuvent pas empiéter tant que l’octroi est valide.

Au Canada, le droit de brevet et la protection qu’il assure contre la contrefaçon reposent entièrement sur la *Loi sur les brevets*. Les articles 54 et 55 de la *Loi sur les brevets* permettent à quiconque d’intenter une action en contrefaçon de brevet contre une autre personne. Ce recours contre ce qui a été décrit comme un délit par voie législative (voir *Gerber Garment Technology Inc. c. Lectra Systems Ltd.*, [1997] R.P.C. 443 (C.A. Angl.), p. 452)

Appendix, the legislator has created an exception, known as the “early working” exception, by which companies can make use of patents in conducting studies, such as clinical trials to obtain approval for their product from an appropriate government authority as required by a regulatory scheme such as the *Food and Drug Regulations*. Thus, it permits utilization of the rights under a patent for the benefit of permitting an earlier launch of second entry products after expiry of any relevant patent. When first introduced, s. 55.2 contained a second exception (s. 55.2(2)) which permitted a person to stockpile patented products during the final six months of the term of the patent, provided that such articles were intended for sale after the expiry of the patent. This “stockpiling” provision was repealed in 2001 following a decision by the World Trade Organization in which it concluded that this exception violated the terms of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299 (see WTO, Report of the Panel, “Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products”, WTO Doc. WT/DS114/R, March 17, 2000). Section 55.2 sets forth an equilibrium between the protection of patentees’ rights and the exemption from infringement for manufacturers that have to make use of patents in conducting studies, such as clinical trials.

comporte ses exceptions. En vertu du par. 55.2(1), reproduit à l’annexe, le législateur a créé une exception dite de « travaux préalables », qui permet aux sociétés d’utiliser des brevets dans le cadre de la réalisation de leurs études, par exemple pour les essais cliniques nécessaires à l’approbation de leur produit par l’autorité gouvernementale compétente que requiert une réglementation comme le *Règlement sur les aliments et drogues*. Cette exception permet donc d’user des droits conférés par un brevet pour permettre le lancement anticipé de produits génériques après l’expiration des brevets en cause. Au moment de son adoption, l’art. 55.2 comportait une deuxième exception (par. 55.2(2)) qui permettait à quiconque d’emmagasiner des produits brevetés dans les six mois précédant l’expiration du brevet, à la condition que ces articles soient destinés à la vente après cette date. Cette disposition dite d’« emmagasinage » a été abrogée en 2001 à la suite d’une décision de l’Organisation mondiale du commerce concluant que cette exception contrevenait aux dispositions de l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 332 (voir OMC, Rapport du Groupe spécial, « Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques », Doc. OMC WT/DS114/R, 17 mars 2000). L’article 55.2 établit un équilibre entre la protection des droits des brevetés et l’exception de contrefaçon offerte aux fabricants qui doivent utiliser les brevets pour réaliser des études, telles que des essais cliniques.

135

Nevertheless, in a clear attempt to contain and circumscribe the above exception, Parliament authorized the Governor in Council in s. 55.2(4) to make regulations which it considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subs. (1). E. Hore, in his article “The Notice of Compliance Regulations Under the Patent Act: The First Two Years” (1995), 12 *C.I.P.R.* 207, at p. 208, described the rationale for this section in the following manner:

The wording in s. 55.2(4) is somewhat obscure: a person, by doing an act expressly stated not to be patent infringement obviously cannot, by doing it, be

Cependant, dans une tentative évidente de limiter et de circonscrire l’exception susmentionnée, le Parlement a autorisé le gouverneur en conseil, aux termes du par. 55.2(4), à prendre les règlements qu’il estime nécessaires pour empêcher la contrefaçon d’un brevet par l’utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d’une invention brevetée au sens du par. (1). Dans son article « The Notice of Compliance Regulations Under the Patent Act : The First Two Years » (1995), 12 *R.C.P.I.* 207, p. 208, E. Hore explique de la façon suivante la raison d’être de cette disposition :

[TRADUCTION] Le paragraphe 55.2(4) est plutôt obscur : en accomplissant un acte expressément décrit comme n’étant pas contrefaisant, une personne ne peut

infringing a patent. The thinking of the governor in council, it appears, must therefore have been that persons taking advantage of the two exceptions would, unless the NOC Regulations were enacted as a necessary safeguard, step beyond the exceptions, thus becoming infringers.

The power bestowed on the Governor in Council is very broad, as evidenced by the language of the section (see Appendix). Section 55.2(4) provides a mechanism by which the Governor in Council can continue to further the objective of the *Patent Act*: the prevention of patent infringements. As I will discuss in more detail below, the section at the heart of this dispute, s. 5(1.1) of the *NOC Regulations*, is a valid exercise of this power.

In addition, the *Patent Act*, pursuant to s. 55.2(5), provides for the supremacy of s. 55.2 over other statutes. This provision is used by BMS in its rebuttal.

Biolyse claims that there is a conflict between two “circles of context”. Biolyse emphasizes that this Court, when balancing the concepts of competition and monopoly, should remember that competition is the norm and monopoly the exception. BMS retorts that Parliament, in s. 55.2(5) of the *Patent Act*, confirmed that the *NOC Regulations* enacted pursuant to the section must prevail over any other Act of Parliament. The Governor in Council knew what market forces were at play when it adopted its regulations.

(iii) *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*

Pursuant to the statutory power described above (s. 55.2(4)), the Governor in Council adopted the *NOC Regulations*. At the risk of repeating myself, these *Regulations* permit a patentee’s competitor to do, without being liable for patent infringement, whatever is necessary to prepare an application to the competent government authority for the approval of a patented article: R. H. Barrigar, *Canadian Patent Act annotated* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. PA-232.1.

It is now well established that the objective of the *NOC Regulations* is to provide further

évidemment pas, ce faisant, contrefaire un brevet. Il semble donc que le gouverneur en conseil a estimé que les personnes se prévalant des deux exceptions en outrepasseraient les limites, devenant ainsi des contrefacteurs, à moins que le Règlement ADC ne soit pris comme mesure de protection nécessaire.

Le pouvoir accordé au gouverneur en conseil est très étendu, comme en témoignent les termes de la disposition (voir l’annexe). Le paragraphe 55.2(4) prévoit un mécanisme qui permet au gouverneur en conseil de poursuivre l’atteinte de l’objet de la *Loi sur les brevets* : prévenir la contrefaçon des brevets. Comme je le préciserai ci-après, la disposition au cœur de ce litige, le par. 5(1.1) du *Règlement ADC* constitue un exercice valide de ce pouvoir.

En outre, le par. 55.2(5) de la *Loi sur les brevets* établit la primauté du par. 55.2 sur les autres textes législatifs. Cette disposition est invoquée par BMS dans sa réponse.

Biolyse soutient qu’il y a conflit entre deux « cercles contextuels ». Elle souligne que, lorsqu’elle met en équilibre les notions de concurrence et de monopole, cette Cour doit se rappeler que la concurrence est la norme, et le monopole, l’exception. BMS rétorque qu’au par. 55.2(5) de la *Loi sur les brevets*, le législateur a confirmé que le *Règlement ADC* pris en application de la disposition a préséance sur toute autre loi du Parlement. Le gouverneur en conseil savait quelles forces du marché étaient en jeu lorsqu’il a pris son règlement.

(iii) *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*

En vertu du pouvoir de réglementation susmentionné (par. 55.2(4)), le gouverneur en conseil a pris le *Règlement ADC*. Au risque de me répéter, ce règlement permet au concurrent d’un breveté de faire ce qui est nécessaire, sans se rendre coupable de contrefaçon, pour préparer à l’intention de l’autorité gouvernementale compétente une demande d’approbation d’un article breveté : R. H. Barrigar, *Canadian Patent Act annotated* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. PA-232.1.

Il est maintenant bien établi que l’objet du *Règlement ADC* est d’assurer une protection

136

137

138

139

140

protection to owners of patents regarding medicines: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 84 C.P.R. (3d) 492 (F.C.T.D.), at para. 2, aff'd (2000), 8 C.P.R. (4th) 48 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.) (“*Merck 1994*”), at p. 314; *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, at para. 6; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193 (“*Merck 1998*”), at para. 30; Hore, at p. 208.

supplémentaire aux titulaires de brevets afférents à des médicaments : *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] A.C.F. n° 1882 (QL) (1^{re} inst.), par. 2, conf. par [2000] A.C.F. n° 1028 (QL) (C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. n° 662 (QL) (C.A.) (« *Merck 1994* »), par. 6; *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, par. 6; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193 (« *Merck 1998* »), par. 30; Hore, p. 208.

141 Consequently, in 1993, with the abolition of compulsory licenses for patented medicines and the enactment of the *NOC Regulations*, the Governor in Council provided the patentee with additional methods of protecting private commercial patent rights:

Par conséquent, en 1993, à la suite de l'abolition des licences obligatoires en matière de médicaments brevetés et de l'adoption du *Règlement ADC*, le gouverneur en conseil a offert au breveté d'autres moyens de protéger les droits que lui confèrent les brevets commerciaux privés :

With the abolition of compulsory licenses for patented medicines, it remains open to medical patentees to sue any infringing user of its patents, and to seek interlocutory injunctions pending the trial of such actions. In addition to this means for patentees to protect their patents, the Governor in Council in 1993 adopted the Regulations which provide patentees with a more direct and easier method of blocking possible infringement: by seeking an order of prohibition against the Minister preventing him from allowing another alleged user of the patented medicine to market the allegedly infringing product. Thus the Minister's authority to refuse a notice of compliance, originally designed to protect the personal health of Canadians, has been harnessed to protect the financial health of drug patentees. Whatever the public policy merits of this, it must be seen as an extraordinary means of providing interim protection to patentees by which a competitor can be blocked from marketing for 30 months by the simple expedient of the patentee filing an application in the Trial Division for prohibition. [Emphasis added.]

Depuis l'abolition des licences obligatoires en matière de médicaments brevetés, il demeure loisible au titulaire d'un brevet afférent à un médicament de poursuivre toute personne qui contrefait son brevet et de demander une injonction interlocutoire valable jusqu'à l'instruction de l'action. Outre ce mode de protection du brevet conféré au breveté, le gouverneur en conseil a pris, en 1993, des dispositions réglementaires qui offrent au breveté un moyen plus direct et plus facile de faire obstacle à la contrefaçon éventuelle : une demande d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre d'autoriser un autre usager présumé du médicament breveté de mettre en marché le produit qui emporterait contrefaçon. Ainsi, le pouvoir du ministre de refuser de délivrer un avis de conformité, qui visait initialement à protéger la santé individuelle des Canadiens, sert dorénavant à protéger les intérêts financiers des titulaires de brevets portant sur des médicaments. Quel que soit le bien-fondé de cette mesure sur le plan de l'intérêt public, il s'agit d'un moyen extraordinaire permettant à un breveté d'empêcher un concurrent, pendant une période de protection provisoire de 30 mois, de mettre un médicament en marché et ce, simplement en saisissant la Section de première instance d'une demande d'interdiction. [Je souligne.]

(*Merck Frosst Canada Inc. v. Apotex Inc.*, [1997] 2 F.C. 561 (C.A.), at para. 7)

(*Merck Frosst Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1997] 2 C.F. 561 (C.A.), par. 7)

142 I will now examine each of the sections that form an important part of the general scheme of the *NOC Regulations* (see *Hughes and Woodley on Patents*

J'examine maintenant chacune des dispositions qui forment une partie importante du cadre général du *Règlement ADC* (voir *Hughes and Woodley on*

(loose-leaf ed.), at pp. 381-18 and 381-19; Hore, at pp. 209-11).

A preliminary remark is however warranted. While it was open to the Governor in Council, when these *NOC Regulations* were adopted, to use the same language as in the *Food and Drug Regulations*, that was not done. Broader language was used. The *NOC Regulations* do not refer to a NDS, or an ANDS, or a supplement, but simply to a “submission”. Furthermore, two new concepts were introduced by the *NOC Regulations*, “first person” and “second person”. As we will see, this puts into question Biolyse’s contention that s. 5(1.1) only applies to an ANDS and not a NDS.

Section 4 allows an originating manufacturing company, i.e., a first person, who files a submission for, or has been issued, a NOC to submit to the Minister a patent list. Pursuant to ss. 4(4) and 4(6), a first person may also add a patent to an existing patent list.

Section 5, the contentious provision in this case, applies to what has been labelled “the second person”. An amendment to the patent list by the first person, after the second person files a submission for a NOC, but before the NOC is issued, will affect the submissions of the second person (s. 5(2)). When a second person makes an allegation pursuant to s. 5(1)(b) or s. 5(1.1)(b), for example, claiming that the patent is not valid, this person has the obligation, under s. 5(3), to serve a NOA. This notice fulfills a crucial role. It advises and alerts first entry manufacturers (innovators) of possible infringement of their patents. Subsequently, pursuant to s. 7(1)(b), the Minister cannot issue a NOC to a second person before the second person complies with s. 5.

Following the receipt of a NOA, the first person has the right to apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC (s. 6(1)). This last step has been addressed by this Court in the past and consumes a great part of Binnie J.’s reasons in this case. While the 24-month stay has been

Patents (feuilles mobiles), p. 381-18 et 381-19; Hore, p. 209-211).

Une remarque préliminaire s’impose toutefois. Bien qu’il ait été loisible au gouverneur en conseil, lors de la prise de ce *Règlement ADC*, d’adopter le même libellé que le *Règlement sur les aliments et drogues*, il ne l’a pas fait. Il a opté pour une formulation plus générale. Le *Règlement ADC* ne parle pas de PDN, de PADN ou de supplément, mais simplement de « demande ». Il introduit en outre deux nouvelles notions : la « première personne » et la « seconde personne ». Comme nous le verrons, cela met en question la prétention de Biolyse selon laquelle le par. 5(1.1) ne s’applique qu’à la PADN et non à la PDN.

L’article 4 autorise le fabricant de produits d’origine, c.-à-d. la première personne, qui dépose une demande d’ADC ou qui a obtenu un tel avis, à soumettre au ministre une liste de brevets. Conformément aux par. 4(4) et 4(6), la première personne peut aussi ajouter un brevet à une liste existante.

L’article 5, la disposition litigieuse en l’espèce, s’applique à celle qu’on a appelée « la seconde personne ». Une modification apportée à la liste des brevets par la première personne, après le dépôt de la demande d’ADC par la seconde personne mais avant la délivrance de cet avis, aura une incidence sur les demandes de la seconde personne (par. 5(2)). Lorsque la seconde personne fait une allégation visée par les al. 5(1)(b) ou 5(1.1)(b) en prétendant, par exemple, que le brevet n’est pas valide, cette personne doit, en vertu du par. 5(3), signifier un avis d’allégation (« ADA »). Cet avis joue un rôle crucial. Il informe et prévient les fabricants de produits d’origine (les innovateurs) de la possible contrefaçon de leurs brevets. Par la suite, conformément à l’al. 7(1)(b), le ministre ne peut délivrer un ADC à la seconde personne avant qu’elle ne se conforme à l’art. 5.

Après avoir reçu un ADA, la première personne peut demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un ADC (par. 6(1)). La Cour a déjà examiné cette dernière mesure et le juge Binnie y consacre une grande partie de ses motifs en l’espèce. Si la Cour a reconnu la validité

143

144

145

146

qualified in the past by this Court as “draconian”, though valid (*Merck 1998*, at para. 33), it is not at issue in the present situation and should play no role in the disposition of this appeal. In fact, in the case at bar, by convincing the Minister to issue a NOC, Biolyse has effectively bypassed the NOA procedure and the statutory prohibition enacted in the *NOC Regulations*. Notwithstanding that, the 24-month stay is a subsequent step of the regulatory scheme which is not before this Court, but more importantly is not in any way relevant to the construction of s. 5(1.1).

(iv) Relationship Between Patent Protection and Health Considerations

147 The relationship between the patent-related review and the health/public safety review required to be made for a drug sought to be marketed in Canada was described by the Federal Court of Appeal in *Reference re: Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, at para. 4, as follows:

The *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* recently adopted pursuant to the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, ought not to be interpreted rigidly, without regard to their true intent and scope. The judicial process they introduced a few years ago following the abolition of the compulsory licensing system, with a view to bringing some protection to patent holders whose proprietary rights might be inadvertently but too easily affected, is separate and distinct from the long-standing administrative process imposed by the *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, adopted pursuant to the *Food and Drugs Act*, whose purpose is to satisfy the requirements of safety and efficacy. Of course, both processes can only be triggered by a drug manufacturer who contemplates marketing a new product. But nothing requires that they be both set in motion at the same time. The judicial process has nothing to do with the administrative one and vice versa. These are parallel processes. Matching them is achieved only through their results: the Minister cannot issue a NOC without regard to the findings established by the two processes.

148 Therefore, the complete scheme imposes two parallel processes linked by the “NOC”: (1) an

du délai d’interdiction de 24 mois en le qualifiant de « draconien » (*Merck 1998*, par. 33), cette interdiction n’est pas en litige en l’espèce et ne devrait jouer aucun rôle dans l’issue du présent pourvoi. D’ailleurs, dans la présente affaire, en convaincant le ministre de délivrer un ADC, Biolyse a effectivement contourné la procédure d’ADC et l’interdiction légale prévues au *Règlement ADC*. Malgré cela, le délai d’interdiction de 24 mois est une mesure subséquente établie par le régime réglementaire qui n’est pas en litige devant la Cour et qui, surtout, n’est en aucun cas pertinente pour l’interprétation du par. 5(1.1).

(iv) Rapport entre la protection par brevet et les considérations liées à la santé

Le rapport entre l’examen relatif aux brevets et l’examen relatif à la santé et à la sécurité du public qui doivent être effectués à l’égard d’une drogue que l’on cherche à commercialiser au Canada a été décrit de la façon suivante par la Cour d’appel fédérale dans *Renvoi concernant une question portant sur l’application de l’art. 7 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, par. 4 :

Le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* qui a récemment été pris en application de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, ne doit pas être interprété de façon rigide, sans tenir compte de son intention et de sa portée véritables. Le processus judiciaire qu’il a instauré il y a quelques années à la suite de l’abolition du système de licences obligatoires en vue d’accorder une certaine protection aux titulaires de brevets dont les droits de propriété risquaient d’être violés trop facilement, bien que par inadvertance, est distinct du processus administratif de longue date qui est prescrit par le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, qui a été pris en application de la *Loi sur les aliments et drogues* et qui vise à satisfaire à certaines exigences en matière d’innocuité et d’efficacité. Certes, les deux processus ne peuvent être déclenchés que par un fabricant de médicaments qui envisage de commercialiser un nouveau produit. Mais rien n’exige qu’ils soient mis en branle simultanément. Le processus judiciaire n’a rien à voir avec le processus administratif et vice-versa. Ce sont des processus parallèles. Ils ne se recoupent que sur le plan de leurs résultats : le ministre ne peut délivrer un avis de conformité sans tenir compte de l’issue des deux processus.

Par conséquent, le régime complet établit deux processus parallèles unis par l’« ADC » : (1) un

administrative procedure designed to ensure safety and efficacy; and (2) a judicial procedure designed to protect the interests of patent holders. The matching of these processes is achieved only through their application and the two results obtained (see *Hughes and Woodley on Patents*, at p. 381-17; *Merck 1999*, at para. 54).

Hugessen J.A. in *Merck 1994*, at p. 304, commented on the interaction between the *NOC Regulations* and the *Food and Drug Regulations*:

In large measure, the difficulty is due to the fact that those regulations, whose clear intention is to facilitate the protection of privative commercial patent rights, have been grafted onto a regulatory scheme, the *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, as amended, whose sole purpose is the protection of public health and safety. The union is not a happy one.

(v) Concluding Remarks Regarding the Context

At the end of this first contextual analysis, it is important to reiterate the objective sought, which is “to interpret statutory provisions to harmonize the components of legislation inasmuch as is possible, in order to minimize internal inconsistency”: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 689. The above instruments are not just three independent pieces of legislation; they each form part of this bigger purposively put-together system. This aspect is critical to the interpretation exercise and deserves particular attention:

The fundamental presumption underlying scheme analysis is that modern legislation (unlike much early legislation) is not just a series of rules. It typically includes a mix of interpretation provisions, application provisions, office- and institution-establishing provisions, power conferring provisions, dispute resolution provisions and transitional provisions as well as traditional prohibitions and entitlements, all of which are meant to operate together in a particular institutional setting. Much modern regulatory legislation is lengthy and complex, and the schemes can be difficult to master. However, once mastered such schemes often point quite clearly to the interpretation that gives effect to the legislature’s intention.

(Sullivan, at p. 285)

processus administratif visant à assurer l’innocuité et l’efficacité; et (2) un processus judiciaire destiné à protéger les droits des titulaires de brevet. Ces processus ne se recoupent que sur le plan de leur application et de leurs résultats (voir *Hughes et Woodley on Patents*, p. 381-17; *Merck 1999*, par. 54).

Dans *Merck 1994*, par. 1, le juge d’appel Hugessen a tenu les propos suivants quant à l’interaction entre le *Règlement ADC* et le *Règlement sur les aliments et drogues* :

La difficulté tient dans une large mesure au fait que ce règlement, qui a visiblement pour objet de faciliter la protection des droits commerciaux privés en matière de brevets, a été greffé sur un autre ensemble réglementaire, le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870, qui a pour seul objet la protection de la santé et de la sécurité du public. Cette union n’est pas des plus heureuses.

(v) Remarques finales concernant le contexte

À l’issue de cette première analyse contextuelle, il importe de réitérer l’objet recherché qui consiste « à interpréter les dispositions législatives de façon à en harmoniser le plus possible les éléments et à éviter les incohérences internes » : *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 689. Les instruments susmentionnés ne sont pas seulement trois textes législatifs indépendants; chacun d’eux fait partie de ce vaste système établi en fonction de l’objet recherché. Cet aspect, essentiel à l’exercice d’interprétation, mérite une attention particulière :

[TRADUCTION] La présomption fondamentale sur laquelle repose l’analyse contextuelle veut que les lois modernes (contrairement aux toutes premières lois) ne sont pas simplement une série de règles. Outre les droits et les interdictions classiques, elles comportent d’ordinaire un ensemble de dispositions traitant de l’interprétation, des demandes, de la constitution de bureaux et d’établissements, de l’attribution de pouvoirs, du règlement des conflits et des mesures transitoires, le tout conçu pour interagir dans un contexte institutionnel particulier. Les plus récents textes réglementaires sont exhaustifs et complexes, et en maîtriser l’esprit peut se révéler difficile. Une fois maîtrisé cependant, cet esprit indique souvent très clairement l’interprétation qui traduit l’intention du législateur.

(Sullivan, p. 285)

151 In light of the above, I am of the view that the attempt by Biolyse to restrict the circumstances under which a NOA must be sent cannot possibly be in accordance with the purpose of s. 55.2 and the *NOC Regulations*, which is to protect the rights of patent holders.

152 I cannot envision why s. 5(1.1) would not be a proper exercise of the purpose and power conferred to the Governor in Council under s. 55.2(4): s. 5(1.1) strives to stop a second entry manufacturer from circumventing the *NOC Regulations* by forcing it to address the question of infringement pursuant to the scheme of the *NOC Regulations*.

153 The ordinary meaning of s. 5(1.1) is consistent not only with the purpose of the *NOC Regulations* but also with the purpose of s. 55.2 of the *Patent Act*. It fits properly in the scheme contemplated by the government.

(b) *External Context: Legislative History*

154 Legislation and regulation are a response to circumstances in the real world and necessarily operate within an evolving set of institutions and relationships: Sullivan, at pp. 260-61. Tracing the evolution of legislation from its inception, through successive amendments to its current form, may reveal a gradual trend or evolution in legislative policy or it may reveal that the original purpose of legislation has remained constant in spite of the amendments: Sullivan, at pp. 218 and 471-72. "Prior enactments may throw some light on the intention of Parliament in repealing, amending, replacing or adding to a statute": *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, at para. 33; *Marche*, at para. 99.

155 Before embarking on the examination of the history of s. 5 of the *NOC Regulations*, I would like to briefly comment on the use of a specific extrinsic aid relied on by the parties to determine the intention of the Governor in Council: the Regulatory Impact

Au vu de ce qui précède, j'estime que la tentative de Biolyse pour limiter les circonstances dans lesquelles il faut envoyer un ADA ne saurait s'harmoniser avec l'objet de l'art. 55.2 et du *Règlement ADC*, lequel consiste à protéger les droits des titulaires de brevet.

Je ne peux envisager pourquoi le par. 5(1.1) ne serait pas le résultat de l'exercice légitime du pouvoir conféré au gouverneur en conseil aux termes du par. 55.2(4) et n'en respecterait pas l'objet : le paragraphe 5(1.1) vise à empêcher le fabricant de produits génériques de contourner le *Règlement ADC* en l'obligeant à régler la question de la contrefaçon conformément au régime que prévoit le *Règlement ADC*.

Le sens ordinaire du par. 5(1.1) est compatible non seulement avec l'objet du *Règlement ADC*, mais également avec l'objet de l'art. 55.2 de la *Loi sur les brevets*. Il cadre parfaitement avec le régime envisagé par le gouvernement.

b) *Contexte externe : historique législatif*

Les lois et les règlements répondent aux situations de la réalité et s'appliquent nécessairement dans un contexte où les institutions et les rapports sont en constante évolution : Sullivan, p. 260-261. Retracer l'évolution de la loi, depuis sa création jusqu'à sa forme actuelle en passant par ses modifications successives, peut révéler une tendance ou une évolution graduelle dans la politique législative de même que l'objet initial de la loi et démontrer que cet objet est demeuré inchangé en dépit des modifications qui ont été apportées : Sullivan, p. 218 et 471-472. « Les textes antérieurs sont de nature à jeter de la lumière sur l'intention qu'avait le législateur en les abrogeant, les modifiant, les remplaçant ou y ajoutant » : *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, par. 33; *Marche*, par. 99.

Avant d'examiner l'historique de l'art. 5 du *Règlement ADC*, je tiens à formuler quelques commentaires sur l'utilisation d'une aide extrinsèque précise invoquée par les parties pour déterminer l'intention du gouverneur en conseil : le Résumé de

Analysis Statement (“RIAS”). Biolyse expressed some uncertainty about whether this Court should consider or give weight to such extrinsic aids. I am of the view that these doubts are unsubstantiated.

It has long been established that the usage of admissible extrinsic sources regarding a provision’s legislative history and its context of enactment could be examined. I held in *Francis v. Baker*, at para. 35, that “[p]roper statutory interpretation principles therefore require that all evidence of legislative intent be considered, provided that it is relevant and reliable.” Consequently, in order to confirm the purpose of the impugned regulation, the intended application of an amendment to the regulation or the meaning of the legislative language, it is useful to examine the RIAS, prepared as part of the regulatory process (see Sullivan, at pp. 499-500). McGillis J. in *Merck 1999*, at para. 51, indicated:

... a Regulatory Impact Analysis Statement, which accompanies but does not form part of the regulations, reveals the intention of the government and contains “. . . information as to the purpose and effect of the proposed regulation”.

The use of the RIAS to determine both the purpose and the intended application of a regulation has been frequent in this Court and others, and this across a wide range of interpretive settings: see, e.g., *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at pp. 352-53; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at paras. 63-64; *Merck 1999*, at para. 51; *AstraZeneca*, at para. 23; *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.), at para. 10.

Binnie J. refers in his analysis (at para. 47) to the WTO Report in order to decipher the object of the *NOC Regulations*. More specifically, he refers to Canada’s submissions to the WTO in the context of the complaint made by the European Communities. In my respectful view, no weight should be accorded to such evidence given that it was presented in the context of international litigation occurring long after the *NOC Regulations* and

l’étude d’impact de la réglementation (« REIR »). Biolyse a exprimé son incertitude quant à savoir si la Cour devrait tenir compte de ce type d’aide extrinsèque ou y attacher de l’importance. J’estime que ces doutes ne sont pas fondés.

Il est depuis longtemps établi que la Cour peut examiner les sources extrinsèques admissibles concernant l’historique législatif d’une disposition et le contexte dans lequel elle a été adoptée. Dans l’arrêt *Francis v. Baker*, par. 35, j’ai conclu que « [I]es principes applicables d’interprétation des lois exigent donc que tous les éléments de preuve relatifs à l’intention du législateur soient pris en considération, à condition qu’ils soient pertinents et fiables. » Par conséquent, dans le but de confirmer l’objet du règlement contesté, l’application envisagée d’une modification du règlement ou le sens du langage législatif, il est utile d’examiner le REIR préparé dans le cadre du processus réglementaire (voir Sullivan, p. 499-500). Dans *Merck 1999*, par. 51, la juge McGillis a dit ce qui suit :

... le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation qui accompagne le règlement sans toutefois en faire partie révèle les intentions du législateur et renferme des « renseignements sur l’objet et l’effet du règlement proposé ».

Notre Cour et d’autres tribunaux ont fréquemment utilisé le REIR pour déterminer l’objet d’un règlement et son application envisagée et ce, dans divers contextes : voir, p. ex., *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, p. 352-353; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 63-64; *Merck 1999*, par. 51; *AstraZeneca*, par. 23; *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 826 (QL) (C.A.), par. 10.

Dans son analyse (au par. 47), le juge Binnie renvoie au rapport de l’OMC afin de cerner l’objet du *Règlement ADC*. Plus précisément, il cite les observations formulées par le Canada à l’intention de l’OMC dans le cadre d’une plainte déposée par les Communautés européennes. À mon humble avis, il ne faut accorder aucune importance à cet élément de preuve puisqu’il a été soumis dans le cadre d’un litige international survenu longtemps

156

157

158

pertinent legislation were enacted. It says nothing of legislative context.

159 In the present case, the history of the impugned provision can be divided in two time periods: the period prior to the 1999 amendment, and the period following the 1999 amendment. The evolution of s. 5(1.1) demonstrates how the government was active in its efforts to transform and broaden the provision.

(i) Pre-1999

160 As discussed earlier, in 1993, following the abolition of the compulsory licensing system of drug patents, the government first enacted the *NOC Regulations* in order to protect the rights of patentees by preventing generic manufacturers from marketing their drugs until the expiry of all relevant patents (see *Merck 1999*, at para. 51; M. Smith, *Patent Protection for Pharmaceutical Products in Canada — Chronology of Significant Events* (March 30, 2000)). The RIAS accompanying the *NOC Regulations* explained the reasons for this new regulatory scheme:

Under the status quo patentees have the right to pursue patent infringement actions in the courts to obtain interlocutory relief and to be compensated in damages if an injunction is not granted and it turns out that there was infringement. As a general rule, judicial remedies are sufficient to address patent infringement. However, with the enactment of Bill C-91 the government has created an exception to patent infringement allowing generic competitors to undertake any activities necessary to work up a submission to obtain regulatory approval of a product. This removes a patent right that may have otherwise been available to patentees to prevent generic competitors from obtaining such regulatory approval of their products.

These Regulations are needed to ensure this new exception to patent infringement is not abused by generic drug applicants seeking to sell their product in Canada during the term of their competitor's patent while nonetheless allowing generic competitors to undertake the regulatory approval work necessary to ensure they are in a position to market their products immediately after the expiry of any relevant patents.

après l'adoption de la loi applicable et la prise du *Règlement ADC*. Il ne révèle rien du contexte législatif.

En l'espèce, l'historique de la disposition contestée peut être divisé en deux périodes : la période qui a précédé la modification de 1999 et la période qui a suivi cette même modification. L'évolution du par. 5(1.1) démontre comment le gouvernement a activement tenté de transformer la disposition et d'en élargir la portée.

(i) Avant 1999

Rappelons qu'en 1993, à la suite de l'abolition du système de licences obligatoires en matière de médicaments brevetés, le gouvernement a pris le *Règlement ADC* afin de protéger les droits des brevetés en empêchant les fabricants de produits génériques de commercialiser leurs drogues avant l'expiration de tous les brevets en cause (voir *Merck 1999*, par. 51; M. Smith, *Protection des brevets pour les produits pharmaceutiques au Canada — Chronologie* (30 mars 2000)). Le REIR accompagnant le *Règlement ADC* explique les raisons pour lesquelles ce nouveau régime réglementaire a été créé :

À l'heure actuelle, les titulaires d'un brevet ont le droit d'entamer des poursuites en contrefaçon dans le but d'obtenir un redressement interlocutoire ou des dommages-intérêts si aucune injonction n'est accordée et qu'on découvre par la suite qu'il y avait contrefaçon. En règle générale, les recours judiciaires suffisent pour régler les cas de contrefaçon. Toutefois, avec l'adoption du projet de loi C-91, le gouvernement fait une exception dans ce domaine en permettant aux fabricants de médicaments génériques d'entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire d'un produit. Par conséquent, le titulaire d'un brevet perd un droit dont il aurait pu se prévaloir pour empêcher ses concurrents de faire approuver leurs produits.

Le présent règlement est nécessaire si on veut éviter que cette nouvelle exception en matière de contrefaçon soit mal utilisée par les fabricants de produits génériques désireux de vendre leurs produits au Canada pendant que le brevet original est encore valide. En vertu du règlement, ces fabricants peuvent toutefois entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire et ainsi commercialiser leurs produits dès que les brevets pertinents arrivent à expiration.

These Regulations together with subsection 55.2(1) will allow patentees to enjoy full patent protection while ensuring off-patented competitors will be able to enter the marketplace immediately upon the expiry of all patents pertaining to a medicine. [Emphasis added.]

(SOR/93-133, *Canada Gazette*, Part II, vol. 127, No. 6, at pp. 1387-88)

As has been consistently and properly affirmed by the courts, the only purpose of the *NOC Regulations* is to prevent patent infringement by protecting the research and development initiatives of innovator companies (see *Merck 1999*, at para. 53; *Nu-Pharm*, at para. 6; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, at para. 9). As reflected in the *Patent Act*, the government chose to accord primacy to the protection of patent rights, but still permitted generic manufacturers to access the regulatory approval system.

When first promulgated in 1993, there was no s. 5(1.1) in the *NOC Regulations*. Section 5(1) read:

5. (1) Where a person files or, before the coming into force of these Regulations, has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and wishes to compare that drug with, or make reference to, a drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the patent list . . .

At that time, there was no requirement that there be bioequivalence for a NOA to be sent, simply some comparison or reference to the first entry product.

In 1998, seeking to reduce unnecessary litigation, to streamline the process and to reinforce the balance between providing a mechanism for the effective enforcement of patent rights and ensuring that generic products enter the market as soon as possible, the Governor in Council amended the *NOC Regulations*. The stay preventing the Minister from issuing a NOC while patent issues are resolved was reduced to 24 months from the previous 30

Ce règlement et le paragraphe 55.2(1) favoriseront l'investissement dans le domaine de l'innovation parce qu'ils permettront aux titulaires d'un brevet de bénéficier de la protection complète conférée par les brevets tout en donnant aux concurrents la possibilité de mettre leurs produits sur le marché dès que les brevets pertinents seront arrivés à expiration. [Je souligne.]

(DORS/93-133, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 127, n° 6, p. 1387-1388)

Comme les tribunaux l'ont constamment et justement affirmé, le *Règlement ADC* a pour seul objet d'empêcher la contrefaçon en protégeant les travaux de recherche et de développement des sociétés innovatrices (voir *Merck 1999*, par. 53; *Nu-Pharm*, par. 6; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, par. 9). Comme l'indique la *Loi sur les brevets*, le gouvernement a choisi d'accorder préséance à la protection des droits de brevet en continuant de permettre aux fabricants de produits génériques d'accéder au système d'approbation réglementaire.

Au moment de l'entrée en vigueur du *Règlement ADC* en 1993, le par. 5(1.1) n'en faisait pas partie. Le paragraphe 5(1) prévoyait ce qui suit :

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou, avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, a déposé une demande d'avis de conformité à l'égard d'une drogue et souhaite comparer cette drogue à une drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard duquel une liste de brevets a été soumise ou qu'elle souhaite faire un renvoi à la drogue citée en second lieu, elle doit indiquer sur sa demande, à l'égard de chaque brevet énuméré dans la liste . . .

L'envoi d'un ADA n'était alors pas subordonné à l'exigence d'une démonstration de bioéquivalence, mais simplement à l'exigence d'une comparaison ou d'un renvoi au nouveau produit.

En 1998, le gouverneur en conseil a modifié le *Règlement ADC* en vue de réduire le nombre de litiges inutiles, de rationaliser le processus et de renforcer l'équilibre entre l'assurance d'un mécanisme qui permet de faire véritablement respecter les droits conférés par les brevets et la garantie que les médicaments génériques soient commercialisés aussitôt que possible. La durée de la prohibition qui empêche le ministre de délivrer un ADC tant

161

162

163

months (s. 7(1)). Moreover, a clearer indication was given to the courts concerning the circumstances in which damages could be awarded to a second person to compensate for the loss suffered by reason of delayed market entry of its drug, and the factors that may be taken into account in calculating such damages (s. 8). However, s. 5(1), except for minor changes, remained the same:

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and wishes to compare that drug with, or make reference to, another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug . . .

(ii) Post-1999

164

In 1999, concerns were expressed surrounding attempts by second and subsequent entry manufacturers to creatively structure their new drug submissions to avoid the impact of the *NOC Regulations*. A proposed amendment was published in the *Canada Gazette*, Part I, July 31, 1999, at p. 2265. The proposed version reads as follows:

5. (1) If a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that is or has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where that drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form . . .

165

Once again, this version did not contain a requirement of bioequivalence, nor did it require a comparison between drugs or a reference to another drug. To be caught by the section, the second person's product only needed to contain a medicine found in another drug which had the same route of

que les problèmes relatifs aux brevets ne sont pas réglés est passée de 30 mois à 24 mois (par. 7(1)). De plus, les tribunaux ont reçu des précisions en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles des dommages-intérêts peuvent être accordés à la seconde personne afin de la dédommager des pertes subies à cause du report de la mise en marché de sa drogue, de même qu'en ce qui concerne les facteurs dont ils peuvent tenir compte pour calculer ces dommages-intérêts (art. 8). Cependant, sous réserve de quelques changements mineurs, le par. 5(1) est resté le même :

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et souhaite en faire la comparaison, ou faire renvoi, à une autre drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue . . .

(ii) Après 1999

En 1999, des préoccupations ont été exprimées à propos des tentatives par les deuxièmes fabricants et les fabricants subséquents de faire preuve d'imagination dans leurs présentations de drogue nouvelle pour échapper aux conséquences du *Règlement ADC*. Un projet de modification a été publié dans la *Gazette du Canada*, partie I, 31 juillet 1999, p. 2265. La version proposée est ainsi rédigée :

5. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui est ou a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables . . .

Là encore, cette version n'exigeait pas la démonstration d'une bioéquivalence, pas plus qu'une comparaison entre certaines drogues ou un renvoi à une autre drogue. Pour que la disposition lui soit applicable, le produit de la seconde personne devait seulement contenir un médicament que l'on trouvait dans

administration and a comparable strength and dosage form.

Following the publication, the Governor in Council consulted a number of stakeholders. Representations were received from: the Canadian Drug Manufacturers Association and some of its member companies, Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies and some of its member companies, the Industrial Biotechnology Association, other drug manufacturers, the Animal Health Institute, the Intellectual Property Institute of Canada, the Consumers' Association of Canada, groups and associations representing senior citizens, and some members of Parliament (SOR/99-379, *Canada Gazette*, Part II, vol. 133, No. 21, at p. 2359). During the consultation period, the Governor in Council was made aware of the possibility of s. 5(1.1) applying to an innovator submitting a NDS without any bioequivalence. In fact, the evidence shows that one of the concerns brought forward by Industry Canada during the consultations was

that the current wording of Section 5(1.1) of the *Regulations* would mean that a second or subsequent entry manufacturer who had filed New Drug Submissions for a particular drug would have to send a Notice of Allegation to any first person who had submitted patent lists to the Minister even in circumstances where the second or subsequent entry manufacturer did not rely upon the first entry company to demonstrate bio-equivalence or bio-availability of its product. In other words, even when the New Drug Submission filed by the second or subsequent entry manufacturer was a "stand alone" New Drug Submission, and not an Abbreviated New Drug Submission current Section 5(1.1) of the *Regulations* would mean that the second or subsequent entry manufacturer would have to send a Notice of Allegation if there were patents listed on the Patent Register. [Emphasis added.]

(Affidavit of Murray J. Elston, president of Canada's Research-based Pharmaceutical Companies, who participated in the consultations surrounding the amendments to s. 5.)

une autre drogue, laquelle présentait la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables.

À la suite de cette publication, le gouverneur en conseil a consulté un certain nombre d'intéressés. Il a reçu des commentaires des organismes suivants : l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques et certaines de ses entreprises membres, Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada et certaines de ses entreprises membres, l'Association canadienne de l'industrie de la biotechnologie, d'autres fabricants de drogues, l'Institut de santé animale, l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada, l'Association des consommateurs du Canada, des groupes et des associations représentant des personnes âgées et certains parlementaires (DORS/99-379, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 133, n° 21, p. 2359). Durant la période de consultation, le gouverneur en conseil a été informé de la possible application du par. 5(1.1) à un innovateur qui soumet une PDN sans faire la démonstration d'une bioéquivalence. De fait, la preuve indique que pendant les consultations, Industrie Canada avait soulevé la préoccupation suivante :

[TRADUCTION] . . . que le libellé actuel du par. 5(1.1) du *Règlement* signifierait qu'un deuxième fabricant ou un fabricant subséquent qui a déposé une présentation de drogue nouvelle à l'égard d'une drogue donnée serait tenu d'envoyer un avis d'allégation à la première personne qui a soumis une liste de brevets au ministre, même dans le cas où ce deuxième fabricant ou ce fabricant subséquent ne s'est pas appuyé sur la première société pour démontrer la bioéquivalence ou la biodisponibilité de son produit. Autrement dit, même dans le cas où la présentation de drogue nouvelle déposée par le deuxième fabricant ou le fabricant subséquent consistait en une présentation de drogue nouvelle « autonome » et non en une présentation abrégée de drogue nouvelle, le par. 5(1.1) du *Règlement*, dans sa version actuelle, signifierait que le deuxième fabricant ou le fabricant subséquent devrait envoyer un avis d'allégation si des brevets sont inscrits au registre des brevets. [Je souligne.]

(Affidavit de Murray J. Elston, président de Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada, qui a participé aux consultations concernant les modifications apportées à l'art. 5.)

167 Moreover, the intervenor Canadian Generic Pharmaceutical Association pointed out during the consultations that the amendments would catch “innovative” submissions, i.e., submissions other than ANDSs (para. 33).

168 After the consultation period, s. 5 was split into two subsections, resulting in the creation of s. 5(1.1), and the inclusion of the requirement of bioequivalence in s. 5(1). This is the current version which this Court is asked to interpret (see Appendix).

169 In the Federal Court, Trial Division, Blanchard J. found that s. 5(1.1) was introduced in response to the situation in the *Merck 1999* case in an attempt to close a perceived “loophole” through which a generic drug manufacturer could avoid providing a NOA to a patentee. In *Merck 1999*, a second generic company manufacturer tried to avoid serving a NOA by making an indirect rather than a direct bioequivalence comparison to the innovator’s drug. Contrary to the Attorney General’s expectations, both the Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal held that s. 5 (as it was before 1999) precluded generic-to-generic comparisons. These decisions were rendered after the 1999 amendments to s. 5 took effect.

170 Biolyse submits that there was no such loophole being exploited by new drug developers when filing a NDS, and hence no need for any amendments for such submissions. It further submits that these amendments were not intended to change the policy by extending it to innovative drug developers whose NDS might incidentally refer to information in the public domain about another patent-listed drug.

171 A review of the RIAS (SOR/99-379, *Canada Gazette*, Part II, vol. 133, No. 21, at p. 2357) confirms that the amendments were designed to clarify the law and reaffirm the application of the *NOC Regulations* and that, in the vast majority of cases,

En outre, l’intervenante l’Association canadienne du médicament générique a souligné lors des consultations que les modifications toucheraient les « nouvelles » demandes, c.-à-d. les demandes autres que les PADN (par. 33).

Après la période de consultation, l’art. 5 a été scindé en deux paragraphes, ce qui a entraîné la création du par. 5(1.1) et l’inclusion de l’exigence de démontrer une bioéquivalence au par. 5(1). Il s’agit de la version actuelle que la Cour est appelée à interpréter (voir annexe).

Le juge Blanchard de la Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que le par. 5(1.1) a été adopté en réponse à la situation dont il était question dans *Merck 1999* dans une tentative de bloquer une possible « échappatoire » par laquelle un fabricant de médicaments génériques pouvait se soustraire à l’obligation de fournir un ADA à un breveté. Dans cette affaire, un second fabricant avait tenté de se soustraire à l’obligation de signifier un ADA en établissant une comparaison indirecte, et non directe, pour démontrer la bioéquivalence de son produit avec la drogue de l’innovateur. Contrairement aux attentes du procureur général, la Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont jugé que l’art. 5 (dans sa version antérieure à 1999) excluait les comparaisons entre produits génériques. Ces décisions ont été prononcées après l’entrée en vigueur des modifications apportées à l’art. 5 en 1999.

Selon Biolyse, cette échappatoire dont se prévaudraient les concepteurs de drogues nouvelles lors du dépôt d’une PDN n’existe pas, et il n’y avait donc pas lieu de modifier ces demandes. Elle soutient en outre que ces modifications ne visaient pas à modifier la politique générale en l’étendant aux sociétés pharmaceutiques innovatrices qui déposent des PDN en faisant accessoirement renvoi à des renseignements qui relèvent du domaine public à l’égard d’une autre drogue figurant sur la liste des brevets.

Un examen du REIR (DORS/99-379, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 133, n° 21, p. 2357) confirme que les modifications étaient destinées à clarifier la loi et à réitérer l’application du *Règlement ADC* et que, dans la grande majorité des cas, les coûts de

compliance costs to private sector parties would remain the same. Furthermore, the RIAS states that the amendments confirm the balance between providing effective enforcement of patent rights, while at the same time ensuring that second and subsequent entry manufacturers' drugs can enter the market as soon as it is determined that they are not covered by a patent, or, where they are covered by a patent, immediately after the patent expiry. The RIAS further states at p. 2358:

Subsection 5(1.1) will apply where a second or subsequent entry manufacturer does not make such an explicit comparison or reference, but, in fact, seeks a NOC for another version of a drug that has previously been marketed in Canada by a first person who has filed a patent list with the Minister of Health. Specifically, subsection 5(1.1) will be triggered when the second or subsequent entry manufacturer's drug contains the same medicine, employs the same route of administration and has a comparable strength and dosage form as the drug listed on the patent register. In this context, "comparable" is intended to operate as it does within the context of the drug approval process.

The other extrinsic aid referred to by Biolyse in support of its argument is the *Guidance for Industry — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* ("Guidance"), Health Canada, Therapeutic Products Programme, May 10, 2000. The particular relevance of these guidelines in this industry needs to be noted. Those who are responsible for the administration of the *NOC Regulations* on a day-to-day basis have developed an expertise or perspective that lends authority to their opinion (see Sullivan, at pp. 503-4). This is not to say that complete deference should be shown to these guidelines. Biolyse refers to the *Guidance* and cites the following section, at p. 14, to support its position that, in order for s. 5(1.1) to apply, the submission needs to include a demonstration of bioequivalence, as in s. 5(1):

Subsection 5(1.1)

In a drug submission where there is a demonstration of bioequivalence and therefore reliance on a

conformité resteraient les mêmes pour le secteur privé. Le REIR indique en outre que les modifications confirment l'équilibre entre une application efficace des droits conférés par les brevets tout en veillant à ce que le médicament d'un deuxième fabricant, ou d'un fabricant subséquent, puisse entrer sur le marché dès qu'il est établi qu'il n'est pas couvert par un brevet, ou s'il l'est, immédiatement après l'expiration du brevet. Le REIR indique aussi ce qui suit, à la p. 2358 :

Le paragraphe 5(1.1) s'appliquera dans le cas où un deuxième fabricant, ou un fabricant subséquent, ne fait pas ainsi une comparaison ou un renvoi explicites, mais cherche en fait à obtenir un avis de conformité pour une autre version d'un médicament qui a antérieurement été commercialisé au Canada par une première personne ayant déposé une liste de brevets auprès du ministre de la Santé. Plus particulièrement, le paragraphe 5(1.1) s'appliquera dans le cas où le médicament du deuxième fabricant, ou du fabricant subséquent, contient le même médicament, emploie la même voie d'administration et se présente en concentration et forme posologique comparables à celles du médicament figurant sur le registre des brevets. Dans ce contexte, le mot « comparable » doit être interprété comme dans le contexte du processus d'approbation des médicaments.

L'autre aide extrinsèque invoquée par Biolyse au soutien de son argument est la *Ligne directrice à l'intention de l'industrie — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (« Ligne directrice »), Santé Canada, Programme des produits thérapeutiques, 10 mai 2000. Il convient de souligner la pertinence particulière de la ligne directrice pour cette industrie. Les personnes chargées de l'administration courante du *Règlement ADC* ont acquis une compétence ou développé une perspective qui confèrent de l'autorité à leur opinion (voir Sullivan, p. 503-504). Cela ne signifie pas que ces directives doivent être acceptées sans réserve. Biolyse renvoie à la *Ligne directrice* et cite l'extrait suivant, à la p. 16, pour étayer sa position selon laquelle l'application du par. 5(1.1) est subordonnée à l'inclusion dans la demande d'une démonstration de bioéquivalence, comme c'est le cas au par. 5(1) :

Paragraphe 5(1.1)

Dans une présentation de drogue où il y a une démonstration de bioéquivalence et conséquemment une

previously approved drug, the TPP [Therapeutic Products Programme] will apply the test described in subsection 5(1.1).

173

However, Biolyse fails to cite the rest of the relevant paragraph which confirms that before applying s. 5(1.1), the Therapeutic Products Programme (“TPP”) will first determine if s. 5(1) applies:

The test under subsection 5(1.1) requires that, where subsection 5(1) does not apply, the TPP first determines which medicine is contained in the drug in the second person’s submission, its route of administration, strength and dosage form. The TPP will then check to see if there is a first person drug listed on the Patent Register containing the same medicine in the same route of administration, and with a comparable strength and dosage form.

Furthermore, at p. 10 of the *Guidance*, the TPP adopts a different approach than the one postulated by Biolyse when it explains that:

When a second person files a submission for a NOC and compares or makes reference to another drug for purposes of demonstrating bioequivalence for which a patent list has been submitted, the second person must comply with subsection 5(1) of the *Regulations*. A second person who has not made a comparison or reference under subsection 5(1), but files a submission for a drug containing a medicine that is found in another drug for which a patent list has been submitted, in the same route of administration, and with a comparable strength and dosage form, must comply with subsection 5(1.1). [Emphasis added.]

174

In the case at bar, Biolyse argues that s. 5(1.1) imposes the same conditions which appear in s. 5(1). It submits that a NOA should only be sent where a second entry manufacturer has applied for approval for the same medicine and where the second entry manufacturer has made a reference or comparison to another product for the purpose of demonstrating bioequivalence. Thus, Biolyse urges the Court to read into the *NOC Regulations* words which do not appear. Such a demand, as acknowledged by the Federal Court of Appeal, is tantamount to crossing the line between judicial interpretation and legislative redrafting (para. 35). Lamer C.J. in

dépendance sur une autre drogue antérieurement approuvée, le PPT [Programme des produits thérapeutiques] appliquera le test qui est décrit au paragraphe 5(1.1).

Toutefois, Biolyse a omis de citer le reste du paragraphe en cause où l’on confirme qu’avant d’appliquer le par. 5(1.1), le Programme des produits thérapeutiques (« PPT ») doit d’abord déterminer si le par. 5(1) s’applique :

Le test sous le paragraphe 5(1.1) requiert que si le paragraphe 5(1) ne s’applique pas, le PPT déterminera tout d’abord quel médicament est contenu dans la drogue visé (*sic*) par la demande de la seconde personne, sa voie d’administration, sa concentration et sa forme posologique. Le PPT vérifiera ensuite s’il existe une drogue commercialisée par une première personne qui est inscrite au registre des brevets et qui contient le même médicament ayant la même voie d’administration et présenté sous une forme posologique et une concentration comparables.

De plus, à la p. 12 de la *Ligne directrice*, le PPT adopte une approche différente de celle proposée par Biolyse lorsqu’il explique ce qui suit :

Lorsqu’une seconde personne dépose une demande d’avis de conformité pour une drogue et en fait la comparaison, ou fait renvoi, aux fins d’en démontrer la bioéquivalence, à une autre drogue à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit se conformer au paragraphe 5(1) du Règlement. Une seconde personne qui ne fait pas une comparaison ou un renvoi aux termes du paragraphe 5(1), mais qui dépose une demande à l’égard d’une drogue contenant un médicament qui est présent dans une autre drogue pour laquelle une liste de brevets a été soumise et dont la voie d’administration est la même et la concentration et la forme posologique comparables, doit se conformer au paragraphe 5(1.1). [Je souligne.]

En l’espèce, Biolyse fait valoir que le par. 5(1.1) impose les mêmes conditions que celles prescrites au par. 5(1). Elle soutient que l’ADA doit seulement être envoyé lorsque le deuxième fabricant a demandé une autorisation à l’égard du même médicament et lorsqu’il a fait une comparaison ou un renvoi à un autre produit pour en démontrer la bioéquivalence. Ainsi, Biolyse invite la Cour à introduire dans le *Règlement ADC* des termes qui ne s’y trouvent pas. Cette demande, comme l’a reconnu la Cour d’appel fédérale, équivaut à franchir la ligne qui sépare l’interprétation judiciaire et la reformulation législative (para. 35). Dans l’arrêt *R. c. McIntosh*, [1995] 1

R. v. McIntosh, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 26, cautioned against this:

Second, the contextual approach allows the courts to depart from the common grammatical meaning of words where this is required by a particular context, but it does not generally mandate the courts to read words into a statutory provision. It is only when words are “reasonably capable of bearing” a particular meaning that they may be interpreted contextually. I would agree with Pierre-André Côté’s observation in his book *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 231, that:

Since the judge’s task is to interpret the statute, not to create it, as a general rule, interpretation should not add to the terms of the law. Legislation is deemed to be well drafted, and to express completely what the legislator wanted to say. . . .

The Crown is asking this Court to read words into s. 34(2) which are simply not there. In my view, to do so would be tantamount to amending s. 34(2), which is a legislative and not a judicial function. The contextual approach provides no basis for the courts to engage in legislative amendment. [First emphasis in original; second emphasis added.]

In the words of L’Heureux-Dubé J., “judges should not attempt to rewrite a statute under the guise of interpreting it”: *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 36.

I posit the view that if there is a bioequivalence demonstration (direct or indirect as confirmed by the Federal Court of Appeal in *Merck 1999*) in the submission of the second person, the analysis will necessarily and always stop at s. 5(1) and the TPP will never have to determine if s. 5(1.1) applies. Consequently, a construction of the section that would include the bioequivalence requirement under s. 5(1.1) would be completely useless. This position could not have been intended by the Governor in Council since it would be in complete disregard for the language of the section (see Federal Court of Appeal, Trial Division, at para. 51).

As demonstrated from the above and found by the Federal Court of Appeal, the *Guidance* and the RIAS are not sufficiently clear and compelling to permit this Court to perform reconstructive surgery

R.C.S. 686, par. 26, le juge en chef Lamer a formulé à cet égard la mise en garde suivante :

Deuxièmement, l’analyse contextuelle permet aux tribunaux de s’écarter du sens grammatical ordinaire des termes lorsqu’un contexte particulier l’exige, mais elle n’exige généralement pas des tribunaux qu’ils introduisent des termes dans une disposition législative. C’est seulement lorsqu’« ils peuvent raisonnablement avoir » un sens particulier que ces termes peuvent être interprétés d’après leur contexte. Je suis d’accord avec l’observation de Pierre-André Côté dans son livre, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), aux pp. 257 et 258 :

La fonction du juge étant d’interpréter la loi et non de la faire, le principe général veut que le juge doive écarter une interprétation qui l’amènerait à ajouter des termes à la loi : celle-ci est censée être bien rédigée et exprimer complètement ce que le législateur entendait dire . . .

Le ministère public demande à notre Cour d’inclure dans le par. 34(2) des termes qui ne s’y trouvent pas. À mon avis, cela équivaudrait à modifier le par. 34(2), ce qui constitue une fonction législative et non judiciaire. L’analyse contextuelle ne justifie aucunement les tribunaux de procéder à des modifications législatives. [Premier soulignement dans l’original; deuxième soulignement ajouté.]

Pour reprendre les propos de la juge L’Heureux-Dubé, « les juges ne devraient pas tenter de récrire une loi sous prétexte de l’interpréter » : *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 36.

Je suis d’avis que s’il y a démonstration de la bioéquivalence (directe ou indirecte, ainsi que l’a confirmé la Cour d’appel fédérale dans *Merck 1999*) dans la demande de la seconde personne, l’analyse s’arrêtera nécessairement et toujours au par. 5(1) et le PPT n’aura jamais à décider si le par. 5(1.1) s’applique. Par conséquent, une interprétation de la disposition qui inclurait une obligation de faire la démonstration de bioéquivalence prévue au par. 5(1.1) serait totalement inutile. Le gouverneur en conseil ne peut avoir envisagé cette situation qui ferait complètement abstraction du libellé de la disposition (voir la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale, par. 51).

Comme le démontre ce qui précède, et ainsi que l’a conclu la Cour d’appel fédérale, la *Ligne directrice* et le REIR ne sont pas assez clairs et convaincants pour permettre à la Cour de reformuler un

to a regulatory text which speaks quite clearly (para. 33). In fact, they do not even support such a result.

178 It is a well-established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences. “[A] label of absurdity can be attached to interpretations which defeat the purpose of a statute or render some aspect of it pointless or futile”: *Rizzo & Rizzo Shoes*, at para. 27. In addition, this Court has time and time again recognized the presumption against tautology: it is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, phrases and larger units such as paragraphs, sections and parts of a legislative scheme (see, e.g., *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 28; *Degelder Construction Co. v. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 S.C.R. 90, at paras. 26-27).

179 Herein, this is emphasized by the fact that the Governor in Council specifically amended the *NOC Regulations* to add s. 5(1.1). We have to presume that the amendments to the wording of a legislative or regulatory provision are made for some intelligible purpose. A legislature (or the Governor in Council) would not go to the trouble and expense of amending a provision without any reason, and this just for a short period of time awaiting a decision from the courts (see Sullivan, at p. 472). I therefore adopt the arguments of BMS when it writes in its factum, at para. 65:

If s. 5(1.1) requires a demonstration of bioequivalence, one would never invoke s. 5(1.1) since, in such a situation, where a person had made a comparison or reference for the purpose of demonstrating bioequivalence, the provisions of s. 5(1) would apply. Accordingly, an interpretation that renders a section redundant should be rejected in favour of one that is consistent with s. 5 as a whole. Biolyse’s interpretation also renders s. 5(1.2) meaningless.

180 In addition, the Governor in Council, even if it wanted to preclude the “*Merck* problem”, that is the generic-to-generic comparison, was fully aware that the decision of the Federal Court of Appeal could make the added provision superfluous by

texte réglementaire dont les dispositions sont claires (par. 33). En fait, ces documents n’appuient même pas une telle interprétation.

Selon un principe bien établi en matière d’interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes. « [O]n peut qualifier d’absurdes les interprétations qui vont à l’encontre de la fin d’une loi ou en rendent un aspect inutile ou futile » : *Rizzo & Rizzo Shoes*, par. 27. En outre, cette Cour a maintes fois reconnu la présomption d’absence de tautologie : le législateur est censé éviter les termes, les phrases et les parties plus longues, comme les paragraphes, les dispositions et les parties d’un texte législatif, qui sont superflus et dénués de sens (voir, p. ex., *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 28; *Degelder Construction Co. c. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 R.C.S. 90, par. 26-27).

En l’espèce, tout cela est mis en évidence par le fait que le gouverneur en conseil a expressément modifié le *Règlement ADC* pour y ajouter le par. 5(1.1). Nous devons présumer que des modifications sont apportées au texte d’une disposition législative ou réglementaire dans un but intelligible. Le législateur (ou le gouverneur en conseil) ne s’exposerait pas sans aucune raison aux frais et aux inconvénients liés à une modification législative et ce, pour une courte période de temps, en attendant une décision des tribunaux (voir Sullivan, p. 472). Je souscris donc aux arguments avancés par BMS dans son mémoire, au par. 65 :

[TRADUCTION] Si le par. 5(1.1) exigeait une démonstration de la bioéquivalence, il ne serait jamais invoqué puisque, dans un tel cas, si la personne qui avait fait une comparaison ou un renvoi dans le but de démontrer la bioéquivalence, les dispositions du par. 5(1) s’appliqueraient. Par conséquent, il faut rejeter l’interprétation qui rendrait la disposition redondante au profit de celle qui est compatible avec l’art. 5 dans son ensemble. L’interprétation que propose Biolyse rend aussi le par. 5(1.2) vide de sens.

De plus, même s’il voulait prévenir la difficulté relevée dans *Merck*, c.-à-d. la comparaison entre produits génériques, le gouverneur général savait pertinemment que la décision de la Cour d’appel fédérale pouvait rendre la nouvelle

concluding that such a comparison was not excluded from the application of s. 5. The Governor in Council was clearly trying to remedy a much wider problem in order to protect the patentee from any infringement and could not have wanted the provision to be lacking any meaning.

Biolyse submits that the Governor in Council, when it amended s. 5, in 1999, was seeking to mirror the language found in s. C.08.002.1(1) of the *Food and Drug Regulations*, which applies to ANDS. Considering that the government was aware that s. 5(1.1) would apply even to an innovator's NDS (as informed during the consultation period), and this even where there was no bioequivalence, comparison or reference to another product, one has to assume that the Governor in Council was trying to extend the protective measures of the *NOC Regulations* to a wider group of submissions than ANDS. But more importantly, as discussed earlier in these reasons, one must attach some importance to the fact that the Governor in Council when drafting the *NOC Regulations* avoided the terminology used in the *Food and Drug Regulations*: the expressions "new drug submission" and "abbreviated new drug submission" are absent. Instead, the *NOC Regulations* refer to "first person" and "second person".

Having examined the words in s. 5(1.1) in their grammatical and ordinary meaning, having considered them in their broader and external context, I must reject the arguments presented by Biolyse. In my view, it is clear that the entire context of the litigious provision is in harmony with its ordinary meaning. The addition of words to the provision is not grammatically required to make the subsection intelligible, especially when it is neither ambiguous nor incoherent. Furthermore, even when read in context, the impugned provision cannot reasonably be restricted to ANDS. Biolyse is asking our Court to perform legislative redrafting, a task that is beyond this Court's role in giving a judicial

disposition superflue en concluant que l'art. 5 permettait une telle comparaison. Le gouverneur en conseil tentait manifestement de remédier à un problème beaucoup plus vaste dans le but de protéger le breveté contre toute contrefaçon et ne pouvait vouloir que la disposition soit dépourvue de signification.

Biolyse soutient qu'au moment où il a modifié l'art. 5, en 1999, le gouverneur en conseil tentait de reproduire le libellé du par. C.08.002.1(1) du *Règlement sur les aliments et drogues*, lequel s'applique à la PADN. Étant donné que le gouvernement savait que le par. 5(1.1) s'appliquerait même à la PDN soumise par une société innovatrice (on l'en a informé au cours de la période de consultation) et ce, même sans démonstration de bioéquivalence, comparaison ou renvoi à un autre produit, il faut supposer que le gouverneur en conseil tentait d'étendre les mesures de protection établies par le *Règlement ADC* à un groupe de demandes plus grand que la seule PADN. Il faut surtout, comme nous l'avons vu précédemment, accorder une certaine importance au fait que le gouverneur en conseil a, au moment de rédiger le *Règlement ADC*, évité d'employer la terminologie du *Règlement sur les aliments et drogues* : les expressions « présentation de drogue nouvelle » et « présentation abrégée de drogue nouvelle » n'y figurent pas. À la place, le *Règlement ADC* renvoie à la « première personne » et à la « seconde personne ».

Après avoir examiné les termes du par. 5(1.1) dans leur sens ordinaire et grammatical, les avoir analysés dans leurs contextes global et externe, je dois rejeter les arguments présentés par Biolyse. À mon avis, il est clair que le contexte global de la disposition en litige est compatible avec son sens ordinaire. Il n'est pas nécessaire d'ajouter des mots à la disposition, d'un point de vue grammatical, pour la rendre intelligible, surtout lorsqu'elle n'est ni ambiguë ni incohérente. Par ailleurs, même envisagée dans son contexte, la disposition contestée ne peut raisonnablement s'appliquer qu'à la seule PADN. Biolyse demande à notre Cour de procéder à une reformulation législative, ce qui

interpretation. I cannot accept Biolyse's view of unwarranted consequences of a proper application of s. 5(1.1) as an excuse to place an unreasonable construction on words and alter the meaning of this provision. Major J. said as much in *Zeitel v. Ellscheid*, [1994] 2 S.C.R. 142, at p. 152:

Recognition of the proper roles of the legislature and the judiciary requires that the courts give effect to the plain meaning of the words of a duly enacted statute. It is beyond the power of a court to interfere in a carefully crafted legislative scheme merely because it does not approve of the result produced by a statute in a particular case.

(See also Driedger, at p. 86.) I would therefore find that s. 5(1.1) applies in the facts of this case.

IV. Application of Section 5(1.1)

183

Both Blanchard J. and the Federal Court of Appeal found that Biolyse met the requirements under s. 5(1.1), more specifically that Biolyse's drug Paclitaxel for injection had the same route of administration and a comparable strength and dosage form as Taxol, as well as the same formulation as Taxol (at paras. 44-54 and paras. 15-16 respectively). I see no error in their determination. Consequently, in light of the above, Biolyse had to make an allegation in its submission pursuant to s. 5(1.1)(b) and, until Biolyse complied, the Minister was prohibited by s. 7(1)(b) from issuing a NOC in respect of Paclitaxel for injection.

184

Biolyse argues that the courts below made an error when they accepted the "hybrid submission" argument made by BMS. This argument has no merit. The findings of fact regarding the possible "piggy-backing" of Biolyse on BMS's work or its reliance on information in the public domain have no impact on the interpretation and application of s. 5(1.1) since no comparison, reference or bioequivalence requirement is necessary for the subsection to apply (see P. R. Wilcox and D. C. Ripley, "The Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations" (2000), 16 *C.I.P.R.*

va au-delà du rôle que joue la Cour lorsqu'elle se livre à une interprétation. Je ne peux admettre que la théorie de Biolyse sur les conséquences injustifiées d'une application correcte du par. 5(1.1) serve de prétexte à une interprétation déraisonnable des mots et à une modification du sens de cette disposition. C'est ce que le juge Major a dit dans *Zeitel c. Ellscheid*, [1994] 2 R.C.S. 142, p. 152 :

La reconnaissance des rôles légitimes du législateur et des tribunaux exige que ces derniers donnent effet au sens ordinaire des mots d'une loi dûment adoptée. Les tribunaux n'ont pas compétence pour modifier un régime législatif soigneusement conçu simplement parce qu'ils désapprouvent le résultat qu'une loi engendre dans un cas donné.

(Voir aussi Driedger, p. 86.) Je dois donc conclure que le par. 5(1.1) s'applique aux faits de l'espèce.

IV. Application du par. 5(1.1)

Le juge Blanchard et la Cour d'appel fédérale ont conclu que Biolyse répondait aux exigences du par. 5(1.1), plus précisément que sa drogue Paclitaxel pour perfusion employait la même voie d'administration que le Taxol, se présentait en forme posologique et en concentration comparables, et qu'elle avait la même formulation (par. 44-54 et par. 15-16 respectivement). Je ne vois aucune erreur dans leur décision. Compte tenu de ce qui précède, Biolyse devait donc, dans sa demande, faire une allégation fondée sur l'al. 5(1.1)b) et, tant qu'elle ne s'était pas acquittée de cette obligation, l'al. 7(1)b) interdisait au ministre de délivrer un ADC à l'égard du Paclitaxel pour perfusion.

De prétendre Biolyse, les tribunaux inférieurs ont commis une erreur en retenant l'argument relatif à la « présentation hybride » avancé par BMS. Cet argument n'est pas fondé. Les conclusions de fait concernant la possibilité que Biolyse ait « tiré profit » des travaux de BMS ou qu'elle se soit fondée sur des renseignements relevant du domaine public n'ont aucun effet sur l'interprétation et sur l'application du par. 5(1.1) puisqu'il n'est pas nécessaire de faire une comparaison ou un renvoi, ou de démontrer une bioéquivalence, pour que la disposition s'applique (voir P. R. Wilcox et D. C. Ripley, « The Patented

429, at p. 433; F. M. Grenier and C. Lemay, “Le règlement sur les médicaments brevetés (Avis de conformité)” (2003), 20 *C.I.P.R.* 51, at p. 57).

V. Policy Considerations

A. *The Regulatory Regime*

Biolyse argues that its drug does not infringe on the patents of BMS. If Biolyse is right, it should not be concerned with serving a NOA on BMS. In reality, Biolyse’s underlying position (argument completed by the intervener Canadian Generic Pharmaceutical Association) is that s. 6(1) of the *NOC Regulations*, by granting a statutory stay of 24 months, has the effect of an automatic interlocutory injunction and is unreasonable. If this is the rationale for the decision requested, Biolyse should have attacked that procedure. However, the legality or constitutionality of this statutory stay was not brought forward in this case. Disagreement with the policy permitting the stay cannot justify setting aside the rules of statutory interpretation. Notwithstanding that, in my opinion, there is virtually no evidence establishing that the scheme is outrageous or irrational.

Further, one needs to remember that the present appeal was initiated by the judicial review of the Minister’s decision to grant a NOC to Biolyse. This is not an action for infringement (see Wilcox and Ripley, at p. 437). The Court is not asked to determine if Biolyse infringed any of BMS’s patents, but whether the Minister was correct in issuing a NOC to Biolyse without requiring it to send a NOA pursuant to s. 5(1.1). It was clearly determined by the Federal Court of Appeal on a number of occasions that these proceedings are not actions for determining validity or infringement; rather, they are proceedings to determine if the allegations made by the second person are sufficiently substantiated to support a conclusion, for administrative purposes, to issue a NOC (see *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at pp. 598-99; *Merck 1994*, at pp. 319-20). The issue

Medicines (Notice of Compliance) Regulations » (2000), 16 *R.C.P.I.* 429, p. 433; F. M. Grenier et C. Lemay, « Le règlement sur les médicaments brevetés (Avis de conformité) » (2003), 20 *R.C.P.I.* 51, p. 57).

V. Considérations de politique générale

A. *Le régime de réglementation*

Biolyse soutient que sa drogue ne contrefait pas les brevets de BMS. Si Biolyse a raison, elle ne devrait pas se préoccuper de l’ADA qu’elle doit signifier à BMS. En réalité, selon la thèse sous-jacente de Biolyse (argument complété par l’intervenante, l’Association canadienne du médicament générique), le par. 6(1) du *Règlement ADC*, qui prévoit une interdiction d’une durée de 24 mois, a l’effet d’une injonction interlocutoire automatique et est déraisonnable. Si c’est là le fondement de la décision demandée, Biolyse aurait dû contester cette procédure. Or, ni la légalité ni la constitutionnalité de cette interdiction n’ont été soulevées en l’espèce. Le fait de ne pas accepter la politique générale qui permet l’interdiction ne saurait justifier la mise à l’écart des règles d’interprétation législative. Malgré cela, j’estime qu’il n’existe pour ainsi dire aucun élément de preuve établissant que le régime est abusif ou irrationnel.

Par ailleurs, il faut se rappeler que le présent pourvoi tire son origine du contrôle judiciaire de la décision du ministre d’accorder un ADC à Biolyse. Il ne s’agit pas d’une action en contrefaçon (voir Wilcox et Ripley, p. 437). La Cour n’est pas appelée à déterminer si Biolyse a contrefait un des brevets de BMS, mais si le ministre a eu raison de délivrer un ADC à Biolyse sans exiger d’elle la signification d’un ADA conformément au par. 5(1.1). La Cour d’appel fédérale a clairement statué à de nombreuses occasions que ces procédures ne constituent pas des actions touchant la validité ou la contrefaçon d’un brevet; il s’agit plutôt de procédures visant à déterminer si les allégations formulées par la seconde personne sont suffisamment bien fondées pour étayer la conclusion, à des fins administratives, de délivrer un ADC (voir *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), p. 598-599;

185

186

of whether there is a patent infringement or not is premature. The *NOC Regulations* purport to protect all patents found in the register. Indeed, the NOA procedure is to allow an innovator company to assess whether its patents are being infringed. It is not, and should not, be a precondition to the issuance of a NOA that there be a patent infringement.

187 In the case at bar, if the proper course of events had been followed, a NOA would have been served on BMS and the latter would then have had the opportunity to decide which actions to take in response to the allegations of Biolyse. However, Biolyse circumvented the whole process, contrary to the regulatory regime and the policy underlining it. There is in fact evidence that two NOCs concerning *paclitaxel* were issued to two second entry manufacturers, i.e., Apotex and IVAX Pharmaceuticals Inc., who evidently followed the procedure in the *NOC Regulations*. There is nothing extraordinary about this. Thus, had Biolyse abided by the scheme, it could have potentially obtained a NOC for its drug like these other two second entry manufacturers.

B. *The Impact of the Regime*

188 Binnie J. enumerates what he contends are the grave consequences of the broad interpretation adopted by the lower courts. He asserts that such interpretation would stifle competition and innovation in the pharmaceutical industry (para. 66). In the same vein, Biolyse argues that competition is the general rule in Canadian law and that monopoly is the exception. While this might be true in other areas of the law, Parliament, in patent law, modified this norm when enacting the *Patent Act* and the *NOC Regulations*.

189 Garland and Want, in their article, at p. 43, acknowledge that the monopoly right granted to the patentee has been regarded in the past with suspicion because of the potential negative impact that may accompany the grant. However, they explain that it has generally been recognized that the patent system is ultimately beneficial to society in

Merck 1994, par. 23-25). La question de savoir s'il y a ou non contrefaçon de brevet est prématurée. Le *Règlement ADC* a pour objet de protéger tous les brevets inscrits au registre. D'ailleurs, la procédure d'ADA vise à permettre à une société innovatrice de déterminer si ses brevets sont contrefaits. L'existence d'une contrefaçon n'est pas, et ne devrait pas être, une condition préalable à l'envoi d'un ADA.

En l'espèce, si la marche à suivre avait été respectée, un ADA aurait été signifié à BMS et cette dernière aurait alors eu la possibilité de décider des mesures à prendre pour répondre aux allégations de Biolyse. Cependant, Biolyse a contourné tout le processus, contrairement au régime réglementaire et à sa politique sous-jacente. La preuve démontre en fait que deux ADC relatifs au *paclitaxel* ont été délivrés à deux seconds fabricants, Apotex et IVAX Pharmaceuticals Inc., qui ont de toute évidence suivi la procédure prévue par le *Règlement ADC*. Il n'y a rien là d'extraordinaire. Donc, si Biolyse s'était conformée au régime, elle aurait pu obtenir, à l'instar de ces autres seconds fabricants, un ADC à l'égard de sa drogue.

B. *Les incidences du régime*

Le juge Binnie énumère ce qu'il considère être les graves conséquences de l'interprétation libérale adoptée par les tribunaux inférieurs. Il affirme qu'une telle interprétation aurait pour effet d'étouffer la concurrence et l'innovation dans l'industrie pharmaceutique (par. 66). Dans le même ordre d'idées, Biolyse soutient que la concurrence est la règle générale en droit canadien et que le monopole est l'exception. Bien que cela puisse être vrai dans d'autres domaines du droit, il reste que, en droit des brevets, le Parlement a modifié cette norme lorsqu'il a adopté la *Loi sur les brevets* et le *Règlement ADC*.

Dans leur article à la p. 43, Garland et Want reconnaissent que le monopole conféré au breveté a été considéré avec méfiance dans le passé à cause des conséquences négatives dont pouvait s'accompagner cet octroi. Cependant, ils expliquent que, de façon générale, le régime des brevets a été reconnu comme étant bénéfique en fin de compte pour la

encouraging both investment in, and the public disclosure of, new technology. They go on to say, at p. 44:

The key to any successful patent system is striking the correct balance between the extent of the exclusive rights to be granted to a patentee and the interests of the public in having an open, competitive marketplace. While the patent system in Canada may not be perfect, and may be open to improvement, it is the authors' view that the Canadian system does achieve an appropriate balance between the interests of inventors and those of the general public.

(See Fox, at p. 1; G. F. Henderson, ed., *Patent Law of Canada* (1994), at p. 10.)

I agree. But more importantly, this legislative scheme is just that: legislated. Parliament and the Governor in Council created the patent right and regulated every aspect of it. They decided on the appropriate balance between the various interests after serious consultations with stakeholders. It is not for this Court to question the choice they made, in the absence of any constitutional challenge. This Court's role stops at the interpreting stage with the above used tools, i.e., context, intention and object. Going further would constitute a grave transgression on the part of this Court.

This said, one needs to remember that under the *Patent Act*, a patentee does not benefit from a total and exclusive right to do whatever he pleases with his patent. The *Patent Act* and the *NOC Regulations* represent a prescribed limitation to competition. As part of the three-party social contract mentioned at the beginning of my analysis, Parliament has established various restrictions and limitations to the monopoly of patentees. Persons alleged to have infringed patents have the benefit of specific safeguards. Here are some examples:

- (1) Section 60(1) of the *Patent Act*: "A patent or any claim in a patent may be declared invalid or void by the Federal Court at the instance

société car il encourage l'investissement dans les nouvelles technologies et la divulgation publique de ces technologies. Ils ajoutent ce qui suit à la p. 44 :

[TRADUCTION] La clé d'un bon régime de brevets réside dans l'atteinte d'un juste équilibre entre l'étendue des droits exclusifs conférés à un breveté et les intérêts du public dans l'accès à un marché ouvert et concurrentiel. Le régime canadien des brevets n'est peut-être pas parfait et pourrait être amélioré, mais nous estimons qu'il atteint un juste équilibre entre les droits des inventeurs et ceux du public en général.

(Voir Fox, p. 1; G. F. Henderson, dir., *Patent Law of Canada* (1994), p. 10.)

Je souscris à cette opinion. Mais ce qui importe surtout, c'est que ce régime législatif est, justement, législatif. Le législateur et le gouverneur en conseil ont créé le droit que confère le brevet et en ont réglementé chacun des aspects. Ils ont établi le juste équilibre entre les divers intérêts après de sérieuses consultations auprès des intéressés. Il n'appartient pas à la Cour de mettre leur choix en cause en l'absence de toute contestation constitutionnelle. Le rôle de cette Cour se limite à interpréter à l'aide des outils employés ci-dessus, c.-à-d. le contexte, l'intention et l'objet. Aller plus loin serait pour la Cour commettre une grave transgression.

Cela étant dit, il faut se rappeler que, sous le régime de la *Loi sur les brevets*, le breveté ne jouit pas d'un droit absolu et exclusif de faire tout ce qui lui plaît avec son brevet. La *Loi sur les brevets* et le *Règlement ADC* représentent une limite délibérée à la concurrence. Dans le cadre du contrat social tripartite évoqué au début de mon analyse, le législateur a établi diverses restrictions et exceptions au monopole conféré aux brevetés. Les personnes auxquelles on reproche d'avoir contrefait un brevet bénéficient de mesures de protection précises. En voici quelques exemples :

- (1) Paragraphe 60(1) de la *Loi sur les brevets* : « Un brevet ou une revendication se rapportant à un brevet peut être déclaré invalide ou nul par

190

191

of the Attorney General of Canada or at the instance of any interested person.” A second person could attack the validity of a patent or any claim in a patent preemptively.

- (2) Section 60(2) of the *Patent Act*: A person may bring an action in the Federal Court against a patentee for a declaration that a process or article does not or would not constitute an infringement of a patent.
- (3) Sections 65 and 66 of the *Patent Act*: Any person may, after the expiration of three years from the date of the grant of a patent, apply to the Commissioner of Patents alleging that in the case of that patent there has been abuse of the exclusive rights thereunder and ask for relief, such as the grant of a compulsory licence.
- (4) Section 3(1) of the *NOC Regulations*: The Minister may delete any information from the patent register that does not meet the requirements of s. 4.
- (5) Section 6(10) of the *NOC Regulations*: In the course of proceeding under s. 6 of the *NOC Regulations*, the court may take into account in making an order as to costs, under s. 6(10) “the inclusion on the certified patent list of a patent that should not have been included under section 4; and the failure of the first person to keep the patent list up to date in accordance with subsection 4(6)”. If the first person has wrongfully included a patent on a patent list, then the court is empowered to take into consideration such conduct in making an award for costs.
- (6) Section 8 of the *NOC Regulations*: A first person is liable to a second person for any loss suffered if a s. 6(1) application is withdrawn or discontinued by the first person or is dismissed by the court hearing the application or if an order preventing the Minister from
- la Cour fédérale, à la diligence du procureur général du Canada ou à la diligence d’un intéressé. » Une seconde personne pourrait contester d’avance la validité d’un brevet ou d’une revendication se rapportant à un brevet.
- (2) Paragraphe 60(2) de la *Loi sur les brevets* : Une personne peut intenter une action devant la Cour fédérale contre le breveté afin d’obtenir une déclaration qu’un procédé ou un article ne contrefait pas ou ne contreferait pas un brevet.
- (3) Articles 65 et 66 de la *Loi sur les brevets* : Tout intéressé peut, après l’expiration de trois années à compter de la date de la concession d’un brevet, s’adresser au commissaire aux brevets pour alléguer que, dans le cas de ce brevet, les droits exclusifs qui en dérivent ont donné lieu à un abus, et pour demander un recours, tel que l’octroi d’une licence obligatoire.
- (4) Paragraphe 3(1) du *Règlement ADC* : Le ministre peut supprimer du registre des renseignements tout renseignement qui n’est pas conforme aux exigences de l’art. 4.
- (5) Paragraphe 6(10) du *Règlement ADC* : Dans le cadre de la procédure prévue à l’art. 6 du *Règlement ADC*, le tribunal peut tenir compte, lorsqu’il rend une ordonnance relative aux dépens, de « l’inscription, sur la liste de brevets qui fait l’objet d’une attestation, de tout brevet qui n’aurait pas dû y être inclus aux termes de l’article 4; [et du] fait que la première personne n’a pas tenu à jour la liste de brevets conformément au paragraphe 4(6) ». Si la première personne a illégalement inscrit un brevet sur une liste de brevets, le tribunal peut alors en tenir compte lorsqu’il rend une décision relative aux dépens.
- (6) Article 8 du *Règlement ADC* : La première personne est responsable envers la seconde personne de toute perte subie si une demande présentée aux termes du par. 6(1) est retirée ou fait l’objet d’un désistement par la première personne ou est rejetée par le tribunal

issuing a notice of compliance is reversed on appeal.

qui en est saisi, ou si l'ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité, rendue aux termes de ce paragraphe, est annulée lors d'un appel.

VI. Conclusion

VI. Conclusion

Statutory interpretation is a legal art which needs to be applied very carefully by the courts without losing sight of the underlining principle of such a task. The *NOC Regulations* purport to maintain a balance between the protection of patentees' rights and the timely market entry of generic competitors. This Court should not undertake to fill in the alleged gaps or resolve the alleged deficiencies of the legislative and regulatory scheme.

L'interprétation des lois est un art que les tribunaux doivent pratiquer très soigneusement sans perdre de vue le principe sur lequel repose cette fonction. Le *Règlement ADC* a pour objet de maintenir un équilibre entre la protection des droits des brevetés et l'accès au marché des concurrents génériques en temps opportun. Cette Cour ne devrait pas entreprendre de combler les prétendues lacunes des régimes législatif et réglementaire ou de remédier à leurs soi-disant insuffisances.

192

I would dismiss the appeal with costs and affirm the decision of the Federal Court of Appeal to quash the NOC granted by the Minister to Biolyse.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale d'annuler l'ADC délivré par le ministre à Biolyse.

193

APPENDIX

ANNEXE

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7

Loi sur les cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21

2. (1) In this Act,

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

. . .

. . .

“enactment” means an Act or regulation or any portion of an Act or regulation;

« texte » Tout ou partie d'une loi ou d'un règlement.

. . .

. . .

3. (1) Every provision of this Act applies, unless a contrary intention appears, to every enactment, whether enacted before or after the commencement of this Act.

3. (1) Sauf indication contraire, la présente loi s'applique à tous les textes, indépendamment de leur date d'édition.

. . .

. . .

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133

2. In these Regulations,

“claim for the medicine itself” includes a claim in the patent for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents; (*revendication pour le médicament en soi*)

“claim for the use of the medicine” means a claim for the use of the medicine for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof; (*revendication pour l'utilisation du médicament*)

. . . .

“medicine” means a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof; (*médicament*)

. . . .

“notice of compliance” means a notice issued under section C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*; (*avis de conformité*)

. . . .

4. (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list certified in accordance with subsection (7) in respect of the drug.

(2) A patent list submitted in respect of a drug must

(a) indicate the dosage form, strength and route of administration of the drug;

(b) set out any Canadian patent that is owned by the person, or in respect of which the person has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133

2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

. . . .

« revendication pour le médicament en soi » S'entend notamment d'une revendication, dans le brevet, pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes du procédé de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes. (*claim for the medicine itself*)

« revendication pour l'utilisation du médicament » Revendication pour l'utilisation du médicament aux fins du diagnostic, du traitement, de l'atténuation ou de la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes. (*claim for the use of the medicine*)

. . . .

« médicament » Substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes. (*medicine*)

. . . .

« avis de conformité » Avis délivré au titre de l'article C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*. (*notice of compliance*)

. . . .

4. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets à l'égard de la drogue, accompagnée de l'attestation visée au paragraphe (7).

(2) La liste de brevets au sujet de la drogue doit contenir les renseignements suivants :

a) la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue;

b) tout brevet canadien dont la personne est propriétaire ou à l'égard duquel elle détient une licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste, qui comporte une revendication

the patent list, that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine and that the person wishes to have included on the register;

(c) contain a statement that, in respect of each patent, the person applying for a notice of compliance is the owner, has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list;

(d) set out the date on which the term limited for the duration of each patent will expire pursuant to section 44 or 45 of the *Patent Act*; and

(e) set out the address in Canada for service on the person of any notice of an allegation referred to in paragraph 5(3)(b) or (c), or the name and address in Canada of another person on whom service may be made, with the same effect as if service had been made on the person.

. . .

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bio-availability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

(1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of

pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament, et qu'elle souhaite voir inscrit au registre;

c) une déclaration portant, à l'égard de chaque brevet, que la personne qui demande l'avis de conformité en est le propriétaire, en détient la licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste;

d) la date d'expiration de la durée de chaque brevet aux termes des articles 44 ou 45 de la *Loi sur les brevets*;

e) l'adresse de la personne au Canada aux fins de signification de tout avis d'allégation visé aux alinéas 5(3)(b) ou c), ou les nom et adresse au Canada d'une autre personne qui peut en recevoir signification avec le même effet que s'il s'agissait de la personne elle-même.

. . .

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)(c) est fautive,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

(1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s'applique pas, la personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une

a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form,

- (a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or
- (b) allege that
 - (i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,
 - (ii) the patent has expired,
 - (iii) the patent is not valid, or
 - (iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

(3) Where a person makes an allegation pursuant to paragraph (1)(b) or (1.1)(b) or subsection (2), the person shall

- (a) provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation;
- (b) if the allegation is made under any of subparagraphs (1)(b)(i) to (iii) or (1.1)(b)(i) to (iii), serve a notice of the allegation on the first person;
- (c) if the allegation is made under subparagraph (1)(b)(iv) or (1.1)(b)(iv),
 - (i) serve on the first person a notice of the allegation relating to the submission filed under subsection (1) or (1.1) at the time that the person files the submission or at any time thereafter, and
 - (ii) include in the notice of allegation a description of the dosage form, strength and route of administration of the drug in respect of which the submission has been filed; and
- (d) serve proof of service of the information referred to in paragraph (b) or (c) on the Minister.

drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables :

- a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet;
- b) soit une allégation portant que, selon le cas :
 - (i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fausse,
 - (ii) le brevet est expiré,
 - (iii) le brevet n'est pas valide,
 - (iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

(3) Lorsqu'une personne fait une allégation visée aux alinéas (1)b) ou (1.1)b) ou au paragraphe (2), elle doit :

- a) fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde;
- b) si l'allégation est faite aux termes de l'un des sous-alinéas (1)b)(i) à (iii) ou (1.1)b)(i) à (iii), signifier un avis de l'allégation à la première personne;
- c) si l'allégation est faite aux termes des sous-alinéas (1)b)(iv) ou (1.1)b)(iv) :
 - (i) signifier à la première personne un avis de l'allégation relative à la demande déposée selon les paragraphes (1) ou (1.1), au moment où elle dépose la demande ou par la suite,
 - (ii) insérer dans l'avis d'allégation une description de la forme posologique, de la concentration et de la voie d'administration de la drogue visée par la demande;
- d) signifier au ministre une preuve de la signification effectuée conformément aux alinéas b) ou c).

6. (1) A first person may, within 45 days after being served with a notice of an allegation pursuant to paragraph 5(3)(b) or (c), apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance until after the expiration of a patent that is the subject of the allegation.

6. (1) La première personne peut, dans les 45 jours après avoir reçu signification d'un avis d'allégation aux termes des alinéas 5(3)b) ou c), demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration du brevet visé par l'allégation.

. . .

. . .

7. (1) The Minister shall not issue a notice of compliance to a second person before the latest of

7. (1) Le ministre ne peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant la plus tardive des dates suivantes :

- (a) [Repealed, SOR/98-166, s. 6(1)]
- (b) the day on which the second person complies with section 5,
- (c) subject to subsection (3), the expiration of any patent on the register that is not the subject of an allegation,
- (d) subject to subsection (3), the expiration of 45 days after the receipt of proof of service of a notice of any allegation pursuant to paragraph 5(3)(b) or (c) in respect of any patent on the register,
- (e) subject to subsections (2), (3) and (4), the expiration of 24 months after the receipt of proof of the making of any application under subsection 6(1), and
- (f) the expiration of any patent that is the subject of an order pursuant to subsection 6(1).

- a) [Abrogé, DORS/98-166, par. 6(1)]
- b) la date à laquelle la seconde personne se conforme à l'article 5;
- c) sous réserve du paragraphe (3), la date d'expiration de tout brevet inscrit au registre qui ne fait pas l'objet d'une allégation;
- d) sous réserve du paragraphe (3), la date qui suit de 45 jours la date de réception de la preuve de signification de l'avis d'allégation visé aux alinéas 5(3)b) ou c) à l'égard de tout brevet inscrit au registre;
- e) sous réserve des paragraphes (2), (3) et (4), la date qui suit de 24 mois la date de réception de la preuve de présentation de la demande visée au paragraphe 6(1);
- f) la date d'expiration de tout brevet faisant l'objet d'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 6(1).

. . .

. . .

8. (1) If an application made under subsection 6(1) is withdrawn or discontinued by the first person or is dismissed by the court hearing the application or if an order preventing the Minister from issuing a notice of compliance, made pursuant to that subsection, is reversed on appeal, the first person is liable to the second person for any loss suffered during the period

8. (1) Si la demande présentée aux termes du paragraphe 6(1) est retirée ou fait l'objet d'un désistement par la première personne ou est rejetée par le tribunal qui en est saisi, ou si l'ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité, rendue aux termes de ce paragraphe, est annulée lors d'un appel, la première personne est responsable envers la seconde personne de toute perte subie au cours de la période :

- (a) beginning on the date, as certified by the Minister, on which a notice of compliance would have been issued in the absence of these Regulations, unless the court is satisfied on the evidence that another date is more appropriate; and
- (b) ending on the date of the withdrawal, the discontinuance, the dismissal or the reversal.

- a) débutant à la date, attestée par le ministre, à laquelle un avis de conformité aurait été délivré en l'absence du présent règlement, sauf si le tribunal estime d'après la preuve qu'une autre date est plus appropriée;
- b) se terminant à la date du retrait, du désistement ou du rejet de la demande ou de l'annulation de l'ordonnance.

. . .

. . .

Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4

54. (1) An action for the infringement of a patent may be brought in that court of record that, in the province in which the infringement is said to have occurred, has jurisdiction, pecuniarily, to the amount of the damages claimed and that, with relation to the other courts of the province, holds its sittings nearest to the place of residence or of business of the defendant, and that court shall decide the case and determine the costs, and assumption of jurisdiction by the court is of itself sufficient proof of jurisdiction.

. . .

55. (1) A person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damage sustained by the patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement.

. . .

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.

(2) and (3) [Repealed, 2001, c. 10, s. 2(1)]

(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

Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4

54. (1) Une action en contrefaçon de brevet peut être portée devant la cour d'archives qui, dans la province où il est allégué que la contrefaçon s'est produite, a juridiction, pécuniairement, jusqu'à concurrence du montant des dommages-intérêts réclamés et qui, par rapport aux autres tribunaux de la province, tient ses audiences dans l'endroit le plus rapproché du lieu de résidence ou d'affaires du défendeur. Ce tribunal juge la cause et statue sur les frais, et l'appropriation de juridiction par le tribunal est en soi une preuve suffisante de juridiction.

. . .

55. (1) Quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci du dommage que cette contrefaçon leur a fait subir après l'octroi du brevet.

. . .

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.

(2) et (3) [Abrogés, 2001, ch. 10, par. 2(1)]

(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

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.

(5) In the event of any inconsistency or conflict between

(a) this section or any regulations made under this section, and

(b) any Act of Parliament or any regulations made thereunder,

this section or the regulations made under this section shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

Food and Drug Regulations, C.R.C. 1978, c. 870 (am. SOR/95-411)

C.08.002. (1) No person shall sell or advertise a new drug unless

(a) the manufacturer of the new drug has filed with the Minister a new drug submission or an abbreviated new drug submission relating to the new drug that is satisfactory to the Minister;

(b) the Minister has issued, pursuant to section C.08.004, a notice of compliance to the manufacturer of the new drug in respect of the new drug submission or abbreviated new drug submission;

(c) the notice of compliance in respect of the submission has not been suspended pursuant to section C.08.006; and

(d) the manufacturer of the new drug has submitted to the Minister specimens of the final version of any labels, including package inserts, product brochures and file cards, intended for use in connection with

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.

(5) Une disposition réglementaire prise sous le régime du présent article prévaut sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente.

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C. 1978, ch. 870 (mod. DORS/95-411)

C.08.002. (1) Il est interdit de vendre ou d'annoncer une drogue nouvelle, à moins que les conditions suivantes ne soient réunies :

a) le fabricant de la drogue nouvelle a, relativement à celle-ci, déposé auprès du ministre une présentation de drogue nouvelle ou une présentation abrégée de drogue nouvelle que celui-ci juge acceptable;

b) le ministre a, aux termes de l'article C.08.004, délivré au fabricant de la drogue nouvelle un avis de conformité relativement à la présentation de drogue nouvelle ou à la présentation abrégée de drogue nouvelle;

c) l'avis de conformité relatif à la présentation n'a pas été suspendu aux termes de l'article C.08.006;

d) le fabricant de la drogue nouvelle a présenté au ministre, sous leur forme définitive, des échantillons des étiquettes — y compris toute notice jointe à l'emballage, tout dépliant et toute fiche sur le produit —

that new drug, and a statement setting out the proposed date on which those labels will first be used.

(2) A new drug submission shall contain sufficient information and material to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug, including the following:

- (a) a description of the new drug and a statement of its proper name or its common name if there is no proper name;
- (b) a statement of the brand name of the new drug or the identifying name or code proposed for the new drug;
- (c) a list of the ingredients of the new drug, stated quantitatively, and the specifications for each of those ingredients;
- (d) a description of the plant and equipment to be used in the manufacture, preparation and packaging of the new drug;
- (e) details of the method of manufacture and the controls to be used in the manufacture, preparation and packaging of the new drug;
- (f) details of the tests to be applied to control the potency, purity, stability and safety of the new drug;
- (g) detailed reports of the tests made to establish the safety of the new drug for the purpose and under the conditions of use recommended;
- (h) substantial evidence of the clinical effectiveness of the new drug for the purpose and under the conditions of use recommended;
- (i) a statement of the names and qualifications of all the investigators to whom the new drug has been sold;
- (j) a draft of every label to be used in conjunction with the new drug;
- (k) a statement of all the representations to be made for the promotion of the new drug respecting
 - (i) the recommended route of administration of the new drug,
 - (ii) the proposed dosage of the new drug,

destinées à être utilisées pour la drogue nouvelle, ainsi qu'une déclaration indiquant la date à laquelle il est prévu de commencer à utiliser ces étiquettes.

(2) La présentation de drogue nouvelle doit contenir suffisamment de renseignements et de matériel pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle, notamment :

- a) une description de la drogue nouvelle et une mention de son nom propre ou, à défaut, de son nom usuel;
- b) une mention de la marque nominative de la drogue nouvelle ou du nom ou code d'identification projeté pour celle-ci;
- c) la liste quantitative des ingrédients de la drogue nouvelle et les spécifications relatives à chaque ingrédient;
- d) la description des installations et de l'équipement à utiliser pour la fabrication, la préparation et l'emballage de la drogue nouvelle;
- e) des précisions sur la méthode de fabrication et les mécanismes de contrôle à appliquer pour la fabrication, la préparation et l'emballage de la drogue nouvelle;
- f) le détail des épreuves qui doivent être effectuées pour contrôler l'activité, la pureté, la stabilité et l'innocuité de la drogue nouvelle;
- g) les rapports détaillés des épreuves effectuées en vue d'établir l'innocuité de la drogue nouvelle, aux fins et selon le mode d'emploi recommandés;
- h) des preuves substantielles de l'efficacité clinique de la drogue nouvelle aux fins et selon le mode d'emploi recommandés;
- i) la déclaration des noms et titres professionnels de tous les chercheurs à qui la drogue nouvelle a été vendue;
- j) une esquisse de chacune des étiquettes qui doivent être employées relativement à la drogue nouvelle;
- k) la déclaration de toutes les recommandations qui doivent être faites dans la réclame pour la drogue nouvelle, au sujet
 - (i) de la voie d'administration recommandée pour la drogue nouvelle,
 - (ii) de la posologie proposée pour la drogue nouvelle,

- | | |
|--|---|
| <p>(iii) the claims to be made for the new drug, and</p> <p>(iv) the contra-indications and side effects of the new drug;</p> <p>(l) a description of the dosage form in which it is proposed that the new drug be sold;</p> <p>(m) evidence that all test batches of the new drug used in any studies conducted in connection with the submission were manufactured and controlled in a manner that is representative of market production; and</p> <p>(n) for a drug intended for administration to food-producing animals, the withdrawal period of the new drug.</p> | <p>(iii) des propriétés attribuées à la drogue nouvelle,</p> <p>(iv) des contre-indications et les effets secondaires de la drogue nouvelle;</p> <p>l) la description de la forme posologique proposée pour la vente de la drogue nouvelle;</p> <p>m) les éléments de preuve établissant que les lots d'essai de la drogue nouvelle ayant servi aux études menées dans le cadre de la présentation ont été fabriqués et contrôlés d'une manière représentative de la production destinée au commerce;</p> <p>n) dans le cas d'une drogue nouvelle destinée à être administrée à des animaux producteurs de denrées alimentaires, le délai d'attente applicable.</p> |
|--|---|

C.08.002.1. (1) A manufacturer of a new drug may file an abbreviated new drug submission for the new drug where, in comparison with a Canadian reference product,

- (a) the new drug is the pharmaceutical equivalent of the Canadian reference product;
- (b) the new drug is bioequivalent with the Canadian reference product, based on the pharmaceutical and, where the Minister considers it necessary, bioavailability characteristics;
- (c) the route of administration of the new drug is the same as that of the Canadian reference product; and
- (d) the conditions of use for the new drug fall within the conditions of use for the Canadian reference product.

(2) An abbreviated new drug submission shall contain sufficient information and material to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug, including the following:

- (a) the information and material described in paragraphs C.08.002(2)(a) to (f) and (j) to (l);
- (b) information identifying the Canadian reference product used in any comparative studies conducted in connection with the submission;
- (c) evidence from the comparative studies conducted in connection with the submission that the new drug is
- (i) the pharmaceutical equivalent of the Canadian reference product, and

C.08.002.1. (1) Le fabricant d'une drogue nouvelle peut déposer à l'égard de celle-ci une présentation abrégée de drogue nouvelle si, par comparaison à un produit de référence canadien :

- a) la drogue nouvelle est un équivalent pharmaceutique du produit de référence canadien;
- b) elle est bioéquivalente au produit de référence canadien d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, si le ministre l'estime nécessaire, d'après les caractéristiques en matière de biodisponibilité;
- c) la voie d'administration de la drogue nouvelle est identique à celle du produit de référence canadien;
- d) les conditions thérapeutiques relatives à la drogue nouvelle figurent parmi celles qui s'appliquent au produit de référence canadien.

(2) La présentation abrégée de drogue nouvelle doit contenir suffisamment de renseignements et de matériel pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle, notamment :

- a) les renseignements et le matériel visés aux alinéas C.08.002(2)a) à f) et j) à l);
- b) les renseignements permettant d'identifier le produit de référence canadien utilisé pour les études comparatives menées dans le cadre de la présentation;
- c) les éléments de preuve, provenant des études comparatives menées dans le cadre de la présentation, établissant que la drogue nouvelle :
- (i) d'une part, est un équivalent pharmaceutique du produit de référence canadien,

(ii) where the Minister considers it necessary on the basis of the pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics of the new drug, bioequivalent with the Canadian reference product as demonstrated using bioavailability studies, pharmacodynamic studies or clinical studies;

(d) evidence that all test batches of the new drug used in any studies conducted in connection with the submission were manufactured and controlled in a manner that is representative of market production; and

(e) for a drug intended for administration to food-producing animals, sufficient information to confirm that the withdrawal period is identical to that of the Canadian reference product.

C.08.004. (1) Subject to section C.08.004.1, the Minister shall, after completing an examination of a new drug submission or abbreviated new drug submission or a supplement to either submission,

(a) if that submission or supplement complies with section C.08.002, C.08.002.1 or C.08.003, as the case may be, and section C.08.005.1, issue a notice of compliance; or

(b) if that submission or supplement does not comply with section C.08.002, C.08.002.1 or C.08.003, as the case may be, or section C.08.005.1, notify the manufacturer that the submission or supplement does not so comply.

Appeal allowed with costs, MAJOR, BASTARACHE and CHARRON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Toronto.

Solicitors for the respondents Bristol-Myers Squibb Company and Bristol-Myers Squibb Canada Inc.: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association: Hazzard & Hore, Toronto.

(ii) d'autre part, si le ministre l'estime nécessaire d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, d'après les caractéristiques en matière de biodisponibilité de celle-ci, est bioéquivalente au produit de référence canadien selon les résultats des études en matière de biodisponibilité, des études pharmacodynamiques ou des études cliniques;

d) les éléments de preuve établissant que les lots d'essai de la drogue nouvelle ayant servi aux études menées dans le cadre de la présentation ont été fabriqués et contrôlés d'une manière représentative de la production destinée au commerce;

e) dans le cas d'une drogue destinée à être administrée à des animaux producteurs de denrées alimentaires, les renseignements permettant de confirmer que le délai d'attente est identique à celui du produit de référence canadien.

C.08.004. (1) Sous réserve de l'article C.08.004.1, après avoir terminé l'examen d'une présentation de drogue nouvelle, d'une présentation abrégée de drogue nouvelle ou d'un supplément à l'une de ces présentations, le ministre :

a) si la présentation ou le supplément est conforme aux articles C.08.002, C.08.002.1 ou C.08.003, selon le cas, et à l'article C.08.005.1, délivre un avis de conformité;

b) si la présentation ou le supplément n'est pas conforme aux articles C.08.002, C.08.002.1 ou C.08.003, selon le cas, ou à l'article C.08.005.1, en informe le fabricant.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MAJOR, BASTARACHE et CHARRON sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Miller Thomson, Toronto.

Procureurs des intimées Bristol-Myers Squibb Company et Bristol-Myers Squibb Canada Inc. : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique : Hazzard & Hore, Toronto.

Solicitors for the intervener Pfizer Canada Inc.:
Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Pfizer Canada
Inc. : Torys, Toronto.

TAB 3

Mota et al. v. The Regional Municipality of
Hamilton-Wentworth Police Services Board

[Indexed as: Mota v. Hamilton-Wentworth (Regional
Municipality) Police Services Board]

63 O.R. (3d) 737
[2003] O.J. No. 1100
Docket No. C38382

Court of Appeal for Ontario
Carthy, Laskin and Cronk JJ.A.
April 1, 2003

Limitations -- Public authorities -- Crown ward under care of Children's Aid Society leaving residential treatment home operated by OFGC without permission and injuring plaintiffs nine days later -- Plaintiffs moving to add OFGC as defendant to personal injury action more than three years later -- Motions judge properly dismissing motion on grounds that claim against OFGC was statute-barred -- OFGC operating home as agent of Children's Aid Society -- OFGC having public duty to supervise youth -- Six-month limitation period in Public Authorities Protection Act applying to OFGC -- Motions judge not erring in refusing to exercise his discretion to add OFGC as defendant despite expiry of limitation period -- Plaintiffs filing no evidence to suggest that OFGC would not be prejudiced if it were added as defendant -- OFGC entitled to rely on presumption of prejudice -- Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1) -- Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rule 5.04(2).

OFGC operated a residential treatment home for youth on behalf of the Children's Aid Society. In 1998, a Crown ward under the care of the CAS who resided in the OFGC residence left the residence without permission. While driving a stolen

car and being chased by the police, he lost control of the car and crashed through the wall of the plaintiffs' house, injuring the plaintiffs. The plaintiffs brought an action in December 1998 against the police and others, but not OFGC. Over three years later, they moved to amend their statement of claim to add OFGC as a defendant, alleging that OFGC was negligent in failing to keep a reasonable watch over its Crown ward, in failing to keep reasonable control of him, and in not taking reasonable steps to find him after discovering he was missing.

The motions judge held that OFGC was protected by the six-month limitation period in s. 7(1) of the Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38 (the "PAPA"). He exercised his discretion by refusing to add OFGC after the expiry of the limitation period, holding that the expiry of the limitation period created a presumption of prejudice which the plaintiffs had failed to rebut and that there were no special circumstances justifying the proposed addition of OFGC. The plaintiffs appealed.

Held, the appeal should be dismissed.

OFGC was a public authority and its failure to properly supervise the youth was a breach of its public duty under s. 15(3) of the Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11. Children's Aid societies, which are established under the Child and Family Services Act, are entities for whom the protection of the PAPA was intended. Agents carrying out public duties on a society's behalf are similarly entitled to the protection of the PAPA. OFGC was licensed under the Child and Family Services Act and its corresponding regulations to operate the residence, and it entered into an agreement with the Children's Aid Society to operate the residence on behalf of the Society. Thus, OFGC was the Society's agent. OFGC was, therefore, a public authority within the class of entities for whom the limitation [page738] period was intended. OFGC had a duty to protect, care for and supervise the youth. These duties were owed not just to one particular person, but to all members of the public. The duties were not subordinate to OFGC's public role; they lay at the very core of that role. The duty of supervision relied on by the plaintiffs in asserting a claim

against OFGC was, therefore, a public duty. The supervision by OFGC of youths residing in its home was inherently of a public nature, rather than of an internal or operational nature having a predominantly private aspect. The plaintiffs' claim against OFGC correlated exactly with OFGC's public duties. The plaintiffs alleged that OFGC failed to properly supervise and control the youth and failed to take reasonable steps to find him after he was discovered missing. These allegations corresponded to OFGC's public mandate in s. 15(3) of the Child and Family Services Act to protect, care for and supervise children assigned to its supervision. OFGC could rely on the limitation period in s. 7(1) of the PAPA.

Under rule 5.04(2) of the Rules of Civil Procedure, the court retains discretion at any stage of a proceeding to add a party to an action "on such terms as are just, unless prejudice would result that could not be compensated for by costs or an adjournment". The court can invoke this rule by adding a defendant to an existing action even though the limitation period applicable to that defendant has expired. The motions judge in this case did not commit a reviewable error in exercising his discretion to dismiss the plaintiffs' motion. An important consideration supporting the motions judge's order was the plaintiffs' inaction for over three years after the accident. During that time, OFGC had no knowledge of the claim. The plaintiffs gave no real explanation for why they took no action to add OFGC for over three years. OFGC filed no evidence that it would be prejudiced by the proposed amendment, and the plaintiffs filed no evidence that OFGC would not be prejudiced if it were added as a defendant. Absent evidence on either side, the question of prejudice had to be determined by the failure of the plaintiffs to rebut the presumption of prejudice which was created by the passage of time. On the unusual record in this case, OFGC was not required to put forward evidence of actual prejudice. It was entitled to rely on the presumption of prejudice because the plaintiffs had led no evidence to suggest otherwise. The plaintiffs failed to meet the requirements of rule 5.04(2).

Des Champs v. Conseil des coles spares catholiques de

langue française de Prescott-Russell, [1999] 3 S.C.R. 281, 177 D.L.R. (4th) 23, 245 N.R. 201, 47 C.C.E.L. (2d) 1, 39 C.P.C. (4th) 1, apld

L. (D.) v. Children's Aid Society of the District of Thunder Bay, [1987] O.J. No. 1461 (Quicklaw) (Dist. Ct.), not folld

Berardinelli v. Ontario Housing Corp., [1979] 1 S.C.R. 275, 90 D.L.R. (3d) 481, 23 N.R. 298, 8 C.P.C. 100, consd

Mazzuca v. Silvercreek Pharmacy Ltd. (2001), 56 O.R. (3d) 768, 207 D.L.R. (4th) 492, 15 C.P.C. (5th) 235, 152 O.A.C. 201, [2001] O.J. No. 4567 (Quicklaw) (C.A.), distd

Other cases referred to

Bradford Corp. v. Myers, [1916] 1 A.C. 242, 85 L.J.K.B. 146, 114 L.T. 83, 80 J.P. 121, 32 T.L.R. 113, 60 Sol. Jo. 74, 14 L.G.R. 130 (H.L.); C. (Y.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (1998), 37 R.F.L. (4th) 381, [1998] O.J. No. 839 (Quicklaw) (Gen. Div.); Deaville v. Boegeman (1984), 48 O.R. (2d) 725, 6 O.A.C. 297, 14 D.L.R. (4th) 81, 47 C.P.C. 285, 30 M.V.R. 227 (C.A.); Moffatt v. Dufferin County Board of Education, [1973] 1 O.R. 351, 31 D.L.R. (3d) 143 (C.A.); Skewes v. Children's Aid Society of Judicial District of Hamilton-Wentworth (1982), 38 O.R. (2d) 578, 138 D.L.R. (3d) 124 (H.C.J.) [page739]

Statutes referred to

Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 15(3),

Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1)

Rules and regulations referred to

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rule 5.04(2)

APPEAL by the plaintiffs from an order dismissing a motion to

add a defendant.

Stephen E. Sloan, for appellants.

Dominic T. Clarke, for respondent Ontario Family Guidance Centre Inc.

The judgment of the court was delivered by

[1] LASKIN J.A.: -- In September 1998, Robert Benton was a 14-year-old Crown ward under the care of the Halton Children's Aid Society (the "Halton CAS"). He lived at Foundations Residence in Burlington, a residential treatment home for youth operated for the Society by the respondent, Ontario Family Guidance Centre Inc. ("OFGC"). In late August 1998, Robert left the residence without permission. Nine days later, police officers spotted him driving a stolen car in the City of Hamilton. The police followed him. Robert lost control of the car and drove through the wall of the house owned by the appellants, Maria and Manuel Mota.

[2] Tragically, Robert Benton was killed in the accident and Mr. and Mrs. Mota were injured. In December 1998, the Mota family started an action against the Hamilton-Wentworth Police Services and others, but not OFGC. Over three years later, in February 2002, they moved to amend their statement of claim to add OFGC as a defendant. Festeryga J. dismissed the motion. The Mota family appeals. Their appeal raises two issues:

1. Is OFGC protected by the six-month limitation period in s. 7(1) of the Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38 (the "PAPA")?
2. If the answer to the first question is yes, did the motions judge commit a reviewable error in exercising his discretion to dismiss the appellants' motion?

[3] I would answer yes to the first question and no to the second question. I would, therefore, dismiss the appeal.

[page740]

First Issue: Is OFGC Protected by the Six-Month Limitation Period in S. 7(1) of the Public Authorities Protection Act?

[4] Section 7(1) of the PAPA states essentially that any action against a public authority for failing to fulfil its public duties or to properly exercise its public powers must be started within six months after the cause of action arose.

7(1) No action, prosecution or other proceeding lies or shall be instituted against any person for an act done in pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority, or in respect of any alleged neglect or default in the execution of any such duty or authority, unless it is commenced within six months next after the cause of action arose, or, in the case of continuance of injury or damage, within six months after the ceasing thereof.

[5] The purpose of stringent limitation periods for public authorities was explained by Binnie J. in *Des Champs v. Conseil des coles spares catholiques de langue franaise de Prescott-Russell*, [1999] 3 S.C.R. 281, 177 D.L.R. (4th) 23, at p. 286 S.C.R.:

Many if not most public authorities in this country are shielded from litigants to some extent by special statutory limitation periods. The public policy underlying these limitations is that public authorities ought not to be unduly prejudiced by the passage of time. Timely notice will promote the timely investigation and disposition of claims in the public interest. After the expiry of a limitation period, the public authority can consider itself free of the threat of legal action, and need not preserve or seek out pertinent evidence. Its fiscal planning can proceed free of the disrupting effect of unresolved claims against the public purse.

[6] In this case, the appellants sought to sue OFGC long after the six-month limitation period had expired. Therefore, the first question before the motions judge was whether OFGC

was entitled to the protection of the PAPA. The motions judge held that it was.

[7] In their proposed amended statement of claim the appellants allege that OFGC was negligent in failing to keep "a reasonable watch" over its Crown ward, in failing to keep reasonable control of him, and in not taking reasonable steps to find him after discovering he was missing. The motions judge concluded that "the actions or lack of actions by OFGC were undertaken in pursuance or execution of a statutory duty i.e. CFSA" (the Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11), and, therefore, the six-month limitation period applied. The appellants submit that the motions judge erred in his conclusion, either because the OFGC was not a public authority, or if it was, its alleged negligence amounted to a failure to exercise a private duty for which the protection of the Act was not available.

[8] I do not agree with this submission. Even though s. 7 "is to be read restrictively and in favour of 'the person whose right of [page741] action is being truncated'", I see no room for doubt in this case: see *Des Champs*, supra, at p. 313 S.C.R. citing *Estey J. in Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275, 90 D.L.R. (3d) 481 at p. 280 S.C.R. The OFGC is a public authority and its failure to properly supervise Robert Benton would be a breach of its public duty under s. 15(3) of the CFSA. This becomes apparent when the five-step approach to determining the application of s. 7(1) of the PAPA recommended by *Binnie J. in Des Champs*, supra, at pp. 313-14 S.C.R. is applied to the facts of this case.

- (i) Is the OFGC a public authority within the class of entities for whom the limitation protection was intended?

[9] Children's aid societies, which are established under the CFSA, are entities for whom the protection of the PAPA was intended. See *C. (Y.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1998] O.J. No. 839 (Quicklaw), 37 R.F.L. (4th) 381 (Gen. Div.) and *Skewes v. Children's Aid Society of Judicial District of Hamilton-Wentworth* (1982), 38 O.R. (2d) 578, 138 D.L.R. (3d)

124 (H.C.J.). Agents carrying out public duties on a society's behalf are similarly entitled to the protection of the PAPA. See *Moffatt v. Dufferin County Board of Education*, [1973] 1 O.R. 351, 31 D.L.R. (3d) 143 (C.A.). OFGC was licensed under the CFSA and its corresponding regulations to operate Foundations Residence. It entered into an agreement with the Halton CAS to operate the residence on behalf of the Society. Thus, OFGC was the Halton CAS's agent. OFGC is, therefore, a public authority within the class of entities for whom the limitation protection was intended.

(ii) What was the OFGC doing and under what duty or power was it doing it?

[10] OFGC was operating a children's treatment home for the Halton CAS. It was licensed to do so under s. 193 of the CFSA, which provides:

193(1) No person shall,

(a) establish, operate or maintain a children's residence; or

(b) provide, directly or indirectly, residential care for three or more children not of common parentage in places that are not children's residences,

except under the authority of a licence issued by a Director under this Part.

[11] It had agreed to operate this home under the terms of a written agreement with the Halton CAS. [page742]

(iii) Is the power or duty relied on as part of the appellants' cause of action properly classified as containing "a public aspect or connotation" or is it more readily classifiable as "private executive or private administrative . . . or subordinate in nature"?

[12] Some of the powers and duties exercised by public authorities are public; others are private. Only the exercise

of public powers and duties attracts the protection of the limitation period.

[13] Virtually all public authorities operate under a statutory regime, and, consequently, most of their powers and duties are listed in a statute. However, that fact alone does not mean that the power or duty in question should be classified as public. A public duty is one that meets two other requirements. First, it is a "duty owed to all the public alike", not a duty owed to a particular person because of, for example, a private contract. See *Bradford Corp. v. Myers*, [1916] 1 A.C. 242, 85 L.J.K.B. 146 at p. 247 A.C. (H.L.). Second, the duty must not be subordinate to, or too remote from, the public authority's public role. See *Berardinelli*, *supra*, at p. 283 S.C.R.

[14] In this case, the appellants claim that OFGC had a duty -- which it breached -- to supervise Robert Benton, to control him, and to take steps to find him after he left the Residence. These duties are found in s. 15(3) of the CFSA, which lists the functions of children's aid societies and of entities such as OFGC, which operate children's residences for a society. The three functions or duties of OFGC that relate to the appellants' claim are set out in s. 15(3)(b), (d) and (e):

15(3) Functions of society -- The functions of a children's aid society are to,

.

(b) protect, where necessary, children who are under the age of sixteen years or are in the society's care or under its supervision;

.

(d) provide care for children assigned or committed to its care under this Act;

(e) supervise children assigned to its supervision under this Act.

[15] These duties have a public, not a private, aspect. Once the Halton CAS determined that Robert Benton was in need of protection and placed him at Foundations Residence, the OFGC owed a duty to protect, care for and supervise him. These duties were owed not just to one particular person -- not even just to Robert Benton's family -- but to all members of the public. These [page743] duties were not subordinate to OFGC's public role. They lay at the very core of that role. They are similar to a public school board's duty to operate a safe school, which Binnie J. recognized as a public duty in *Des Champs*. Therefore, the duties relied on by the appellants in their claim must be classified "as entailing a public aspect".

- (iv) Is the activity of OFGC that is the subject matter of the complaint "inherently of a public nature" or is it more of "an internal or operational nature having a predominantly private aspect"?

[16] Any public authority undoubtedly engages in a wide range of actions or activities. Many of these activities may fairly be said to come within a public authority's public mandate. But as Estey J. pointed out in *Berardinelli*, supra, not even all of the activities within the authority's public mandate are entitled to the protection of the limitation period. Some of the authority's public managerial activities are so mundane or routine -- in *Berardinelli*, snow removal by a public housing authority -- that they do not justify the protection of the PAPA. These routine activities may be classified as predominantly internal or operational.

[17] This fourth step, therefore, focuses on whether the activity of the public authority complained of by a plaintiff is primarily public, or primarily internal or operational. This distinction avoids creating double standards for the routine activities of a public authority. In other words, permitting a public authority to claim the protection of the PAPA for an activity as routine as snow removal unfairly disadvantages a plaintiff injured on the icy steps of a housing authority complex compared to a plaintiff injured on the icy steps of a privately owned apartment building. In the first case, the

plaintiff has six months to sue; in the second case, the plaintiff has six years.

[18] The appellants contend that the Halton CAS's alleged failure to supervise Robert Benton is no different from a housing authority's failure to clean the ice and snow in Berardinelli. I do not agree. The appellants' submission, however, is supported by the decision of Kurisko J. in *L. (D.) v. Children's Aid Society of the District of Thunder Bay*, [1987] O.J. No. 1461 (Quicklaw) (Dist. Ct.). In that case, a young boy who had been taken into custody by the Thunder Bay Children's Aid Society and placed in a group home, stabbed and killed a resident of the group home, and stabbed and seriously wounded an employee of the Society. The boy's parents and siblings sued the Children's Aid Society for damages for negligent supervision, but did not start the action until more than a [page744] year after the stabbing. The Children's Aid Society moved to dismiss the claim on the ground that it was barred by the six-month limitation period in the PAPA.

[19] Kurisko J. held that the claim was not statute-barred because the day-to-day care and supervision of a child in a group home was "internal or operational in nature having a predominantly private aspect". He wrote:

In Berardinelli the Supreme Court of Canada held that removal of snow from public access portions of a public housing complex is not a phase of activity which has "a direct public purpose" or which has "a public aspect". The court described this activity as predominantly in character a "subordinate" or "incidental" act. "It is something done every winter by almost every householder in Canada." If the foregoing can be said of snow removal from public access portions of a public housing complex I have no difficulty concluding that day to day care and supervision of a child residing in a group home operated by the Society is not a phase of activity which has "a direct public purpose" or which has "a public aspect". Such care and supervision is internal or operational in nature having a predominantly private aspect. Caring for a child is a duty performed on a daily basis by every conscientious parent or guardian. It is

a duty owing primarily to the child as opposed to the public.

[20] The Thunder Bay case was decided before Des Champs. Kurisko J., therefore, did not have the benefit of Binnie J.'s analysis. In my view, Kurisko J.'s reasoning is inconsistent with that analysis. A children's aid society's day-to-day supervision of a child in need of protection cannot fairly be equated to a housing authority's removal of snow and ice from a sidewalk. Snow removal was an obviously routine or subordinate activity in Berardinelli, but I see nothing routine or subordinate about the activity of supervising a child entrusted to a group home's care. This is a very public activity. Indeed, it is central to the group home's public mandate. Therefore, the activity of OFGC that forms the subject matter of the appellants' complaint -- failing to supervise Robert Benton properly and failing to take steps to find him -- are, in the words of Estey J., "inherently of a public nature": see Berardinelli, supra, at p. 284 S.C.R.

(v) From the appellants' perspective, does their claim "correlate" to OFGC's exercise of a public power or duty, or does it relate to the breach of a public duty, or does it complain about an activity of a public character?

[21] This is the critical step in the inquiry. If the answer to question (v) is yes, then the limitation period applies.

[22] This fifth question requires the court to consider the nature of the plaintiff's claim and assess whether it correlates to the public authority's public duty. In other words, once the public [page745] authority owes a duty to "all the public alike", then any claim against the public authority that is correlative to that duty attracts the protection of the Act. Conversely, any claim against the public authority that is rooted in contract or in another kind of private relationship will not gain the benefit of the limitation period.

[23] In this case, the appellants' claim against OFGC correlates exactly with OFGC's public duties. The appellants allege that OFGC failed to properly supervise and control

Robert Benton, and failed to take reasonable steps to find him after he was discovered missing. These allegations correspond to OFGC's public mandate in s. 15(3) of the CFSA to protect, care for, and supervise children assigned to its supervision. I would, therefore, answer yes to this fifth question and hold that OFGC can rely on the limitation period in s. 7(1) of the Act.

Second Issue: Did the Motions Judge Commit a Reviewable Error in Exercising his Discretion to Dismiss the Appellants' Motion?

[24] The application of the limitation period does not automatically foreclose the appellants' motion to add OFGC as a defendant. Under subrule 5.04(2) of the Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, the court retains discretion "at any stage of a proceeding" to add a party to an action "on such terms as are just, unless prejudice would result that could not be compensated for by costs or an adjournment". A court can invoke this rule in a case such as this, by adding a defendant to an existing action even though the limitation period applicable to that defendant has expired. See, for example, *Deaville v. Boegeman* (1984), 48 O.R. (2d) 725, 14 D.L.R. (4th) 81 (C.A.) and *Mazzuca v. Silvercreek Pharmacy Ltd.* (2001), 56 O.R. (3d) 768, 207 D.L.R. (4th) 492 (C.A.).

[25] In this case, however, the motions judge exercised his discretion by refusing to add OFGC after the expiry of the six-month limitation period in the PAPA. He held that the expiry of the limitation period created a presumption of prejudice which the appellants had failed to rebut. He also held that there were no special circumstances justifying the proposed addition of OFGC.

[26] The appellants submit that the motions judge erred because he based his dismissal of the motion on presumed, not actual prejudice. Because OFGC led no evidence that it would actually be prejudiced by the proposed amendment, the motions judge should have added OFGC as a defendant in the action.

[27] There are three obstacles to accepting the appellants' submission: (1) the order of the motions judge is entitled to

deference; (2) the appellants made no attempt to locate OFGC for over [page746] three years after the accident; and (3) the appellants have not shown OFGC would not be prejudiced by the amendment.

[28] Because the order of the motions judge refusing the amendment under subrule 5.04(2) is discretionary, it is entitled to deference from a reviewing court. It should be set aside only if it reflects an error in principle or is otherwise unreasonable. As I will discuss, I am not persuaded that the motions judge committed a reviewable error in the exercise of his discretion.

[29] An important consideration supporting the motions judge's order was the appellants' inaction for over three years after the accident. The accident occurred in September 1998. The appellants (or their counsel) were told in February 1999 that Robert Benton had been placed at FGI Foundations in Burlington. However, they took no steps to find OFGC until February 2002. FGI is the trade name for OFGC, which is the legal entity. Ordinary corporate and telephone directory searches would have disclosed OFGC's existence and its operation of Foundations Residence in Burlington. The appellants offered no explanation for why they waited so long to conduct these searches.

[30] The following brief chronology shows what occurred and when it occurred:

- May 5, 1998: Halton CAS places Robert Benton at Foundations Residence in Burlington.
- August 27, 1998: Robert Benton leaves Foundations Residence without permission.
- September 5, 1998: the car accident occurs.
- December 4, 1998: the Mota family issues a statement of claim, but does not name either OFGC or FGI as a defendant.
- February 2, 1999: the lawyers for the estate of Robert

Benton inform the lawyers for Mr. and Mrs. Mota that Robert Benton had been a Crown ward placed with FGI Foundations in Burlington at the time of the accident.

- August 19, 1999: the Mota family moves to add FGI Foundations and the Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth as defendants. They try unsuccessfully to serve FGI Foundations at the Hamilton-Wentworth Society's offices in Hamilton. OFGC do not operate any facilities there and, accordingly, received no notice of the motion.
- February 7, 2002: lawyers for Mr. and Mrs. Mota conduct corporate searches. [page747]
- February 19, 2002: OFGC becomes aware of the lawsuit when it is served with the motion record to add it as a defendant to the action.
- May 13, 2002: lawyers for Mr. and Mrs. Mota do telephone directory searches.
- May 14, 2002: the Mota family brings its motion to add OFGC as a defendant.

[31] This chronology shows how this case differs from those in which an amendment to add a party after the expiry of the limitation period has been allowed. Two differences stand out. First, the proposed defendant OFGC had no knowledge of the claim until over three years after the accident. If it was not misled, it was certainly taken by surprise. This case, therefore, differs from a case such as *Mazzuca*, where, from the outset, the defendant knew the substance of the claim being asserted and the amendment simply substituted the correct corporate name of the plaintiff. Second, the appellants have given no real explanation for why they took no action to add OFGC for over three years after the accident. In cases such as *Mazzuca*, the party who sought the court's indulgence -- there, the plaintiff -- gave a reasonable explanation for not moving earlier. Thus, even apart from the question of prejudice, I find it hard to see any compelling reason to reverse the motions judge.

[32] That being said, prejudice is an important factor in a motion under subrule 5.04(2). Oddly, therefore, the record is silent on the question of prejudice. OFGC has filed no evidence that it would be prejudiced by the proposed amendment, and the appellants have filed no evidence that OFGC would not be prejudiced if it were added as a defendant. Absent evidence on either side, the question of prejudice must be determined by the failure of the appellants to rebut the presumption of prejudice.

[33] In *Deaville v. Boegeman*, supra, at p. 730 O.R., MacKinnon A.C.J.O. explained the presumption of prejudice and the onus on the party seeking to rebut it.

Some courts have suggested that in applications of the nature of the one in the instant case, limitation periods can be ignored. Limitation periods, however, were not enacted to be ignored. It has also been suggested that the mere bringing of such an application as in the instant case immediately shifts the burden of establishing prejudice to the defendant. I do not agree. In my view, the expiry of the limitation period creates a presumption, however slight in some cases, of prejudice to the defendant. It may be that the mere recitation of the facts and history of the case makes it clear there is no prejudice to the defendant and it can be inferred that he knew, within the limitation period, of the case and the nature of the claims now being made [page748] against him. Alternatively the defendant may file material which establishes prejudice. If matters are left in balance, the usual rules apply and the applicant upon whom the burden lies has not discharged that burden. The facts of the case and the claims and the history of the dealings with the defendant are within the knowledge of the plaintiff and there is no unfairness in placing upon the plaintiff the burden of establishing those facts.

[34] In this case, the mere passage of time has created a presumption that OFGC would be prejudiced by the amendment. Although that prejudice cannot be measured, it must be taken to exist unless the appellants can show otherwise. Conversely, on

the unusual record in this case, OFGC was not required to put forward evidence of actual prejudice. It was entitled to rely on the presumption of prejudice because the appellants led no evidence to suggest otherwise. The appellants, therefore, cannot meet the requirements of subrule 5.04(2). They have not shown that adding OFGC after the expiry of the limitation period would not result in prejudice that could not be compensated for by costs.

[35] For these reasons I see no error in the motions judge's order dismissing the motion to add OFGC as a defendant. I would dismiss the appeal with costs on a partial indemnity basis fixed at \$5,000, inclusive of disbursements and Goods and Services Tax.

Appeal dismissed.

TAB 4

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: *R. v. Louie*,
2017 BCCA 218

Date: 20170601
Docket: CA43676

Between:

Regina

Respondent

And

Frederiko Kodiak Louie

Appellant

Before: The Honourable Madam Justice D. Smith
The Honourable Mr. Justice Willcock
The Honourable Mr. Justice Fitch

On appeal from: an order of the Provincial Court of British Columbia, dated
December 11, 2015 (*R. v. Louie*, Victoria Docket No. 167001)

Oral Reasons for Judgment

Counsel for the Appellant: T. Magder

Counsel for the Respondent: M. Mereigh

Place and Date of Hearing: Vancouver, British Columbia
June 1, 2017

Place and Date of Judgment: Vancouver, British Columbia
June 1, 2017

Summary:

The appellant applies for leave to appeal and, if leave is granted, appeals from a sentence of 36 months' imprisonment imposed for one count of breaking and entering a dwelling house with intent to commit an indictable offence contrary to ss. 348(1)(b) and (d) of the Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46. The appellant is a disadvantaged aboriginal offender who suffers from FASD. He has a long criminal record, including five previous convictions for break and enter. The appellant asserts that the trial judge imposed a disproportionately long sentence which gave insufficient weight to the goal of rehabilitation. HELD: leave to appeal granted; appeal dismissed. The sentence imposed was within the acceptable range. The sentencing judge did not err in the difficult task of balancing the appellant's circumstances and reduced moral culpability against the need for public protection.

[1] **FITCH J.A.:** Frederiko Kodiak Louie applies for leave to appeal sentence and, if leave is granted, appeals from a sentence of 33 ½ months' imprisonment imposed on December 11, 2015, following his plea of guilty to one count of breaking and entering a dwelling house with intent to commit an indictable offence therein contrary to ss. 348(1)(b) and (d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] The sentencing judge determined that 36 months' imprisonment was a fit and appropriate sentence. The appellant had already served 50 days in pre-trial custody for which he was given 75 days' credit.

[3] The circumstances of the offence are relatively straightforward. On October 25, 2015, at approximately 3:00 a.m. the appellant, who was intoxicated, entered a residence occupied by four college students through a ground floor bedroom window. Only one of the residents, a 19-year-old female, was home at the time of the offence. She heard footsteps coming down the hall. The appellant stopped in front of her bedroom door and then continued to an adjacent bedroom. She hid in her bedroom closet and contacted the police. The police arrived promptly, and the appellant fled the house. The police searched nearby properties and found the appellant in a shed in possession of items taken during the break-in including a camera, a gold chain, and underwear taken from the bedroom dresser of one of the female occupants.

[4] While the circumstances of the offence are straightforward, the circumstances of the offender are not. The appellant is a member of the Ditidaht First Nation. His upbringing has properly been characterized as chaotic and highly dysfunctional. He was raised by his maternal great uncle, a residential school survivor, and his wife. The appellant had limited exposure to aboriginal culture because his uncle said he did not want the appellant to be exposed to the substance abuse, violence and sexual abuse that he associated with living on the reserve. Despite this, the appellant appears to have been exposed to alcohol abuse in the home in which he was raised.

[5] The appellant has had very little contact with his biological parents. His father was eventually removed from the reserve due to alcoholism and drug abuse. His mother was the victim of a homicide in 1997.

[6] The appellant's mother abused alcohol during her pregnancy. When the appellant was three years old, he was diagnosed with Fetal Alcohol Spectrum Disorder ("FASD"). The appellant struggles with a severe learning disability and had an early history of acting out aggressively in school. He has since been diagnosed with Attention Deficit Hyperactivity Disorder ("ADHD"). As a consequence of these disorders, the appellant has difficulty with impulse control, consequential thinking, problem-solving, and learning from experience.

[7] The appellant began abusing alcohol at the age of 14. The abuse of alcohol exacerbates the challenges the appellant experiences, and his history of offending is directly related to the abuse of alcohol.

[8] The appellant has a grade 11 education and a very limited employment history. He supports himself on a relatively small disability pension.

[9] The appellant has a lengthy criminal record, including five previous convictions for break and enter with intent to commit an indictable offence. In December 2009, the appellant received an effective 11-month conditional sentence

of imprisonment for break and enter. In August 2010, he received a conditional sentence of imprisonment of nine months for the same offence.

[10] In April 2012, the appellant was sentenced to four years' imprisonment for manslaughter. On this occasion, the appellant, who was intoxicated, got into a scuffle with another man. The appellant withdrew from the scuffle, armed himself with a kitchen knife and returned to the scene of the offence where he stabbed the unarmed victim twice. One of the stab wounds penetrated the victim's heart and caused his death.

[11] Not surprisingly, given the deficits and personal challenges he has faced, the appellant has an abysmal history of compliance with community supervision orders. He has been convicted on numerous occasions of failing to comply with the terms of probation and bail. He was granted parole on the manslaughter sentence in February 2015. In June 2015, he failed to return to his halfway house and was found intoxicated and prowling in a residential neighbourhood. His parole was revoked. He was held until warrant expiry. On release, he was subject to a recognizance under s. 810.2 of the *Code*. He repeatedly breached the terms of this order for which he received relatively short custodial sentences. He was released on those sentences on October 17, 2015. He committed the break and enter that is the subject of this appeal about a week later. At the time of the offence, the appellant continued to be bound by the s. 810.2 order.

[12] The appellant voluntarily participated in a Psychological Risk Assessment while in custody to assist in the determination of whether he should be held past his scheduled statutory release date. The report, which was before the sentencing judge, documents the many behavioural challenges that are characteristic of individuals who suffer from FASD. The appellant is challenged to restrain his frustration. He has been verbally aggressive and threatening towards Correctional Service of Canada ("CSC") staff and has engaged in fights with other inmates. He tends to externalize blame. He has little insight into his own risk factors, commenting during this assessment that he is capable of managing his own drinking. Actuarial

tools administered by the author of the report suggest that the appellant is at high risk to reoffend in a non-violent and violent manner against strangers and people he knows. The appellant participated in individual counselling sessions with a psychologist while incarcerated. An Initial Elder Review was completed, but a healing plan was not developed for the appellant because he was not interested in pursuing it. The appellant's participation in institutional treatment programs has been less than satisfactory. Although the appellant completed one program offered by the CSC, he was found to derive little benefit from it.

[13] Needless to say, commission by the appellant of this offence has been a disquieting experience for the victims. As noted by this Court in *R. v. Arsenault*, 1999 BCCA 578:

[7] It sometimes seems to be lost sight of that a break and enter of residential property is a very serious offence from the point of view of the victims of that offence. It can in some circumstances have a shattering effect upon people but, short of those extreme cases, it is a significant invasion of their privacy and of their sense of having a refuge that is immune from intrusion.

[14] The Crown sought a sentence of five years' imprisonment. The appellant sought an eight-month period of incarceration followed by three years' probation.

[15] The sentencing judge noted that particular attention had to be paid to s. 718.2(e) of the *Code* and the principles identified in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688 and *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13. He considered, properly in my view, that the appellant's moral blameworthiness was reduced as a consequence of the adverse effects of FASD. He recognized that the appellant's unfortunate background has created significant barriers and disadvantages for him. Despite the appellant's reluctance to participate in rehabilitative programs, the judge did not consider rehabilitation to be an unrealistic goal. He noted, however, that there were no structured community programs available to and appropriate for the appellant, and no aboriginal-based sentencing alternatives. In approaching the difficult task of sentencing the appellant for this offence, the trial judge found guidance in these observations made in *R. v. Ramsay*, 2012 ABCA 257:

[16] Crafting a fit sentence for an offender with the cognitive deficits associated with FASD presents at least two identifiable challenges: accurately assessing the moral blameworthiness of the offender in light of the adverse cognitive effects of FASD; and balancing protection of the public against the feasibility of reintegrating the offender into the community through a structured program under adequate supervision.

[16] The judge concluded that the five-year sentence sought by the Crown was not supported by sentences imposed in like cases. At the same time, the judge found that an eight-month period of imprisonment followed by probation would fail to give proper expression to the objectives of sentencing, including protection of the public.

[17] The appellant submits that the judge failed to consider and be guided by sentences meted out in like cases and erred by imposing a disproportionate sentence. He submits that the judge focused on general deterrence, denunciation and the protection of the public in circumstances where the goal of rehabilitation ought to have been given greater weight. Further, the appellant argues that the sentence imposed violates the “step-up principle” given that the longest sentence previously imposed on him for the offence of break and enter was the equivalent of an 11-month conditional sentence of imprisonment. The appellant seeks the substitution of a sentence in the range of 10 to 18 months’ imprisonment to be followed by three years of probation.

[18] It is well-established that a deferential standard of review applies on appeals from sentence. Absent an error in principle, the failure to consider a relevant factor or the erroneous consideration of an aggravating or mitigating factor that had an impact on the analysis and led to the imposition of an unfit sentence, an appellate court may only intervene when the sentence is shown to be demonstrably unfit: *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64 at paras. 42-44, 52.

[19] I am not persuaded by the appellant’s submission that the trial judge erred in principle or that the sentence imposed is a marked departure from sentences imposed for similar offences committed by similarly situated individuals.

[20] The appellant cites four authorities in support of his argument that the sentence imposed falls well outside the applicable range. None of the authorities relied on by the appellant are from this Court and, in my view, all of them are distinguishable.

[21] It has been said that there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime and that sentencing remains an inherently individualized process: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500 at para. 92. I am, as a consequence, mindful of the need to consider the fitness of the sentence in light of the appellant's unfortunate circumstances. Even so, I consider the sentence imposed in this case to be within the range established by this Court as being appropriate for this offence and offender. In *R. v. Armstrong*, 2010 BCCA 451, an appeal from an effective sentence of three years and nine months' imprisonment imposed on a disadvantaged aboriginal offender with a criminal record similar to that of the appellant was dismissed. While I appreciate that *Armstrong* is not identical to the case at bar — the offender in that case did not suffer from FASD — the result suggests that the sentence imposed on the appellant in this case falls within the appropriate range, particularly in light of the significant public safety concerns that arise.

[22] I am similarly unpersuaded by the appellant's argument that the sentence is disproportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility he bears for its commission. The judge accepted that the appellant's FASD lessened his moral culpability. He was faced with the daunting task of balancing his assessment of the appellant's diminished moral culpability with the protection of the public. He approached this task with the appropriate principles in mind. I would not interfere with the manner in which he determined to exercise his discretion.

[23] The judge did not inappropriately discount rehabilitation. Rather, he considered that the appellant displayed some insight into the harm he caused and would benefit by participating in programs available to him in the penitentiary. I would not interfere with the manner in which the sentencing judge weighed the objectives of sentencing in this difficult case. As noted in *Lacasse* at para. 49, an

appellate court may not intervene simply because it might have weighed the relevant factors differently. The judge was obliged in this case to emphasize public protection given the appellant's criminal record and risk of re-offence. I cannot say that the judge exercised his discretion unreasonably by weighing the applicable sentencing objectives as he did.

[24] Finally, I would not accede to the appellant's submission that the sentence imposed failed to respect the step-up principle. As the Crown notes in its reply, the step-up principle embodies restraint by requiring, as a general rule, that sentences for repeat offenders go up in moderate steps so as not to discourage rehabilitative efforts: *R. v. Kory*, 2009 BCCA 146 at para. 6. The step-up principle is not of great assistance in a case of this kind where an offender with a lengthy record of related behaviour for which he or she has received consistently low sentences has been undeterred by previous sanctions and has failed to benefit from previous interventions designed to ameliorate the risk of re-offence.

[25] Cases of this kind are particularly problematic for sentencing judges. The judge in this case recognized that the appellant's moral culpability was reduced as a result of his status as a disadvantaged aboriginal offender who suffers from FASD, but imposed a sentence he regarded as balancing these important considerations against the need for public protection. I cannot say that the judge committed error in principle or otherwise exercised his discretion in an unreasonable fashion. The sentence has not been shown to be demonstrably unfit. For this reason, I would grant leave to appeal but dismiss the appeal from sentence.

[26] **D. SMITH J.A.:** I agree.

[27] **WILLCOCK J.A.:** I agree

[28] **D. SMITH J.A.:** Leave to appeal is granted. The appeal from sentence is dismissed.

"The Honourable Mr. Justice Fitch"

TAB 5

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Alberta (Securities Commission) v Chandran, 2015 ABCA 323

Date: 20151030
Docket: 1401-0268-AC
Registry: Calgary

2015 ABCA 323 (CanLII)

Between:

Alberta Securities Commission

Respondent
Plaintiff/Applicant

- and -

Shariff Chandran

Appellant
Defendant/Respondent

The Court:

The Honourable Mr. Justice Peter Martin
The Honourable Mr. Justice Brian O’Ferrall
The Honourable Madam Justice Frederica L. Schutz

Memorandum of Judgment

Appeal from the Decision by
The Alberta Securities Commission
Dated the 26th day of September, 2014
(ASC File #ENF-005536)

Memorandum of Judgment

The Court:

Introduction

[1] The appellant appeals sanctions imposed under the *Securities Act*, RSA 2000, c S-4 by the Alberta Securities Commission in its decision rendered September 26, 2014 (Sanctions Decision, 2014 ABASC 376) and, in particular:

- a) under section 198(1)(d) of the Act, he must resign all positions he holds as a director or officer of any issuer, registrant or investment fund manager; . . .
- b) until the later of (i) 26 September 2039 and (ii) the date on which the [\$1,000,000] administrative penalty . . . has been paid:
 - (i) under sections 198(1)(b) and (c), he must cease trading in or purchasing securities, and all of the exemptions contained in Alberta securities laws do not apply to him;
 - (ii) under section 198(1)(e), he is prohibited from becoming or acting as a director or officer (or both) of any issuer, registrant or investment fund manager;
 - (iii) under section 198(1)(e.1), he is prohibited from advising in securities or exchange contracts; and
 - (iv) under section 198(1)(e.3), he is prohibited from acting in a management or consultative capacity in connection with activities in the securities market.

[2] Platinum Equities Inc. (“Platinum”) was the marketing and sales agent for 16 real estate syndications, five of which syndications were named as respondents, with the appellant, in proceedings before the Commission: Deerfoot Court Real Estate Investment Fund Limited Partnership, Glenmore & Centre Retail Limited Partnership, Platinum 5 Acres and a Mule Limited Partnership, PMIC II Investments Ltd., and Qualia Real Estate Investment Fund VI Limited Partnership (“Issuers”). The Issuers sold securities in Platinum-related entities that had, or would acquire, commercial or residential real estate properties.

[3] The appellant Shariff Chandran wants the sanctions imposed against him relaxed so that he can remain an officer and director of all existing Platinum entities, among other

entities, in order to deal with litigation involving the investors. The appellant also wants to remain a trustee for any company owned by the Chandran Family Trust; continue as the sole officer, director, and shareholder of the Chandran family private companies that have no independent shareholders; continue to act as asset manager of any assets owned by the Chandran Family Trust; and continue to consult for the benefit of the Chandran Family Trust. All of these activities are presently prohibited. In its Sanctions Decision, the Commission rejected these exceptions (the “Family Trust, Family Company and Litigation Carve-outs”), as being incompatible with the public interest.

Facts

[4] The Commission found the appellant guilty of fraud committed in the capital market. The Commission found that the appellant was the guiding mind of Platinum, a company that raised over \$58,000,000 from investors relating to different real estate projects. All but one of the projects failed, most of the investors lost their money, and the Commission found that the appellant and the companies he controlled had perpetrated a fraud, misled investors, and engaged in illegal trades and distributions.

[5] The respondent takes the position that the market access restrictions ordered by the Sanctions Decision Panel (“Panel”) were carefully crafted to provide specific and general deterrence, and to protect the capital market from the appellant. The Panel ordered the bans because it found the appellant acted through private family companies, and was a real and profound risk to the investing public and to the integrity of the capital market. As noted above, the bans span 25 years, and include orders prohibiting the appellant from acting as a director or officer, trading or advising in securities, or acting in a management or consulting capacity in the securities market.

[6] The respondent states that the appellant’s failures to respect basic market principles and to treat investors fairly, show he cannot be trusted. Allowing the appellant to serve as a director or officer of private issuers, and trade in securities through those issuers, is not in the public interest. The respondent contends that such an accommodation would undermine the specific and general deterrent effects of the orders, and subvert the ability of the Commission, through its orders, to protect the capital market.

[7] None of the findings of fact underpinning the decisions of guilt in the first phase of the Commission’s proceedings have been appealed. Indeed, during that phase, the appellant admitted the illegal trade and distribution allegations: Commission’s Merits Decision dated February 25, 2014 (2014 ABASC 71, para 3); Statement of Agreed Facts and Admissions signed by the appellant on October 25, 2013 (AEKE A9 – A10).

[8] The hearing giving rise to the Sanctions Decision was bifurcated, the appellant first testifying and later providing 12 affidavits, one from him and 11 deposed by investors.

[9] After considering the appellant's conduct in light of the public interest, the Panel ordered the sanctions set out above and, in addition, ordered that the appellant pay an administrative penalty of \$1,000,000. The appellant was directed to pay costs of the investigation and hearing.

[10] Aside from the \$1,000,000 administrative penalty and costs order, the appellant appeals all other sanctions.

[11] The respondent contends that the sanctions imposed were reasonable, that the Commission noted and considered the appropriate mitigating factors, and that the Commission acted reasonably in imposing its sanctions.

Standard of Review

[12] The Commission is entitled to deference with respect to the sanctions it imposes: *Alberta Securities Commission v Brost*, 2008 ABCA 326, 440 AR 7 at para 28; *Alberta Securities Commission v Workum*, 2010 ABCA 405, 493 AR 1 at para 26.

[13] The standard of review is reasonableness. Sanctions falling within the expertise of the Commission are not to be overturned unless they are demonstrably unfit, based on some error of principle, or are otherwise unreasonable: *Walton v Alberta Securities Commission*, 2014 ABCA 273, 580 AR 218 at para 23. We agree that the sanctions imposed by the Commission fell within the expertise of the Panel.

[14] The parameters of reasonableness are set out in *Dunsmuir v New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 SCR 190. It is a deferential standard concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law: *Dunsmuir* at para 47.

Analysis

[15] Having reviewed the facts as found in the Merits Decision, and the reasons provided by the Panel for the sanctions, we cannot say that any aspect of the sanctions imposed upon the appellant is unreasonable.

[16] The sanctions fall within the range of acceptable and rational solutions, they are not demonstrably unfit, are not based on some error of principle, and are not otherwise unreasonable.

[17] The Panel properly considered the seriousness of the appellant's misconduct. The Panel reviewed its findings of fraud, misrepresentation, illegal trades, illegal distributions and conduct contrary to the public interest, described these breaches as serious, and found the conduct militated in favour of significant sanctions.

[18] In doing so, the Panel considered mitigating factors such as the appellant's cooperation in the investigation and the merits hearing, the favourable comments of investors, and the appellant's apology, each of which was considered in terms of moderation of sanctions.

[19] The Panel also accepted that the appellant's evidence was that he did not set out to harm investors and did not anticipate any direct financial benefit from the fraud. Furthermore, the Panel noted that the appellant largely recognized the seriousness of his misconduct, and recognized that his conduct warranted sanctions. The appellant had no prior sanctions and the Panel found that he lacked experience in the capital markets before founding the Platinum group of companies. Notwithstanding, the appellant did have experience in the real estate market and he is the holder of a MBA degree. In noting that the misrepresentations about the properties dovetailed with the appellant's real estate experience, the Commission said: "no capital market experience is required to appreciate that deceiving investors by making misrepresentations or perpetrating a fraud is wrongful conduct": Sanctions Decision at para 38.

[20] In imposing the sanctions it did, the Commission was of the opinion that limiting activities to family-owned companies would be no answer as many of the Platinum group entities involved in misconduct were also family companies. Furthermore, the Commission felt that any carve-out to continue with litigation would undermine the objectives of specific and general deterrence. In any event, the Commission was not persuaded that the litigation carve-out would be appropriate. As such, the Commission rejected the appellant's proposals for the Family Trust, Family Company and Litigation Carve-outs, deciding these carve-outs were incompatible with the public interest.

[21] The Panel properly queried how a director-and-officer ban would preclude the appellant from assisting with or advancing any litigation. As noted by the respondent, a ban on being a director or officer would not prevent the appellant from giving evidence, or undergoing questioning, or being a witness at trial, nor would it prevent him from cooperating and communicating with counsel for the investors or Platinum-related entities; the appellant can meaningfully assist with the litigation without remaining as a director and officer. We agree.

[22] Leaving aside our own opinion of whether it is in the best interests of the investors to have the appellant continue to be involved in the litigation, regardless of his status and the potential for conflict of interest, our view is that the sanctions imposed by the Panel were well within the ambit of reasonableness required of the Commission.

Conclusion

[23] We are not persuaded that there are any grounds to relax the sanctions imposed by the Panel. Accordingly, the appeal is dismissed.

Appeal heard on October 15, 2015

Memorandum filed at Calgary, Alberta
this 30th day of October, 2015

Martin J.A.

O’Ferrall J.A.

Schutz J.A.

Appearances:

T.G. McCartney
for the Respondent/Plaintiff/Applicant

C.O. Llewellyn
for the Appellant/Defendant/Respondent

TAB 6

Minister of Justice of Canada *Appellant*

v.

Henry C. Fischbacher *Respondent*

INDEXED AS: CANADA (JUSTICE) v. FISCHBACHER

Neutral citation: 2009 SCC 46.

File No.: 32842.

2009: June 16; 2009: October 16.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Extradition — Surrender — Powers of Minister — Misalignment test — U.S. seeking F’s extradition on charge of first degree murder — Extradition judge committing F for offence of second degree murder finding insufficient evidence on one element of Canadian offence of first degree murder — Minister of Justice surrendering F for American offence of first degree murder — Whether Minister must ensure alignment between foreign offence upon which person sought ordered to be surrendered and evidence adduced before extradition judge at committal hearing.

F was indicted on a charge of first degree murder in Arizona in relation to the death of his wife. The United States requested his extradition. The Minister of Justice authorized the request, identifying the corresponding Canadian offence in the authority to proceed as “murder, contrary to s. 231 of the *Criminal Code*” without particularizing the crime as first or second degree murder. The Attorney General proceeded to a committal hearing and the extradition judge committed F for the offence of second degree murder, finding no evidence of planning and deliberation to justify a committal for first degree murder under Canadian law. No appeal was taken from the committal order. The Minister subsequently ordered F’s surrender to face trial for first degree murder in the United States. F sought judicial review of the Minister’s decision. The Court of Appeal held that the principle of double criminality was met but, applying the “misalignment test”,

Ministre de la Justice du Canada *Appelant*

c.

Henry C. Fischbacher *Intimé*

RÉPERTORIÉ : CANADA (JUSTICE) c. FISCHBACHER

Référence neutre : 2009 CSC 46.

N° du greffe : 32842.

2009 : 16 juin; 2009 : 16 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Extradition — Remise à l’État requérant — Pouvoirs du ministre — Critère de la discordance — É.-U. demandant l’extradition de F pour meurtre au premier degré — Juge d’extradition ordonnant l’incarcération de F pour meurtre au deuxième degré après avoir jugé insuffisante la preuve de l’un des éléments de l’infraction de meurtre au premier degré en droit canadien — Ministre de la Justice ordonnant l’extradition de F pour l’infraction de meurtre au premier degré en droit américain — Le ministre est-il tenu à la concordance entre l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition de l’intéressé est ordonnée et la preuve produite devant le juge d’extradition à l’audience relative à l’incarcération?

F a été accusé de meurtre au premier degré en Arizona relativement au décès de sa femme. Les États-Unis ont demandé son extradition. Le ministre de la Justice a donné suite à la demande en prenant un arrêté introductif d’instance dans lequel il a indiqué que l’infraction canadienne correspondante était l’infraction de « meurtre prévue à l’art. 231 du *Code criminel* » sans préciser s’il s’agissait d’un meurtre au premier ou au deuxième degré. Le procureur général a demandé une audience relative à l’incarcération et le juge d’extradition a ordonné l’incarcération de F pour meurtre au deuxième degré en l’absence d’une preuve de préméditation et de propos délibéré pouvant justifier l’incarcération pour meurtre au premier degré en droit canadien. L’ordonnance d’incarcération n’a pas été portée en appel. Le ministre a ensuite ordonné que F soit extradé pour subir son procès pour meurtre au premier degré aux États-Unis. F a demandé le contrôle judiciaire de

it held that it was unreasonable to order F's surrender for first degree murder in the absence of evidence of the essential element of premeditation at the committal proceeding. The court allowed the application for judicial review and remitted the matter to the Minister for reconsideration.

Held: The appeal should be allowed and the Minister's surrender order restored.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The principle of double criminality codified in s. 3 of the *Extradition Act* has two components, one foreign and one domestic. The foreign component requires that the offence upon which extradition is requested be criminal in the requesting state and carry the specified penalty. The domestic aspect requires that the conduct underlying the foreign offence amount to a criminal offence under Canadian law with the specified penalty. Consistent with prevailing international practice and the principle of comity, Canada has adopted a conduct-based approach to determining double criminality and, as a result, it is not necessary that the Canadian offence described in the authority to proceed or the committal order "match" the foreign offence for which the person is sought or surrendered in name or in terms of its constituent elements; it is the essence of the offence that is important under the conduct-based approach. [4] [29]

The role of the Minister and the breadth of his discretion in extradition matters can only be understood with reference to the legislative scheme established by the Act. The Minister, by authorizing extradition proceedings, establishes that the foreign component of double criminality is satisfied. The function of an extradition hearing is to determine whether the domestic component of double criminality is met. The province of the extradition judge is limited to determining whether the evidence submitted at the committal hearing reveals conduct that would justify committal for trial in Canada for the crime listed in the authority to proceed, if the crime had occurred in Canada. The judge's role does not include any review of the foreign law. If the extradition judge concludes that the impugned conduct would amount to a criminal offence in Canadian law, the person sought must be committed for extradition. [35]

la décision du ministre. La Cour d'appel a statué que le principe de la double incrimination était respecté, mais elle a appliqué le critère de la « discordance » pour conclure qu'il était déraisonnable d'extrader F pour meurtre au premier degré en l'absence de preuve de l'élément essentiel de la préméditation à l'audience relative à l'incarcération. La cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire et renvoyé l'affaire au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'arrêté d'extradition pris par le ministre est rétabli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Le principe de la double incrimination codifié à l'art. 3 de la *Loi sur l'extradition* comporte deux volets, l'un étranger et l'autre interne. Le volet étranger exige que l'infraction à l'origine de la demande d'extradition soit de nature criminelle dans l'État requérant et emporte la peine précisée. Le volet interne exige que les actes constituant l'infraction punissable à l'étranger correspondent à une infraction criminelle en droit canadien, sanctionnée par la peine précisée. Conformément à la pratique internationale courante et au principe de la courtoisie, le Canada a adopté une approche fondée sur la conduite pour l'application du principe de la double incrimination. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que l'infraction canadienne indiquée dans l'arrêté introductif d'instance ou dans l'ordonnance d'incarcération « corresponde » à l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition est demandée ou ordonnée, que ce soit par son appellation ou par ses éléments constitutifs; c'est l'essence de l'infraction qui importe selon l'approche fondée sur la conduite. [4] [29]

Le rôle et la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre en matière d'extradition ne peuvent être compris qu'en regard du régime législatif établi par la Loi. En autorisant la tenue de l'audience relative à l'incarcération, le ministre établit que le volet étranger de la double incrimination est respecté. L'audition de la demande d'extradition vise à déterminer si le volet interne de la double incrimination est respecté. La compétence du juge se limite à déterminer si la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération révèle des actes qui justifieraient le renvoi à procès au Canada pour l'infraction indiquée dans l'arrêté introductif d'instance s'ils avaient été commis au Canada. Le rôle du juge d'extradition n'inclut aucun examen du droit étranger. Si le juge d'extradition conclut que la conduite reprochée équivaldrait à une infraction criminelle en droit canadien, l'intéressé doit être incarcéré en vue de son extradition. [35]

Following committal, the Minister reviews the case in its entirety to determine whether to order the individual's surrender, and if so, on what basis. This requires the Minister to determine whether it is politically appropriate and not fundamentally unjust to extradite the person sought. The Minister's general power to order or refuse surrender pursuant to s. 40(1) of the *Extradition Act* is subject to the provisions of the Act, the extradition treaty, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Under s. 44(1)(a) of the Act, the Minister shall refuse to make a surrender order if he is satisfied that the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances. This requires the Minister to balance factors that militate in favour of surrender against those that counsel against it. If the Minister decides to surrender the person sought, his order under s. 58(b) must specify the offence or conduct for which the person is surrendered, but nothing in that section requires that the Minister match or "align" the surrender offence with that listed in the authority to proceed or the committal order, or with the evidence adduced at the hearing. [36-41]

The "misalignment" test is incompatible with three key components of extradition law. Requiring the Minister to assess the parity between the elements of the Canadian offence and the elements of the foreign offence amounts to adding an offence-based test for double criminality at the final stage of the extradition process, and is inconsistent with the Act and the extradition treaty. Further, for the Canadian authorities, judicial or executive, to evaluate a foreign state's decision to prosecute the person sought for a given offence, or to assess the sufficiency of the evidence adduced at the committal hearing against the elements of the foreign offence, would amount to second-guessing the foreign state's assessment of its own law and would offend the underlying principle of comity. Lastly, the "misalignment" test is inconsistent with the role of the extradition judge defined by s. 29 of the Act, which specifies that the judge is to consider only the domestic side of double criminality, looking for evidence in respect of each element of the Canadian offence listed in the authority to proceed. [49-53]

Since the Minister was under no obligation to apply a misalignment test, his failure to do so cannot provide a basis for interfering with the surrender decision. When the reasonableness of the Minister's surrender decision is assessed having regard to all relevant circumstances

Après l'incarcération, le ministre révisé le dossier en entier pour décider s'il ordonnera l'extradition de l'intéressé et, dans l'affirmative, sur quelle base. Dans le cadre de cet examen, le ministre doit déterminer s'il est approprié, sur le plan politique, et non fondamentalement injuste d'extrader l'intéressé. Le pouvoir général du ministre d'ordonner ou de refuser l'extradition en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur l'extradition* est assujéti aux dispositions de la Loi, du traité d'extradition et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'alinéa 44(1)a de la Loi oblige le ministre à refuser de prendre un arrêté d'extradition s'il est convaincu que l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances. Pour décider si c'est le cas, le ministre doit mettre en balance les facteurs qui militent en faveur de l'extradition avec ceux qui y sont défavorables. Si le ministre décide d'extrader l'intéressé, l'al. 58b) exige qu'il précise dans son arrêté l'infraction ou les actes pour lesquels l'intéressé sera extradé, mais ne l'oblige pas à assurer la correspondance ou la « concordance » entre, d'une part, l'infraction visée par l'extradition et, d'autre part, celle indiquée dans l'arrêté introductif d'instance ou dans l'ordonnance d'incarcération, ou la preuve présentée à l'audience. [36-41]

Le critère de la « discordance » est incompatible avec trois éléments clés du droit de l'extradition. Exiger du ministre qu'il analyse la similitude entre les éléments de l'infraction punissable à l'étranger et ceux de l'infraction correspondante au Canada équivaut à ajouter un critère fondé sur l'infraction pour l'application du principe de la double incrimination à l'étape finale de la procédure d'extradition, ce qui est incompatible avec la Loi et le traité d'extradition. De plus, le fait pour les autorités canadiennes, judiciaires ou exécutives, d'évaluer la décision d'un État étranger de poursuivre un intéressé pour une infraction précise ou d'évaluer la suffisance de la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération par rapport aux éléments de l'infraction punissable à l'étranger équivaudrait à reconsidérer les conclusions de l'État étranger sur son propre droit et irait à l'encontre du principe sous-jacent de la courtoisie. Enfin, le critère de la « discordance » est incompatible avec le rôle du juge d'extradition défini à l'art. 29 de la Loi, qui précise que le juge doit examiner uniquement le volet interne de la double incrimination, en cherchant des éléments de preuve relativement à chacun des éléments de l'infraction correspondante au Canada indiquée dans l'arrêté introductif d'instance. [49-53]

Étant donné que le ministre n'est pas obligé d'appliquer le critère de la « discordance », son omission à cet égard ne saurait fonder l'annulation de sa décision d'ordonner ou non l'extradition. L'appréciation de la raisonabilité de la décision du ministre d'ordonner

and in accordance with the applicable provisions of the Act, there is no basis for interfering with his decision. [6] [58]

Per Fish J.: The Minister's broad discretion to order surrender is subject to judicial review pursuant to s. 57(7) of the *Extradition Act*. An absence of evidence on an undisputed element of the foreign offence for which surrender is ordered, without a reasonable explanation, may warrant judicial intervention. This view of the law is firmly rooted in an unbroken line of recent, unanimous appellate court decisions. An absence of evidence on an essential element of the foreign offence for which surrender is ordered is an absence of evidence that the offence was committed. Neither comity nor conduct-based double criminality authorizes a surrender for trial on an offence for which there is no evidence. The *Extradition Act* is intended to prevent this from occurring. [60-61] [63-64] [73]

To permit the Minister to turn a blind eye to a total absence of evidence on an element of the foreign offence would create a total disconnect between the judicial and executive functions under the Act. These are different, but they are meant to complement and not to contradict one another. The judge and not the Minister determines whether the evidence adduced at the extradition hearing would warrant committal to trial on the Canadian offence set out by the Minister in the authority to proceed if that conduct had occurred in Canada. The judicial determination of whether or not to commit a person sought for extradition is made without reference to the foreign offence, but where a committal order rests on findings of fact that necessarily relate to the conduct of both the Canadian offence and the offence for which extradition is sought, those findings cannot be disregarded by the Minister. [70] [72] [75]

It is not reasonable to surrender a person sought for extradition without an explanation if there is no dispute as to the essential elements of the foreign offence and there is complete lack of evidence on one or more of the elements. The Minister normally should provide the explanation, however it may also appear from the materials before the court. Here, the Minister's explanation for the surrender order was inadequate, but the record provided a sufficient explanation. The Minister had before him an indictment by a grand jury, a warrant of arrest signed by a Superior Court judge from Arizona, and a Certification of the Record of the Case by a Deputy County Attorney of that state attesting to

l'extradition au regard de toutes les circonstances pertinentes et conformément aux dispositions applicables de la Loi ne révèle aucune raison de la modifier. [6] [58]

Le juge Fish : L'exercice par le juge de son large pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'extradition est susceptible de révision conformément au par. 57(7) de la *Loi sur l'extradition*. L'absence de preuve d'un élément non contesté de l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition est ordonnée, sans explication raisonnable, peut justifier l'intervention du tribunal. Cette interprétation du droit trouve de solides assises dans une série ininterrompue d'arrêts récents et unanimes des juridictions d'appel. En l'absence de preuve d'un élément essentiel de l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition est ordonnée, il y a absence de preuve de la perpétration de l'infraction. Ni la courtoisie ni la double incrimination fondée sur la conduite n'autorisent l'extradition aux fins d'un procès pour une infraction à l'égard de laquelle il y a absence de preuve. La *Loi sur l'extradition* vise à éviter que cela se produise. [60-61] [63-64] [73]

Permettre au ministre de fermer les yeux sur une absence totale de preuve d'un élément de l'infraction punissable à l'étranger créerait une rupture totale entre les fonctions judiciaires et exécutives établies par la Loi. Ces fonctions sont distinctes, mais elles sont censées se compléter et non se contredire. C'est le juge et non le ministre qui détermine si la preuve produite lors de l'audience relative à l'incarcération justifierait le renvoi à procès pour l'infraction canadienne désignée par le ministre dans l'arrêté introductif d'instance, si les actes avaient été commis au Canada. Le juge décide d'ordonner ou non l'incarcération de l'intéressé sans égard à l'infraction punissable à l'étranger, mais lorsque l'ordonnance d'incarcération repose sur des conclusions de fait qui touchent nécessairement les actes inhérents à la fois à l'infraction canadienne et à l'infraction visée par la demande d'extradition, le ministre ne peut faire abstraction de ces conclusions. [70] [72] [75]

Il n'est pas raisonnable d'extrader un intéressé sans explication lorsque les éléments essentiels de l'infraction punissable à l'étranger ne sont pas contestés et qu'il y a absence totale de preuve sur un ou plusieurs de ces éléments. Le ministre devrait normalement fournir une explication, mais celle-ci peut aussi se dégager de la preuve produite. En l'espèce, le ministre n'a pas fourni d'explication suffisante, mais le dossier même en offre une. Le ministre avait devant lui un acte d'accusation rapporté par le grand jury, un mandat d'arrêt signé par un juge de la Cour supérieure de l'Arizona et une certification du dossier d'extradition signée par un sous-procureur du comté dans cet État attestant que

the sufficiency of the evidence to support a conviction for first degree murder. Nothing in the findings of the extradition judge pursuant to the committal proceedings in Canada is inconsistent with the grand jury indictment, the warrant issued by the Superior Court in Arizona, or the certified opinion of the Deputy County Attorney. In these circumstances, surrendering F to face trial for first degree murder was not unreasonable. [79-80] [85-86] [88]

Cases Cited

By Charron J.

Not followed: *United States of America v. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xiv; *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481; *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Narayan v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121; **referred to:** *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475; *Norris v. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103; *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201; *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *Canada (Minister of Justice) v. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532; *Ross v. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500, aff'd [1996] 1 S.C.R. 469.

By Fish J.

Referred to: *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, aff'd [1996] 1 S.C.R. 467; *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481;

la preuve était suffisante pour étayer une condamnation pour meurtre au premier degré. Aucune conclusion tirée par le juge d'extradition à l'issue de la procédure d'incarcération au Canada n'est incompatible avec la mise en accusation par le grand jury, le mandat lancé par la Cour supérieure en Arizona ou l'opinion certifiée du sous-procureur du comté. Dans les circonstances, il n'était pas déraisonnable d'extrader F afin qu'il subisse son procès pour meurtre au premier degré. [79-80] [85-86] [88]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts non suivis : *United States of America c. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, autorisation de pourvoi refusée, [2006] 1 R.C.S. xiv; *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481; *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Narayan c. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121; **arrêts mentionnés :** *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *McVey (Re)*, [1992] 1 R.C.S. 475; *Norris c. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103; *United States of America c. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *Canada (Minister of Justice) c. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532; *Ross c. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500, conf. par [1996] 1 R.C.S. 469.

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467; *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481;

State v. Thompson, 204 Ariz. 471 (2003); *State v. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009).

Statutes and Regulations Cited

Ariz. Rev. Stat. §§ 13-603, 13-604, 13-703, 13-710, 13-1105.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231.

Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 3(1), (2), 15, 23(2), 29, 33, 40(1), 43(1), 44, 46, 47, 48(1), 57(2), (7), 58, 71.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1.

Treaties and Other International Instruments

Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, arts. 2, 9, 10.

Authors Cited

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty and MacFarland J.J.A. and Kent J. (*ad hoc*), 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401, 239 O.A.C. 211, 235 C.C.C. (3d) 45, [2008] O.J. No. 3029 (QL), 2008 CarswellOnt 4594, quashing a surrender order and remitting the matter to the Minister of Justice of Canada for further consideration. Appeal allowed.

Janet Henchey and Nancy Dennison, for the appellant.

Gregory Lafontaine and Vincenzo Rondinelli, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] Henry Fischbacher was indicted on a charge of first degree murder by a grand jury in Tucson, Arizona, in relation to the death of his wife. The United States has requested his extradition to stand

State c. Thompson, 204 Ariz. 471 (2003); *State c. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009).

Lois et règlements cités

Ariz. Rev. Stat. §§ 13-603, 13-604, 13-703, 13-710, 13-1105.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231.

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 3(1), (2), 15, 23(2), 29, 33, 40(1), 43(1), 44, 46, 47, 48(1), 57(2), (7), 58, 71.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1.

Traités et autres instruments internationaux

Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 2, 9, 10.

Doctrine citée

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty et MacFarland et le juge Kent (*ad hoc*), 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401, 239 O.A.C. 211, 235 C.C.C. (3d) 45, [2008] O.J. No. 3029 (QL), 2008 CarswellOnt 4594, qui a annulé un arrêté d'extradition et renvoyé l'affaire au ministre de la Justice du Canada pour réexamen. Pourvoi accueilli.

Janet Henchey et Nancy Dennison, pour l'appellant.

Gregory Lafontaine et Vincenzo Rondinelli, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] Henry Fischbacher a été accusé de meurtre au premier degré par un grand jury à Tucson, en Arizona, relativement au décès de sa femme. Les États-Unis ont demandé son extradition pour qu'il

trial on that charge. The Minister of Justice (the “Minister”) authorized the extradition request to proceed to a committal hearing, identifying the Canadian offence corresponding to the alleged criminal conduct as “Murder, contrary to section 231 of the *Criminal Code*”, R.S.C. 1985, c. C-46. The extradition judge committed Mr. Fischbacher for the offence of second degree murder, finding no evidence of planning and deliberation sufficient to justify a committal for first degree murder under Canadian law. No appeal was taken from the committal order. The Minister then ordered Mr. Fischbacher’s surrender for the American offence of first degree murder, as requested by the United States.

[2] Mr. Fischbacher sought judicial review of the Minister’s decision before the Court of Appeal for Ontario. He conceded that he could be returned to the State of Arizona to face trial on a charge of second degree murder in accordance with the finding of the extradition judge, but argued that the Minister’s decision to surrender him on the charge of first degree murder was unreasonable. In support of this argument, Mr. Fischbacher relied on expert opinion evidence filed with the Minister indicating that, much as proof of planning and deliberation is required to constitute the offence of first degree murder in Canada, premeditation is a necessary element of the offence according to Arizona law. He also relied on appellate decisions that have concluded that a “misalignment” between the offence for which the Minister ordered surrender and the offence supported by the evidence at the committal hearing may render a surrender decision unreasonable: see, e.g., *United States of America v. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xiv; *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; and *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481.

subisse son procès relativement à cette accusation. Le ministre de la Justice (le « ministre ») a donné suite à la demande d’extradition en autorisant la tenue d’une audience relative à l’incarcération, indiquant que l’infraction canadienne qui correspondait à la conduite criminelle reprochée était l’infraction de [TRADUCTION] « Meurtre prévue à l’article 231 du *Code criminel* », L.R.C. 1985, ch. C-46. Le juge d’extradition a ordonné l’incarcération de M. Fischbacher pour meurtre au deuxième degré, jugeant la preuve concernant la préméditation et le propos délibéré insuffisante pour justifier son renvoi à procès pour meurtre au premier degré en droit canadien. L’ordonnance d’incarcération n’a pas été portée en appel. Le ministre a alors ordonné l’extradition de M. Fischbacher pour meurtre au premier degré, comme le demandaient les États-Unis.

[2] M. Fischbacher s’est adressé à la Cour d’appel de l’Ontario pour demander le contrôle judiciaire de la décision du ministre. Il a reconnu qu’il pouvait être renvoyé dans l’État de l’Arizona pour subir son procès relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré conformément aux conclusions du juge d’extradition, mais il soutenait que la décision du ministre de l’extrader relativement à l’accusation de meurtre au premier degré était déraisonnable. Pour étayer cet argument, M. Fischbacher s’est appuyé sur la preuve d’expert déposée devant le ministre selon laquelle, tout comme l’infraction de meurtre au premier degré exige la preuve de la préméditation et du propos délibéré au Canada, la préméditation est un élément essentiel de cette infraction selon le droit de l’Arizona. Il s’est également fondé sur des décisions d’appel statuant qu’une « discordance » entre l’infraction pour laquelle le ministre a ordonné l’extradition et l’infraction étayée par la preuve à l’audience relative à l’incarcération peut rendre la décision d’ordonner l’extradition déraisonnable : voir, p. ex., *United States of America c. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, autorisation d’appel refusée, [2006] 1 R.C.S. xiv; *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; et *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481.

[3] The Court of Appeal accepted Mr. Fischbacher's argument: 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401. In its view, his attack on the surrender order did not engage the principle of double criminality, as contended by the Minister. Double criminality, which requires a finding that the conduct giving rise to the foreign charge also constitutes an offence under Canadian law, was "clearly" respected in this case (para. 16). The question, rather, was whether the Minister acted unreasonably in deciding that it was not unjust to order Mr. Fischbacher's surrender for the "clearly more serious allegation of first degree murder", in the circumstances (para. 41). Given the absence of any evidence on the essential element of premeditation at the committal proceeding, the Court of Appeal concluded that the Minister's decision was unreasonable. The matter was remitted to the Minister for reconsideration.

[4] In deciding how the principle of double criminality should be satisfied, it was open to Parliament to define the crimes for which extradition may be sought and ordered either in terms of the alleged conduct, or the elements of the foreign offence. Canada's chosen approach is unquestionably conduct-based. Thus, extradition is permitted when the conduct underlying the foreign offence, if it occurred in Canada, would constitute an offence in Canadian law, however named or characterized. So long as the offence also falls in the category of extraditable offences, defined by the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18 (the "Act"), double criminality is fulfilled. This approach is not only consistent with prevailing international practice, it also accords with the principle of comity which demands deference and respect for the laws of other nations.

[5] I respectfully disagree with the conclusion of the court below that Mr. Fischbacher's argument does not engage the principle of double criminality. The "misalignment" test invites the Minister

[3] La Cour d'appel a retenu l'argument de M. Fischbacher : 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401. Selon elle, sa contestation de l'arrêté d'extradition ne faisait pas intervenir le principe de la double incrimination, comme le prétendait le ministre. Le principe de la double incrimination, qui exige que la conduite ayant entraîné l'accusation à l'étranger constitue également une infraction sous le régime du droit canadien, était [TRADUCTION] « manifestement » respecté en l'espèce (par. 16). La question était plutôt de savoir si le ministre avait agi de façon déraisonnable en concluant qu'il n'était pas injuste d'ordonner l'extradition de M. Fischbacher pour [TRADUCTION] « l'accusation manifestement plus grave de meurtre au premier degré », dans les circonstances (par. 41). Vu l'absence de preuve de l'élément essentiel de la préméditation à l'audience relative à l'incarcération, la Cour d'appel a conclu que la décision du ministre était déraisonnable. L'affaire a été renvoyée au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen.

[4] En déterminant de quelle manière il fallait satisfaire au principe de la double incrimination, le législateur pouvait définir les crimes pour lesquels l'extradition peut être demandée et ordonnée en fonction soit de la conduite reprochée, soit des éléments de l'infraction punissable à l'étranger. L'approche choisie par le Canada est incontestablement fondée sur la conduite. Ainsi, l'extradition est permise lorsque les actes constituant une infraction à l'étranger, s'ils étaient commis au Canada, constitueraient une infraction en droit canadien, peu importe sa désignation ou sa classification. Dans la mesure où l'infraction entre également dans la catégorie des infractions donnant lieu à l'extradition selon la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18 (la « Loi »), le principe de la double incrimination est respecté. Cette approche est non seulement compatible avec la pratique internationale courante, mais aussi conforme au principe de la courtoisie, qui commande la déférence et le respect à l'égard du droit des autres nations.

[5] En toute déférence, je ne souscris pas à la conclusion de la juridiction inférieure selon laquelle l'argument de M. Fischbacher ne fait pas intervenir le principe de la double incrimination. Le critère

to compare the foreign offence to its Canadian equivalent in a manner that is inconsistent with the conduct-based approach to double criminality. By requiring that the Minister satisfy himself that the conduct upon which the extradition judge found double criminality *also* establishes all the elements of the foreign offence, the “misalignment” test effectively imports an offence-based test for double criminality at the final stage of the extradition process, an approach that is incompatible with both the Act and the relevant extradition treaty, the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3 (“*Treaty*”), in force March 22, 1976. As this case exemplifies, the “misalignment” test would require the Minister to effectively second-guess the foreign state’s assessment of its own law, an approach which also finds no support in the Act and which offends the fundamental principle of comity. Finally, the test conflicts with the circumscribed role of the extradition judge defined under the Act and affirmed by settled jurisprudence.

[6] That said, the Act gives the Minister a broad discretion on the question of surrender and, as I will explain below, differences between the jeopardy faced by the person sought in the foreign country and that which he would face in Canada in respect of the impugned conduct may be a relevant factor in the surrender decision in exceptional circumstances. Ultimately, however, the reasonableness of the Minister’s decision does not turn on whether the elements of the foreign offence “align” with the evidence adduced by the requesting state during the committal hearing. The reasonableness of the decision must be assessed having regard to all the relevant circumstances and in accordance with the applicable provisions of the Act. In the instant appeal, I see no basis for interfering with the Minister’s decision.

de la « discordance » invite le ministre à comparer l’infraction punissable à l’étranger à son équivalent en droit canadien d’une manière qui est incompatible avec l’approche de la double incrimination fondée sur la conduite. En effet, en exigeant que le ministre soit convaincu que la conduite sur laquelle le juge d’extradition s’est fondé pour conclure à la double incrimination établit *également* tous les éléments de l’infraction punissable à l’étranger, le critère de la « discordance » introduit un critère fondé sur l’infraction pour l’examen de la question de la double incrimination à l’étape finale de la procédure d’extradition. Or, cette approche est incompatible tant avec la Loi qu’avec le traité d’extradition applicable, soit le *Traité d’extradition entre le Canada et les États-Unis d’Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3 (« *Traité* »), entré en vigueur le 22 mars 1976. Comme la présente affaire le démontre, le critère de la « discordance » obligerait le ministre à reconsidérer les conclusions de l’État étranger sur son propre droit, une approche qui n’a aucun fondement dans la Loi et qui contrevient au principe fondamental de la courtoisie. Enfin, ce critère entre en conflit avec le rôle circonscrit du juge d’extradition défini dans la Loi et confirmé par une jurisprudence constante.

[6] Cela dit, la Loi confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire sur la question de l’extradition et, comme je l’expliquerai plus loin, les différences entre le risque que devrait affronter l’intéressé dans le pays étranger et celui auquel il serait exposé au Canada en raison des actes qu’on lui reproche peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, constituer un facteur pertinent dans la décision d’ordonner ou non l’extradition. Toutefois, la raisonnablement de la décision du ministre ne repose pas, en définitive, sur la question de savoir si les éléments de l’infraction punissable à l’étranger « concordent » avec la preuve présentée par l’État requérant lors de l’audience relative à l’incarcération. Il faut apprécier la raisonnablement de la décision en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes et conformément aux dispositions applicables de la Loi. Dans le présent pourvoi, je ne vois aucune raison de modifier la décision du ministre.

[7] For the reasons that follow, I would allow the appeal and restore the Minister's surrender order.

2. The Extradition Request and the Committal and Surrender Orders

[8] In October 2006, a grand jury in Tucson, Arizona, issued a criminal indictment charging Mr. Fischbacher with one count of first degree murder contrary to the Arizona *Criminal Code*, Ariz. Rev. Stat. §§ 13-1105, 13-603, 13-604, 13-703 and 13-710, in relation to the death of his wife, Lisa Fischbacher.

[9] The United States requested Mr. Fischbacher's extradition from Canada for the offence of first degree murder in December 2006, by way of diplomatic note.

[10] On January 8, 2007, the Minister issued an authority to proceed ("ATP") in accordance with s. 15 of the Act. The ATP sought the committal of Mr. Fischbacher for the corresponding Canadian offence of "Murder, contrary to section 231 of the *Criminal Code*" but did not particularize the crime as first or second degree murder.

[11] The judicial phase of the extradition process took place in June 2007 in the Ontario Superior Court of Justice. The evidence tendered at the hearing was comprised of the certified record of the case and certified amended record of the case filed by the United States, in conformity with s. 33 of the Act. At this time, it was confirmed that the Department of Justice had received assurances to the effect that the state of Arizona would not seek the death penalty in the event of conviction.

[12] The evidence contained in the record of the case alleges that on October 6, 2006, Mr. Fischbacher telephoned his sister and disclosed that the previous day he and his wife had an argument during which he punched his wife in the face and hit her on the back of the head with a flashlight, knocking her unconscious. Mr. Fischbacher stated that he dragged his unconscious wife from

[7] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêté d'extradition du ministre.

2. La demande d'extradition, l'ordonnance d'incarcération et l'arrêté d'extradition

[8] En octobre 2006, à Tucson, en Arizona, un grand jury a déposé un acte d'accusation inculpant M. Fischbacher d'une infraction de meurtre au premier degré en vertu du *Criminal Code* de l'Arizona, Ariz. Rev. Stat. §§ 13-1105, 13-603, 13-604, 13-703 et 13-710, relativement au décès de sa femme, Lisa Fischbacher.

[9] Les États-Unis ont demandé, dans une note diplomatique, en décembre 2006, que M. Fischbacher soit extradé du Canada pour l'infraction de meurtre au premier degré.

[10] Le 8 janvier 2007, le ministre a pris un arrêté introductif d'instance (« AII ») en application de l'art. 15 de la Loi. L'AII demandait l'incarcération de M. Fischbacher pour l'infraction correspondante au Canada de [TRADUCTION] « Meurtre, prévue à l'article 231 du *Code criminel* », sans préciser s'il s'agissait d'un meurtre au premier ou au deuxième degré.

[11] L'étape judiciaire de la procédure d'extradition a eu lieu en juin 2007 devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. À l'audience, les États-Unis ont déposé en preuve deux dossiers d'extradition certifiés, l'un original et l'autre modifié, conformément à l'art. 33 de la Loi. À ce moment-là, il a été confirmé que le ministère de la Justice avait obtenu l'assurance que l'État de l'Arizona ne réclamerait pas la peine capitale si l'accusé était déclaré coupable.

[12] Il ressort de la preuve incluse dans le dossier d'extradition que le 6 octobre 2006, M. Fischbacher a téléphoné à sa sœur et lui a révélé que la veille, sa femme et lui s'étaient disputés. Il a raconté qu'il lui avait donné un coup de poing au visage et l'avait frappé derrière la tête avec une lampe de poche, et qu'elle s'était évanouie. M. Fischbacher a dit l'avoir traînée, inconsciente, de la chambre à coucher

the bedroom to the backyard pool, where he held her head underwater for several minutes until he believed she was dead. He fled his home around midnight, drove to the airport in Phoenix, Arizona, and flew to Buffalo, New York, where he leased a car and crossed the border into Canada.

[13] The record of the case further indicates that Ms. Fischbacher's body was discovered by police around 5 p.m. on October 6, 2006, floating face down in the backyard swimming pool at her home. An autopsy confirmed that Ms. Fischbacher died from asphyxia and multiple traumatic head injuries.

[14] Relying on the Canadian approach to determining whether an indictment is for first or second degree murder, the extradition judge decided that the Minister's selection of the word "murder" in the ATP must be taken to mean second degree murder in Canadian law. The United States requested that the judge authorize an amendment to the ATP pursuant to s. 23(2) of the Act, so that the corresponding Canadian offence would read "first degree murder" instead of "murder" *simpliciter*. The extradition judge concluded that planning and deliberation were necessary elements of the crime of first degree murder in Canada, and that there was no evidence of planning and deliberation in the record of the case. Accordingly, the request to amend the ATP was refused. The judge concluded, however, that the evidence was sufficient to establish a *prima facie* case of second degree murder. Pursuant to s. 71 of the Act, an order was issued for the committal of Mr. Fischbacher on the Canadian offence of second degree murder: [2007] O.J. No. 4235 (QL).

[15] No appeal was taken from the decision of the extradition judge.

[16] Following committal, it fell to the Minister to determine whether Mr. Fischbacher should be surrendered and, if so, for what offence. In accordance with s. 43(1) of the Act, Mr. Fischbacher made

jusqu'à la piscine dans la cour, et lui avoir maintenu la tête sous l'eau pendant plusieurs minutes jusqu'à ce qu'il la croie morte. Il s'est enfui de la maison vers minuit, s'est rendu en voiture à l'aéroport de Phoenix, en Arizona, et a pris l'avion pour Buffalo, dans l'État de New York, où il a loué une voiture et franchi la frontière canadienne.

[13] Le dossier d'extradition indique également que le corps de M^{me} Fischbacher a été retrouvé par la police vers 17 h le 6 octobre 2006, flottant sur le ventre dans la piscine derrière la maison. L'autopsie a confirmé que M^{me} Fischbacher est morte par asphyxie et par suite de multiples traumatismes crâniens.

[14] S'appuyant sur l'approche canadienne pour déterminer si l'acte d'accusation visait un meurtre au premier ou au deuxième degré, le juge d'extradition a conclu que le mot « meurtre » utilisé par le ministre dans l'AII devait être interprété comme désignant un meurtre au deuxième degré en droit canadien. Les États-Unis ont demandé au juge d'autoriser une modification à l'AII conformément au par. 23(2) de la Loi, de sorte que l'infraction correspondante au Canada soit désignée comme un « meurtre au premier degré », plutôt que comme un « meurtre » tout simplement. Le juge d'extradition a conclu que la préméditation et le propos délibéré étaient des éléments essentiels du meurtre au premier degré au Canada et que le dossier d'extradition ne contenait aucune preuve de ces éléments. Par conséquent, la demande de modification de l'AII a été rejetée. Le juge a toutefois conclu que la preuve était suffisante pour établir à première vue qu'il y avait eu meurtre au deuxième degré. Le juge a ordonné, en vertu de l'art. 71 de la Loi, l'incarcération de M. Fischbacher relativement à l'infraction correspondante au Canada de meurtre au deuxième degré : [2007] O.J. No. 4235 (QL).

[15] La décision du juge d'extradition n'a pas été portée en appel.

[16] Après l'incarcération, il revenait au ministre de déterminer si M. Fischbacher devait être extradé et, dans l'affirmative, pour quelle infraction. En application du par. 43(1) de la Loi, M. Fischbacher

submissions to the Minister on the question of surrender, taking the position that he could be surrendered for the American offence of second degree murder. Mr. Fischbacher supplied the Minister with an opinion from an Arizona lawyer that the element of premeditation necessary to make out first degree murder under Arizona law is akin to the planning and deliberation elements of first degree murder in Canada. Relying on *Reumayr* and *Gorcyca*, Mr. Fischbacher argued that a surrender order for first degree murder would “substantially exceed” the evidence supporting the committal order and was therefore unjust.

[17] On March 17, 2008, the Minister issued an order pursuant to s. 58 of the Act surrendering Mr. Fischbacher for the American offence of first degree murder, as requested by the United States. In his reasons for surrender, the Minister rejected Mr. Fischbacher’s submissions on the basis that the application of foreign law is a matter for the requesting state. The Minister stated that double criminality was established by virtue of Mr. Fischbacher’s committal for second degree murder, and the decision of the extradition judge did not preclude the Minister’s discretion to order surrender for the requested offence of first degree murder.

[18] Mr. Fischbacher sought judicial review of the Minister’s surrender order.

3. Judicial Review — Court of Appeal for Ontario

[19] Before the Court of Appeal for Ontario, Mr. Fischbacher acknowledged that the Act affords the Minister a broad discretion on the question of surrender, but pointed out that pursuant to s. 44(1)(a) of the Act, the Minister is obliged to refuse a request to surrender if he is satisfied that “the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances”. Mr. Fischbacher argued that it was unreasonable for the Minister to

a présenté ses observations au ministre concernant son extradition, affirmant qu’il pouvait être extradé pour l’infraction de meurtre au deuxième degré en droit américain. M. Fischbacher a remis au ministre l’opinion d’un avocat de l’Arizona portant que la préméditation nécessaire pour que l’infraction constitue un meurtre au premier degré selon le droit de l’Arizona était semblable aux éléments essentiels de préméditation et de propos délibéré du meurtre au premier degré au Canada. S’appuyant sur les arrêts *Reumayr* et *Gorcyca*, M. Fischbacher a fait valoir qu’un arrêté d’extradition pour meurtre au premier degré viserait une infraction [TRADUCTION] « substantiellement plus grave » que celle étayée par la preuve présentée à l’appui de l’ordonnance d’incarcération et qu’il était donc injuste.

[17] Le 17 mars 2008, le ministre a pris un arrêté conformément à l’art. 58 de la Loi en vue d’extrader M. Fischbacher pour l’infraction de meurtre au premier degré en droit américain, comme le demandaient les États-Unis. Dans ses motifs justifiant l’extradition, le ministre a rejeté les observations de M. Fischbacher parce que l’application du droit étranger relevait de l’État requérant. Le ministre a affirmé que la double incrimination était établie du fait de l’incarcération de M. Fischbacher pour meurtre au deuxième degré, et que la décision du juge d’extradition ne l’empêchait pas d’exercer son pouvoir discrétionnaire d’ordonner l’extradition pour l’infraction invoquée de meurtre au premier degré.

[18] M. Fischbacher a demandé le contrôle judiciaire de l’arrêté d’extradition pris par le ministre.

3. Contrôle judiciaire — Cour d’appel de l’Ontario

[19] Devant la Cour d’appel de l’Ontario, M. Fischbacher a reconnu que la Loi confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire sur la question de l’extradition, mais il a souligné que, suivant l’al. 44(1)(a) de la Loi, le ministre est tenu de refuser l’extradition s’il est convaincu que « l’extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances ». M. Fischbacher a soutenu qu’il était déraisonnable pour le ministre de conclure

conclude that it was not unjust to surrender him for first degree murder. The Minister's exercise of discretion was alleged to be unjust because the extradition judge determined that there was no evidence of planning and deliberation sufficient to satisfy all the elements of first degree murder. Mr. Fischbacher asked the court to quash the surrender order.

[20] The Court of Appeal agreed. Doherty J.A., writing for a unanimous court, found that Mr. Fischbacher's attack on the reasonableness of the Minister's decision did not engage the double criminality principle (para. 16) and was based "exclusively on what the case law describes as a 'misalignment' between the offence for which the Minister ordered the applicant surrendered and evidence adduced at the committal proceedings" (para. 21). Citing as authority for this "misalignment" rule the appellate cases of *Reumayr*, *Gorcyca*, *Saad* and *Kissel*, Doherty J.A. concluded that "differences between the offence in the surrender order and the offence for which the fugitive was committed will render the surrender order unreasonable only in limited circumstances" (para. 25). He defined these "limited circumstances" as those where no evidence of an essential element of the foreign charge is led at the committal hearing. To order the surrender of a person sought on a foreign charge in support of which there was no evidence before the extradition judge was deemed an unreasonable exercise of the Minister's discretion.

[21] In light of the principles drawn from the "misalignment" jurisprudence, Doherty J.A. was of the view that, given the conclusion of the committal judge that there was no evidence to support a finding of premeditation (which he implicitly accepted as equivalent to planning and deliberation in Canadian law), the Minister's decision to surrender Mr. Fischbacher on the charge of first degree murder was "presumptively unreasonable, unless there is some adequate explanation from the Minister" (para. 33). The surrender order was

qu'il n'était pas injuste de l'extrader pour meurtre au premier degré. Ainsi, la décision discrétionnaire du ministre serait injuste parce que le juge d'extradition a conclu à l'absence d'une preuve suffisante de préméditation et de propos délibéré pour établir tous les éléments du meurtre au premier degré. M. Fischbacher a demandé à la cour d'annuler l'arrêt d'extradition.

[20] La Cour d'appel lui a donné raison. Le juge Doherty, dans un jugement unanime, a conclu que la contestation de la raisonabilité de la décision du ministre par M. Fischbacher ne faisait pas intervenir le principe de la double incrimination (par. 16) et était fondée [TRADUCTION] « exclusivement sur ce que la jurisprudence appelle une "discordance" entre l'infraction pour laquelle le ministre a ordonné l'extradition du requérant et la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération » (par. 21). Citant les décisions d'appel *Reumayr*, *Gorcyca*, *Saad* et *Kissel* à l'appui de cette règle de la « discordance », le juge Doherty a conclu que les [TRADUCTION] « différences entre l'infraction indiquée dans l'arrêt d'extradition et l'infraction pour laquelle le fugitif a été incarcéré ne rendront l'arrêt d'extradition déraisonnable que dans des circonstances limitées » (par. 25). Selon lui, ces « circonstances limitées » sont celles où aucune preuve sur un élément essentiel de l'accusation portée à l'étranger n'est produite à l'audience relative à l'incarcération. Il estimait que le ministre, en ordonnant l'extradition d'un intéressé relativement à une accusation portée à l'étranger qui n'était étayée par aucun élément de preuve devant le juge d'extradition, avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable.

[21] Selon les principes qui se dégagent de la jurisprudence sur la « discordance », le juge Doherty était d'avis que, vu la conclusion du juge d'incarcération qu'aucune preuve ne permettait de conclure à la préméditation (dont il a implicitement reconnu l'équivalence avec les notions de préméditation et de propos délibéré en droit canadien), la décision du ministre d'extrader M. Fischbacher relativement à l'accusation de meurtre au premier degré était [TRADUCTION] « *a priori* déraisonnable, à moins que le ministre ne l'explique convenablement »

quashed and the matter remitted to the Minister for reconsideration.

[22] For the reasons that follow, it is my respectful view that the Court of Appeal erred in applying the “misalignment” test to conclude that it was unreasonable for the Minister to have surrendered Mr. Fischbacher for the requested offence of first degree murder.

4. Analysis

[23] Extradition from Canada is generally said to have two stages: one judicial and one executive: *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 21. This case concerns the executive’s role, which bookends the judicial phase, as the Minister holds a discretionary power at the outset and the close of the extradition process.

[24] The issue in this appeal is whether, in exercising his discretion under the Act to order the surrender of a person sought at the final stage of the extradition process, the Minister is required to ensure “alignment” between the foreign offence upon which surrender is ordered and the evidence adduced at the extradition hearing. In order to properly assess the scope of the Minister’s discretion, it will be useful to review all the stages of Canada’s extradition procedure prior to addressing the specific issue raised by this appeal.

[25] Canada’s international obligation to surrender fugitives from justice to other states is a product of numerous treaties concluded with various extradition partners, including the *Treaty* between Canada and the United States, relevant to the present appeal. The *Extradition Act* implements Canada’s extradition treaties into domestic law so that, from a domestic standpoint, extradition is entirely “a creature of statute”: *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475, at p. 508. Accordingly, the Minister’s role and breadth of his discretion can only be understood with reference to the legislative scheme established by the Act. I begin with some brief comments about

(par. 33). L’arrêté d’extradition a été annulé et l’affaire renvoyée au ministre pour qu’il procède à un nouvel examen.

[22] Pour les motifs exposés ci-après, j’estime avec égards que la Cour d’appel a commis une erreur en appliquant le critère de la « discordance » pour conclure qu’il était déraisonnable de la part du ministre d’extrader M. Fischbacher pour l’infraction invoquée de meurtre au premier degré.

4. Analyse

[23] L’extradition du Canada comporte généralement deux étapes : l’une relevant du judiciaire, l’autre de l’exécutif : *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 21. Le pourvoi porte sur le rôle de l’exécutif avant et après l’étape judiciaire, le ministre étant investi d’un pouvoir discrétionnaire qu’il exerce au début et à la fin de la procédure d’extradition.

[24] Il s’agit en l’espèce de déterminer si, en exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi d’ordonner l’extradition d’un intéressé à l’étape finale de la procédure d’extradition, le ministre doit s’assurer de la « concordance » entre l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition est ordonnée et la preuve présentée à l’audience d’extradition. Pour évaluer correctement la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre, il convient d’examiner toutes les étapes de la procédure d’extradition du Canada avant d’étudier la question particulière soulevée dans le pourvoi.

[25] L’obligation internationale du Canada de remettre aux autres États les fugitifs qui se soustraient à la justice résulte de nombreux traités d’extradition conclus avec divers partenaires, notamment le *Traité* entre le Canada et les États-Unis qui est applicable en l’espèce. La *Loi sur l’extradition* met en œuvre les traités d’extradition du Canada pour qu’ils s’appliquent en droit canadien, de sorte que, du point de vue du droit interne, l’extradition est entièrement « créée par la loi » : *McVey (Re)*, [1992] 3 R.C.S. 475, p. 508. Par conséquent, on ne peut comprendre le rôle du ministre et l’étendue de son pouvoir discrétionnaire qu’en fonction

double criminality, a fundamental principle of the extradition process codified by the Act.

[26] Double criminality requires that the conduct forming the basis of the extradition request be criminal under the law of both the requesting and the requested countries. The purpose of double criminality is to safeguard the liberty of an individual whose extradition is sought by ensuring that he or she is not surrendered to face prosecution in another country for conduct that would not amount to a criminal offence in the country of refuge. This principle is internationally recognized as central to extradition law. Double criminality is a clause in all of Canada's extradition treaties (see, e.g., Articles 2 and 10 of the *Treaty*) and is codified in s. 3(1) of the Act:

3. (1) [General principle] A person may be extradited from Canada in accordance with this Act and a relevant extradition agreement on the request of an extradition partner for the purpose of prosecuting the person or imposing a sentence on — or enforcing a sentence imposed on — the person if

(a) subject to a relevant extradition agreement, the offence in respect of which the extradition is requested is punishable by the extradition partner, by imprisoning or otherwise depriving the person of their liberty for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment; and

(b) the conduct of the person, had it occurred in Canada, would have constituted an offence that is punishable in Canada,

(i) in the case of a request based on a specific agreement, by imprisonment for a maximum term of five years or more, or by a more severe punishment, and

(ii) in any other case, by imprisonment for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment, subject to a relevant extradition agreement.

[27] As the term implies, double criminality has two components, one foreign and one domestic. Section 3(1)(a) codifies the foreign aspect of

du régime législatif établi par la Loi. Je ferai tout d'abord certains commentaires au sujet de la double incrimination, un principe fondamental de la procédure d'extradition codifié par la Loi.

[26] La double incrimination exige que la conduite sur laquelle repose la demande d'extradition soit criminelle à la fois selon le droit de l'État requérant et selon celui de l'État requis. Le principe de la double incrimination vise à protéger la liberté de l'intéressé en empêchant qu'il soit extradé vers un autre État pour y être traduit en justice pour des actes qui ne constitueraient pas une infraction criminelle dans son pays d'accueil. Ce principe est reconnu à l'échelle internationale comme essentiel en droit de l'extradition. Le principe de la double incrimination est prévu dans tous les traités d'extradition du Canada (voir, p. ex., les art. 2 et 10 du *Traité*) et est codifié au par. 3(1) de la Loi :

3. (1) [Principe général] Toute personne peut être extradée du Canada, en conformité avec la présente loi et tout accord applicable, à la demande d'un partenaire pour subir son procès dans le ressort de celui-ci, se faire infliger une peine ou y purger une peine si :

a) d'une part, l'infraction mentionnée dans la demande est, aux termes du droit applicable par le partenaire, sanctionnée, sous réserve de l'accord applicable, par une peine d'emprisonnement ou une autre forme de privation de liberté d'une durée maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère;

b) d'autre part, l'ensemble de ses actes aurait constitué, s'ils avaient été commis au Canada, une infraction sanctionnée aux termes du droit canadien :

(i) dans le cas où un accord spécifique est applicable, par une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou plus ou par une peine plus sévère,

(ii) dans le cas contraire, sous réserve de l'accord applicable, par une peine d'emprisonnement maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère.

[27] Comme l'expression l'indique, la double incrimination comporte deux volets, l'un étranger et l'autre interne. L'alinéa 3(1)a), codifie le volet

double criminality by requiring that the offence upon which extradition is requested be criminal in the requesting state and carry the specified penalty. Paragraph (b) of s. 3(1) describes the domestic aspect of double criminality, which requires that the conduct underlying the foreign offence amount to a criminal offence under Canadian law with the specified penalty. Both elements must be satisfied before double criminality is made out.

[28] In theory, double criminality may be satisfied on one of two possible approaches: a conduct-based or an offence-based test. In *Norris v. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103, the House of Lords considered these methodologies for interpreting extradition legislation (at para. 65):

[I]t is useful to stand back from the detail and recognise the essential choice that the legislature makes in deciding just what the double criminality principle requires. It is possible to define the crimes for which extradition is to be sought and ordered (extradition crimes) in terms either of conduct or of the elements of the foreign offence. That is the fundamental choice. The court can be required to make the comparison and to look for the necessary correspondence either between the offence abroad (for which the accused's extradition is sought) and an offence here, or between the conduct alleged against the accused abroad and an offence here. For convenience these may be called respectively the offence test and the conduct test. It need hardly be pointed out that if the offence test is adopted the requested state will invariably have to examine the legal ingredients of the foreign offence to ensure that there is no mismatch between it and the supposedly corresponding domestic offence.

[29] Consistent with the vast majority of international practice, Canada has adopted the conduct-based approach to determining double criminality, codified in s. 3(2) of the Act:

(2) [Conduct determinative] For greater certainty, it is not relevant whether the conduct referred to in

étranger de la double incrimination en exigeant que l'infraction à l'origine de la demande d'extradition soit de nature criminelle dans l'État requérant et emporte la peine qui y est précisée. L'alinéa 3(1)b) décrit le volet interne de la double incrimination, selon lequel les actes constituant l'infraction punissable à l'étranger doivent correspondre à une infraction criminelle en droit canadien, sanctionnée par la peine qui y est précisée. Pour respecter le principe de la double incrimination, il faut satisfaire à ces deux volets.

[28] En théorie, la double incrimination peut être établie soit en fonction de la conduite, soit en fonction de l'infraction. Dans *Norris c. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103, la Chambre des lords a examiné ces méthodes d'interprétation de la législation en matière d'extradition (par. 65) :

[TRADUCTION] [I]l convient de se détacher des détails et de reconnaître le choix essentiel que fait le législateur lorsqu'il détermine les exigences du principe de la double incrimination. Il est possible de définir les crimes pour lesquels l'extradition est demandée et ordonnée (crimes donnant lieu à l'extradition) en fonction soit de la conduite, soit des éléments de l'infraction punissable à l'étranger. C'est là le choix fondamental. La cour peut être tenue de procéder à une comparaison et d'analyser la concordance nécessaire entre l'infraction punissable à l'étranger (pour laquelle l'extradition de l'accusé est demandée) et une infraction qui existe ici, ou entre la conduite reprochée à l'accusé à l'étranger et une infraction qui existe ici. Par souci de commodité, on peut parler respectivement du test fondé sur l'infraction et du test fondé sur la conduite. Il va sans dire que le choix du test fondé sur l'infraction obligera inmanquablement l'État requis à examiner les éléments juridiques de l'infraction punissable à l'étranger pour s'assurer qu'il n'y a pas de discordance entre elle et l'infraction censément correspondante dans notre pays.

[29] Suivant la pratique de loin la plus courante à l'échelle internationale, le Canada a adopté l'approche fondée sur la conduite pour établir la double incrimination, codifiée au par. 3(2) de la Loi :

(2) [Primauté des faits sur les appellations] Il est entendu que la concordance entre l'appellation

subsection (1) is named, defined or characterized by the extradition partner in the same way as it is in Canada.

As a result, it is not necessary that the Canadian offence described in the ATP or the committal order “match” the foreign offence for which the person is sought or surrendered in name or in terms of its constituent elements; it is “the essence of the offence” that is important on the conduct-based approach: A. W. La Forest, *La Forest’s Extradition to and from Canada* (3rd ed. 1991), at p. 69.

[30] The extradition process begins when a request for extradition from Canada is made to the Minister in accordance with Article 9 of the *Treaty*. The Minister decides whether to authorize the request to proceed to a committal hearing in accordance with s. 15(1) of the Act, which sets out the Minister’s power as follows:

15. (1) The Minister may, after receiving a request for extradition and being satisfied that the conditions set out in paragraph 3(1)(a) and subsection 3(3) are met in respect of one or more offences mentioned in the request, issue an authority to proceed that authorizes the Attorney General to seek, on behalf of the extradition partner, an order of a court for the committal of the person under section 29.

In making the determination required by ss. 15(1) and 3(1)(a) of the Act, the Minister will necessarily consider the law of the foreign state, which is provided as part of the extradition request under Article 9 of the *Treaty*. The Minister must satisfy himself that the alleged conduct described in the extradition request is criminal in the foreign jurisdiction, and that the associated penalty meets the threshold established by s. 3(1)(a), or the relevant treaty, where applicable. In other words, the Minister must determine, in accordance with s. 3(1)(a), whether the foreign component of double criminality is satisfied. If so, he will issue an ATP pursuant to s. 15.

[31] An ATP permits the Attorney General, acting on behalf of the extradition partner, to initiate

juridique, la désignation, la classification ou la définition donnée à l’ensemble des actes de l’intéressé par le droit canadien et celle donnée par le droit applicable par le partenaire n’est pas prise en compte.

Par conséquent, il n’est pas nécessaire que l’infraction canadienne indiquée dans l’AII ou dans l’ordonnance d’incarcération « corresponde » à l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition est demandée ou ordonnée, que ce soit par son appellation ou par ses éléments constitutifs; c’est [TRADUCTION] « l’essence même de l’infraction » qui importe selon l’approche fondée sur la conduite : A. W. La Forest, *La Forest’s Extradition to and from Canada* (3^e éd. 1991), p. 69.

[30] La procédure d’extradition débute lorsqu’une demande d’extradition du Canada est présentée au ministre conformément à l’art. 9 du *Traité*. Le ministre décide s’il convient d’autoriser la tenue d’une audience relative à l’incarcération conformément au par. 15(1) de la Loi, qui énonce ainsi le pouvoir du ministre :

15. (1) Le ministre peut, après réception de la demande d’extradition, s’il est convaincu qu’au moins une infraction satisfait aux conditions prévues à l’alinéa 3(1)a) et au paragraphe 3(3), prendre un arrêté introductif d’instance autorisant le procureur général à demander au tribunal, au nom du partenaire, la délivrance de l’ordonnance d’incarcération prévue à l’article 29.

Lorsqu’il rend la décision requise par le par. 15(1) et l’al. 3(1)a) de la Loi, le ministre doit nécessairement examiner le droit de l’État étranger, en se référant aux dispositions législatives qui accompagnent la demande d’extradition conformément à l’art. 9 du *Traité*. Le ministre doit être convaincu que la conduite décrite dans la demande d’extradition est criminelle dans le ressort étranger et qu’elle est sanctionnée par une peine qui répond aux exigences établies à l’al. 3(1)a) ou au traité applicable, le cas échéant. Autrement dit, le ministre doit déterminer, conformément à l’al. 3(1)a), si le volet étranger de la double incrimination est respecté. Dans l’affirmative, il prend un AII au titre de l’art. 15.

[31] L’AII permet au procureur général, agissant au nom du partenaire, d’entamer une procédure

extradition proceedings before a superior court judge, called the extradition or committal judge in this context, to seek an order for the committal of the person sought. Section 15(3) of the Act provides that an ATP must contain three elements:

- (3) The authority to proceed must contain
 - (a) the name or description of the person whose extradition is sought;
 - (b) the name of the extradition partner; and
 - (c) the name of the offence or offences under Canadian law that correspond to the alleged conduct of the person or the conduct in respect of which the person was convicted, as long as one of the offences would be punishable in accordance with paragraph 3(1)(b).

[32] An ATP is akin to an information or indictment in a domestic prosecution in that the corresponding Canadian offence or offences listed in an ATP provide the focus of the determination to be made at the judicial stage. Accordingly, care must be taken to ensure that an ATP accurately identifies the Canadian offence that most closely resembles the alleged conduct underlying the foreign offence. This will necessarily require the Minister, in drafting the ATP, to undertake some limited interpretation of the domestic law.

[33] If an ATP does not identify the most appropriate Canadian offence, s. 23(2) of the Act authorizes a committal judge, upon application by the Attorney General, to amend an ATP to accord with the evidence produced by the requesting state in the course of the extradition hearing.

[34] With an ATP in hand, counsel for the Attorney General may then proceed to bring the matter before an extradition judge who conducts an extradition hearing in accordance with the Act.

[35] The function of an extradition hearing is to determine whether the domestic component of double criminality is met, as required by s. 3(1)(b) of the Act. The Act clearly establishes that the province of the extradition judge is limited to consideration of *only* the domestic side of this issue, as

d'extradition devant un juge d'une cour supérieure, appelé juge d'extradition ou juge d'incarcération dans le présent contexte, pour demander que soit rendue une ordonnance d'incarcération de l'intéressé. Le paragraphe 15(3) de la Loi prévoit qu'un AII doit comporter trois éléments :

- (3) L'arrêté comporte les éléments suivants :
 - a) le nom ou [la] description de l'intéressé;
 - b) le nom du partenaire;
 - c) la désignation des infractions qui, du point de vue du droit canadien, correspondent à l'ensemble des actes reprochés à l'intéressé ou pour lesquels il a été condamné et dont au moins l'une d'entre elles serait sanctionnée de la façon prévue à l'alinéa 3(1)b).

[32] L'AII s'apparente à la dénonciation ou à l'acte d'accusation dans une poursuite intentée au pays, car les infractions correspondantes au Canada énumérées dans l'AII orientent la décision qui sera prise à l'étape judiciaire. Ainsi, il faut veiller à indiquer avec exactitude, dans l'AII, l'infraction correspondante au Canada qui ressemble le plus à la conduite reprochée constituant une infraction punissable à l'étranger. Par conséquent, lorsqu'il rédigera l'AII, le ministre devra nécessairement interpréter le droit interne, dans une certaine mesure.

[33] Si le choix de l'infraction correspondante indiquée dans l'AII n'est pas le plus judicieux, le par. 23(2) de la Loi autorise le juge d'incarcération, sur demande du procureur général, à modifier l'AII pour qu'il concorde avec la preuve présentée par l'État requérant lors de l'audience d'extradition.

[34] Muni d'un AII, l'avocat du procureur général peut ensuite soumettre l'affaire au juge d'extradition qui entend la demande d'extradition conformément à la Loi.

[35] L'audition de la demande d'extradition vise à déterminer si le volet interne de la double incrimination est respecté, comme l'exige l'al. 3(1)b) de la Loi. La Loi établit clairement que la compétence du juge d'extradition se limite à examiner *seulement* le volet interne de la question, puisque

the Minister has already established that the foreign component of double criminality is satisfied. Accordingly, the role of the extradition judge does not include any review of the foreign law. Section 29 delineates the judge's role as follows:

29. (1) [Order of committal] A judge shall order the committal of the person into custody to await surrender if

(a) in the case of a person sought for prosecution, there is evidence admissible under this Act of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada on the offence set out in the authority to proceed and the judge is satisfied that the person is the person sought by the extradition partner;

The judge must consider the evidence in light of Canadian law and determine whether it reveals conduct that would justify committal for the crime listed in the ATP if it had occurred in Canada. In *McVey*, at pp. 527-28, La Forest J. explained the role of the extradition judge as follows:

The trial judge in the United States, of course, deals with the offence under the law of that country. The identity of that offence can be determined by reference to the text of that law supplied with the requisition. The extradition judge in Canada, on the other hand, is concerned with whether the underlying facts of the charge would, prima facie, have constituted a crime . . . if they had occurred in Canada. That is what is meant by saying that double criminality is conduct based. The courts of both countries deal with the offence under their own law, the law in which they are versed, but each must ascertain whether under that law the facts support the charge. [Emphasis added.]

If the extradition judge concludes that the impugned conduct would amount to a criminal offence in Canadian law, the domestic component of double criminality is satisfied and the person sought must be committed for extradition.

[36] Following committal, the matter reverts to the Minister who reviews the case in its entirety to determine whether to order the individual's surrender and, if so, on what basis. This requires the Minister to determine whether it is politically appropriate and not fundamentally unjust for Canada to

le ministre a déjà établi que le volet étranger de la double incrimination est respecté. Par conséquent, le rôle du juge d'extradition n'inclut aucun examen du droit étranger. L'article 29 décrit son rôle comme suit :

29. (1) [Ordonnance d'incarcération] Le juge ordonne dans les cas suivants l'incarcération de l'intéressé jusqu'à sa remise :

a) si la personne est recherchée pour subir son procès, la preuve — admissible en vertu de la présente loi — des actes justifierait, s'ils avaient été commis au Canada, son renvoi à procès au Canada relativement à l'infraction mentionnée dans l'arrêté introductif d'instance et le juge est convaincu que la personne qui comparait est celle qui est recherchée par le partenaire;

Le juge doit examiner la preuve à la lumière du droit canadien et déterminer si elle révèle des actes qui justifieraient le renvoi à procès pour le crime indiqué dans l'AI s'ils avaient été commis au Canada. Voici comment le juge La Forest a expliqué le rôle du juge d'extradition dans *McVey*, p. 527-528 :

Évidemment, le juge de première instance aux États-Unis traite l'infraction selon le droit de ce pays. L'identité de cette infraction peut être déterminée par renvoi au texte de la loi qui accompagne la demande. Par ailleurs, au Canada, le juge d'extradition doit examiner si les faits sous-jacents de l'accusation constitueraient, à première vue, un crime [. . .] s'ils s'étaient produits au Canada. C'est ce que signifie l'affirmation que la double criminalité est fondée sur la conduite. Les tribunaux des deux pays traitent des infractions selon leur propre droit, celui qu'ils connaissent, mais chacun doit vérifier si aux termes de ce droit les faits appuient l'accusation. [Je souligne.]

Si le juge d'extradition conclut que la conduite reprochée équivaudrait à une infraction criminelle sous le régime du droit canadien, le volet interne de la double incrimination est respecté et l'intéressé doit être incarcéré en vue de son extradition.

[36] Après l'incarcération, l'affaire est renvoyée au ministre, qui révisé le dossier en entier pour décider s'il ordonnera l'extradition de l'intéressé et, dans l'affirmative, sur quelle base. Dans le cadre de cet examen, le ministre doit déterminer s'il est approprié, sur le plan politique, et non fondamentalement

extradite the person sought. Section 40(1) of the Act sets out the Minister's general power on the question of surrender:

40. (1) The Minister may, within a period of 90 days after the date of a person's committal to await surrender, personally order that the person be surrendered to the extradition partner.

The Minister's power to order or refuse surrender is subject to the provisions of the *Treaty* and the Act, and must be exercised in accordance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[37] Under the Act, the Minister's decision on surrender is contained by a series of mandatory and discretionary "Reasons for Refusal" set out in ss. 44, 46 and 47. Relevant for the purposes of the present appeal is the broad power of refusal found in s. 44(1)(a):

44. (1) The Minister shall refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that

(a) the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances;

Given the mandatory nature of s. 44(1)(a), the "Minister must consider all relevant circumstances, singly and in combination, to determine whether surrender would be unjust or oppressive": *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.), at para. 45. Whether the Minister is "satisfied" that surrender would be unjust or oppressive in a given set of circumstances, however, is entirely a matter of his discretion.

[38] Reaching a conclusion on surrender requires the Minister to undertake a balancing of all the relevant circumstances, weighing factors that militate in favour of surrender against those that counsel against. The circumstances that will be "relevant" to a surrender decision will vary depending on the facts and context of each case. Some of these factors may include: any representations made by the person sought on the question of surrender in accordance with s. 43(1) of the Act, the conduct of the proceedings in the requesting country before and after the request for extradition, the potential

injuste, pour le Canada, d'extrader l'intéressé. Le paragraphe 40(1) de la Loi énonce le pouvoir général du ministre sur la question de l'extradition :

40. (1) Dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'ordonnance d'incarcération, le ministre peut, par un arrêté signé de sa main, ordonner l'extradition vers le partenaire.

Le pouvoir du ministre d'ordonner ou de refuser l'extradition est assujéti aux dispositions du *Traité* et de la Loi, et doit être exercé conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[37] Selon la Loi, la décision du ministre sur l'extradition est limitée par une série de « motifs de refus » obligatoires et discrétionnaires prévus aux art. 44, 46 et 47. Le pouvoir général de refuser prévu à l'al. 44(1)a) présente un intérêt en l'espèce :

44. (1) Le ministre refuse l'extradition s'il est convaincu que :

a) soit l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances;

Vu le caractère obligatoire de l'al. 44(1)a), le [TRADUCTION] « ministre doit examiner toutes les circonstances, individuellement et collectivement, pour déterminer si l'extradition serait injuste ou tyrannique » : *United States of America c. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.), par. 45. Toutefois, la question de savoir si le ministre est « convaincu » que l'extradition serait injuste ou tyrannique dans des circonstances données relève entièrement de son pouvoir discrétionnaire.

[38] Pour prendre une décision sur la question de l'extradition, le ministre doit apprécier toutes les circonstances pertinentes, en mettant en balance les facteurs qui militent en faveur de l'extradition avec ceux qui y sont défavorables. Les circonstances pertinentes varieront en fonction des faits et du contexte de chaque affaire. Parmi ces facteurs, on retrouve notamment les observations présentées par l'intéressé sur son extradition conformément au par. 43(1) de la Loi, le déroulement de l'instance dans l'État requérant avant et après la demande d'extradition, la peine dont l'intéressé est passible

punishment facing the individual if surrendered, humanitarian issues relating to the personal circumstances of the individual, the timeliness and manner of prosecuting the extradition proceedings in Canada, the need to respect the constitutional rights of the person sought and Canada's international obligations under the *Treaty* and as a responsible member of the international community: see *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, at para. 54, and *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587, at para. 34.

[39] In carrying out the analysis under s. 44(1)(a) of the Act, the “relevant circumstances” may also include an alleged breach of the rights of the person sought under the *Charter*. As La Forest J. wrote in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 522, “in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender . . . may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances”. The Court elaborated on this test in *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, stating, at para. 68: “The rule is not that departures from fundamental justice are to be tolerated unless in a particular case it shocks the conscience. An extradition that violates the principles of fundamental justice will always shock the conscience.” (Emphasis deleted.) In turn, as recognized by this Court in *Lake*, at para. 24, where surrender is found to be contrary to the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*, it will also be unjust and oppressive under s. 44(1)(a), and the Minister must refuse surrender. In this case, Mr. Fischbacher does not contend that the decision to extradite him on a charge of first degree murder violates the *Charter*. Thus a detailed discussion of the relationship between s. 44(1)(a) of the Act and the *Charter* is beyond the scope of this appeal. However, it is worth emphasizing that s. 44(1)(a) entitles the Minister to refuse surrender even where no *Charter* breach is alleged or where an alleged breach is not established. Where a surrender is constitutional, the Minister retains “a residual discretion to refuse surrender as being unjust or oppressive in view of the totality of the relevant circumstances, including, but not limited to, the circumstances alleged to make surrender

s’il est extradé, les questions d’ordre humanitaire liées à la situation personnelle de l’intéressé, le moment et les modalités de la présentation de la demande d’extradition au Canada, la nécessité de respecter les droits constitutionnels de l’intéressé et les obligations internationales du Canada en vertu du *Traité* et à titre de membre responsable de la communauté internationale : voir *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, par. 54, et *États-Unis d’Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587, par. 34.

[39] Les circonstances pertinentes dans l’analyse fondée sur l’al. 44(1)a) de la Loi peuvent aussi inclure une violation alléguée des droits que la *Charte* garantit à l’intéressé. Pour reprendre les propos du juge La Forest dans *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, à la p. 522, « dans certaines situations le traitement que l’État étranger réservera au fugitif extradé [. . .] peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances ». La Cour a raffiné ce test dans *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, en précisant, au par. 68 : « La règle ne dit pas que les dérogations aux principes de justice fondamentale doivent être tolérées à moins que, dans un cas donné, la dérogation ne choque la conscience. Une extradition qui viole les principes de justice fondamentale choquera toujours la conscience. » (Soulignement omis.) Comme notre Cour l’a reconnu dans *Lake*, au par. 24, l’extradition jugée contraire aux principes de justice fondamentale garantis par l’art. 7 de la *Charte* sera aussi injuste et tyrannique au sens de l’al. 44(1)a), et le ministre doit la refuser. En l’espèce, M. Fischbacher ne prétend pas que la décision de l’extrader relativement à une accusation de meurtre au premier degré contrevient à la *Charte*. Par conséquent, l’analyse détaillée du lien entre l’al. 44(1)a) de la Loi et la *Charte* dépasse le cadre du présent pourvoi. Il importe toutefois de souligner que l’al. 44(1)a) autorise le ministre à refuser l’extradition même lorsqu’aucune violation de la *Charte* n’est invoquée ou lorsqu’une violation alléguée n’est pas établie. Lorsque l’extradition est constitutionnelle, le ministre conserve son [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser l’extradition parce qu’elle serait injuste ou tyrannique

inconsistent with the principles of the *Charter*”: *Bonamie*, at para. 47.

[40] If the Minister decides not to surrender the person sought, he must order a discharge in accordance with s. 48(1) of the Act. If surrender is deemed appropriate in the circumstances, the contents of the Minister’s surrender order must conform with s. 58 of the Act. Under s. 58(b), the Minister’s order must specify the offence or conduct for which the person is surrendered in one of three ways:

58. An order of surrender must

. . . .

(b) describe the offence in respect of which the extradition is requested, the offence for which the committal was ordered or the conduct for which the person is to be surrendered;

[41] Nothing in s. 58(b) requires that the Minister match or “align” the surrender offence with that listed in the ATP or the committal order, nor with the evidence adduced at the hearing. In fact, quite the contrary: s. 58(b) provides the Minister with flexibility in crafting an order of surrender, and clearly contemplates that the wording of the surrender order may differ from that of the ATP and the order of committal: see, e.g., *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at para. 40.

[42] In the present appeal, the Minister ordered Mr. Fischbacher’s surrender for the American offence of first degree murder, describing the “offence in respect of which the extradition [was] requested” under s. 58(b) of the Act. Mr. Fischbacher submits that the Minister erred in failing to find that a surrender order for first degree murder would be unjust or oppressive under s. 44(1)(a). The alleged injustice results solely from the Minister’s failure to apply the so-called “misalignment” test.

compte tenu de l’ensemble des circonstances pertinentes et notamment, mais non exclusivement, de celles qui la rendraient incompatible avec les principes de la *Charte* » : *Bonamie*, par. 47.

[40] Si le ministre décide de ne pas extraditer un intéressé, il ordonne sa libération conformément au par. 48(1) de la Loi. S’il juge qu’il doit l’extraditer compte tenu des circonstances, la teneur de l’arrêté d’extradition devra être conforme à l’art. 58 de la Loi. Suivant l’al. 58b), le ministre peut procéder de trois façons pour préciser dans son arrêté l’infraction ou les actes pour lesquels l’intéressé sera extradé :

58. L’arrêté d’extradition énonce les points suivants :

. . . .

b) soit la désignation de l’infraction à l’origine de la demande d’extradition ou figurant à l’ordonnance d’incarcération, soit les actes ayant donné lieu à l’extradition;

[41] L’alinéa 58b) n’oblige pas le ministre à assurer la correspondance ou la « concordance » entre, d’une part, l’infraction visée par l’extradition et, d’autre part, celle indiquée dans l’AII ou dans l’ordonnance d’incarcération, ou la preuve présentée à l’audience. En fait, c’est plutôt le contraire : l’al. 58b) offre au ministre une certaine latitude dans la rédaction de l’arrêté d’extradition et prévoit clairement que le libellé de l’arrêté d’extradition peut être différent de celui de l’AII et de l’ordonnance d’incarcération : voir, p. ex., *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), par. 40.

[42] En l’espèce, le ministre a ordonné l’extradition de M. Fischbacher relativement à l’infraction punissable aux États-Unis de meurtre au premier degré, c’est-à-dire « l’infraction à l’origine de la demande d’extradition », conformément à l’al. 58b) de la Loi. M. Fischbacher prétend que le ministre a commis une erreur en ne concluant pas qu’un arrêté d’extradition pour meurtre au premier degré serait injuste ou tyrannique au sens de l’al. 44(1)a). L’injustice découlerait uniquement du défaut du ministre d’appliquer le critère dit de la « discordance ».

[43] Conceived of in the 2003 decision of the British Columbia Court of Appeal in *Reumayr*, the “misalignment” or “substantially exceeds” test has been relied upon by appellate courts in British Columbia and Ontario to conclude that the Minister must ensure that the foreign evidence satisfies the elements of the foreign charge before he can surrender the person sought for the requested offence.

[44] In *Reumayr* (2003), the Minister ordered the surrender of the person sought on the basis of the foreign offences for which extradition was requested, including the American offence of “attempting to bomb the Trans-Alaska Pipeline by means of explosive devices”. The British Columbia Court of Appeal considered the discrepancy between the committal order, which reflected “the conclusion that the facts alleged did not extend beyond preparation to an attempt under Canadian law”, and the Minister’s surrender order (para. 39). In allowing the application for judicial review and remitting the matter back to the Minister, Mackenzie J.A. set out what has come to be known in British Columbia as the “substantially exceeds” test (at para. 42):

In my view, the statutory scheme does not authorize extradition for offences that substantively exceed the offences that are supported in the committal proceedings. It would defeat the purpose of the committal hearing if the Minister’s discretion extended to surrender for offences substantively beyond those supported by evidence at the committal hearing. [Emphasis added.]

[45] The Minister reconsidered the surrender order as directed by the court and issued a second surrender order in 2004. *Reumayr* again sought judicial review. In *Canada (Minister of Justice) v. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1, the British Columbia Court of Appeal did not reference or apply the “substantially exceeds” test formulated in the 2003 case, instead employing the conduct-based test for double criminality to find

[43] Les juridictions d’appel de la Colombie-Britannique et de l’Ontario se sont appuyées sur le critère de la « discordance » ou de l’infraction « substantiellement plus grave » — établi par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Reumayr* rendu en 2003 — pour conclure que le ministre doit s’assurer que la preuve étrangère satisfait aux éléments de l’accusation punissable à l’étranger avant de pouvoir extraditer un intéressé relativement à l’infraction invoquée.

[44] Dans l’affaire *Reumayr* (2003), le ministre avait ordonné l’extradition de l’intéressé sur le fondement des infractions punissables à l’étranger indiquées dans la demande d’extradition, dont l’infraction de [TRADUCTION] « tentative d’attentat à la bombe contre le pipeline Trans-Alaska au moyen de dispositifs explosifs ». La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a examiné la divergence entre l’ordonnance d’incarcération, qui reflétait [TRADUCTION] « la conclusion que les faits reprochés n’allaient pas au-delà de la préparation d’une tentative au sens du droit canadien », et l’arrêté d’extradition du ministre (par. 39). En accueillant la demande de contrôle judiciaire et en renvoyant l’affaire au ministre, le juge Mackenzie a énoncé le critère de l’infraction « substantiellement plus grave » tel qu’il est maintenant connu en Colombie-Britannique (par. 42) :

[TRADUCTION] À mon avis, le régime législatif n’autorise pas l’extradition pour des infractions qui sont substantiellement plus graves que celles qui sont étayées dans le cadre de la procédure d’incarcération. Il serait contraire à l’objet de l’audience relative à l’incarcération que le pouvoir discrétionnaire du ministre lui permette d’ordonner l’extradition pour des infractions substantiellement plus graves que celles étayées par les éléments de preuve présentés à l’audience. [Je souligne.]

[45] Le ministre a réexaminé l’arrêté d’extradition comme l’avait exigé la cour et a pris un deuxième arrêté d’extradition en 2004. Là encore, M. *Reumayr* a demandé le contrôle judiciaire. Dans *Canada (Minister of Justice) c. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’a pas mentionné ni appliqué le critère de l’infraction « substantiellement plus grave » établi dans la décision de

that although the Canadian and American crimes at issue had different constituent elements, the words of the Act made clear that “as long as the conduct supports a Canadian offence, it does not matter what the offence might be or how the constituent elements are described in Canada. The person is liable to extradition” (para. 150).

[46] Despite the 2005 decision in *Reumayr*, the “substantially exceeds” test from *Reumayr* (2003) survived in appellate jurisprudence and became the “misalignment” test in the decision of the Ontario Court of Appeal in *Gorcyca*. There, Gorcyca argued that the principle of double criminality “protects him from extradition to face foreign charges based on conduct that has not been found to warrant committal in Canada for the counterpart Canadian offences” (para. 23). Goudge J.A. first dismissed this argument (at para. 55):

In summary, I would conclude that neither the Act nor the Treaty nor the principle of double criminality require the Minister to ensure the precise alignment of the alleged conduct, the Canadian offence in the committal order and the foreign offence as the appellants contend. The Minister can order surrender in terms of the foreign offence for which extradition is sought if the conduct alleged by the foreign state to be sufficient for the foreign prosecution has been found both admissible under the Act and sufficient, if committed here, to justify committal for a Canadian offence that corresponds to that conduct. That is exactly what happened here. The appellant’s misalignment argument must be dismissed. [Emphasis added.]

[47] In *obiter* statements, however, Goudge J.A. went on to consider a “recast version” of the “misalignment” argument which he found “raises the question of whether there is a misalignment between the evidence in the foreign record and

2003. Elle a plutôt appliqué le critère de la double incrimination fondé sur la conduite pour conclure que, même si les crimes en cause au Canada et aux États-Unis comportaient des éléments constitutifs différents, le libellé de la Loi indiquait clairement que [TRADUCTION] « dans la mesure où la conduite constitue une infraction punissable au Canada, la désignation de l’infraction ou la façon dont les éléments constitutifs sont décrits au Canada importent peu. L’intéressé est passible d’extradition » (par. 150).

[46] Malgré l’arrêt *Reumayr* rendu en 2005, le critère de l’infraction « substantiellement plus grave » établi dans l’arrêt *Reumayr* (2003) a survécu dans les arrêts des cours d’appel et est devenu le critère de la « discordance » dans l’arrêt *Gorcyca* de la Cour d’appel de l’Ontario. Dans cette affaire, M. Gorcyca avait fait valoir que le principe de la double incrimination [TRADUCTION] « le protégé[ait] contre l’extradition pour répondre à des accusations portées à l’étranger relativement à des actes qui ne justifieraient pas son renvoi à procès pour les infractions correspondantes au Canada » (par. 23). Le juge Goudge avait d’abord rejeté cet argument (par. 55) :

[TRADUCTION] En résumé, je conclurais que ni la Loi, ni le Traité, ni le principe de la double incrimination n’obligent le ministre à s’assurer de la concordance précise entre la conduite reprochée, l’infraction punissable au Canada indiquée dans l’ordonnance d’incarcération et l’infraction punissable à l’étranger, comme le prétend l’appellant. Le ministre peut ordonner l’extradition relativement aux infractions punissables à l’étranger visées par la demande d’extradition si les actes que l’État étranger affirme suffisants pour justifier une poursuite à l’étranger ont été jugés admissibles selon la Loi et suffisants, s’ils avaient été commis au Canada, pour justifier le renvoi à procès pour une infraction correspondant à cette conduite en droit canadien. C’est exactement ce qui est arrivé en l’espèce. L’argument de l’appellant fondé sur la discordance doit être rejeté. [Je souligne.]

[47] Toutefois, dans des remarques incidentes, le juge Goudge a ensuite examiné la « version remaniée » de l’argument fondé sur la « discordance » qui, selon lui, [TRADUCTION] « soulève la question de savoir si la discordance entre la preuve

the foreign charges sufficient to justify judicial review of the Minister's decision to order surrender in the terms of those charges" (para. 60). Citing with approval the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Reumayr* (2003), Goudge J.A. stated (at paras. 63-64):

Where the Minister chooses to do this [order surrender in terms of the foreign charges], the complaint that the evidence in the foreign record does not sufficiently support the foreign charges can have only very limited reach, in my view. The Minister is not charged with evaluating that evidence against the counterpart Canadian charges in the Authority To Proceed. Nor is there a requirement that the Canadian charges exactly match the foreign charges, as I have attempted to explain. Moreover, the Act requires that the foreign state certify that the evidence is sufficient to justify prosecution on the foreign charges and the principle of international comity requires that this be respected.

This leaves little scope for the recast misalignment argument. In my view, only where there is an absence of evidence on what would appear to be an essential element of the foreign charge in the surrender order could it be argued that the order is plainly unreasonable or unjust or oppressive, at least without an explanation of why it is not. In such circumstances it could well be plainly unreasonable to deport someone where, from Canada's perspective, there would seem to be no possibility of a just conviction. [Emphasis added.]

[48] *Reumayr* (2003) and the *obiter* statements from *Gorcyca* have been subsequently relied upon by the British Columbia and Ontario Courts of Appeal in a handful of cases including, e.g., *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Saad* (2007), at paras. 17-20; *Narayan v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121, at para. 26; and *Kissel*, at para. 39. The instant appeal is the latest in this line of jurisprudence.

[49] With respect, it is my view that to the extent that *Reumayr* (2003) and its offspring stand for the

contenue dans le dossier étranger et les accusations portées à l'étranger est suffisante pour justifier le contrôle judiciaire de la décision du ministre d'ordonner l'extradition sur le fondement de ces accusations » (par. 60). Souscrivant à la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Reumayr* (2003), le juge Goudge a affirmé, aux par. 63-64 :

[TRADUCTION] Lorsque le ministre décide de la faire [ordonner l'extradition relativement aux accusations punissables à l'étranger], la plainte portant que la preuve contenue dans le dossier étranger n'étaye pas suffisamment les accusations étrangères ne peut avoir qu'une portée très limitée, à mon avis. Le ministre n'est pas chargé d'évaluer cette preuve par rapport aux accusations correspondantes au Canada indiquées dans l'arrêt introductif d'instance. Il n'est pas non plus exigé que ces dernières correspondent exactement aux accusations punissables à l'étranger, comme j'ai tenté de l'expliquer. De plus, la Loi oblige l'État étranger à certifier que la preuve est suffisante pour justifier la poursuite relativement aux accusations portées à l'étranger, et le principe de la courtoisie internationale commande le respect à cet égard.

Cela limite beaucoup la portée de l'argument remanié de la discordance. À mon avis, seule l'absence de preuve sur ce qui semblerait être un élément essentiel de l'accusation étrangère indiquée dans l'arrêt d'extradition permettrait de prétendre que l'arrêt est manifestement déraisonnable, injuste ou tyrannique, du moins si aucune explication n'est donnée pour justifier pourquoi il ne le serait pas. En pareilles circonstances, la décision de déporter une personne dans un endroit où, du point de vue du Canada, il ne semble exister aucune possibilité qu'elle soit condamnée équitablement, pourrait bien être manifestement déraisonnable. [Je souligne.]

[48] Les cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario se sont subséquemment appuyées sur l'arrêt *Reumayr* (2003) et sur les remarques incidentes formulées dans *Gorcyca* dans quelques arrêts, dont *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Saad* (2007), par. 17-20; *Narayan c. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121, par. 26; et *Kissel*, par. 39. L'appel examiné en l'espèce est le dernier en date de ce courant jurisprudentiel.

[49] Avec égards, je suis d'avis que l'arrêt *Reumayr* (2003) et les décisions qui l'ont suivi ne

principle that the Minister is required to “align” the Canadian and foreign offences by ensuring that the evidence adduced at an extradition hearing supports each element of the foreign offence upon which surrender is ordered, these decisions do not represent the law in Canada. The “misalignment” test adopted by the Court of Appeal in this case is incompatible with three key components of extradition law: conduct-based double criminality; the foundational principle of comity; and the carefully circumscribed role assigned to the extradition judge in the Act. I will explain.

[50] The “misalignment” test is functionally inconsistent with the conduct-based approach to double criminality. By requiring the Minister to assess the parity between the elements of the Canadian offence and the elements of the foreign offence before surrendering the person sought for the latter, the “misalignment” test effectively amounts to adding an offence-based test for double criminality at the final stage of the extradition process. This approach is inconsistent with the provisions of the Act and *Treaty* which clearly specify that conduct — not symmetry between the elements of the Canadian and foreign offences — is determinative of double criminality.

[51] By requiring the Minister to evaluate whether the requested offence is “proper” in light of the foreign evidence, the “misalignment” test amounts to a second-guessing of the foreign state’s assessment of its own law. This sends the message that Canada is suspicious of the ability of the foreign state to assess the evidence against its own law and decide on the appropriate offence. The “misalignment” test is thus incompatible with the principles of “reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions” that are foundational to the effective operation of the extradition process: *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 844.

représentent pas le droit au Canada dans la mesure où elles appuient le principe voulant que le ministre soit tenu de faire « concorder » les infractions punissables à l’étranger avec les infractions correspondantes au Canada en s’assurant que la preuve présentée à l’audience d’extradition étaye chacun des éléments de l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition est ordonnée. Le critère de la « discordance » adopté par la Cour d’appel en l’espèce est incompatible avec trois éléments clés du droit de l’extradition : la double incrimination fondée sur la conduite; le principe fondamental de la courtoisie et le rôle soigneusement circonscrit que la Loi attribue au juge d’extradition. Je m’explique.

[50] Le critère de la « discordance » est incompatible, sur le plan fonctionnel, avec l’approche de la double incrimination fondée sur la conduite. En exigeant du ministre qu’il analyse la similitude entre les éléments de l’infraction punissable à l’étranger et ceux de l’infraction correspondante au Canada avant d’extrader l’intéressé pour la première, le critère de la « discordance » équivaut en fait à ajouter un critère fondé sur l’infraction à l’étape finale de la procédure d’extradition. Cette approche est incompatible avec les dispositions de la Loi et du *Traité*, qui indiquent clairement que l’élément déterminant de la double incrimination est la conduite — et non la symétrie entre les éléments de l’infraction punissable à l’étranger et ceux de l’infraction correspondante au Canada.

[51] En exigeant que le ministre détermine si l’infraction invoquée « convient » à la lumière de la preuve étrangère, le critère de la « discordance » équivaut à l’obliger à reconsidérer les conclusions de l’État étranger sur son propre droit. Cela laisserait entendre que le Canada doute de la capacité de l’État étranger à évaluer la preuve au regard de son propre droit et à choisir l’infraction qui convient. Le critère de la « discordance » est donc incompatible avec les principes de « réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans d’autres ressorts » qui sont essentiels au bon fonctionnement de la procédure d’extradition : *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 844.

[52] Comity demands that the requested state maintain a limited role in the extradition process to prevent the proceeding from becoming a trial on the merits. The fundamental tension between comity and any assessment by the Canadian judiciary or executive of the law of the foreign state has been enunciated on numerous occasions by this Court in the context of defining the mandate of the extradition judge under the Act. In *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 551, this Court explained as follows:

At all events, the assumption by a Canadian court of responsibility for supervising the conduct of the diplomatic and prosecutorial officials of a foreign state strikes me as being in fundamental conflict with the principle of comity on which extradition is based. [Emphasis added.]

See also, e.g., *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532, at para. 99, and *McVey*, at pp. 508-10. While the comments in *Mellino* were made in respect of the judicial phase of extradition proceedings, their essential message is equally applicable to the circumstances of the present appeal: it is not for the Canadian authorities, judicial or executive, to evaluate a foreign state's decision to prosecute the person sought for a given offence, nor to assess the sufficiency of the evidence adduced at the committal hearing against the elements of the foreign offence. To do so offends the underlying principle of comity and risks undermining the foundation of effective extradition practice.

[53] Finally, the “misalignment” test adopted by the Court of Appeal is incompatible with the role of the extradition judge defined by s. 29 of the Act. If the Minister were required to compare the elements of the foreign offence against the evidence adduced at the extradition hearing to ensure that the two are “aligned”, the requesting state would have to lead evidence on every element of the foreign offence in the context of the extradition hearing before the Minister could surrender for the requested offence. This would fundamentally

[52] La courtoisie commande que l'État requis intervienne de façon limitée dans la procédure d'extradition pour empêcher qu'elle ne devienne un procès sur le fond. La tension fondamentale entre la courtoisie et toute appréciation du droit de l'État étranger par les pouvoirs judiciaire ou exécutif canadiens a été évoquée à plusieurs reprises par notre Cour dans le contexte de la définition du mandat du juge d'extradition sous le régime de la Loi. Dans *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, p. 551, notre Cour a expliqué ce qui suit :

Quoi qu'il en soit, si un tribunal canadien se chargeait de contrôler la conduite des fonctionnaires diplomatiques et du ministère public d'un État étranger, il me semble que cela entrerait fondamentalement en conflit avec le principe de courtoisie internationale sur lequel repose l'extradition. [Je souligne.]

Voir également, p. ex., *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532, par. 99, et *McVey*, p. 508-510. Bien que les commentaires faits dans *Mellino* se rapportent à l'étape judiciaire de la procédure d'extradition, ils s'appliquent néanmoins pour l'essentiel aux circonstances de l'espèce : ce n'est pas aux autorités canadiennes, judiciaires ou exécutives, d'évaluer la décision d'un État étranger de poursuivre un intéressé pour une infraction précise, ni d'évaluer la suffisance de la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération par rapport aux éléments de l'infraction punissable à l'étranger. Cela irait à l'encontre du principe sous-jacent de la courtoisie et risquerait d'ébranler les fondements de la pratique efficace en matière d'extradition.

[53] Enfin, le critère de la « discordance » adopté par la Cour d'appel est incompatible avec le rôle du juge d'extradition défini à l'art. 29 de la Loi. Si le ministre était tenu de comparer les éléments de l'infraction punissable à l'étranger à la preuve présentée à l'audience d'extradition pour s'assurer de leur « concordance », l'État requérant devrait produire des éléments de preuve pour chacun des éléments de l'infraction punissable à l'étranger avant que le ministre puisse extradier l'intéressé pour l'infraction invoquée. Cela changerait

change the nature of the extradition judge's inquiry under s. 29 of the Act, which specifies that the judge is to consider only the domestic side of double criminality, looking for evidence in respect of each element of the *Canadian* offence listed in the ATP.

[54] That the Minister is not to assess whether the evidence adduced at a committal hearing satisfies the elements of the foreign offence should not be understood to mean that the Minister has *no* scope to consider foreign law in making his determination on the question of surrender. It is well established that in exceptional circumstances, the panoply of relevant factors that inform a surrender decision may include a significant discrepancy between the jeopardy faced by the person sought in the requesting state and that which he would face if convicted in Canada in respect of the same conduct: see, e.g., *Ross v. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (B.C.C.A.), *per* Taylor J.A., *aff'd* [1996] 1 S.C.R. 469. In these circumstances, the Minister is entitled to include the foreign crime and its attendant penalty as one of many factors under consideration at the surrender stage. In doing so, however, the Minister simply takes account of the potential consequences to the person sought under the foreign law, as opposed to making his own assessment of how the foreign law should apply to the case at issue. Accordingly, the Minister remains within the ambit of his proper role under the Act, and the principle of comity is not undermined.

[55] Ultimately, the reasonableness of the Minister's surrender decision does not turn on whether the elements of the foreign offence "align" with the evidence adduced by the requesting state at the committal hearing. The reasonableness of the decision must be assessed with regard to all the relevant circumstances and the applicable provisions of the Act.

[56] I return now to the facts of the present appeal.

fondamentalement la nature de l'enquête du juge d'extradition prévue à l'art. 29 de la Loi, qui précise que le juge doit examiner uniquement le volet interne de la double incrimination, en cherchant des éléments de preuve relativement à chacun des éléments de l'infraction correspondante au *Canada* indiquée dans l'AIT.

[54] Le fait que le ministre ne doive pas déterminer si la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération satisfait aux éléments de l'infraction punissable à l'étranger ne doit pas être interprété comme signifiant qu'il *ne* peut *aucunement* examiner le droit étranger lorsqu'il se prononce sur la question de l'extradition. Il est bien établi que, dans des circonstances exceptionnelles, un écart important entre le risque qu'encourrait l'intéressé dans l'État requérant et celui auquel il serait exposé s'il était condamné au Canada pour les mêmes actes peut faire partie de l'éventail des facteurs pertinents à prendre en compte pour décider de l'extrader ou non : voir, p. ex., *Ross c. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (C.A.C.-B.), le juge Taylor, *conf. par* [1996] 1 R.C.S. 469. Dans ces circonstances, le ministre peut inclure le crime punissable dans l'autre pays et la peine applicable parmi les nombreux facteurs à examiner à l'étape de l'extradition. Toutefois, pour ce faire, il tient simplement compte des conséquences que pourrait subir l'intéressé selon le droit étranger, plutôt que de s'interroger sur son application dans l'affaire en litige. Ainsi, le ministre n'outrepasse pas son rôle légitime dans le cadre de la Loi, et le principe de la courtoisie reste intact.

[55] En fin de compte, la raisonabilité de la décision du ministre d'ordonner l'extradition ne dépend pas de la question de savoir si les éléments de l'infraction punissable à l'étranger « concordent » avec la preuve présentée par l'État requérant à l'audience relative à l'incarcération. La raisonabilité de la décision doit être appréciée au regard de toutes les circonstances pertinentes et des dispositions applicables de la Loi.

[56] Je reviens maintenant aux faits de l'espèce.

5. Was the Minister's Surrender Order Unreasonable?

[57] Under s. 57(2) of the Act, judicial assessment of the Minister's surrender order by the Court of Appeal is a form of administrative law review. In *Lake*, at para. 34, LeBel J. confirmed that the appropriate standard to be applied in reviewing a surrender order is reasonableness.

[58] In the present case, the sole ground upon which the Minister's surrender order is impugned is the failure to "align" the evidence adduced at the extradition hearing with the elements of the foreign offence. Given that the Minister is under no obligation to apply a "misalignment" test in ordering the surrender of the person sought on the requested offence, as discussed above, his failure to do so cannot provide a basis for interfering with his decision. As Mr. Fischbacher points to no other circumstance that would render the surrender decision "unjust or oppressive", I see no reason to interfere with the Minister's order.

6. Disposition

[59] The Crown's appeal is allowed and the order of the Court of Appeal for Ontario set aside. The Minister's surrender order is restored.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[60] Like Justice Charron, but for different reasons, I would allow the appeal. Unlike Justice Charron, however, and with the greatest of respect, I agree with Justice Doherty, speaking for the court below, that a substantial discrepancy between the evidence placed before the extradition judge and the evidence that is plainly required to establish an undisputed element of the foreign offence may, in the absence of a reasonable explanation, warrant judicial intervention in the Minister's order of surrender.

5. L'arrêté d'extradition du ministre était-il déraisonnable?

[57] Suivant le par. 57(2) de la Loi, l'examen judiciaire de l'arrêté d'extradition du ministre par la Cour d'appel est une forme de contrôle de l'action administrative. Dans *Lake*, au par. 34, le juge LeBel a confirmé que la norme de contrôle d'un arrêté d'extradition est celle de la raisonabilité.

[58] En l'espèce, le seul motif invoqué pour contester l'arrêté d'extradition du ministre est l'omission de faire « concorder » la preuve présentée à l'audience d'extradition avec les éléments de l'infraction punissable à l'étranger. Étant donné que le ministre n'est pas obligé d'appliquer le critère de la « discordance » lorsqu'il ordonne l'extradition de l'intéressé relativement à l'infraction invoquée, comme nous l'avons vu, son omission à cet égard ne saurait fonder l'annulation de sa décision. Comme M. Fischbacher ne fait valoir aucune autre circonstance qui rendrait la décision de l'extrader « injuste ou tyrannique », je ne vois aucune raison de modifier l'arrêté du ministre.

6. Dispositif

[59] Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario est annulée. L'arrêté d'extradition du ministre est rétabli.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[60] À l'instar de la juge Charron, mais pour des motifs différents, je suis d'avis d'accueillir l'appel. Par contre, contrairement à elle, mais avec le plus grand respect, je souscris à l'avis exprimé par le juge Doherty au nom de la juridiction inférieure, selon lequel une discordance importante entre la preuve présentée au juge d'extradition et la preuve manifestement requise pour établir un élément non contesté de l'infraction punissable à l'étranger justifie, en l'absence d'explication raisonnable, l'intervention judiciaire à l'égard de l'arrêté d'extradition pris par le ministre.

[61] As we shall see, this view of the law is firmly rooted in an unbroken line of recent and unanimous decisions of the Ontario Court of Appeal. Not a single decision to the contrary has been brought to our attention, though the British Columbia Court of Appeal has very recently adopted a more deferential approach: see *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293.

[62] In this light, and in light of the *Extradition Act* itself (S.C. 1999, c. 18), I am unable to agree with my colleague that judicial intervention in a Minister's order of surrender on this ground is incompatible with conduct-based double criminality, with the requirement of comity or with the role assigned to the extradition judge under the *Extradition Act* (reasons of Justice Charron, at para. 49).

[63] An absence of evidence on an essential element of the offence for which extradition is sought is an absence of evidence that the offence was committed. In my respectful view, neither comity nor conduct-based double criminality authorizes the Minister to issue a warrant of surrender for trial on an offence for which there is an absence of evidence. And I believe that the *Extradition Act* is intended to prevent this from occurring.

[64] I agree, of course, with Justice Charron that the Minister has been granted broad discretion in issuing surrender orders under the *Extradition Act*. That discretion, however, is subject to judicial review pursuant to s. 57(7) of the Act. Speaking for the Court in *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, where the main issue was "the standard to be applied in reviewing the Minister's assessment of a fugitive's Charter rights" (para. 34), LeBel J. thus took care to note (at para. 26):

Section 57(7) provides that the grounds for judicial review of the Minister's decision to order surrender

[61] Comme nous le verrons, cette interprétation du droit trouve de solides assises dans une série ininterrompue d'arrêts récents et unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario. Absolument aucune décision contraire n'a été portée à notre attention, bien que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ait tout récemment adopté une plus grande retenue : voir *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293.

[62] Compte tenu de ce courant jurisprudentiel et de la teneur même de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, je ne peux adhérer à l'opinion de ma collègue selon laquelle ce motif d'intervention judiciaire à l'égard de l'arrêté d'extradition pris par le ministre serait incompatible avec la double incrimination fondée sur la conduite, avec l'obligation de courtoisie ou avec le rôle que la *Loi sur l'extradition* attribue au juge d'extradition (motifs de la juge Charron, par. 49).

[63] En l'absence de preuve d'un élément essentiel de l'infraction visée par la demande d'extradition, il y a absence de preuve de la perpétration de l'infraction. En toute déférence, j'estime que ni la courtoisie ni la double incrimination fondée sur la conduite n'autorisent le ministre à lancer un mandat d'extradition afin que l'intéressé subisse son procès pour une infraction à l'égard de laquelle il y a absence de preuve. Je crois aussi que la *Loi sur l'extradition* vise à éviter que cela se produise.

[64] Je suis bien sûr d'accord avec la juge Charron pour dire que la *Loi sur l'extradition* confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire relativement à la prise d'un arrêté d'extradition. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est toutefois susceptible de révision judiciaire conformément au par. 57(7) de la Loi. Dans *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, où la question principale était de savoir « quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à l'appréciation ministérielle des droits constitutionnels du fugitif » (para. 34), le juge LeBel a pris soin de préciser, au par. 26 :

Le paragraphe 57(7) prévoit que la cour d'appel de la province peut réviser sa décision [d'ordonner l'extradition]

are those on which the Federal Court may grant relief under s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. Thus, under s. 57(2), judicial assessment of the Minister's decision by the court of appeal is a form of administrative law review and must be conducted in accordance with the applicable administrative law standard. As I will explain below, it is my view that the applicable standard is reasonableness.

This view of the law, read in the context of the issue in *Lake*, is not in dispute and it is unnecessary for the present purposes to reproduce all of the grounds of judicial review set out by Parliament in s. 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. I think it sufficient to say that *Lake* commands great deference for Ministerial decisions to surrender, but was not intended to subject some of those grounds, for example that the Minister “acted without jurisdiction” (s. 18.1(4)(a)), to the “reasonableness” standard that applies to a weighing of relevant factors or an appreciation of the evidence placed before the Minister.

II

[65] As mentioned at the outset, Justice Doherty's understanding of the law is firmly rooted in an unbroken line of recent and unanimous decisions in the Ontario Court of Appeal.

[66] In *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97, Rosenberg J.A. (Moldaver and Simmons J.J.A. concurring) framed the principle I have mentioned in jurisdictional terms:

It would seem to me that, leaving aside specific extradition arrangements and s. 59, if the Minister ordered the surrender of a person for an offence that did not come within the conduct described in the committal order, he would have acted without jurisdiction. [para. 45]

Neither of the mentioned exceptions is relevant here.

[67] In *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403, Goudge J.A. (Weiler and Rouleau J.J.A. concurring) held

pour les mêmes motifs que la Cour fédérale en application du par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. La révision de la décision du ministre par la cour d'appel que prévoit le par. 57(2) relève donc du contrôle de l'action administrative et doit être effectuée au regard de la norme applicable en la matière. Comme je l'explique ci-après, j'estime que cette norme est celle de la décision raisonnable.

Cette interprétation du droit, dans le contexte de la question soulevée dans *Lake*, n'est pas en litige et il n'est pas nécessaire pour trancher le pourvoi de reproduire tous les motifs de contrôle judiciaire énumérés par le Parlement à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. Qu'il suffise de dire que l'arrêt *Lake* commande une grande retenue à l'égard des décisions du ministre d'ordonner l'extradition, mais n'entendait pas assujettir certains de ces motifs, par exemple le fait que le ministre « a agi sans compétence » (al. 18.1(4)a)), à la norme de la décision « raisonnable » qui s'applique à l'appréciation des facteurs pertinents ou à l'appréciation de la preuve présentée au ministre.

II

[65] Comme je l'ai mentionné plus tôt, le raisonnement juridique du juge Doherty trouve de solides assises dans une série ininterrompue d'arrêts récents et unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario.

[66] Dans *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97, le juge Rosenberg (avec l'accord des juges Moldaver et Simmons) a énoncé le principe mentionné plus tôt sous l'angle de la compétence :

[TRADUCTION] Il me semble que le ministre agirait sans compétence si, abstraction faite d'arrangements particuliers en matière d'extradition et de l'art. 59, il ordonnait l'extradition d'une personne pour une infraction qui ne correspond pas aux actes décrits dans l'ordonnance d'incarcération. [par. 45]

Les deux exceptions mentionnées ne sont pas pertinentes en l'espèce.

[67] Dans *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403, le juge Goudge (avec l'accord des juges Weiler et Rouleau) a statué

that “[if] there is an absence of evidence on what would appear to be an essential element of the foreign charge in the surrender order . . . it could well be plainly unreasonable to deport someone where, from Canada’s perspective, there would seem to be no possibility of a just conviction” (para. 64).

[68] In *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393, released the same day, O’Connor A.C.J.O. (Rosenberg and Cronk J.J.A. concurring) found that a Minister’s decision to surrender in the face of such a “misalignment” (a term I shall presently explain) could be set aside for two reasons (para. 17). The first is that such an order is unjust and oppressive under s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*. The second is that it is plainly unreasonable and therefore reviewable under s. 57(7) of the *Extradition Act* and, by reference, s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*. See *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (Ont. C.A.), at p. 112, aff’d [1996] 1 S.C.R. 467. In *Saad*, the Court of Appeal specified that differences in form or in particulars between the Canadian and foreign offences were not sufficient under either test (paras. 19-20). The differences must be *substantive*.

[69] More recently still, in *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481, the Ontario Court of Appeal set aside, in part, an order of surrender on American charges of conspiracy to launder money and witness tampering. Sharpe J.A. (Feldman and Simmons J.J.A. concurring) agreed that the test for surrender is conduct-based, but held that surrender could not be ordered in respect of a foreign offence in the absence of any evidence of the prohibited conduct that is an essential element of that offence (paras. 39-40).

[70] Moreover, to permit the Minister to order surrender in respect of impugned conduct for which no evidence was placed before the extradition judge

que, en [TRADUCTION] « l’absence de preuve sur ce qui semblerait être un élément essentiel de l’accusation étrangère indiquée dans l’arrêté d’extradition [. . .], la décision de déporter une personne dans un endroit où, du point de vue du Canada, il ne semble exister aucune possibilité qu’elle soit condamnée équitablement, pourrait bien être manifestement déraisonnable » (par. 64).

[68] Dans l’arrêt *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393, rendu le même jour, le juge en chef adjoint O’Connor (avec l’accord des juges Rosenberg et Cronk) a conclu que la décision du ministre d’extrader l’intéressé en présence d’une telle « discordance » (terme que j’expliquerai) pouvait être infirmée pour deux motifs (par. 17). Premièrement, l’arrêté est injuste et tyrannique au sens de l’al. 44(1)a) de la *Loi sur l’extradition*. Deuxièmement, il est manifestement déraisonnable et, partant, susceptible de révision en application du par. 57(7) de la *Loi sur l’extradition* et, par renvoi, du par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Voir *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (C.A. Ont.), p. 112, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467. Dans l’affaire *Saad*, la Cour d’appel a précisé que des dissemblances dans la forme ou les détails entre l’infraction canadienne et celle qui est punissable à l’étranger ne suffisent pas selon l’un ou l’autre de ces deux critères (par. 19-20). Les différences doivent être *substantielles*.

[69] Encore plus récemment, dans *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481, la Cour d’appel de l’Ontario a annulé en partie un arrêté d’extradition visant des accusations de complot pour blanchir de l’argent et de subornation de témoin. Le juge Sharpe (avec l’accord des juges Feldman et Simmons) a reconnu que le test applicable en matière d’extradition est fondé sur la conduite, mais il a statué que l’extradition ne pouvait être ordonnée pour une infraction punissable à l’étranger en l’absence de toute preuve de la conduite reprochée qui constitue un élément essentiel de l’infraction (par. 39-40).

[70] De plus, permettre au ministre d’ordonner l’extradition pour une conduite reprochée à l’égard de laquelle aucune preuve n’a été présentée au juge

would, in the absence of a reasonable explanation, create a total disconnect between the judicial and executive functions under the *Extradition Act*. I agree that these are different functions. But they are meant to complement and not to contradict one another — to operate in a harmonious and not discordant manner.

[71] Thus, the Minister and not the judge decides which Canadian offence best captures the *conduct* for which extradition is sought. In virtue of s. 15(3)(c) of the Act, the Minister's authority to proceed ("ATP") with the request for extradition *must contain* "the name of the offence or offences under Canadian law that correspond to the alleged conduct of the person [sought] . . . , as long as one of the offences would be punishable in accordance with paragraph 3(1)(b)". These requirements are cumulative, not alternative. The designated offence must, as a matter of law, combine two characteristics: (1) it must "correspond to the alleged conduct" of the person sought; *and* (2) it must be punishable by imprisonment for a maximum term of five years or more in the case of a specific agreement, or by imprisonment for a maximum term of two years or more in any other case. Neither of these characteristics is alone sufficient to satisfy the plain meaning and evident objective of s. 15(3)(c) of the Act.

[72] The judge and not the Minister then determines whether the evidence adduced at the extradition hearing would warrant committal to trial on the Canadian offence set out by the Minister in the ATP if *that conduct* had occurred in Canada. This judicial determination is made without reference to the foreign offence. But where it rests on findings of fact that necessarily relate to the *conduct* of both the Canadian offence and the offence for which extradition is sought, those findings cannot be disregarded by the Minister. To hold otherwise is to amputate one of the two essential characteristics of the *Extradition Act*: discretionary executive authority vested in the Minister and a judicial determination regarding the conduct in respect of which extradition is sought. That conduct is examined through the prism of Canadian law. But it remains the very conduct which, in the Minister's

d'extradition créerait, en l'absence d'explication raisonnable, une rupture totale entre les fonctions judiciaires et exécutives établies par la *Loi sur l'extradition*. Je conviens qu'il s'agit de fonctions distinctes, mais elles sont censées se compléter et non se contredire — être exercées en harmonie et non en dissonance.

[71] Ainsi, c'est le ministre et non le juge qui décide quelle infraction canadienne correspond le mieux aux *actes* pour lesquels l'extradition est demandée. Selon l'al. 15(3)c) de la Loi, l'arrêt introductif d'instance du ministre (« AII ») concernant la demande d'extradition *comporte* « la désignation des infractions qui, du point de vue du droit canadien, correspondent à l'ensemble des actes reprochés à l'intéressé [. . .] et dont au moins l'une d'entre elles serait sanctionnée de la façon prévue à l'alinéa 3(1)b) ». Ces exigences sont cumulatives et non subsidiaires. L'infraction désignée doit, sur le plan juridique, combiner deux caractéristiques : (1) correspondre aux « actes reprochés à l'intéressé »; *et* (2) être sanctionnée par une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou plus, dans le cas où un accord spécifique s'applique, ou par une peine d'emprisonnement maximale de deux ans ou plus, dans le cas contraire. Aucune de ces deux caractéristiques ne suffit à elle seule suivant le sens clair et l'objectif manifeste de l'al. 15(3)c) de la Loi.

[72] C'est le juge, et non le ministre, qui détermine alors si la preuve produite lors de l'audience relative à l'incarcération justifierait le renvoi à procès pour l'infraction canadienne désignée par le ministre dans l'AII si *les actes* avaient été commis au Canada. Le juge rend cette décision sans égard à l'infraction punissable à l'étranger. Néanmoins, lorsqu'elle repose sur des conclusions de fait qui touchent nécessairement les *actes* inhérents à la fois à l'infraction canadienne et à l'infraction visée par la demande d'extradition, le ministre ne peut faire abstraction de ces conclusions. Affirmer le contraire amputerait la *Loi sur l'extradition* de l'une de ses deux caractéristiques essentielles : le pouvoir exécutif discrétionnaire dévolu au ministre et l'appréciation judiciaire des actes pour lesquels l'extradition est demandée. Ces actes sont examinés à travers le prisme du droit canadien. Mais ils

own view, crystallized in the ATP, corresponds to the alleged conduct for which the person is sought to be tried by the requesting state.

[73] I hasten to make it clear once more that the extradition judge is not concerned with the essential elements of the foreign offence, and that the Minister, in making an order to surrender, is not limited by the essential elements of the Canadian offence upon which committal has been ordered by the extradition judge. As Doherty J.A. put it in the Court of Appeal, “differences between the offence in the surrender order and the offence for which the fugitive was committed will render the surrender order unreasonable only in limited circumstances” (2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401, at para. 25 (emphasis added)). One of those circumstances, in my view, is where there is evidence to support the Canadian offence but a total absence of evidence on one or more of the essential elements of the foreign offence for which surrender is ordered without explanation.

[74] Under Article 9 of the extradition treaty that concerns us here (Can. T.S. 1976 No. 3), the Minister must be provided by the requesting state with “a statement of the facts of the case [and] the text of the laws of the requesting State describing the offence”. The Minister cannot be expected to challenge this required description of the offence for which extradition is sought. But nor, in my view, may the Minister disregard it in determining whether there is at least some evidence on its essential elements. The extradition arrangement leaves no room for wilful blindness regarding either the essential elements of the offence for which extradition is sought or a total lack of evidence with respect to one or more of those elements.

III

[75] In Justice Charron’s view, “the Minister is not to assess whether the evidence adduced at a

demeurent les actes qui, du point de vue du ministre, cristallisé dans l’AII, correspondent aux actes reprochés pour lesquels l’État requérant veut que l’intéressé subisse son procès.

[73] Je m’empresse de préciser à nouveau que le juge d’extradition ne tient pas compte des éléments essentiels de l’infraction punissable à l’étranger et que le ministre, en prenant un arrêté d’extradition, n’est pas limité par les éléments essentiels de l’infraction canadienne pour laquelle le juge d’extradition a ordonné l’incarcération. Pour reprendre les termes employés par le juge Doherty de la Cour d’appel, les [TRADUCTION] « différences entre l’infraction indiquée dans l’arrêté d’extradition et l’infraction pour laquelle le fugitif a été incarcéré ne rendront l’arrêté d’extradition déraisonnable que dans des circonstances limitées » (2008 ONCA 571, 91 OR. (3d) 401, par. 25 (je souligne)). Ces circonstances englobent, selon moi, celles dans lesquelles il existe des éléments de preuve qui étayent l’infraction canadienne, mais il n’existe absolument aucune preuve sur un ou plusieurs éléments essentiels de l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition est néanmoins ordonnée, sans explication.

[74] Selon l’article 9 du traité d’extradition applicable en l’espèce (R.T. Can. 1976 n° 3), l’État requérant doit fournir au ministre un « énoncé des faits [et le] texte des dispositions des lois de l’État requérant décrivant l’infraction ». On ne peut s’attendre à ce que le ministre mette en doute cette description obligatoire de l’infraction pour laquelle l’extradition est demandée. Je crois toutefois que le ministre ne peut pas non plus l’ignorer lorsqu’il détermine s’il existe au moins une preuve quelconque des éléments essentiels de l’infraction. L’arrangement en matière d’extradition exclut toute possibilité d’aveuglement volontaire à l’égard de l’un ou l’autre des éléments essentiels de l’infraction pour laquelle l’extradition est demandée ou à l’égard de l’absence totale de preuve relativement à un ou plusieurs de ces éléments.

III

[75] De l’avis de la juge Charron, « le ministre ne doi[t] pas déterminer si la preuve présentée à

committal hearing satisfies the elements of the foreign offence” (para. 54). If this is meant to suggest that the Minister can turn a blind eye to a total absence of evidence on an undisputed element of the foreign offence, then, for the reasons given, I respectfully disagree.

[76] My colleague adds that, “in exceptional circumstances, the panoply of relevant factors that inform a surrender decision may include a significant discrepancy between the jeopardy faced by the person sought in the requesting state and that which he would face if convicted in Canada in respect of the same conduct” (para. 54). As I understand my colleague’s reasons, this exception for a *discrepancy in jeopardy* relates only to *punishment*, or *the relative gravity of the offences*, and takes no account of the reasonableness of a conviction on the available evidence — even where there is no evidence at all on one or more elements of the foreign offence. In my respectful view, “jeopardy” is a function not only of the penalty provided, but of the reasonableness and likelihood of its illegal or unjust imposition.

[77] I return now to the issue that concerns us here: what some appellate courts have characterized as a substantive inconsistency — or “misalignment” — between the committal proceedings and the order of surrender. The term “misalignment” has given rise to some misunderstanding which should not obscure its limited meaning.

[78] “Misalignment” does not refer to a difference between the essential elements of the foreign offence specified in the Minister’s order of surrender and the essential elements of the Canadian offence for which the extradition judge has committed the fugitive. In the present context, “misalignment” is simply meant to signify a substantial discrepancy between the evidence placed before the extradition judge and the evidence that is plainly required to establish an undisputed element of the foreign offence.

l’audience relative à l’incarcération satisfait aux éléments de l’infraction punissable à l’étranger » (par. 54). S’il faut entendre par là que le ministre peut fermer les yeux sur l’absence totale de preuve d’un élément non contesté de l’infraction punissable à l’étranger, alors, pour les motifs déjà exposés et soit dit en toute déférence, je ne partage pas son opinion.

[76] Ma collègue ajoute que, « dans des circonstances exceptionnelles, un écart important entre le risque qu’encourrait l’intéressé dans l’État requérant et celui auquel il serait exposé s’il était condamné au Canada pour les mêmes actes peut faire partie de l’éventail des facteurs pertinents à prendre en compte pour décider de l’extrader ou non » (par. 54). À ce que je comprends des motifs de ma collègue, cette exception liée à un *écart sur le plan du risque* ne concerne que le *châtiment*, ou *la gravité relative des infractions*, et ne tient aucun compte du caractère raisonnable d’une condamnation au regard de la preuve disponible — même en l’absence de toute preuve sur l’un ou plusieurs des éléments de l’infraction punissable à l’étranger. En toute déférence, j’estime que le « risque » tient non seulement à la peine prévue, mais également à la raisonabilité et à la probabilité qu’elle soit infligée illégalement ou injustement.

[77] Revenons à la question que nous devons trancher en l’espèce : ce que certaines juridictions d’appel ont qualifié d’écart important — ou de « discordance » — entre la procédure d’incarcération et l’arrêt d’extradition. Le terme « discordance » a engendré une certaine confusion, qui ne doit pas en occulter le sens limité.

[78] La « discordance » ne renvoie pas à une différence entre les éléments essentiels de l’infraction punissable à l’étranger désignée dans l’arrêt d’extradition et les éléments essentiels de l’infraction canadienne pour laquelle le juge d’extradition a ordonné l’incarcération de l’intéressé. Dans le présent contexte, le terme « discordance » veut simplement désigner une différence importante entre la preuve présentée au juge d’extradition et la preuve manifestement requise pour établir un élément non contesté de l’infraction punissable à l’étranger.

[79] It is true, as Justice Charron points out, that it will not always be perfectly clear whether the foreign law requires proof of the identified element. There may be disputes between experts as to the precise meaning of the law in question. Where such a dispute exists, the Minister's decision to surrender would not be an unreasonable exercise of discretion. But where there is no dispute as to the essential elements, nor any question that there is a complete lack of evidence on one or more of the essential elements, it cannot be reasonable to order surrender of the fugitive without explanation.

[80] While that explanation, if there is one, should normally be provided by the Minister, it may also appear from other materials before the court on an application for judicial review. Indeed, it may well appear from the evidence adduced before the extradition judge.

[81] I agree with Justice Doherty, for the reasons he has given, that the Minister's explanation for the surrender order made in this case was entirely inadequate. With respect, however, I do believe that the record itself provides a sufficient explanation.

[82] It is true that the extradition judge found that there was no evidence of planning or deliberation before him and that Mr. Fischbacher's impugned conduct, had it occurred in Canada, would not warrant committal to trial for first degree murder. The Minister was entitled to consider, as he evidently did, that the finding of the extradition judge was inconclusive as regards the existence of evidence of "premeditation" within the meaning of the relevant Arizona statute.

[83] The Minister did have before him the opinion of one Arizona attorney that the "premeditation" requirement on a charge of first degree murder in that state means that the murder was "both planned and deliberate" — the standard applicable in Canada. The Minister, however, was hardly bound by that opinion, which was largely based on the

[79] Il est vrai, comme le souligne la juge Charron, qu'il ne sera pas toujours parfaitement clair si le droit étranger exige la preuve de l'élément en cause. Il est possible que les experts ne s'entendent pas sur la signification précise du droit applicable. Le cas échéant, le ministre n'exercerait pas son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable en décidant d'ordonner l'extradition. Lorsque, toutefois, les éléments essentiels ne sont pas contestés et l'absence totale de preuve sur un ou plusieurs éléments est indéniable, l'extradition de l'intéressé ne peut pas être raisonnable en l'absence d'une explication.

[80] Bien que, le cas échéant, cette explication doive normalement être donnée par le ministre, elle peut aussi ressortir d'autres documents soumis au tribunal dans le cadre d'une demande de révision judiciaire. En fait, il est très possible qu'elle se dégage de la preuve présentée devant le juge d'extradition.

[81] Je pense comme le juge Doherty, pour les motifs qu'il a lui-même exposés, que le ministre n'a pas expliqué adéquatement pourquoi il a pris un arrêté d'extradition en l'espèce. Je crois toutefois, avec égards, que le dossier même offre une explication suffisante.

[82] Certes, le juge d'extradition a conclu qu'aucune preuve que le meurtre aurait été commis avec préméditation et de propos délibéré (« *planned and deliberate* ») ne lui avait été soumise et que les actes reprochés à M. Fischbacher, s'ils avaient été commis au Canada, n'auraient pas justifié son renvoi à procès pour meurtre au premier degré. Le ministre pouvait toutefois considérer, comme il l'a manifestement fait, que la conclusion du juge d'extradition n'était pas concluante quant à l'existence d'une preuve de « préméditation » (« *premeditation* ») au sens de la loi applicable de l'Arizona.

[83] Le ministre disposait de l'opinion d'un avocat de l'Arizona selon laquelle la « préméditation » exigée relativement à une accusation de meurtre au premier degré dans cet État signifiait que le meurtre devait avoir été commis à la fois « avec préméditation et de propos délibéré » comme l'exige le droit canadien. Le ministre n'était

judgment of the Arizona Supreme Court in *State v. Thompson*, 204 Ariz. 471 (2003) — a decision that must now be read in the light of the same court's subsequent judgment in *State v. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009). In *Kiles*, at para. 18, the court found no error in the following instruction on the requirement of premeditation under Arizona law:

Premeditation means the defendant acts with the knowledge that he will kill another human being, when such intention or knowledge precedes the killing by a length of time to permit reflection. An act is not done with premeditation if it is the instant effect of a sudden quarrel or heat of passion.

[84] This is not the test that the extradition judge was required to apply in determining whether, on the evidence before him, Mr. Fischbacher's conduct was capable of satisfying the "planned and deliberate" requirement for first degree murder in Canada. In light of *Kiles*, however, I am unable to say there was in this case a total absence of evidence that is plainly required to establish premeditation under Arizona law.

[85] Though this alone would hardly suffice, the Minister did have before him an indictment returned by the grand jury in Arizona, charging Mr. Fischbacher with first degree murder, and a warrant of arrest signed by a Superior Court judge on the strength of that indictment. The Minister had as well a Certification of the Record of the Case for the Prosecution by a Deputy County Attorney attesting to the sufficiency, under Arizona law, of the summarized evidence to support a conviction for first degree murder.

[86] Nothing in the findings of the extradition judge pursuant to the committal proceedings in Canada is inconsistent with the grand jury indictment, the warrant issued by the Superior Court in Arizona, or the certified opinion of the Deputy County Attorney.

toutefois pas vraiment lié par cette opinion, qui reposait en grande partie sur la décision de la Cour suprême de l'Arizona dans *State c. Thompson*, 204 Ariz. 471 (2003) — un arrêt qui doit maintenant être interprété à la lumière de la décision subséquente de la même cour dans l'affaire *State c. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009). Dans *Kiles*, au par. 18, la cour n'a pas constaté d'erreur dans l'instruction suivante sur la préméditation exigée par le droit de l'Arizona :

[TRADUCTION] On entend par préméditation que le défendeur a agi en sachant qu'il causerait la mort d'un autre être humain, et qu'il le savait ou avait cette intention avant le meurtre, depuis assez longtemps pour avoir pu réfléchir à ses actes. Un acte n'est pas commis avec préméditation s'il est la conséquence immédiate d'une querelle soudaine ou du feu de la passion.

[84] Il ne s'agit pas du test que le juge d'extradition devait utiliser pour déterminer si, selon la preuve dont il disposait, les actes de M. Fischbacher pouvaient répondre au critère de la préméditation et du propos délibéré exigés pour qu'il y ait meurtre au premier degré en droit canadien. Toutefois, au regard de l'arrêt *Kiles*, je ne puis conclure en l'espèce à l'absence totale de la preuve manifestement requise pour établir la préméditation selon le droit de l'Arizona.

[85] Bien que cela ne suffise pas vraiment en soi, le ministre avait devant lui un acte d'accusation rapporté par le grand jury en Arizona, dans lequel M. Fischbacher était accusé de meurtre au premier degré, et un mandat d'arrêt signé par un juge de la Cour supérieure sur la foi de cet acte d'accusation. Le ministre avait aussi en sa possession une certification du dossier d'extradition signée par un sous-procureur du comté attestant que, selon le droit de l'Arizona, la preuve résumée était suffisante pour étayer une condamnation pour meurtre au premier degré.

[86] Aucune conclusion tirée par le juge d'extradition à l'issue de la procédure d'incarcération au Canada n'est incompatible avec la mise en accusation par le grand jury, le mandat lancé par la Cour supérieure en Arizona ou l'opinion certifiée du sous-procureur du comté.

IV

[87] I agree with Justice Doherty's statement of the governing principle of law. Where there is no evidence before the Minister capable of supporting an undisputed and essential element of the offence for which extradition is sought, the Minister's decision to surrender for that offence may well be unreasonable, absent some explanation.

[88] In this case, however, bearing in mind the elements I have mentioned and the discretion vested in the Minister, I cannot say he acted unreasonably in ordering the surrender of Mr. Fischbacher for trial in Arizona on a charge of first degree murder. As stated at the outset, I would therefore dispose of the appeal as Justice Charron suggests.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lafontaine & Associates, Toronto.

IV

[87] Je souscris à l'énoncé du principe juridique applicable formulé par le juge Doherty. Lorsque aucune preuve pouvant établir un élément non contesté et essentiel de l'infraction visée par la demande d'extradition n'est présentée au ministre, la décision du ministre d'ordonner l'extradition pour cette infraction peut très bien être déraisonnable en l'absence d'une explication.

[88] Cependant, dans le présent dossier, compte tenu des éléments que j'ai mentionnés et du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre, il m'est impossible d'affirmer que le ministre a agi de façon déraisonnable en ordonnant que M. Fischbacher soit extradé afin de subir son procès pour meurtre au premier degré en Arizona. Par conséquent, comme je l'ai mentionné au début de mes motifs, je suis d'avis de trancher le pourvoi comme le propose la juge Charron.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Lafontaine & Associates, Toronto.

TAB 7

2003 CAF 380, 2003 FCA 380
Federal Court of Appeal

C.U.P.W. v. Healy

2003 CarswellNat 3208, 2003 CarswellNat 4270, 2003 CAF 380, 2003
FCA 380, [2003] F.C.J. No. 1517, 126 A.C.W.S. (3d) 635, 311 N.R. 96

**The Canadian Union of Postal Workers, Applicant and
Arthur Healy and Canada Post Corporation, Respondents**

Evans J.A., Linden J.A., Pelletier J.A.

Heard: September 23, 2003

Judgment: October 16, 2003

Docket: A-611-02

Counsel: *Ms Barbara Nicholls*, for Applicant
Ms Susan Nicholas, for C.I.R.B.

Subject: Labour

Table of Authorities

Cases considered by *Evans J.A.*:

Blanchard v. Control Data Canada Ltd. (1984), 14 D.L.R. (4th) 289, 55 N.R. 194, 14 Admin. L.R. 133, 84 C.L.L.C. 14,070, [1984] 2 S.C.R. 476, 1984 CarswellQue 75, 1984 CarswellQue 94 (S.C.C.) — referred to
Canadian Pasta Manufacturers' Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd. (1997), 208 N.R. 329, 1997 CarswellNat 117 (Fed. C.A.) — referred to
Healy, Re (October 2, 2002), Doc. 19062-C (C.I.R.B.) — referred to
Keeprite Workers' Independent Union v. Keeprite Products Ltd. (1980), 29 O.R. (2d) 513, 114 D.L.R. (3d) 162, 1980 CarswellOnt 762 (Ont. C.A.) — referred to
Minister for Immigration & Ethnic Affairs v. Pochi (1980), 31 A.L.R. 666 (Australia Fed. Ct.) — referred to
Mullin v. C.U.P.W. (1991), 91 C.L.L.C. 16,015, 84 di 74, 1991 CarswellNat 1067, 1991 CarswellNat 1066 (Can. L.R.B.) — referred to
R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner (1964), [1965] 1 Q.B. 456, [1965] 2 W.L.R. 1215, [1965] 1 All E.R. 81 (Eng. C.A.) — referred to
Varma v. Canada Post Corp. (2000), 2000 CarswellNat 179 (Fed. C.A.) — considered

Statutes considered:

Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2

s. 18 — referred to

s. 22 — referred to

s. 22(1) — referred to

s. 22(2) — referred to

s. 37 — considered

Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7

Generally — referred to

s. 18.1(4) [en. 1990, c. 8, s. 5] — referred to

s. 18.1(4)(a) [en. 1990, c. 8, s. 5] — referred to

s. 18.1(4)(b) [en. 1990, c. 8, s. 5] — referred to

s. 18.1(4)(d) [en. 1990, c. 8, s. 5] — referred to

s. 18.1(4)(e) [en. 1990, c. 8, s. 5] — referred to

Regulations considered:

Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2

Canada Industrial Relations Board Regulations, 2001, SOR/2001-520

s. 44

s. 44(a)

APPLICATION by union for judicial review of Canadian Industrial Relations Board's decision on duty of fair representation application.

Evans J.A.:

A. Introduction

1 In December 1994, Arthur Healy filed a complaint with the Canada Labour Relations Board stating that his union, the Canadian Union of Postal Workers ("CUPW"), had breached its statutory duty to fairly represent him. He alleged that the union had acted arbitrarily by failing to schedule an arbitration hearing for grievances that he had filed in 1990 against his former employer, Canada Post Corporation. The Board dismissed the complaint in a letter decision dated October 26, 1998 ("the first decision").

2 Two days after receiving this decision, Mr. Healy requested a reconsideration and, on October 2, 2002, the Canada Industrial Relations Board ("the Board"), the successor of the Canada Labour Relations Board, reconsidered and reversed the first decision. In its second decision ("the reconsideration decision"), the Board ordered the parties to attempt to resolve Mr. Healy's grievances within a specified time and, if this proved impossible, to schedule a date for a hearing by an arbitrator within 30 days from the date of the Board's decision, the arbitration hearing to be held within 90 days of the Board's decision.

3 This is an application for judicial review by CUPW to set aside the reconsideration decision, which is reported as *Healy, Re*, [2002] C.I.R.B.D. No. 42 (C.I.R.B.). CUPW advances essentially two grounds on which the application should be allowed and the reconsideration decision quashed. First, the Board erred in finding that there were new facts that enabled it to reconsider the first decision. Second, it was patently unreasonable for the Board to conclude that CUPW's handling of Mr. Healy's grievances was arbitrary and, hence, constituted a failure to represent him fairly,

B. Factual Background

4 By late 1991 there was a backlog of between 140,000 and 150,000 union grievances against Canada Post, which may have been indicative of the state of labour relations at Canada Post in the 1980s and the result of the multiplicity of unions then representing postal workers.

5 In an attempt to expedite the resolution of these grievances, Canada Post and CUPW reached an understanding in 1992, which formed part of the collective agreement. The parties agreed that priority would be given to grievances that involved recurring issues, thereby also resolving other grievances that raised the same issues. Non-generic grievances, such as Mr. Healy's, were not put into any category, but were dealt with as openings occurred in the mediation and arbitration processes.

6 The backlog agreement did not include all grievances against Canada Post. For example, it exempted grievances filed after the signing of the memorandum of agreement in 1992, policy grievances and, of relevance to this case, Dismissal grievances and all grievances in any way related to dismissal, including those grievances dealing with previous or progressive discipline.

7 Grievances exempted from the backlog process were dealt with in the regular grievance process, which meant that they were likely to be heard earlier than many of the backlogged grievances. Mr. Healy contends that his grievances fell within the exemption relating to dismissal and therefore should not have been delayed pending the resolution of grievances raising recurring issues.

8 In its first decision, the Board held that the agreement between CUPW and Canada Post prioritizing the processing of pre-1992 grievances was a reasonable way to deal with the huge backlog problem and that CUPW's failure either to resolve Mr. Healy's grievances, or to schedule an arbitration hearing, did not constitute a breach of its duty of fair representation. The Board was not satisfied on the evidence that either Mr. Healy, or the president of his CUPW local, had pursued with regional or national CUPW representatives the contention that his grievances concerned dismissal and therefore should be dealt with through the regular process, not under the backlog agreement. However, the Board did express concern about CUPW's failure to communicate properly with Mr. Healy, and others no longer in active employment with Canada Post, on the handling of their grievances.

9 As for Mr. Healy himself, he had started work with Canada Post as a letter carrier in 1961, when he was 21 years of age. He had a heart attack in April 1986 and was off work for four months. He had further heart problems in the Fall of that year and returned to work in December. His health deteriorated again in June of 1989 and he was offered lighter duties in late September of that year, which he performed through the Christmas rush period.

10 After this temporary assignment ended, he applied in January 1990 to Health and Welfare Canada for a medical pension. His request was refused because his physician considered that he was fit for other gainful employment. In order to qualify, he would have had to provide proof that his health problems rendered him incapable of any kind of work.

11 Consequently, Mr. Healy asked Canada Post to accommodate his medical condition by assigning him to lighter duties. He was offered such a position which he rejected, on the ground that it required him to travel too far from his home. Canada Post took the position that no other lighter duties were available. Meanwhile, Mr. Healy remained at home, using up his sickness and annual leave credits. In June 1990, he filed a grievance alleging that Canada Post's offer did not constitute a reasonable accommodation of his medical condition, as required by the collective agreement.

12 Two months before Mr. Healy filed this grievance, and just after he had been turned down for a medical pension, Canada Post put to him a draft memorandum of agreement. It provided that he would be released from employment on the ground of ill health, and would reapply for a medical pension. If his application were successful, his release for ill health would be changed to retirement on medical grounds, with all the relevant benefits. In the event that Health and Welfare rejected Mr. Healy's application, and his release for ill health remained unchanged, the draft agreement provided that Canada Post would pay him \$30,000 as part of an enhanced severance package in accordance with the collective agreement. In consideration, Mr. Healy would release Canada Post from all liability arising from his employment or its termination. Mr. Healy refused to sign this document and the offer was withdrawn by Canada Post.

13 In October 1990, Mr. Healy retired from Canada Post with a medical pension, which was granted on the basis of an assessment by a doctor that his medical condition prevented him from undertaking employment duties of any kind. Mr. Healy had filed a second grievance in September alleging that the collective agreement entitled him to an enhanced severance package. The medical pension payable to Mr. Healy was smaller than the full retirement pension to which he would have been entitled if he had been able to continue in his employment with Canada Post until 1996.

14 CUPW referred his first grievance to arbitration in November 1990 and the second in December 1990. However, because of the backlog, and the fact that Mr. Healy's grievances did not fall within a priority category, no date had been fixed for them to be heard by an arbitrator when the Board reconsidered the first decision.

C. Issue and Analysis

Issue: Did the Board err when it reconsidered the first decision on the ground that new facts existed?

(i) *Legislative framework*

15 Section 18 of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, L-2, ("the Code") provides as follows:

18. The Board may review, rescind, amend, alter or vary any order or decision made by it, and may rehear any application before making an order in respect of the application.

18. Le Conseil peut réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances et réinstruire une demande avant de rendre une ordonnance à son sujet.

16 This broad discretion must be read in conjunction with section 44 of the *Canada Industrial Relations Board Regulations, 2001*, SOR/2001-520, which, in effect, codifies the Board's practice and sets out a non-exhaustive list of the circumstances in which an application shall be made to the Board to reconsider a previous decision. For the purpose of this application for judicial review, it is conceded that the relevant provision is paragraph 44(a), which provides as follows:

44. The circumstances under which an application shall be made to the Board exercising its power of reconsideration under section 18 of the Code include the following:
(a) the existence of facts that were not brought to the attention of the Board, that, had they been known before the Board rendered the decision or order under reconsideration, would likely have caused the Board to arrive at a different conclusion;

44. Les circonstances dans lesquelles une demande de réexamen peut être présentée au Conseil sur le fondement du pouvoir de réexamen que lui confère l'article 18 du Code comprennent les suivantes:
a) la survenance de faits nouveaux qui, s'ils avaient été portés à la connaissance du Conseil avant que celui-ci ne rende la décision ou l'ordonnance faisant l'objet d'un réexamen, l'auraient vraisemblablement amené à une conclusion différente;

17 Section 37 of the *Canada Labour Code* imposes a duty of fair representation on trades unions, which Mr. Healy alleges CUPW breached by the inordinate delays in resolving his grievances or in fixing a date when they would be heard by an arbitrator.

37. A trade union or representative of a trade union that is the bargaining agent for a bargaining unit shall not act in a manner that is arbitrary, discriminatory or in bad faith in the representation of any of the employees in the unit with respect to their rights under the collective agreement that is applicable to them.

37. Il est interdit au syndicat, ainsi qu'à ses représentants, d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi à l'égard des employés de l'unité de négociation dans l'exercice des droits reconnus à ceux-ci par la convention collective.

18 Judicial review of decisions of the Canada Industrial Relations Board is limited by the following provision of the Code:

22. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances ou les décisions du Conseil sont définitives et ne sont susceptibles de

the Federal Court Act on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

...

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part shall

(a) be questioned, reviewed, prohibited or restrained, or

(b) be made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, certiorari, prohibition, quo warranto or otherwise, on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.

contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a, b) ou e) de la Loi sur la Cour fédérale et dans le cadre de cette loi.

...

(2) Sauf exception prévue au paragraphe (1), l'action - décision, ordonnance ou procédure - du Conseil, dans la mesure où elle est censée s'exercer dans le cadre de la présente partie, ne peut, pour quelque motif, y compris celui de l'excès de pouvoir ou de l'incompétence à une étape quelconque de la procédure_:

a) être contestée, révisée, empêchée ou limitée;

b) faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de certiorari, de prohibition ou de quo warranto.

(ii) *Grounds of review*

19 CUPW alleges that the Board committed a reviewable error in reconsidering the first decision because each of the findings on which it based its decision to reconsider pursuant to paragraph 44(a) was made without any supporting evidence and flew in the face of the evidence before the Board.

20 As a result of the strong preclusive clause in section 22 of the Code, it is agreed that the Court may only review a decision of the Board on the grounds contained in paragraphs 18.1(4)(a), (b) and (e) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, of which only paragraphs (a) and (b) are relevant to this proceeding.

18.1(4) The Trial Division may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

18.1(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l'office fédéral, selon le cas_:

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

21 Thus, in order to succeed on the first issue, CUPW must satisfy the Court that the Board's decision to reconsider was beyond its jurisdiction or in breach of the rules of natural justice. In view of the particular error that CUPW alleges that the Board made in this part of its decision, it is relevant to note that a decision of the Board is not reviewable under the *Federal Court Act*, paragraph 18.1(4)(d), as a decision based on "an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it".

22 Nonetheless, the grounds of review set out in subsection 18.1(4) overlap to a degree. Thus, a decision based on a finding of fact that is supported by no evidence is liable to be set aside on the ground that it was made either without jurisdiction (*Keeprite Workers' Independent Union v. Keeprite Products Ltd.* (1980), 114 D.L.R. (3d) 162 (Ont. C.A.); *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476 (S.C.C.), 494-95) or, possibly, in breach of the rules of natural

justice (*R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner* (1964), [1965] 1 Q.B. 456 (Eng. C.A.), 488; *Minister for Immigration & Ethnic Affairs v. Pochi* (1980), 31 A.L.R. 666 (Australia Fed. Ct.), 689).

23 On closer examination, most of the allegations made by counsel for CUPW to impugn the Board's reconsideration decision are more accurately characterized as challenging the Board's application of paragraph 44(a) to the facts as it found them. However, since I have concluded that, in this case, essentially the same standard of review applies to both the Board's purely factual findings and its application of paragraph 44(a) to the facts as found, nothing of practical significance turns on which characterization is the more appropriate.

(iii) *Standard of review*

24 Counsel for CUPW submitted that the errors that the Board had made in its reconsideration decision as factual in nature, and that its decision should be set aside on the ground that it was based on a finding of material fact that was supported by no evidence and hence was not within the jurisdiction of the Board.

25 To the extent that the errors alleged are purely factual, it does not add anything useful to the analysis to specify the standard by which the tribunal's decision is to be reviewed. It has normally been assumed that, subject to the discretionary bars applicable to a reviewing court's grant of relief, once it has been established that a tribunal's decision was based on a material finding of fact supported by no evidence, the decision will be set aside. Unlike, for instance, review for error of law, review for jurisdictional excess because of no evidence is a ground of review that also contains its own standard of review.

26 In my opinion, however, most of the errors alleged by CUPW are better characterized as an attack on the Board's application of paragraph 44(a) of the Regulations to the facts as found, rather than on its purely factual findings. The dispute was, in the main, not over the reconsideration Board's findings of what information was before the Board when it made its first decision, but whether that information constituted "new facts" within the meaning of paragraph 44(a).

27 For the following reasons, on a pragmatic and functional analysis the Board's reconsideration decision may only be set aside on the ground that the Board misapplied paragraph 44(a) to the facts if its conclusion was patently unreasonable.

28 First, Parliament has enacted a strong privative clause restricting judicial review of the Board's decisions to jurisdictional errors, breach of the rules of natural justice, and fraud and perjury. Second, the Board is recognized as having extensive expertise in the regulation of labour relations. Third, the questions in dispute relate to the Board's findings of fact and drawing of factual inferences and, to the extent that the application of paragraph 44(a) to the facts found by the Board is in dispute, the issues involve questions of mixed law and fact. Moreover, judicial restraint is especially appropriate when, as here, the questions in issue are procedural or adjectival in nature: when may the Board exercise its broad statutory power to review its previous decisions? Fourth, the purpose of the Code is to foster harmonious labour relations and, to this end, to ensure the expeditious and effective disposition of disputes by a specialist Board. Fifth, the questions in dispute fall squarely within the area of the Board's expertise.

29 In any event, in *Varma v. Canada Post Corp.*, [2000] F.C.J. No. 187 (Fed. C.A.), this Court held that a decision of the Board not to reconsider a previous decision because there were no new facts within the meaning of paragraph 44(a) was reviewable for patent unreasonableness.

30 While the standards of review applicable to the Board's findings of pure fact and to the application of paragraph 44(a) are expressed in different words, in my view there is no material difference between them. It has already been held in this Court that the standard mandated by paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act* for the review of findings of fact by federal administrative tribunals is akin to patent unreasonableness: *Canadian Pasta Manufacturers' Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (Fed. C.A.) at para. 6. Since the common law ground of review for no evidence is no more demanding than the statutory ground of review ("perverse or capricious or without regard for the material before it"), it is of no practical consequence in this case whether the Board's errors are characterized as involving either the application of paragraph 44(a), and therefore questions of mixed fact and law, or findings of pure fact.

31 Finally, I should note that counsel for CUPW suggested, albeit with no great enthusiasm, that section 44 is "jurisdictional" in nature and that the Board's determination of whether the requirements of the section have been satisfied is therefore reviewable on a standard of correctness. In view of the conclusion that I have reached respecting the standard of review, on the basis of both a pragmatic and functional analysis, and the decision in *Varma*, I do not accept the argument that, since section 44 is "jurisdictional", the Board's decision is reviewable for correctness.

(iv) Analysis

32 The Board relied on four facts that appeared to it not to have been brought to the attention of the Canada Labour Relations Board when it made the first decision, and were thus not "new facts" for the purpose of paragraph 44(a). I shall deal with each in turn.

(a) CUPW's knowledge

33 First, "and most important in the view of the present panel" (at para. 35), was the fact that, at the time of the first decision, CUPW officials at the national and regional levels seem to have been unaware of Mr. Healy's contention that, since they related to dismissal, his grievances were excluded from the backlog process by the 1992 agreement between CUPW and Canada Post, which was made part of the collective agreement. However, since Mr. Healy first raised this point in October 1998 at the Board's hearing prior to the first decision, national and regional CUPW officials may not have known of it before then, but they had known of it for the four years leading up to the reconsideration proceeding.

34 Counsel for CUPW referred to an affidavit from one of its officials, Ken Bird, who stated that, after the Board's first decision, CUPW's counsel discussed the merits of the grievances with the lawyer then representing Mr. Healy. In its reconsideration decision, the Board stated (at para. 13) that Mr. Bird had "indicated that the union had chosen not to treat Mr. Healy's grievances differently from the other backlogged grievances" and noted (at para. 14) that he denied that Mr. Healy's grievances were related to a dismissal grievance.

35 In my view, the fact that CUPW officials had known for four years of Mr. Healy's contention that his grievances should be removed from the backlog process cannot be a new fact for the purpose of section 44 because, in itself, the existence of that knowledge could not have affected the result of the initial decision. It has no rational connection with whether the union had failed to represent Mr. Healy fairly.

36 CUPW's knowledge would be relevant only if the union had simply ignored Mr. Healy's contention that his grievances were wrongly included in the backlog, or had otherwise failed to take some appropriate responsive action. However, the evidence before the reconsideration Board was that the union had reviewed Mr. Healy's grievances; it had decided not to give them priority, and that they were not related to dismissal. Hence, the fact identified by the Board as "the most important" provides no support at all for its decision to reconsider pursuant to section 44.

(b) further passage of time

37 The Board also relied on the fact that a further four years had elapsed since the first decision, without the resolution of Mr. Healy's grievances or the fixing of a date for an arbitration hearing. CUPW responds to this by saying that it was clear to the Board from the evidence before it when it made its first decision that the backlog would not be cleared by 2002.

38 In October 1998, the evidence was that 80,000 grievances were still in the backlog and that CUPW was disposing of between 1,200 and 1,500 each month. Thus, clearing the backlog could take from about four and a half to five and a half years. Mr. Healy's grievances might be resolved at any time within that period but, because they had no priority, they would probably be addressed later rather than earlier within this time frame. Hence, when it made its first decision the Board must have contemplated that, even if it took four years to deal with Mr. Healy's grievances, CUPW would not be in breach of section 37. It will be recalled that the Board's reconsideration decision was rendered just under four years after the first decision.

39 I agree with counsel for CUPW that it is a clear inference from the reasons for the first decision that the Board was well aware that Mr. Healy's grievances might not be heard within four years. It acknowledged that it was not possible to say when they would be processed. Accordingly, since the Board realized in 1998 that Mr. Healy's grievances might well not be resolved by 2002, the possibility of a four years' delay had been brought to its attention and had not deterred it from concluding that CUPW was not in breach of section 37. It was thus patently unreasonable for the Board to conclude in its reconsideration decision that the delay since 1998 was a new fact for the purpose of paragraph 44(a).

(c) priority system and twelve years' delay

40 The Board stated in its reconsideration decision that, since twelve years had elapsed since Mr. Healy had filed his grievances, CUPW's method of selecting grievances for priority treatment, with unique or individual grievances like Mr. Healy's being deferred, could in itself be considered arbitrary and thus a breach of section 37.

41 Again, in view of the evidence before the Board in 1998 about the method of selecting grievances for processing, which had not changed by 2002, and the evidence of the length of time that it was estimated would be required to clear the backlog, there was nothing in the record capable of supporting the Board's conclusion that this was a fact which, if it had been before the Board when it made its first decision, would likely have led to a different result.

(d) impact of the delay on Mr. Healy

42 The fourth and final fact on which the Board relied (at para. 38) in its decision to reconsider was that CUPW had not given "sustained attention and consideration" to the resolution of Mr. Healy's grievances, despite his persistent efforts since 1998 and "the seriousness of his situation, his delicate health and the continuing impact of the failure to resolve his concerns about his situation".

43 In my view, it was inherent in the arrangements for prioritizing grievances, which were fully described to the Board when it made the first decision, that they were disadvantageous to Mr. Healy and others whose grievances involved individual issues that affected only them. In 1998 the Board was well aware of Mr. Healy's situation and of the fact that it could take as long as five and a half years to resolve his grievances or to schedule them for a hearing. I would note that the evidence before the Board in 2002 indicated that the backlog was likely to be cleared by the spring of 2005, which is consistent with the union's 1998 estimate.

44 In any event, the evidence of Mr. Bird before the reconsideration Board was that, following the 1998 decision and Mr. Healy's prompt request for a reconsideration, CUPW officials considered whether Mr. Healy's grievances should be taken out of turn and the union's lawyer had had discussions about the grievances with Mr. Healy's lawyer. The reasons of the reconsideration Board do not refer to evidence indicating that Mr. Healy's health had deteriorated between 1998 and 2002, although the length of time that it was taking to reach his grievances, and the lack of information from CUPW as to when an arbitration hearing was likely to be scheduled, were obviously very frustrating and must have caused him considerable anxiety. In any event, the Board's jurisprudence suggests that conduct does not amount to a breach of the union's duty of fair representation simply because it has serious adverse consequences for a member: *Mullin v. C.U.P.W.* (1991), 84 di 74 (Can. L.R.B.)(CLRB no. 852).

45 In my view, it was patently unreasonable for the Board to conclude that these facts concerning the delay, and its effect on Mr. Healy, were not before the Board when it made its first decision and, if they had been, would likely have caused it to reach a different result.

(v) Conclusion

46 A very high degree of judicial deference is due to the Board when making decisions within its area of expertise, particularly on matters that are procedural or factual in nature, or have a substantial factual component. Nonetheless, my examination of the record leads me to conclude that the reconsideration decision that the conditions prescribed in

paragraph 44(a) were satisfied was patently unreasonable: the decision was based either on an application of the provision that was patently unreasonable or on findings of fact for which there was no evidence before the Board.

47 The Board's reasons suggest to me that, as a result of its very understandable sympathy for Mr. Healy, it collapsed the two questions that it had to decide: first, could it embark on a review under section 18 of the Code, a matter governed by paragraph 44(a) and, second, if it could, was CUPW in breach of section 37? Since I have concluded that the Board should not have reconsidered the first decision, namely, that CUPW was not in breach of section 37, it is inappropriate to review the Board's subsequent conclusion that it was.

D. Conclusions

48 For these reasons, I would allow the application for judicial review, set aside the Board's reconsideration decision and restore the Board's first decision, namely that CUPW was not in breach of section 37. It is inappropriate in the circumstances of this case to remit the matter to the Board for redetermination.

49 The applicant did not seek costs and I would award none.

Linden J.A.:

I agree.

Pelletier J.A.:

I agree.

Application allowed.

TAB 8

The Board of Education for the City of Toronto *Appellant*

v.

Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 15 (Toronto), Owen Shime, Q.C., A. S. Merritt and L. A. Jones *Respondents*

INDEXED AS: TORONTO (CITY) BOARD OF EDUCATION v. O.S.S.T.F., DISTRICT 15

File No.: 24724.

1996: November 6; 1997: February 27.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Labour relations — Grievance arbitration — Judicial review — Standard of review — Teacher discharged by education board after writing abusive and threatening letters — Teacher filing grievance alleging that he had been disciplined without just cause — Majority of arbitration board ordering teacher's conditional reinstatement — Whether arbitration board's decision patently unreasonable.

B taught for the appellant Board of Education for nearly 20 years. Between 1981 and 1984, he applied for the position of Vice-Principal 39 times, but was not promoted. In 1984, he filed a complaint with the Ontario Human Rights Commission alleging that the Board's hiring practices systemically discriminated against persons of South Asian origin, but following lengthy hearings the board of inquiry appointed to decide the complaint found that his claim had not been made out. While the hearings were still continuing, B wrote a letter to the Board of Education containing a number of very disturbing accusations and what could be perceived as veiled threats to the lives of the Director of Education and others. As a result of these disquieting comments, B was asked to submit to an assessment by a psychiatrist, who found that there were no signs of mental illness and concluded that B had exhibited very bad judgment, but that he "would always limit his aggressive activities to words". It was his opinion that B was likely to continue

Le Conseil de l'éducation de la cité de Toronto *Appelant*

c.

Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, district 15 (Toronto), Owen Shime, c.r., A. S. Merritt et L. A. Jones *Intimés*

RÉPERTORIÉ: CONSEIL DE L'ÉDUCATION DE TORONTO (CITÉ) c. F.E.E.E.S.O., DISTRICT 15

N^o du greffe: 24724.

1996: 6 novembre; 1997: 27 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Relations de travail — Arbitrage de grief — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Enseignant congédié par le conseil de l'éducation après avoir écrit des lettres injurieuses et menaçantes — Dépôt par l'enseignant d'un grief invoquant l'application de mesures disciplinaires sans cause juste — Réintégration conditionnelle de l'enseignant ordonnée par le conseil d'arbitrage à la majorité — La décision du conseil d'arbitrage est-elle manifestement déraisonnable?

B a enseigné pour le Conseil de l'éducation appelant pendant presque 20 ans. Entre 1981 et 1984, il a postulé l'emploi de directeur adjoint à 39 reprises, mais il n'a pas été promu. En 1984, il a déposé une plainte auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, soutenant que les pratiques en matière d'embauche du Conseil de l'éducation créaient de la discrimination systémique à l'endroit des personnes d'origine sud-asiatique. Cependant, après de longues audiences, la commission d'enquête constituée pour trancher la plainte a conclu que l'allégation n'avait pas été prouvée. Pendant que se poursuivaient les audiences de la commission d'enquête, B a écrit au Conseil de l'éducation une lettre renfermant des accusations fort troublantes, et ce que l'on pourrait considérer comme des menaces de mort voilées contre le directeur de l'éducation et d'autres personnes. Par suite de ces remarques inquiétantes, on a demandé à B de se soumettre à une évaluation psychiatrique. Le psychiatre n'a décelé aucun signe

to "issue very strong verbal commentaries". B then wrote a second letter which was equally abusive, and more explicitly threatening than the first. Following a second assessment, the psychiatrist repeated his opinion that B was not likely to be physically violent, but that his verbal harassment would continue. A second opinion obtained from another psychiatrist and a personality assessment by a psychologist confirmed that no mental illness was present, and that B posed no danger of physical violence. The psychologist concluded that B would "continue to be a thorn in the side" of his employers. The Board discharged B "for reasons of unprofessional conduct, poor judgment, and attitudes which indicate he is no longer capable of fulfilling his duties as a Teacher under the Education Act and the Regulations". B filed a grievance alleging that he had been disciplined without just cause. Before the hearings were scheduled to begin, B wrote a third letter to the Board which, while less abusive and threatening than the earlier ones, continued to exhibit an all-consuming bitterness. A majority of the arbitration board determined that the employer's decision to dismiss B should be set aside. They ordered his conditional reinstatement, subject to stringent monitoring and summary dismissal if the previous conduct was repeated. The award was unanimously quashed by the Divisional Court on the basis that there was no evidence before the arbitrators which would support the grievor's conditional reinstatement. The Court of Appeal unanimously restored the arbitration award.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: Curial deference is of essential importance in the context of labour relations where the decision of the tribunal is protected by a broad privative clause, as is the case here. A decision as to whether there is "just cause" for discipline of an employee comes within the jurisdiction of an arbitration board, and therefore can only be set aside if it is patently unreasonable. At the time the letters were written, B certainly did not meet the standards of conduct set out in s. 264(1)(c) of the *Education Act*. The essen-

de maladie mentale et il a conclu que B avait fait montre d'un très mauvais jugement, mais qu'il «limiterait toujours ses manifestations d'agressivité à des paroles». Il était d'avis que B continuerait probablement à «faire des commentaires très virulents». B a rédigé une deuxième lettre tout aussi offensante et plus explicitement menaçante que la première. À la suite d'une deuxième évaluation, le psychiatre a réitéré son opinion qu'il était improbable que B ait recours à la violence physique, mais que son harcèlement verbal allait se poursuivre. Une deuxième opinion obtenue d'un autre psychiatre ainsi qu'une évaluation de la personnalité effectuée par une psychologue ont confirmé que B ne souffrait d'aucune maladie mentale et qu'il ne présentait aucun risque de violence physique. La psychologue a conclu que B «continuera d'être une source d'irritation constante» pour ses employeurs. Le Conseil de l'éducation a congédié B «parce qu'il ne s'est pas conduit de façon professionnelle, qu'il a fait preuve de mauvais jugement et qu'il a démontré une attitude indiquant qu'il n'est plus en mesure de s'acquitter de ses fonctions d'enseignant en vertu de la Loi sur l'éducation et de ses règlements d'application». B a déposé un grief, soutenant qu'on lui avait imposé des mesures disciplinaires sans cause juste. Avant la date fixée pour le début des audiences, B a écrit au Conseil de l'éducation une troisième lettre qui, même si elle était moins injurieuse et menaçante que les précédentes, témoignait-elle aussi d'une amertume dévorante. Le conseil d'arbitrage à la majorité a statué que la décision de l'employeur de congédier B devait être annulée, et il a ordonné sa réintégration, à certaines conditions, l'assujettissant à des mesures de surveillance rigoureuses et à un avertissement de congédiement sommaire en cas de récidive. À l'unanimité, la Cour divisionnaire a cassé cette décision pour le motif que les arbitres ne disposaient d'aucune preuve justifiant de réintégrer sous conditions l'auteur du grief. La Cour d'appel à l'unanimité a rétabli la décision arbitrale.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Il est d'une importance capitale, dans le contexte des relations du travail, de faire preuve de retenue judiciaire dans les cas où la décision du tribunal, comme celle en l'espèce, est protégée par une clause privative de large portée. La décision concernant la question de savoir s'il existe une «cause juste» de prendre des mesures disciplinaires contre un employé relève de la compétence d'un conseil d'arbitrage et ne peut, en conséquence, être annulée que si elle est manifestement

1997 CanLII 378 (SCC)

tial question before the arbitration board was whether the failure to meet these standards was temporary and whether discharge was appropriate. Since there is no doubt that B was guilty of misconduct, and the arbitrators clearly found that there was "just cause" for discipline, the only question was whether the disciplinary measure of dismissal was too harsh. The opinions expressed and the wording used in B's letters clearly constituted very significant if not extreme misconduct. The fact that the letters may have been written outside the hours of teaching duty cannot either excuse or alleviate the seriousness of the misconduct. It is essential that arbitrators recognize the sensitivity of the educational setting and ensure that a person who is clearly incapable of adequately fulfilling the duties of a teacher both inside and outside the classroom is not returned to the classroom.

The arbitration board's conclusion that B was capable of returning to the classroom was based solely on two key findings of fact: the finding that his unacceptable conduct was temporary because it could be attributed to the stress and frustration of the board of inquiry hearings, and the related finding that B was not beyond redemption. All the evidence before the board not only contradicted the inference made by the majority that his conduct was temporary but rather confirmed that it persisted. The overwhelming evidence that B's conduct was not temporary can be found in the assessments of the psychiatrists and the psychologist and in the third letter. While the third letter is to some extent "subsequent event evidence" since it was written after B's dismissal, it was a serious error for the arbitrators not to consider it. Furthermore, B did not demonstrate any remorse for his conduct, or any understanding of its effects on the recipients of the letters. The absence of any evidence to support the conclusion that B's misconduct was temporary renders the arbitrators' decision patently unreasonable.

Per L'Heureux-Dubé J.: Cory J.'s conclusion as regards the applicable standard of review is agreed with, even though the pragmatic and functional approach could very well support a standard closer to that of correctness in this case. The arbitration board failed to

déraisonnable. Au moment où les lettres ont été écrites, B ne respectait certainement pas les normes de conduite énoncées à l'al. 264(1)c) de la *Loi sur l'éducation*. Essentiellement, le conseil d'arbitrage devait déterminer si l'absence de respect de ces normes était temporaire et si le congédiement était une mesure appropriée. Puisqu'il ne fait aucun doute que B était coupable de la mauvaise conduite reprochée et que les arbitres ont clairement conclu à l'existence d'une «cause juste» justifiant les mesures disciplinaires, la seule question était de savoir si le congédiement était une mesure disciplinaire trop sévère. Le libellé des lettres de B et les opinions y exprimées constituaient une mauvaise conduite fort importante, voire extrême. Le fait que ces lettres ont pu être rédigées en dehors des heures d'enseignement ne saurait excuser ni atténuer la gravité de cette mauvaise conduite. Il est essentiel que les arbitres reconnaissent le caractère délicat du milieu scolaire et fassent en sorte qu'une personne qui est clairement incapable de s'acquitter adéquatement de ses fonctions d'enseignant, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des salles de cours, ne puisse y retourner.

La conclusion du conseil d'arbitrage que B était capable de retourner en salle de cours reposait uniquement sur deux constatations de fait fondamentales: la première était que sa conduite inacceptable était temporaire, étant donné qu'elle pouvait être attribuée au stress et à la frustration résultant des audiences de la commission d'enquête, et la deuxième — connexe à la première — était que B n'était pas irrécupérable. Non seulement les divers éléments de preuve dont disposait le conseil d'arbitrage contredisaient l'inférence de la majorité que la conduite de B était temporaire, mais au contraire ils confirmaient qu'elle persistait. La preuve accablante que la conduite de B n'était pas temporaire ressort en partie des rapports des psychiatres et de la psychologue, ainsi que de la troisième lettre. Bien que la troisième lettre soit, dans une certaine mesure, la «preuve d'événements subséquents», puisqu'elle a été rédigée après le congédiement de B, les arbitres ont commis une erreur grave en ne la prenant pas en considération. De plus, B n'a manifesté aucun remords à l'égard de sa conduite ni aucune compréhension des effets de celle-ci sur les destinataires des lettres. L'absence de preuve pour étayer la conclusion que la mauvaise conduite de B était temporaire rend la décision des arbitres manifestement déraisonnable.

Le juge L'Heureux-Dubé: La conclusion du juge Cory relativement à la norme de contrôle applicable est acceptée, même si l'analyse pragmatique et fonctionnelle pourrait fort bien appuyer, en l'espèce, une norme de contrôle se rapprochant davantage de celle de la déci-

address the initial question of whether or not the two letters constituted just cause for discharge, and instead went on to address the subsidiary question of whether the grievor was no longer capable of fulfilling his duties. Once it is found that the conduct in question is deserving of disciplinary action, the appropriate next question is whether the offence was serious enough to warrant discharge. The seriousness of a specific offence may vary depending on the particular occupational group or profession concerned, and on the circumstances and the consequences. In the case of teachers, while it is clear that not every kind of misconduct will be so grave as to warrant the strictest forms of discipline, in some cases a single offence can constitute just cause for discharge. The board should have asked whether the two letters were of a gravity such that the grievor's status as a role model was seriously prejudiced. Whether or not there is some chance that the grievor's effectiveness as a teacher may not have been completely destroyed is not the proper test to be applied in the circumstances of this case. Determination of "just cause" does not necessarily imply an automatic acceptance of the employee's seniority and service record as mitigating factors in all cases. Here the two offensive letters are of such gravity as to seriously prejudice the grievor's status as a role model, and therefore in themselves constitute just cause for discharge. Accordingly, the subsidiary question as to whether this kind of aberrant behaviour was temporary or permanent is irrelevant. Failure on the part of the arbitration board to formulate the questions properly, to address the primary legal issue, and to make the findings of just cause on the two letters *per se* was not merely incorrect, but was patently unreasonable.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Rela-*

sion correcte. Le conseil d'arbitrage a omis d'examiner la première question, celle de savoir si les deux lettres constituaient, en elles-mêmes, une cause juste, et il s'est plutôt posé la question subsidiaire de savoir si le plaignant n'était plus capable de s'acquitter de ses fonctions. Une fois qu'il est acquis que l'acte «justifie des mesures disciplinaires», la question suivante est de savoir si l'acte était suffisamment grave pour justifier un congédiement. La gravité d'une infraction donnée peut varier selon la profession ou le groupe de professions en cause, et selon les circonstances et les conséquences. Pour ce qui est des enseignants, même s'il est évident que ce ne sont pas tous les types de mauvaise conduite qui seront suffisamment graves pour justifier les mesures disciplinaires les plus sévères, une seule infraction peut, dans certains cas, constituer une cause juste de congédiement. Le conseil d'arbitrage aurait dû se demander si les deux lettres étaient d'une gravité telle que le statut de l'auteur du grief comme modèle de comportement était sérieusement compromis. La question de savoir s'il y a des chances que l'efficacité de l'auteur du grief comme enseignant n'ait pas été complètement détruite n'est pas le test approprié en l'espèce. Conclure à l'existence d'une «cause valable» n'emporte pas nécessairement acceptation d'emblée de l'ancienneté et des états de service d'un employé en tant que facteurs atténuants dans tous les cas. En l'espèce, les deux lettres offensantes sont d'une gravité telle qu'elles compromettent sérieusement le statut de l'auteur du grief comme modèle de comportement et constituent, en elles-mêmes, une cause juste de congédiement. En conséquence, la question subsidiaire de savoir si ce type de comportement aberrant était temporaire ou permanent n'est pas pertinente. Il était non seulement incorrect mais manifestement déraisonnable pour le conseil d'arbitrage de ne pas avoir formulé les bonnes questions, de ne pas avoir examiné la principale question de droit en litige et de ne pas avoir conclu à l'existence d'une cause juste fondée sur les deux lettres *per se*.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; *Blanchard c. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S.

tions Board), [1995] 1 S.C.R. 157; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Lester (W. W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Re Etobicoke Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 12* (1981), 2 L.A.C. (3d) 265; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171; *Re Wellington Board of Education and O.S.S.T.F.* (1991), 24 L.A.C. (4th) 110; *Board of Education for City of London and O.S.S.T.F., District 4*, October 7, 1986, unreported (Teplitzky), aff'd Ont. Ct. (Gen. Div.) (unreported endorsement); *Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances Arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Greenaway v. Seven Oaks School No. 10* (1990), 70 Man. R. (2d) 2, leave refused, [1991] 1 S.C.R. ix; *Kraychy v. Edmonton Public School District No. 7* (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 69.

Statutes and Regulations Cited

Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 264(1) [formerly s. 235(1)(c)].
School Boards and Teachers Collective Negotiations Act, R.S.O. 1990, c. S.2, s. 72.

Authors Cited

Stubbs, William. *The Constitutional History of England*, vol. I, 4th ed. Buffalo, N.Y.: W. S. Hein, 1987 (reprint).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 80 O.A.C. 153, allowing the respondent union's appeal from a decision of the Divisional Court (1991), 52 O.A.C. 8, 83 D.L.R.

316; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Lester (W. W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Re Etobicoke Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 12* (1981), 2 L.A.C. (3d) 265; *Ross c. Conseil scolaire du district N° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171; *Re Wellington Board of Education and O.S.S.T.F.* (1991), 24 L.A.C. (4th) 110; *Board of Education for City of London and O.S.S.T.F., District 4*, 7 octobre 1986, décision inédite (Teplitzky), conf. par C. div. Ont. (judgement manuscrit inédit); *Cie minière Québec Cartier c. Québec (Arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; *Ross c. Conseil scolaire du district N° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Greenaway c. Seven Oaks School No. 10* (1990), 70 Man. R. (2d) 2, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. ix; *Kraychy c. Edmonton Public School District No. 7* (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 69.

Lois et règlements cités

Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 264(1) [anciennement l'art. 235(1)(c)].
Loi sur la négociation collective entre conseils scolaires et enseignants, L.R.O. 1990, ch. S.2, art. 72.

Doctrine citée

Stubbs, William. *The Constitutional History of England*, vol. I, 4th ed. Buffalo, N.Y.: W. S. Hein, 1987 (reprint).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 80 O.A.C. 153, qui a accueilli l'appel du syndicat intimé contre une décision de la Cour divisionnaire (1991), 52 O.A.C. 8, 83

(4th) 552, quashing an arbitration award ordering the conditional reinstatement of the grievor. Appeal allowed.

Christopher G. Riggs, Q.C., Andrea F. Raso and Timothy P. Liznick, for the appellant.

Maurice A. Green and Margaret Correia, for the respondent Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 15 (Toronto).

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

CORY J. — The sole issue in this appeal is whether the Board of Arbitration made a patently unreasonable decision in ordering that Mr. Bhadauria be conditionally reinstated in his position as a teacher with the appellant Board of Education.

Factual Background

The facts must be set out in detail since they will determine the reasonableness of the Board's decision.

The grievor, Jagdish Bhadauria, taught for the appellant Board of Education for nearly 20 years. Between 1981 and 1984, he applied for the position of Vice-Principal 39 times. Although he was granted several interviews, he was not promoted. In 1984, he filed a complaint with the Ontario Human Rights Commission, alleging that the hiring practices of the appellant Board of Education systematically discriminated against persons of South Asian origin. Hearings before the Board of Inquiry appointed to decide the complaint were lengthy, extending from 1987 to 1990. In April 1990, the Board of Inquiry released its decision. Although it indicated that there were flaws in the

D.L.R. (4th) 552, qui avait cassé une décision arbitrale ordonnant la réintégration sous conditions de l'auteur du grief. Pourvoi accueilli.

Christopher G. Riggs, c.r., Andrea F. Raso et Timothy P. Liznick, pour l'appelant.

Maurice A. Green et Margaret Correia, pour l'intimée la Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, district 15 (Toronto).

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE CORY — La seule question en litige dans le présent pourvoi consiste à déterminer si le conseil d'arbitrage a commis une erreur manifestement déraisonnable en ordonnant que M. Bhadauria soit réintégré, sous conditions, dans son poste d'enseignant auprès du Conseil de l'éducation appellant.

Le contexte factuel

Il convient d'exposer les faits en détail, car ils permettront de déterminer le caractère raisonnable de la décision du conseil d'arbitrage.

Le plaignant, Jagdish Bhadauria, a enseigné pour le Conseil de l'éducation appellant pendant presque 20 ans. Entre 1981 et 1984, il a postulé l'emploi de directeur adjoint à 39 reprises. Bien qu'il ait été convoqué plusieurs fois à une entrevue, il n'a jamais été promu. En 1984, il a déposé une plainte auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, soutenant que les pratiques en matière d'embauche du Conseil de l'éducation appellant créaient de la discrimination systématique à l'endroit des personnes d'origine sud-asiatique. Les audiences de la commission d'enquête constituée pour trancher la plainte ont été longues, débutant en 1987 et se terminant en 1990. La commission d'enquête a rendu sa décision en avril 1990. Bien qu'elle ait indiqué que le processus d'embauche comportait des lacunes, la commission d'enquête a conclu que l'allégation de dis-

hiring process, it found that Mr. Bhadauria's claim of systemic discrimination had not been made out.

On October 17, 1989, while the hearings before the Board of Inquiry were still continuing, Mr. Bhadauria wrote a letter to Dr. E. M. McKeown, the outgoing Director of Education for the appellant Board of Education. A copy of the letter was sent to the Chairman of the Board of Education, the trustees of the Board of Education and "Concerned Political Leaders". The letter described the Board of Education as "the Reichstag of racial persecution". It contained a number of very disturbing accusations directed at Dr. McKeown and other management personnel, including the following:

A condemned Jewish person would have received more mercy from Hitler than I got from you. You know that Idi Amin or Pinochet never murdered anyone personally, nor did Noriega sold [*sic*] drugs himself. The dirty work of these tyrants was done by their hatchet-men. From the evidence that exists, I have every reason to believe that you never counselled the gang of rogues and rascals including Hayes, Banks, Choma, Sissons, Snell, and others, let alone reprimand them for their atrocities.

If I were to compare sadist Sissons, Hayes, Choma, Snell, Banks and others to world-class oppressors, I would place their deeds above the atrocities of Idi Amin, Pinochet, and Marcos, and at a level comparable to that of Hitler and Stalin, both of whom exterminated the dissenters ruthlessly.

Under your guidance and leadership, the board has built up a huge propaganda machinery that has been very effective in convincing the world that Toronto Board is a pioneer in race relations. Even Goebbels would not have been as successful in performing this feat.

The same letter contained what could be perceived as veiled threats to the lives of Dr.

crimination systémique formulée par M. Bhadauria n'avait pas été prouvée.

Le 17 octobre 1989, pendant que se poursuivaient les audiences de la commission d'enquête, M. Bhadauria a écrit une lettre à M. E. M. McKeown, directeur de l'éducation sortant du Conseil de l'éducation appelant. Une copie de cette lettre a été envoyée au président du Conseil de l'éducation, ainsi qu'aux commissaires d'école du Conseil de l'éducation et aux [TRADUCTION] «dirigeants politiques concernés». Dans cette lettre, le Conseil de l'éducation était qualifié de [TRADUCTION] «Reichstag de la persécution raciale». La lettre renfermait un certain nombre d'accusations fort troublantes visant M. McKeown et d'autres membres de la direction, notamment les accusations suivantes:

[TRADUCTION] Une personne juive condamnée aurait eu droit à plus de clémence de la part d'Hitler que vous ne m'en avez témoignée. Vous savez bien qu'Idi Amin ou que Pinochet n'ont jamais tué qui que ce soit de leurs propres mains, et que Noriega n'a jamais vendu de drogues personnellement. Le sale travail de ces tyrans était exécuté par leurs hommes de main. Selon la preuve existante, j'ai toutes les raisons de croire que vous n'avez jamais conseillé cette bande de crapules et de vauriens, notamment Hayes, Banks, Choma, Sissons, Snell, et que vous les avez encore moins réprimandés pour leurs atrocités.

Si je devais comparer le sadisme de Sissons, Hayes, Choma, Snell, Banks et autres à celui d'opresseurs de calibre international, je dirais que leurs actes surpassent les atrocités d'Idi Amin, de Pinochet et de Marcos, et qu'ils sont comparables à ceux d'Hitler et de Staline, qui exterminaient sans pitié les dissidents.

Sous votre gouverne et votre direction, le conseil a mis sur pied une vaste machine de propagande qui a très bien su convaincre le monde entier que le Conseil de l'éducation de Toronto est un pionnier en matière de relations raciales. Même Goebbels n'aurait pas eu autant de succès.

Cette lettre contenait également des propos qui pourraient être perçus comme des menaces voilées

McKeown and others that were phrased in this way:

Another newspaper article that I have enclosed for your attention relates to human behaviour when the limit of tolerance is reached. It is entitled, "Disgruntled Employee kills 7, wounds 13."

This and many more incidents of similar nature that are reported from time to time simply point out the fragility of human tolerance. Based on my extensive experience in human suffering, I can safely predict that such an incident will happen at the board. But at that time it would be too late to rationalize the motives of the assailant.

As a result of these disquieting comments, Mr. Bhadauria was asked to submit to a psychiatric assessment. It was conducted by Dr. A. I. Malcolm at the end of October 1989. He found that there were no signs of mental illness. Dr. Malcolm concluded that Mr. Bhadauria had exhibited very bad judgment, but that he "would always limit his aggressive activities to words". It was his opinion that Mr. Bhadauria was likely to continue to "issue very strong verbal commentaries in diverse media".

On December 15, 1989, Mr. Bhadauria wrote a second letter which was equally abusive, and more explicitly threatening than the first. He referred to the "Montreal Massacre" of 14 women which had recently occurred, identified himself with the victims, and expressed grief over its occurrence. He wrote:

Having overcome the grief, I became extremely disappointed that the massacre occurred in Montreal but not at 155 College Street, the Canadian epicentre for racial bigotry and tokenism. I wish that Lapine [*sic*] should have lined up you and your crony superintendents, including Snell, Hayes, Sissons, Banks, Choma, and other co-conspirators, against the wall and shot all of you. That would have been the most satisfying day of my life. I can assure you that I would not have shed a tear at [the] untimely and gruesome demise of all of you.

de mort contre M. McKeown et d'autres personnes. Ces propos étaient formulés ainsi:

[TRADUCTION] Dans un autre article de journal que vous trouverez ci-joint, à titre d'information, il est question du comportement humain lorsque le seuil de tolérance est atteint. Cet article s'intitule: «Disgruntled Employee kills 7, wounds 13».

Cet incident et de nombreux autres de nature similaires rapportés à l'occasion font tout simplement ressortir la fragilité de la tolérance humaine. Si je me fonde sur ma vaste expérience de la souffrance humaine, je peux sans risque prédire qu'un tel incident se produira au sein du conseil. Mais il sera alors trop tard pour essayer de comprendre les motifs de l'agresseur.

Par suite de ces remarques inquiétantes, on a demandé à M. Bhadauria de se soumettre à une évaluation psychiatrique qui a été effectuée à la fin d'octobre 1989 par le Dr A. I. Malcolm. Ce dernier n'a décelé aucun signe de maladie mentale. Le Dr Malcolm a conclu que M. Bhadauria avait fait montre d'un très mauvais jugement, mais qu'il [TRADUCTION] «limiterait toujours ses manifestations d'agressivité à des paroles». Il était d'avis que M. Bhadauria continuerait probablement à [TRADUCTION] «faire des commentaires très virulents dans divers médias».

Le 15 décembre 1989, M. Bhadauria a rédigé une deuxième lettre tout aussi offensante et plus explicitement menaçante que la première. Il parlait du récent [TRADUCTION] «massacre à Montréal» de 14 femmes; il s'identifiait aux victimes et exprimait son chagrin relativement à l'événement. Il a écrit ceci:

[TRADUCTION] Une fois surmontée la douleur, je suis devenu extrêmement déçu que le massacre se soit produit à Montréal et non au 155 de la rue College, l'épicentre de l'ouverture raciale symbolique et de l'intolérance raciale au Canada. J'aurais aimé que Lapine (*sic*) vous aligne contre le mur, vous et vos laquais de directeurs, dont Snell, Hayes, Sissons, Banks, Choma et autres complices, et vous descende tous. Cela aurait été la journée la plus gratifiante de ma vie. Je puis vous assurer que je n'aurais pas versé une larme sur votre disparition violente et prématurée.

For eight years, Count Dracula-Hayes and the draconian gang under your guidance sucked my blood and turned me into an emotionless human stone for whom the massacre of all or some of the gang would be a just and acceptable revenge.

He referred to the effect of the perceived discrimination against him on his personality and his teaching ability:

I was one of the most competent, caring, and kind teachers until the scoundrel superintendents began their heinous atrocities against me. Eight years of continual persecution has transformed me into a blood-thirsty and revengeful devil. The persecution has totally destroyed my teaching ability, my memory, and my gentleness.

The conclusion of the letter was extremely disturbing. He wrote:

This is the Christmas Season, a season filled with joy, happiness, and understanding. For me, I have suffered ten agony-filled Christmas seasons. Lépine should have changed all this. May be [*sic*] somebody else will at some time in the future.

Now that you are leaving the board, I will make sure that you never forget what you and your gang did to me. It is not a threat, but a promise that as long as you live, I will haunt you and remind you at every Christmas that you were the funeral director of my career. For you there will be no escaping from this yearly reminder.

Not surprisingly, after the second letter, Mr. Bhadauria was again asked to submit to a psychiatric assessment. Dr. Malcolm saw him at the end of December 1989. In his second report, Dr. Malcolm noted that he did not believe Mr. Bhadauria's claim that he had not intended to frighten Dr. McKeown or the others mentioned in the letter. Dr. Malcolm was of the opinion that "the whole purpose of the letter was to engender uncertainty and fear in the minds of the retiring director and other members of the Board". Nonetheless, he remained of the view that Mr. Bhadauria was not likely to be violent, and that although his harassment would continue, it would be verbal in nature. However, he was concerned with his conclusion

Pendant huit ans, le Comte Dracula Hayes et la bande de sbires sous votre direction ont sucé mon sang et ont fait de moi un être de marbre, dépourvu de sentiments, pour qui le massacre de l'ensemble ou de certains des membres de votre bande serait une revanche juste et acceptable.

Dans sa lettre, il fait allusion à l'incidence, sur sa personnalité et sa capacité d'enseigner, de la discrimination dont il se sent victime:

[TRADUCTION] J'étais l'un des enseignants les plus compétents, les plus dévoués et les plus affables jusqu'à ce que ces crapules de directeurs commencent leurs haineuses atrocités à mon endroit. Huit années de persécution continue m'ont transformé en démon assoiffé de sang et de vengeance. Cette persécution a totalement détruit ma capacité d'enseigner, ma mémoire et ma gentillesse.

La conclusion de sa lettre était extrêmement troublante. Voici ce qu'il a dit:

[TRADUCTION] C'est le temps de Noël, période remplie de joie, de bonheur et de compréhension. En ce qui me concerne, j'ai vécu dix périodes de Noël remplies de douleurs. Lépine aurait dû changer cela. Peut-être quelqu'un d'autre le fera-t-il dans l'avenir.

Maintenant que vous quittez le conseil, je vais m'assurer que vous n'oublierez jamais ce que vous et votre bande m'avez fait. Ce n'est pas une menace, mais une promesse que je vais vous hanter jusqu'à la fin de vos jours et vous rappeler à chaque Noël que vous avez présidé à l'enterrement de ma carrière. Vous ne pourrez jamais échapper à ce rappel annuel.

Il n'est pas étonnant, après cette deuxième lettre, que l'on ait de nouveau demandé à M. Bhadauria de se soumettre à une évaluation psychiatrique. Le Dr Malcolm l'a vu à la fin de décembre 1989. Dans son deuxième rapport, le Dr Malcolm a indiqué qu'il ne croyait pas M. Bhadauria lorsqu'il affirmait qu'il n'avait pas eu l'intention d'effrayer M. McKeown ou les autres personnes mentionnées dans la lettre. Le Dr Malcolm était d'avis que [TRADUCTION] «l'objet général de la lettre était de semer l'incertitude et la crainte dans l'esprit du directeur sortant et des autres membres du conseil». Néanmoins, il demeurait d'avis qu'il était improbable que M. Bhadauria ait recours à la violence, et que, quoiqu'il poursuivrait son harcèle-

and recommended that a second opinion be obtained from another psychiatrist and that a personality assessment be made by a psychologist.

11 Mr. Bhadauria was evaluated by Dr. Ruth Bray, a psychologist, in January 1990. Her conclusions were that he had no conscious intention to cause physical harm to those he had mentioned in the letter. She expressed some concerns about his personality "adjustment" but thought that it would not be productive to recommend therapy or counselling. She then concluded that "Mr. Bhadauria will continue to be a thorn in the side of those whom he perceives as either taking advantage of minorities or not giving them their due". She agreed that there was no identifiable mental illness.

12 Subsequently, Mr. Bhadauria saw a psychiatrist, Dr. G. A. da Costa. His report confirmed that no mental illness was present, and that Mr. Bhadauria posed no danger of physical violence.

13 On January 25, 1990, after both letters had been received, the Board of Education discharged Mr. Bhadauria. The reasons for this decision were set out in a letter to him from Ms. Joan Green who was then the Director of Education. It stated:

Further to my letter dated January 18, 1990 I wish to advise that the Board, at its regular meeting on January 25, 1990, approved the following recommendations:

(a) That Jagdish Bhadauria, a permanent Teacher assigned to West Toronto Secondary School, be suspended with pay, effective January 2, 1990;

(b) That the Board terminate the permanent contract of Jagdish Bhadauria, effective August 31, 1990;

(c) That Jagdish Bhadauria be advised, in writing, that his permanent contract is terminated for reasons of unprofessional conduct, poor judgment, and attitudes which indicate he is no longer capable of fulfil-

ment, ce serait verbalement. Cependant, il était préoccupé par la conclusion de la lettre et il a recommandé qu'on consulte un autre psychiatre et que l'on fasse procéder une évaluation de la personnalité par un psychologue.

En janvier 1990, le Dr Ruth Bray, une psychologue, a évalué M. Bhadauria. Elle a conclu qu'il n'avait aucune intention consciente de causer un préjudice physique aux personnes qu'il avait mentionnées dans la lettre. Elle a exprimé certaines préoccupations relativement à l'«adaptation» de sa personnalité, mais a estimé qu'il ne serait pas productif de recommander une thérapie ou du counselling. Elle a ensuite conclu en disant que [TRADUCTION] «M. Bhadauria continuera d'être une source d'irritation constante pour ceux qui, dans son esprit, profitent des minorités ou ne leur accordent pas ce qui leur revient». Elle était d'accord qu'il ne souffrait d'aucune maladie mentale identifiable.

Par la suite, M. Bhadauria a rencontré un psychiatre, le Dr G. A. da Costa. Dans son rapport, ce dernier a confirmé que M. Bhadauria ne souffrait d'aucune maladie mentale et qu'il ne présentait aucun risque de violence physique.

Le 25 janvier 1990, après la réception des deux lettres, le Conseil de l'éducation a congédié M. Bhadauria. Les motifs de cette décision étaient exposés dans une lettre qui lui a été envoyée par Mme Joan Green, directrice de l'éducation à cette date, et dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Pour faire suite à ma lettre en date du 18 janvier 1990, je désire vous informer que, à sa réunion ordinaire du 25 janvier 1990, le Conseil a approuvé les recommandations suivantes:

a) que Jagdish Bhadauria, enseignant permanent affecté à l'école secondaire de West Toronto, soit suspendu avec traitement à compter du 2 janvier 1990;

b) que le Conseil mette fin au contrat d'emploi permanent de Jagdish Bhadauria à compter du 31 août 1990;

c) que Jagdish Bhadauria soit informé par écrit que son contrat d'emploi permanent est résilié parce qu'il ne s'est pas conduit de façon professionnelle, qu'il a fait preuve de mauvais jugement et qu'il a démontré

ling his duties as a Teacher under the Education Act and the Regulations. . . .

On February 16, 1990, Mr. Bhadauria filed a grievance under the governing collective agreement alleging that he had been disciplined without just cause. The matter was heard by a tripartite Board of Arbitration in October 1990. On August 25, 1990, before the hearings of the Board of Arbitration were scheduled to begin, Mr. Bhadauria wrote a third letter to the Board of Education. The letter began:

In spite of the advice of my counsels [*sic*] to refrain from writing any letters to the board's administrators, I am unable to curb my natural urge of putting my thoughts on paper and sending them to the concerned parties on this occasion.

Although the letter was less abusive and threatening than the earlier ones, it continued to exhibit an all-consuming bitterness. Mr. Bhadauria expressed anger at his dismissal, and accused the Board of Education of lawlessness. Comparisons were made between the Board of Education and oppressive regimes such as those in South Africa and Russia. He compared his dismissal to "the punishment meted out by the late tyrant Ayatollah Khomeini to Salman Rushdie".

When the grievance was heard, two members of the Arbitration Board determined that the employer's decision to dismiss Mr. Bhadauria should be set aside. They ordered his conditional reinstatement, subject to stringent monitoring and summary dismissal if the previous conduct was repeated. The dissenting member would have upheld the dismissal.

The appellant Board of Education sought judicial review of the award in the Divisional Court alleging that jurisdictional and patently unreasonable errors had been made by the arbitrators. The award was unanimously quashed by the Divisional Court on the basis that there was no evidence before the arbitrators which would support the

une attitude indiquant qu'il n'est plus en mesure de s'acquitter de ses fonctions d'enseignant en vertu de la Loi sur l'éducation et de ses règlements d'application. . . .

Le 16 février 1990, M. Bhadauria a déposé un grief en vertu de la convention collective applicable, soutenant qu'on lui avait imposé des mesures disciplinaires sans cause juste. L'affaire a été entendue par un conseil d'arbitrage tripartite en octobre 1990. Le 25 août 1990, avant la date fixée pour le début des audiences du conseil d'arbitrage, M. Bhadauria a écrit au Conseil de l'éducation une troisième lettre, qui commençait ainsi:

[TRADUCTION] Bien que mes avocats m'aient conseillé de m'abstenir d'écrire quelque lettre aux administrateurs du conseil, je ne puis refréner mon désir naturel de coucher mes pensées sur papier et de les transmettre aux parties concernées à ce moment-ci.

Même si cette lettre était moins injurieuse et menaçante que les précédentes, elle témoignait aussi d'une amertume dévorante. Monsieur Bhadauria y exprimait sa colère relativement à son congédiement et accusait le Conseil de l'éducation de faire fi de la loi. Il faisait des comparaisons entre le Conseil de l'éducation et des régimes oppressifs comme ceux d'Afrique du Sud et de Russie. Il a comparé son congédiement à [TRADUCTION] «la peine infligée à Salman Rushdie par le défunt tyran Ayatollah Khomeini».

Au terme de l'audition du grief, deux des membres du conseil d'arbitrage ont statué que la décision de l'employeur de congédier M. Bhadauria devait être annulée. Ils ont ordonné sa réintégration, à certaines conditions, l'assujettissant à des mesures de surveillance rigoureuses et à un avertissement de congédiement sommaire en cas de récidive. Le membre dissident aurait confirmé le congédiement.

Le Conseil de l'éducation appelant a demandé le contrôle judiciaire de cette décision à la Cour divisionnaire, soutenant que les arbitres avaient commis des erreurs de compétence et des erreurs manifestement déraisonnables. À l'unanimité, la Cour divisionnaire a annulé la décision pour le motif que les arbitres ne disposaient d'aucune preuve justi-

conditional reinstatement of the grievor: (1991), 52 O.A.C. 8, 83 D.L.R. (4th) 552. The respondent union appealed this finding to the Ontario Court of Appeal, which unanimously restored the arbitration award: (1995), 80 O.A.C. 153.

Applicable Legislation

The high professional standards that teachers are required to meet are set out in the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, particularly s. 264(1), which provides:

264. (1) It is the duty of a teacher and a temporary teacher,

- (a) to teach diligently and faithfully the classes or subjects assigned to the teacher by the principal;
- (b) to encourage the pupils in the pursuit of learning;
- (c) to inculcate by precept and example respect for religion and the principles of Judaeo-Christian morality and the highest regard for truth, justice, loyalty, love of country, humanity, benevolence, sobriety, industry, frugality, purity, temperance and all other virtues;

The relationship of the parties is governed by a collective agreement, which sets out the procedure for settling grievances arising during its term. The following provisions of the agreement are relevant:

- 1.4.11.0.0. . . . The arbitrator or the arbitration board shall hear and determine the grievance, shall issue a decision and the decision shall be final and binding on the parties. . . .
- 1.4.21.0.0. A Teacher may be disciplined only for just cause.
- 1.4.22.0.0. If a grievance concerns the discipline of a Teacher, including disciplinary dismissal, or discharge for incompetence, or just cause, the arbitration board may confirm the decision of the Board or reinstate the Teacher with or without full compensation or otherwise modify the penalty.

The collective agreement in turn is governed by the *School Boards and Teachers Collective Negotiations Act*, R.S.O. 1990, c. S.2, which provides a

fiant la réintégration sous conditions de l'auteur du grief: (1991), 52 O.A.C. 8, 83 D.L.R. (4th) 552. Le syndicat intimé a interjeté appel de cette décision à la Cour d'appel de l'Ontario, qui, à l'unanimité, a rétabli la décision arbitrale: (1995), 80 O.A.C. 153.

Les dispositions législatives applicables

Les normes professionnelles élevées auxquelles doivent se conformer les enseignants sont énoncées dans la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, plus particulièrement à son par. 264(1), qui prévoit notamment ce qui suit:

264. (1) L'enseignant, même temporaire, exerce les fonctions suivantes:

- a) enseigner avec application et loyauté aux classes que lui assigne le directeur d'école, et enseigner ainsi les matières que lui assigne celui-ci;
- b) encourager les élèves à poursuivre leur apprentissage;
- c) inculquer, par les préceptes et l'exemple, le respect de la religion et les principes de la morale judéo-chrétienne et la plus haute considération pour la vérité, la justice, la loyauté, le patriotisme, l'humanité, la bienveillance, la sobriété, le zèle, la frugalité, la pureté, la modération et toutes les autres vertus;

Les rapports entre les parties sont régies par une convention collective qui établit la procédure de règlement des griefs présentés pendant sa durée. En voici certaines dispositions pertinentes:

[TRADUCTION]

- 1.4.11.0.0. . . . L'arbitre ou le conseil d'arbitrage entend et tranche tout grief, rend une décision finale et exécutoire pour les parties. . . .
- 1.4.21.0.0. Un enseignant ne peut faire l'objet de mesures disciplinaires que pour une cause juste.
- 1.4.22.0.0. Si un grief porte sur une mesure disciplinaire infligée à un enseignant, y compris un renvoi disciplinaire, ou un congédiement pour incompetence, ou cause juste, le conseil d'arbitrage peut soit confirmer la décision du conseil, soit réintégrer l'enseignant dans son poste avec ou sans indemnité complète, ou encore modifier la sanction infligée.

Quant à la convention collective, elle est régie par la *Loi sur la négociation collective entre conseils scolaires et enseignants*, L.R.O. 1990, ch. S.2,

complete code governing collective bargaining relationships for teachers in Ontario. All collective agreements covered by the Act must contain a clause for the submission of disputes to arbitration for final and binding resolution. The decisions of the arbitrators are protected by a strong privative clause, set out in s. 72:

72. Except in respect of section 51, no decision, order, determination, direction, declaration or ruling of the Commission, a fact finder, an arbitrator or board of arbitration, a selector or the Ontario Labour Relations Board shall be questioned or reviewed in any court, and no order shall be made or process entered, or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, declaratory judgment, certiorari, mandamus, prohibition, quo warranto, application for judicial review or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Commission, fact finder, arbitrator or board of arbitration, selector or the Ontario Labour Relations Board or the proceedings of any of them.

Decisions Below

Board of Arbitration

Owen B. Shime, Q.C. (Chairperson) and L. A. Jones (Nominee for the Federation)

The majority of the Board of Arbitration noted first that the decision made by the Board of Inquiry in Mr. Bhadauria's claim for systemic discrimination constituted agreed facts between the parties. The arbitrators were therefore able to take note of the Board of Inquiry's extensive findings relating to the earlier excellent teaching record of Mr. Bhadauria. However, the majority also took into account the Board of Inquiry's observation that the failure to receive a promotion had detrimentally affected him. This was demonstrated in part by his discontinuance of all extra-curricular school activities, by his separation from his wife and by his seeking treatment from a psychiatrist.

The majority referred only to the first two letters written by Mr. Bhadauria. They considered as well the reports of the various medical professionals who evaluated Mr. Bhadauria after these letters

qui établit un code exhaustif en vue de la négociation des conventions collectives des enseignants en Ontario. Toutes les conventions collectives visées par la Loi doivent contenir une disposition prévoyant le règlement définitif des différends par arbitrage. Les décisions des arbitres sont protégées par une clause privative solide, énoncée à l'art. 72:

72 Sauf en ce qui concerne l'article 51, sont irrecevables devant un tribunal les requêtes en contestation ou en révision des décisions, ordres, ordonnances, directives ou déclarations de la Commission, d'un enquêteur, d'un arbitre ou d'un conseil d'arbitrage, d'un arbitre des dernières offres ou de la Commission des relations de travail de l'Ontario. Sont également irrecevables les instances visant la contestation, la révision, la limitation ou l'interdiction de leurs activités, par voie notamment d'injonction, de jugement déclaratoire, de brefs de *certiorari*, *mandamus*, prohibition ou *quo warranto* ou de requête en révision judiciaire. Aucun tribunal ne rend une ordonnance donnant suite à une telle instance.

Les décisions des juridictions inférieures

Le conseil d'arbitrage

Owen B. Shime, c.r., (président) et L. A. Jones (représentant désigné de la Fédération)

Les membres de la majorité du conseil d'arbitrage ont tout d'abord souligné que la décision rendue par la commission d'enquête sur l'allégation de discrimination systémique formulée par M. Bhadauria faisait partie des faits dont convenaient les parties. Les arbitres ont donc pu prendre note des constatations exhaustives de la commission d'enquête au sujet de l'excellent dossier professionnel de M. Bhadauria jusque là. Cependant, les membres de la majorité ont aussi tenu compte de l'observation de la commission d'enquête que l'absence de promotion avait eu un effet négatif sur ce dernier, situation dont témoignait en partie le fait qu'il avait cessé toute activité parascolaire, qu'il s'était séparé de son épouse et qu'il avait consulté un psychiatre.

Les membres de la majorité n'ont fait état que des deux premières lettres de M. Bhadauria. Ils ont aussi pris en considération les rapports des divers professionnels de la santé qui ont évalué

were written. They specifically accepted the evidence of Ms. Joan Green, the current Director of Education, who was of the opinion that the grievor was not fit to teach. Further, they stated that they were not prepared to accept Mr. Bhadauria's testimony.

M. Bhadauria après qu'il ait rédigé ces deux lettres. Ils ont spécifiquement accepté le témoignage de Mme Joan Green, directrice de l'éducation, qui était d'avis que l'auteur du grief n'était pas apte à enseigner. De plus, ils ont mentionné qu'ils n'étaient pas disposés à accepter le témoignage de M. Bhadauria.

23

Nonetheless, the majority was of the view that the length of the proceedings before the Board of Inquiry, Mr. Bhadauria's disappointment and frustration at his failure to receive a promotion, and the resulting stress caused him to lose perspective. They then concluded that since the proceedings before the Board of Inquiry were no longer hanging over the grievor's head, that "there is a good chance that the grievor will return to a calmer state". Further, the majority held that:

Néanmoins, les membres de la majorité ont dit être d'avis que M. Bhadauria avait perdu tout sens des proportions en raison de la durée des procédures de la commission d'enquête, de la déception et de la frustration provoquées par l'absence de promotion et du stress en résultant. Ils ont ensuite conclu qu'il [TRADUCTION] «y a[vait] de bonnes chances que l'auteur du grief redevienne plus calme», puisque les procédures de la commission d'enquête étaient maintenant chose du passé. Les membres de la majorité sont aussi arrivés à la conclusion suivante:

It is a reasonable inference from the evidence that the grievor's aberrant conduct took place at a time of great stress and that it was conduct which was temporary and not likely to be repeated in the future.

[TRADUCTION] Il est raisonnable d'inférer, à la lumière de la preuve, que la conduite aberrante de l'auteur du grief est survenue au cours d'une période de grand stress, que cette conduite était temporaire et qu'elle ne devrait pas se reproduire dans l'avenir.

24

In light of the grievor's long history of teaching and his excellent reputation, the majority concluded that dismissal was too harsh a penalty. They observed that although the letters were threatening, demonstrated a lack of judgment, and "portrayed a person who ought not to be in the classroom", these factors had to be balanced against the grievor's lengthy service and seniority. The majority were therefore of the view that "the grievor is not beyond redemption", and "there is some chance that the grievor's effectiveness as a teacher may not have been completely destroyed". As a result, the penalty of dismissal was overturned. Mr. Bhadauria was reinstated, subject to stringent conditions, including a suspension without pay, monitoring of his teaching for two years, and summary dismissal if he repeated his misconduct.

Vu les longs états de service de l'auteur du grief dans l'enseignement et son excellente réputation, les membres de la majorité ont conclu que son congédiement était une sanction trop sévère. Ils ont souligné que même si les lettres étaient menaçantes, témoignaient d'un manque de jugement et [TRADUCTION] «révélaient une personne qui ne devrait pas être en salle de cours», ces facteurs devaient être examinés en regard des longs états de service et de l'ancienneté de l'auteur du grief. En conséquence, les membres de la majorité ont dit être d'avis que [TRADUCTION] «l'auteur du grief n'[était] pas irrécupérable», et «qu'il y a[vait] des chances que l'efficacité de l'auteur du grief comme enseignant n'ait pas été complètement détruite». La sanction — en l'occurrence le congédiement — a en conséquence été annulée. Monsieur Bhadauria a été réintégré, sous réserve de conditions strictes, dont une suspension sans traitement, des mesures de surveillance de ses activités d'enseignement pendant deux ans et un avertissement de congédiement sommaire en cas de récidive.

A. S. Merritt (Nominee for the Board) (dissenting)

Mr. Merritt stressed the extreme, cruel and vitriolic nature of the letters. He emphasized the grievor's own description of himself as a "revengeful beast" and questioned the ability of such a person to teach children. In his opinion, the timing of the letters demonstrated a striking lack of judgment in that they jeopardized the human rights hearing that the grievor believed would vindicate his claims.

A significant factor for Mr. Merritt was the failure of the grievor to show any remorse or contrition for writing the letters, either before or during the arbitration hearings. Mr. Bhadauria's only expressions of regret appeared to relate to the fact that his actions had placed his livelihood at risk. Further, Mr. Bhadauria had admitted in cross-examination that the views expressed in the letters were not appropriate for a person responsible for teaching young people.

The dissenting member was also of the view that the evidence did not show that the grievor's feelings were temporary in nature or that they were momentary aberrations. Rather, he believed that the contrary was demonstrated when the grievor wrote the third letter following his dismissal.

Mr. Merritt considered the professional standards for teachers embodied in s. 264(1)(c) of the *Education Act* (formerly s. 235(1)(c)). Although he recognized that these standards establish goals rather than absolute requirements, they nonetheless reflect the fact that parents entrust their children to teachers *in loco parentis*, and require them to lead by example. He expressed concern that the anger, bitterness and hatred expressed in the letters would emerge in subtle ways in the classroom. As a result, he was unable to agree "with the great leap of faith which one must take to agree to his

A. S. Merritt (représentant désigné du Conseil) (dissident)

Monsieur Merritt a fait état du caractère extrême, cruel et vitriolique des lettres en question. Il a souligné que le plaignant se décrivait lui-même comme une [TRADUCTION] «bête assoiffée de vengeance», il a mis en doute la capacité d'une telle personne d'enseigner à des enfants. À son avis, le moment auquel avaient été écrites ces lettres témoignait d'un manque de jugement flagrant, en ce qu'elles compromettaient l'audience sur les droits de la personne qui, estimait l'auteur du grief, lui permettrait de prouver le bien-fondé de ses prétentions.

Un facteur important pour M. Merritt était le fait que le plaignant n'avait affiché aucun remords d'avoir écrit ces lettres, que ce soit avant ou pendant la procédure d'arbitrage. Les seules expressions de regret de M. Bhadauria semblaient se rapporter au fait que ses actes avaient mis en péril son gagne-pain. Qui plus est, au cours du contre-interrogatoire, M. Bhadauria avait admis que les vues exprimées dans les lettres étaient inconvenantes de la part d'une personne chargée d'enseigner à des jeunes.

Le membre dissident était aussi d'avis que la preuve ne démontrait pas que les sentiments du plaignant étaient temporaires ou constituaient des aberrations momentanées. Il estimait plutôt que le contraire avait été démontré lorsque le plaignant avait rédigé la troisième lettre à la suite de son congédiement.

Monsieur Merritt a examiné les normes professionnelles applicables aux enseignants, qui sont énoncées à l'al. 264(1)c) de la *Loi sur l'éducation* (anciennement l'al. 235(1)c)). Même s'il a reconnu que ces normes établissent des objectifs plutôt que des exigences absolues, il a néanmoins affirmé qu'elles traduisent le fait que les parents confient leurs enfants aux enseignants, pour que ceux-ci agissent en leur lieu et place, et qu'ils exigent d'eux qu'ils donnent l'exemple. Monsieur Merritt a dit craindre que la colère, l'amertume et la haine exprimées dans les lettres ne transpirent de façon

reinstatement". He would have upheld the employer's dismissal of the grievor.

Divisional Court

29 Steele J., writing for the court, examined the applicable law and concluded that the arbitration board had the jurisdiction to overturn the dismissal of the grievor and substitute a different penalty. The only question was whether the decision to do so was patently unreasonable.

30 Steele J. canvassed the evidence that formed the basis for the arbitral award, and concluded (at p. 12 O.A.C.) that there "was no evidence to support the temporary nature of the conduct. In fact the evidence was non-existent or entirely to the contrary." He noted that the arbitrators gave no credence to Mr. Bhadauria's own testimony. As well the evidence as to the grievor's good reputation ended in 1984, and the grievor himself indicated that his personality changed in that year. Further, the grievor showed no remorse, and the psychiatric evidence indicated that his conduct was likely to continue.

31 He observed that if there was evidence on which the Board of Arbitration could conclude that the grievor was fit to teach at the time of the hearing, then it would have been open to the arbitrators to exercise their discretion as to whether the grievor would be allowed to do so. However, since the letters demonstrated that he was not fit to teach, and there was no evidence to indicate that this was temporary, the substitution of the penalty by the arbitrators could not be upheld. Steele J. therefore quashed the award.

subtile dans la salle de cours. En conséquence, il n'a pu accepter [TRADUCTION] «le grand acte de foi qui doit être fait pour convenir de sa réintégration». Il aurait confirmé le congédiement de l'auteur du grief par l'employeur.

La Cour divisionnaire

Le juge Steele, s'exprimant au nom de la cour, a examiné le droit applicable et conclu que le conseil d'arbitrage avait compétence pour annuler le congédiement de l'auteur du grief et lui substituer une sanction différente. La seule question était de savoir si la décision de le faire était manifestement déraisonnable.

Le juge Steele a étudié soigneusement la preuve constituant le fondement de la décision arbitrale et il a conclu (à la p. 12 O.A.C.) qu'il n'y avait [TRADUCTION] «aucun élément de preuve étayant le caractère temporaire de la conduite. En fait, il n'y en avait pas ou ceux qui existaient étaient entièrement à l'effet contraire.» Le juge a fait remarquer que les arbitres n'avaient pas ajouté foi au témoignage de M. Bhadauria. De plus, la preuve de la bonne réputation de l'auteur du grief s'arrêtait à 1984, et ce dernier a lui-même indiqué que sa personnalité avait changé au cours de l'année en question. Qui plus est, l'auteur du grief n'a affiché aucun remords, et la preuve psychiatrique indiquait qu'il allait vraisemblablement continuer de se conduire de cette façon.

Le juge Steele a mentionné qu'il aurait été loisible au conseil d'arbitrage, s'il y avait eu des éléments de preuve permettant de conclure que l'auteur du grief était apte à enseigner à l'époque de l'audience, d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider si celui-ci devait être autorisé à le faire. Cependant, comme les lettres démontraient que le plaignant n'était pas apte à enseigner et qu'il n'existait aucune preuve indiquant que cette inaptitude était temporaire, le remplacement de la sanction par les arbitres ne pouvait être confirmé. Le juge Steele a en conséquence annulé la décision arbitrale.

Ontario Court of Appeal

The appeal from this decision was allowed by the Court of Appeal on the basis that “in applying the ‘patently unreasonable’ test, the Divisional Court permitted itself to review the merits to a greater extent than is appropriate under the definition of ‘patently unreasonable’ stipulated by the Supreme Court of Canada” (p. 154). The court determined that although a reviewing court might not agree with the arbitrators’ conclusion, it was not patently unreasonable. The order of the majority of the Board of Arbitration was therefore restored.

Issues

The sole issue to be decided on this appeal is whether the decision of the Board of Arbitration to overturn the employer’s dismissal of the grievor is patently unreasonable.

Analysis*Duty of Deference Owed to All Administrative Tribunals*

At the outset, it should be stressed that no new principle of law arises in this appeal. Rather, it must be resolved by the application of established principles. A brief review of the applicable principles may be of assistance. In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, Iacobucci J., on behalf of the Court, considered the degree of judicial deference owed to the various categories of administrative tribunals. He described the position that should be adopted by courts in this way at pp. 589-90:

There exist various standards of review with respect to the myriad of administrative agencies that exist in our country. The central question in ascertaining the standard of review is to determine the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tribunal. In answering this question, the courts have looked at

La Cour d’appel de l’Ontario

La Cour d’appel a accueilli l’appel de la décision de la Cour divisionnaire pour le motif que, [TRADUCTION] «dans l’application du critère de la décision «manifestement déraisonnable», la Cour divisionnaire s’était permis d’examiner le fond de l’affaire d’une manière plus approfondie qu’il ne convient de le faire selon la définition de l’expression «manifestement déraisonnable» formulée par la Cour suprême du Canada» (p. 154). La Cour d’appel a statué que, même s’il était possible qu’un tribunal siégeant en révision ne souscrive pas à la conclusion des arbitres, celle-ci n’était pas manifestement déraisonnable. Elle a en conséquence rétabli l’ordonnance des membres de la majorité du conseil d’arbitrage.

La question en litige

La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la décision du conseil d’arbitrage d’annuler le congédiement de l’auteur du grief par l’employeur est manifestement déraisonnable.

L’analyse*L’obligation de retenue envers les tribunaux administratifs*

Au départ, il convient de souligner que le présent pourvoi ne soulève aucun nouveau principe de droit. Il doit plutôt être tranché par application des principes reconnus. Il pourrait être utile de revoir brièvement ces principes. Dans *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de notre Cour, a examiné le degré de retenue judiciaire dont il faut faire preuve envers les diverses catégories de tribunaux administratifs. Il a décrit ainsi la position que les tribunaux devraient adopter, aux pp. 589 et 590:

Il existe diverses normes de contrôle applicables à la myriade d’organismes administratifs qui existent au Canada. Dans l’examen de la norme de contrôle applicable, il faut avant tout déterminer quelle était l’intention du législateur lorsqu’il a conféré compétence au tribunal administratif. Pour répondre à cette question, les

various factors. Included in the analysis is an examination of the tribunal's role or function. Also crucial is whether or not the agency's decisions are protected by a privative clause. Finally, of fundamental importance, is whether or not the question goes to the jurisdiction of the tribunal involved.

Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness. Courts have also enunciated a principle of deference that applies not just to the facts as found by the tribunal, but also to the legal questions before the tribunal in the light of its role and expertise. At the reasonableness end of the spectrum, where deference is at its highest, are those cases where a tribunal protected by a true privative clause is deciding a matter within its jurisdiction and where there is no statutory right of appeal. . . .

At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal's jurisdiction (jurisdictional error) or where there is a statutory right of appeal which allows the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal and where the tribunal has no greater expertise than the court on the issue in question, as for example in the area of human rights.

Very High Degree of Deference Owed to Labour Arbitration Boards

Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada, [1993] 1 S.C.R. 941 (PSAC No. 2), emphasized the essential importance of curial deference in the context of labour relations where the decision of the tribunal, like the Board of Arbitration in the instant appeal, is protected by a broad privative clause. There are a great many reasons why curial deference must be observed in such decisions. The field of labour relations is sensitive and volatile. It is essential that there be a means of providing speedy decisions by experts in the field who are sensitive to the situation, and

tribunaux ont examiné divers facteurs, dont le rôle ou la fonction du tribunal. Il est également essentiel de savoir si les décisions de l'organisme sont protégées par une clause privative. Enfin, il est d'une importance fondamentale de savoir si la question touche la compétence du tribunal concerné.

Compte tenu du grand nombre de facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte. Les tribunaux ont également formulé un principe de retenue judiciaire qui s'applique à l'égard non seulement des faits constatés par le tribunal, mais aussi des questions de droit dont le tribunal est saisi en raison de son rôle et de son expertise. À une extrémité de la gamme, où la norme du caractère raisonnable de la décision appelle le plus haut degré de retenue, ce sont les cas où un tribunal protégé par une véritable clause privative rend une décision relevant de sa compétence et où il n'existe aucun droit d'appel prévu par la loi. . . .

À l'autre extrémité de la gamme, où la norme de la décision correcte requiert le moins de retenue relativement aux questions juridiques, ce sont les cas où les questions en litige portent sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) ou encore les cas où la loi prévoit un droit d'appel qui permet au tribunal siégeant en révision de substituer son opinion à celle du tribunal, et où le tribunal ne possède pas une expertise plus grande que la cour de justice sur la question soulevée, par exemple dans le domaine des droits de la personne.

Le très haut degré de retenue envers les tribunaux d'arbitrage en matière de relations du travail

L'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 (AFPC n° 2), a fait ressortir qu'il est d'une importance capitale, dans le contexte des relations du travail, de faire preuve de retenue judiciaire dans les cas où la décision du tribunal, comme celle du conseil d'arbitrage en l'espèce, est protégée par une clause privative de large portée. Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire dans ces cas. Le domaine des relations de travail est délicat et explosif. Il est essentiel de disposer d'un moyen de pourvoir à la prise de décisions rapides, par des experts du domaine sensibles à la situation,

which can be considered by both sides to be final and binding.

In particular, it has been held that the whole purpose of a system of grievance arbitration is to secure prompt, final and binding settlement of disputes arising out of the interpretation or application of collective agreements and the disciplinary actions taken by an employer. This is a basic requirement for peace in industrial relations which is important to the parties and to society as a whole. See for example *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, at p. 781; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 489, per Lamer J. (as he then was).

It was for these reasons that *PSAC No. 2* stressed that decisions of labour relations tribunals acting within their jurisdiction can only be set aside if they are patently unreasonable. That is very properly an extremely high standard, and there must not be any retreat from this position. Anything else would give rise to the endless protraction of labour disputes resulting in unrest and discontent. Indeed the principle of judicial deference is no more than the recognition by courts that legislators have determined that members of an arbitration board with their experience and expert knowledge should be those who resolve labour disputes arising under a collective agreement.

Jurisdiction of Arbitration Boards to Determine "Just Cause" and the Propriety of the Disciplinary Action of the Employer

A decision as to whether there is "just cause" for discipline of an employee comes within the jurisdiction of an arbitration board, and therefore can only be set aside if it is patently unreasonable. See the reasons of Beetz J. (for the majority) and the separate concurring reasons of Lamer J. in *Blanchard*, *supra*, at pp. 479 and 491-92.

décisions qui peuvent être considérées définitives par les deux parties.

De façon plus particulière, il a été jugé que le but de l'arbitrage des griefs est d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends concernant l'interprétation ou l'application d'une convention collective, ainsi que les mesures disciplinaires prises par les employeurs. Il s'agit d'une exigence fondamentale de la paix dans le domaine des relations industrielles, paix qui est importante pour les parties et l'ensemble de la société. Voir, par exemple, *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768, à la p. 781; *Blanchard c. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 R.C.S. 476, à la p. 489, le juge Lamer (maintenant Juge en chef).

C'est pour ces motifs que, dans l'arrêt *AFPC n° 2*, il a été souligné que les décisions prises par les tribunaux administratifs en matière de relations de travail, dans les limites de leur compétence, ne peuvent être annulées que si elles sont manifestement déraisonnables. Il s'agit d'une norme qui est à juste titre extrêmement exigeante, et elle ne doit pas être atténuée. Le faire entraînerait des conflits de travail interminables, qui seraient source d'agitation et d'insatisfaction. De fait, le principe de la retenue judiciaire n'est rien d'autre que la reconnaissance, par les cours de justice, du fait que les législateurs ont décidé que les conflits de travail découlant d'une convention collective devraient être réglés par un conseil d'arbitrage formé de membres possédant de l'expérience et des connaissances spécialisées en la matière.

La compétence des conseils d'arbitrage de statuer sur l'existence d'une «cause juste» et le bien-fondé des mesures disciplinaires prises par l'employeur

La décision concernant la question de savoir s'il existe une «cause juste» de prendre des mesures disciplinaires contre un employé relève de la compétence d'un conseil d'arbitrage et ne peut, en conséquence, être annulée que si elle est manifestement déraisonnable. Voir les motifs du juge Beetz (au nom de la majorité) ainsi que les motifs concordants du juge Lamer dans l'arrêt *Blanchard*, précité, aux pp. 479, 491 et 492.

36

1997 CanLII 378 (SCC)

37

38

39

In this case, the only unique aspect of the assessment of “just cause” and the determination of the appropriate penalty is that the arbitrators were required to interpret a provision of the *Education Act*. Section 264(1) of that Act sets out the standards of conduct for teachers. It is against the background of these provisions that the concept of “just cause” in the collective agreement must be considered. It has been held on several occasions that the expert skill and knowledge which an arbitration board exercises in interpreting a collective agreement does not usually extend to the interpretation of “outside” legislation. The findings of a board pertaining to the interpretation of a statute or the common law are generally reviewable on a correctness standard. See *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at pp. 336-37. An exception to this rule may occur where the external statute is intimately connected with the mandate of the tribunal and is encountered frequently as a result. See *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at p. 187, per Iacobucci J.

40

However, the resolution of this appeal does not require a determination as to whether the arbitrators hearing Mr. Bhadauria’s grievance were required to be correct in deciding whether the grievor’s misconduct breached the standards of conduct set out in s. 264(1)(c) of the *Education Act*. This is so since both the appellant and the respondent union agree, correctly in my view, that at the time that the letters were written, Mr. Bhadauria certainly did not exhibit the characteristics statutorily required of a person who is responsible for teaching young people. The essential question before the Board was whether the failure to meet these standards was temporary and whether discharge was appropriate. These issues were within the jurisdiction of the Board. Thus their decision can only be set aside if it was patently unreasonable.

En l’espèce, le seul aspect particulier de l’examen de la «cause juste» et de la détermination de la sanction appropriée est que les arbitres ont dû interpréter une disposition de la *Loi sur l’éducation*. Le paragraphe 264(1) de la Loi énonce les normes de conduite qui doivent respecter les enseignants. C’est contre la toile de fond établie par ces dispositions que doit être examiné le concept de «cause juste» dans la convention collective. Il a été statué à plusieurs reprises que les connaissances et l’expertise que possède un conseil d’arbitrage en matière d’interprétation d’une convention collective ne s’étendent habituellement pas à l’interprétation de mesures législatives extrinsèques. Les conclusions d’un conseil sur l’interprétation d’une loi ou de la common law peuvent généralement faire l’objet d’un examen selon la norme de la décision correcte. Voir *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, aux pp. 336 et 337. Il peut y avoir dérogation à cette règle dans des cas où la loi est intimement liée au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l’examiner. Voir *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, à la p. 187, le juge Iacobucci.

Cependant, il n’est pas nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de déterminer si les arbitres saisis du grief de M. Bhadauria étaient tenus de rendre une décision correcte lorsqu’ils ont décidé si la mauvaise conduite de l’auteur du grief violait les normes de conduite énoncées à l’al. 264(1)c) de la *Loi sur l’éducation*. Il en est ainsi parce que l’appelant et le syndicat intimé conviennent, à juste titre à mon avis, qu’au moment où les lettres ont été écrites, M. Bhadauria ne montrait certes pas les qualités que la loi exige d’une personne chargée d’enseigner à des jeunes. Essentiellement, le conseil d’arbitrage devait déterminer si l’absence de respect de ces normes était temporaire et si le congédiement était une mesure appropriée. Ces questions relevaient de la compétence du conseil d’arbitrage. En conséquence, sa décision ne peut être annulée que si elle est manifestement déraisonnable.

What Constitutes a Patently Unreasonable Decision?

A number of decisions of this Court have considered the circumstances which will give rise to a finding that a decision of an administrative body is patently unreasonable. The test has been articulated somewhat differently for findings of fact and findings of law.

Where a tribunal is interpreting a legislative provision, the test is:

... was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

See *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237.

A slight variation of this test applies to arbitrators interpreting a collective agreement. In those circumstances, a court will not intervene "so long as the words of that agreement have not been given an interpretation which those words cannot reasonably bear": *Bradco, supra*, at p. 341.

It has been held that a finding based on "no evidence" is patently unreasonable. However, it is clear that a court should not intervene where the evidence is simply insufficient. As Estey J., dissenting in part, noted in *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245, at p. 277:

... a decision without any evidence whatever in support is reviewable as being arbitrary; but on the other hand, insufficiency of evidence in the sense of appellate review is not jurisdictional, and while it may at one time have amounted to an error reviewable on the face of the record, in present day law and practice such error falls within the operational area of the statutory board, is included in the cryptic statement that the board has the right to be wrong within its jurisdiction, and hence is free from judicial review.

En quoi consiste une décision manifestement déraisonnable?

Dans un certain nombre d'arrêts, notre Cour a examiné les circonstances qui amènent à conclure que la décision d'un organisme administratif est manifestement déraisonnable. Ce critère a été formulé quelque peu différemment selon qu'il s'agit de conclusions de fait ou de conclusions de droit.

Lorsqu'un tribunal interprète une disposition législative, le critère applicable est le suivant:

... l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

Voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la p. 237.

Le critère varie légèrement dans le cas des arbitres interprétant une convention collective. Dans de telles circonstances, une cour de justice n'interviendra pas «dans la mesure où les termes de celle-ci [la convention collective] n'ont pas été interprétés d'une façon inacceptable»: *Bradco*, précité, à la p. 341.

Il a été jugé qu'une conclusion ne reposant sur «aucune preuve» est manifestement déraisonnable. Cependant, il est clair que la cour ne devrait pas intervenir lorsque la preuve est simplement insuffisante. Comme l'a affirmé le juge Estey, dissident en partie, dans *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, à la p. 277:

... une décision qui ne serait étayée par aucune preuve pourrait être révisée parce qu'elle est arbitraire; cependant, l'insuffisance de la preuve au sens donné à cette expression en matière d'appel ne comporte pas un excès de compétence et, bien qu'à une certaine époque elle ait pu équivaloir à une erreur de droit apparente à la lecture du dossier, le droit et la pratique actuels considèrent qu'une telle erreur fait partie du domaine opérationnel d'un conseil établi en vertu d'une loi, ce que traduit l'énoncé sibyllin suivant lequel le conseil a le privilège de se tromper dans les limites de sa compétence, et son erreur n'est donc pas soumise au contrôle judiciaire.

45 When a court is reviewing a tribunal's findings of fact or the inferences made on the basis of the evidence, it can only intervene "where the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact": *Lester (W. W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 669 per McLachlin J.

46 All these tests are strict: see *Blanchard, supra*, at p. 481 per Beetz J. and at p. 493 per Lamer J. In *PSAC No. 2, supra*, it was put in this way at pp. 963-64:

It is said that it is difficult to know what "patently unreasonable" means. What is patently unreasonable to one judge may be eminently reasonable to another. Yet any test can only be defined by words, the building blocks of all reasons. Obviously, the patently unreasonable test sets a high standard of review. In the Shorter Oxford English Dictionary "patently", an adverb, is defined as "openly, evidently, clearly". "Unreasonable" is defined as "[n]ot having the faculty of reason; irrational. . . . Not acting in accordance with reason or good sense". Thus, based on the dictionary definition of the words "patently unreasonable", it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction. This is clearly a very strict test.

Yet courts also have a duty to protect parties from a decision which is patently unreasonable.

The Review of the Record

47 In order to decide whether a decision of an administrative tribunal is patently unreasonable, a court may examine the record to determine the basis for the challenged findings of fact or law made by the tribunal. As Gonthier J., writing for the majority in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1370, observed "[i]n some cases, the unrea-

Lorsqu'une cour de justice contrôle les conclusions de fait d'un tribunal administratif ou les inférences qu'il a tirées de la preuve, elle ne peut intervenir que «lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal»: *Lester (W. W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, à la p. 669, le juge McLachlin.

Tous ces critères sont stricts: voir *Blanchard*, précité, à la p. 481, le juge Beetz, et à la p. 493, le juge Lamer. Dans *AFPC n° 2*, précité, la description suivante a été donnée aux pp. 963 et 964:

Le sens de l'expression «manifestement déraisonnable», fait-on valoir, est difficile à cerner. Ce qui est manifestement déraisonnable pour un juge peut paraître éminemment raisonnable pour un autre. Pourtant, pour définir un critère nous ne disposons que de mots, qui forment, eux, les éléments de base de tous les motifs. Le critère du caractère manifestement déraisonnable représente, de toute évidence, une norme de contrôle sévère. Dans le Grand Larousse de la langue française, l'adjectif manifeste est ainsi défini: «Se dit d'une chose que l'on ne peut contester, qui est tout à fait évidente». On y trouve pour le terme déraisonnable la définition suivante: «Qui n'est pas conforme à la raison; qui est contraire au bon sens». Eu égard donc à ces définitions des mots «manifeste» et «déraisonnable», il appert que si la décision qu'a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n'est pas clairement irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu'il y a eu perte de compétence. Visiblement, il s'agit là d'un critère très strict.

Néanmoins, les cours de justice ont également le devoir de protéger les parties contre une décision qui est manifestement déraisonnable.

L'examen du dossier

Pour déterminer si la décision d'un tribunal administratif est manifestement déraisonnable, une cour de justice peut examiner le dossier afin de découvrir le fondement des conclusions de fait ou de droit qu'a tirées le tribunal et qui sont contestées. Comme a fait observer le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la majorité dans *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importa-*

sonableness of a decision may be apparent without detailed examination of the record. In others, it may be no less unreasonable but this can only be understood upon an in-depth analysis." In *Lester*, *supra*, this Court conducted a review of the record to determine if there was any evidence which could reasonably support a particular factual finding made by a labour relations board.

Therefore, in those circumstances where the arbitral findings in issue are based upon inferences made from the evidence, it is necessary for a reviewing court to examine the evidence that formed the basis for the inference. I would stress that this is not to say that a court should weigh the evidence as if the matter were before it for the first time. It must be remembered that even if a court disagrees with the way in which the tribunal has weighed the evidence and reached its conclusions, it can only substitute its opinion for that of the tribunal where the evidence viewed reasonably is incapable of supporting the tribunal's findings.

Application of these Principles to the Case at Bar

Finding of "Just Cause" for Discipline

The first step in any inquiry as to whether an employee has been dismissed for "just cause" is to ask whether the employee is actually responsible for the misconduct alleged by the employer. The second step is to assess whether the misconduct gives rise to just cause for discipline. The final step is to determine whether the disciplinary measures selected by the employer are appropriate in light of the misconduct and the other relevant circumstances. See *Heustis*, *supra*, at p. 772.

There is no doubt that Mr. Bhadauria was guilty of misconduct. Furthermore, the arbitrators clearly found that there was "just cause" for discipline.

tions), [1990] 2 R.C.S. 1324, à la p. 1370, «[d]ans certains cas, le caractère déraisonnable d'une décision peut ressortir sans qu'il soit nécessaire d'examiner en détail le dossier. Dans d'autres cas, il se peut qu'elle ne soit pas moins déraisonnable mais que cela ne puisse être constaté qu'après une analyse en profondeur.» Dans *Lester*, précité, notre Cour a examiné le dossier pour déterminer s'il existait quelque élément de preuve pouvant raisonnablement étayer une conclusion de fait particulière tirée par une commission des relations du travail.

En conséquence, dans les cas où les conclusions arbitrales en litige reposent sur des inférences tirées de la preuve, il est nécessaire que la cour de justice qui contrôle la décision examine cette preuve. Je précise que cela ne veut pas dire que la cour doit apprécier la preuve comme si elle avait été saisie de la question en premier lieu. Il faut se rappeler que, même si la cour de justice n'est pas d'accord avec la façon dont le tribunal administratif a apprécié la preuve et tiré ses conclusions, c'est uniquement dans le cas où la preuve, appréciée raisonnablement, est incapable d'étayer les conclusions du tribunal que la cour peut substituer son opinion à celle du tribunal.

L'application des principes à l'espèce

Conclure à l'existence d'une «cause juste» justifiant les mesures disciplinaires

La première étape de tout examen de la question de savoir si un employé a été congédié pour une «cause juste» consiste à se demander si l'employé est effectivement responsable de la mauvaise conduite que lui reproche l'employeur. La deuxième étape est de déterminer si la mauvaise conduite constitue une cause juste justifiant les mesures disciplinaires. La dernière étape consiste à décider si les mesures disciplinaires choisies par l'employeur sont appropriées compte tenu de la mauvaise conduite et des autres circonstances pertinentes. Voir *Heustis*, précité, à la p. 772.

Il ne fait aucun doute que M. Bhadauria était coupable de la mauvaise conduite reprochée. Qui plus est, les arbitres ont clairement conclu à

The only question was whether the disciplinary measure of dismissal was too harsh.

l'existence d'une «cause juste» justifiant les mesures disciplinaires. La seule question était de savoir si le congédiement était une mesure disciplinaire trop sévère.

51

The standards of conduct that everyone agrees were breached by Mr. Bhaduria are set out in s. 264(1)(c) of the *Education Act*. It may be helpful to set out that section once again:

Les normes de conduite qui, comme tous l'ont reconnu, ont été violées par M. Bhaduria sont énoncées à l'al. 264(1)c) de la *Loi sur l'éducation*. Il est utile de les reproduire à nouveau:

264. (1) It is the duty of a teacher and a temporary teacher,

264. (1) L'enseignant, même temporaire, exerce les fonctions suivantes:

- (a) to teach diligently and faithfully the classes or subjects assigned to the teacher by the principal;
- (b) to encourage the pupils in the pursuit of learning;
- (c) to inculcate by precept and example respect for religion and the principles of Judaeo-Christian morality and the highest regard for truth, justice, loyalty, love of country, humanity, benevolence, sobriety, industry, frugality, purity, temperance and all other virtues;

- a) enseigner avec application et loyauté aux classes que lui assigne le directeur d'école, et enseigner ainsi les matières que lui assigne celui-ci;
- b) encourager les élèves à poursuivre leur apprentissage;
- c) inculquer, par les préceptes et l'exemple, le respect de la religion et les principes de la morale judéo-chrétienne et la plus haute considération pour la vérité, la justice, la loyauté, le patriotisme, l'humanité, la bienveillance, la sobriété, le zèle, la frugalité, la pureté, la modération et toutes les autres vertus;

1997 CanLII 376 (SCC)

52

The language is that of another era. The requirements it sets for teachers reflect the ideal and not the minimal standard. They are so idealistically high that even the most conscientious, earnest and diligent teacher could not meet all of them at all times. Angels might comply but not mere mortals. It follows that every breach of the section cannot be considered to infringe upon the values that are essential to the make-up of a good teacher. However, the section does indicate that teachers are very properly expected to maintain a higher standard of conduct than other employees because they occupy such an extremely important position in society. The function of the section was aptly described in *Re Etobicoke Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 12* (1981), 2 L.A.C. (3d) 265, at p. 271, in these words:

Le langage de cette disposition appartient à une autre époque. Les exigences qu'il fixe aux enseignants reflètent un idéal et non une norme minimale. Elles sont si idéalement élevées que même l'enseignant le plus consciencieux, le plus sérieux et le plus diligent ne pourrait à tout moment les satisfaire toutes. Les anges pourraient s'y conformer, mais non de simples mortels. Il s'ensuit que tout manquement à cette disposition ne peut être considéré comme une atteinte aux valeurs essentielles que doit respecter un bon enseignant. Cependant, cette disposition indique effectivement que l'on attend à bon droit des enseignants qu'ils maintiennent une norme de conduite plus élevée que d'autres employés en raison de la position extrêmement importante qu'ils occupent dans la société. Le rôle de cette disposition a été décrit avec justesse dans *Re Etobicoke Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 12* (1981), 2 L.A.C. (3d) 265, à la p. 271:

... even though s. 229(1)(c) [now 264(1)(c)] cannot be enforced to the letter by use of disciplinary sanctions, it does stand as an exhortation to teachers to aspire to the impossible role assigned to them. The legislation,

[TRADUCTION] ... même si l'al. 229(1)c) [maintenant l'al. 264(1)c)] ne peut être appliqué à la lettre par le recours à des sanctions disciplinaires, il exhorte néanmoins les enseignants à se montrer à la hauteur de

properly understood, does not require teachers to be saints; it does, however, indicate the need for a higher standard of conduct than that required of other employees. Such high standards are not uncommon in the professions, nor is it uncommon that a failure to achieve them results in the loss of professional status or employment.

It follows that an employer will only be justified in disciplining a teacher in cases of a significant breach of the section. There can be no doubt that the opinions expressed and the wording used in the letters of Mr. Bhadauria constituted very significant if not extreme misconduct. The letters did not simply express dissatisfaction with working conditions; they were threats of violence. The fact that they may have been written outside the hours of teaching duty cannot either excuse or alleviate the seriousness of the misconduct.

Significance of Misconduct Outside the Classroom

Section 264(1)(c) requires teachers to inculcate by precept and example the highest regard for truth, justice, loyalty, love of country, humanity and benevolence. These are values that all parents wish their children to learn. In their position of trust, teachers must teach by example as well as by lesson, and that example is set just as much by their conduct outside the classroom as by their performance within it. Thus misconduct which occurs outside regular teaching hours can be the basis for discipline proceedings.

Ross v. New Brunswick School District No. 15, [1996] 1 S.C.R. 825, upheld the portions of an order by a Board of Inquiry under human rights legislation that required a Board of Education to dismiss a teacher who publicly espoused and published extreme anti-Semitic views. La Forest J., writing for the Court, emphasized the sensitive environment of a school and the need to hold

l'impossible rôle qui leur est confié. La loi, interprétée correctement, n'exige pas des enseignants qu'ils soient des saints; cependant, elle témoigne effectivement de la nécessité d'une norme de conduite plus élevée que celle requise d'autres employés. De telles normes élevées ne sont pas rares dans le monde des professions, et il n'est pas rare non plus que le fait de ne pas les respecter entraîne la perte du statut professionnel ou d'un emploi.

Il s'ensuit qu'un employeur n'est justifié de prendre des mesures disciplinaires contre un enseignant qu'en cas de violation importante de la disposition. Il ne fait aucun doute que le libellé des lettres de M. Bhadauria et les opinions y exprimées constituaient une mauvaise conduite fort importante, voire extrême. Les lettres n'étaient pas simplement l'expression d'une insatisfaction à l'égard des conditions de travail; elles étaient des menaces de violence. Le fait que ces lettres ont pu être rédigées en dehors des heures d'enseignement ne saurait excuser ni atténuer la gravité de cette mauvaise conduite.

L'importance des actes de mauvaise conduite en dehors des salles de cours

L'alinéa 264(1)c) exige des enseignants qu'ils inculquent, par les préceptes et l'exemple, la plus haute considération pour la vérité, la justice, la loyauté, le patriotisme, l'humanité et la bienveillance. Ce sont des valeurs que tout parent désire que son enfant apprenne. Du fait de leur situation de confiance, les enseignants doivent prêcher par l'exemple et par leur enseignement, et ils donnent l'exemple autant par leur conduite en dehors des salles de cours que par leur prestation dans celles-ci. En conséquence, toute mauvaise conduite en dehors des heures normales d'enseignement peut constituer le fondement de procédures disciplinaires.

Dans *Ross c. Conseil scolaire du district N° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, notre Cour a confirmé les passages d'une ordonnance d'une commission d'enquête constituée en vertu d'une loi sur les droits de la personne qui intimait à un Conseil de l'éducation de congédier un enseignant qui embrassait publiquement et publiait des opinions antisémites extrêmes. Le juge La Forest,

teachers to high standards of professional conduct inside and outside the school. At pp. 856-58 he wrote:

A school is a communication centre for a whole range of values and aspirations of a society. In large part, it defines the values that transcend society through the educational medium. The school is an arena for the exchange of ideas and must, therefore, be premised upon principles of tolerance and impartiality so that all persons within the school environment feel equally free to participate. As the Board of Inquiry stated, a school board has a duty to maintain a positive school environment for all persons served by it.

Teachers are inextricably linked to the integrity of the school system. Teachers occupy positions of trust and confidence, and exert considerable influence over their students as a result of their positions. The conduct of a teacher bears directly upon the community's perception of the ability of the teacher to fulfill such a position of trust and influence, and upon the community's confidence in the public school system as a whole. . . .

By their conduct, teachers as "medium" must be perceived to uphold the values, beliefs and knowledge sought to be transmitted by the school system. The conduct of a teacher is evaluated on the basis of his or her position, rather than whether the conduct occurs within the classroom or beyond. Teachers are seen by the community to be the medium for the educational message and because of the community position they occupy, they are not able to "choose which hat they will wear on what occasion" (see *Re Cromer and British Columbia Teachers' Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641 (B.C.C.A.), at p. 660); teachers do not necessarily check their teaching hats at the school yard gate and may be perceived to be wearing their teaching hats even off duty.

The same principles were affirmed in *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171.

A conviction for a criminal offence is a common example of "off duty" conduct that gives rise to professional disciplinary measures for teachers. See for example *Re Wellington Board of Education*

s'exprimant au nom de notre Cour, a souligné le caractère délicat du milieu scolaire ainsi que la nécessité de tenir les enseignants à des normes élevées de conduite professionnelle, et ce tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'école. Il a écrit ceci, aux pp. 856 à 858:

Une école est un centre de communication de toute une gamme de valeurs et d'aspirations sociales. Par l'entremise de l'éducation, elle définit, dans une large mesure, les valeurs qui transcendent la société. Lieu d'échange d'idées, l'école doit reposer sur des principes de tolérance et d'impartialité de sorte que toutes les personnes qui se trouvent en milieu scolaire se sentent également libres de participer. Comme l'a dit la commission d'enquête, le conseil scolaire a l'obligation de maintenir un milieu scolaire positif pour toutes les personnes qu'il sert.

Les enseignants sont inextricablement liés à l'intégrité du système scolaire. En raison de la position de confiance qu'ils occupent, ils exercent une influence considérable sur leurs élèves. Le comportement d'un enseignant influe directement sur la perception qu'a la collectivité de sa capacité d'occuper une telle position de confiance et d'influence, ainsi que sur la confiance des citoyens dans le système scolaire public en général. . . .

Le comportement de l'intermédiaire qu'est l'enseignant doit traduire son adhésion à ces valeurs, croyances et connaissances que le système scolaire cherche à communiquer. Son comportement est évalué en fonction de la position même qu'il occupe, et non en fonction de la question de savoir si le comportement en cause a été adopté en classe ou ailleurs. L'enseignant est perçu dans la collectivité comme l'intermédiaire par lequel passe le message éducatif, et en raison de la position qu'il y occupe, il n'est pas en mesure de [TRADUCTION] «choisir le chapeau qu'il portera et dans quelle occasion» (voir *Re Cromer and British Columbia Teachers' Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641 (C.A.C.-B.), à la p. 660); ce chapeau d'enseignant, il ne l'enlève donc pas nécessairement à la sortie de l'école et, pour certains, il continue à le porter même après les heures de travail. . . .

Les mêmes principes ont été confirmés dans *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171.

Une déclaration de culpabilité relativement à une infraction criminelle est un exemple courant de conduite «en dehors des heures de travail» donnant lieu à des mesures disciplinaires contre un

and *O.S.S.T.F.* (1991), 24 L.A.C. (4th) 110, at p. 115, where it was held that “a school board may discipline and even discharge a teacher for off-duty conduct because of the particular position he or she occupies in the community”. See also *Board of Education for the City of London and O.S.S.T.F., District 4*, October 7, 1986, unreported (Teplitsky), upheld on judicial review to the Ontario Divisional Court (unreported endorsement).

In deciding whether there is just cause for the imposition of the particular form of discipline selected by the employer, arbitrators must assess the seriousness of the misconduct in the context of the existing circumstances. These circumstances include, where appropriate, such matters as the seniority and the past performance of the teacher. As well, it is essential that arbitrators recognize the sensitivity of the educational setting and ensure that a person who is clearly incapable of adequately fulfilling the duties of a teacher both inside and outside the classroom is not returned to the classroom. Both the vulnerability of students and the need for public confidence in the education system demand such caution. It is significant that the majority of the Board made no reference to the effect the letters of Mr. Bhadauria might have had upon public confidence in the education system. In reviewing the decision of this Board of Arbitration to reinstate Mr. Bhadauria it is therefore necessary and indeed essential to ensure that there was a reasonable basis for concluding that Mr. Bhadauria was fit to return to teaching.

Was the Decision to Return Mr. Bhadauria to the Classroom Patently Unreasonable?

In making their “leap of faith” and holding that Mr. Bhadauria should be given another chance to demonstrate that his teaching ability had not been

enseignant. Voir, par exemple, l'affaire *Re Welington Board of Education and O.S.S.T.F.* (1991), 24 L.A.C. (4th) 110, à la p. 115, dans laquelle il a été jugé qu'un [TRADUCTION] «Conseil de l'éducation peut, vu la position particulière qu'occupent les enseignants dans la collectivité, prendre des mesures disciplinaires contre un enseignant, voire le congédier, pour sa conduite en dehors des heures de travail.» Voir aussi *Board of Education for the City of London and O.S.S.T.F., District 4*, 7 octobre 1986, décision inédite (Teplitsky), confirmée à la suite d'un contrôle judiciaire de la Cour divisionnaire de l'Ontario (jugement manuscrit inédit).

Lorsqu'ils décident s'il existe une cause juste justifiant la mesure disciplinaire particulière choisie par l'employeur, les arbitres doivent apprécier la gravité de la mauvaise conduite dans le contexte des circonstances existantes. Parmi ces circonstances, mentionnons, dans les cas appropriés, des aspects comme l'ancienneté de l'enseignant et son rendement jusque là. De plus, il est essentiel que les arbitres reconnaissent le caractère délicat du milieu scolaire et fassent en sorte qu'une personne qui est clairement incapable de s'acquitter adéquatement de ses fonctions d'enseignant, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des salles de cours, ne puisse y retourner. Tant la vulnérabilité des élèves que la nécessité de préserver la confiance du public dans le système d'éducation commandent une telle prudence. Le fait que les membres de la majorité du conseil d'arbitrage n'ont fait aucune mention de l'incidence des lettres de M. Bhadauria sur la confiance du public dans le système de l'éducation est important. Dans l'examen de la décision du conseil d'arbitrage de réintégrer M. Bhadauria, il est donc nécessaire, de fait il est essentiel de s'assurer que le conseil était raisonnablement fondé à conclure que M. Bhadauria était apte à reprendre ses fonctions d'enseignant.

La décision de permettre à M. Bhadauria de retourner en salle de cours était-elle manifestement déraisonnable?

En faisant leur «acte de foi» et en statuant que M. Bhadauria devait recevoir une autre chance de démontrer que sa capacité d'enseigner n'avait pas

“completely destroyed”, the majority of the Board of Arbitration made two key findings of fact. These findings are, in my view, the sole basis for the Board’s conclusion that the grievor was capable of returning to the classroom. The first was the finding that his unacceptable conduct was temporary because it could be attributed to the stress and frustration of the Board of Inquiry hearings. The second and related finding was that Mr. Bhadauria was “not beyond redemption”. If these findings were patently unreasonable in that there was no evidence upon which they could be based, then the decision of the arbitrators should be quashed.

été «complètement détruite», la majorité du conseil d’arbitrage a tiré deux constatations de fait fondamentales, qui constituent, à mon avis, le seul fondement de la conclusion du conseil que l’auteur du grief était capable de retourner en salle de cours. La première constatation était que sa conduite inacceptable était temporaire, étant donné qu’elle pouvait être attribuée au stress et à la frustration résultant des audiences de la commission d’enquête. La deuxième — connexe à la première — était que M. Bhadauria n’était «pas irrécupérable». Si ces constatations étaient manifestement déraisonnables parce qu’il n’y avait pas de preuve pour les étayer, la décision des arbitres devrait être annulée.

59

In light of the importance of the role of teachers in our society, it was simply not open to the Board to conclude both that the grievor was unfit to be in the classroom and that he should be allowed to return in the absence of evidence that he was fit to do so. If there was any evidence that his conduct was temporary and aberrant, then it was certainly open to the Board to exercise its discretion and reinstate Mr. Bhadauria, with or without conditions. Alternatively, it could have concluded that the breach of professional standards was so grave that he should be dismissed, regardless of his ability to perform his duties. The reasonableness of the decision by the majority of the Board of Arbitration to return Mr. Bhadauria to his teaching duties hinges entirely on the inference made by the majority that his conduct was temporary.

Vu l’importance du rôle des enseignants dans notre société, il n’était tout simplement pas loisible au conseil d’arbitrage de conclure à la fois que le plaignant n’était pas apte à enseigner et qu’il devrait être autorisé à retourner en salle de cours, en l’absence de preuve qu’il était apte à le faire. S’il existait quelque élément de preuve que la conduite du plaignant était temporaire et aberrante, il était certainement loisible au conseil d’arbitrage d’exercer son pouvoir discrétionnaire et de prononcer la réintégration de M. Bhadauria, assortie ou non de conditions. Subsidiairement, le conseil d’arbitrage aurait pu conclure que la violation des normes professionnelles était si grave que l’auteur du grief devait être congédié, indépendamment de sa capacité de s’acquitter de ses fonctions. Le caractère raisonnable de la décision des membres de la majorité du conseil d’arbitrage de réintégrer M. Bhadauria dans ses fonctions d’enseignant repose entièrement sur leur inférence que sa conduite était temporaire.

60

It is essential to recall the salutary caution expressed by Lamer J. in *Blanchard*, *supra*, at p. 499:

Il est essentiel de rappeler la salutaire mise en garde faite par le juge Lamer dans *Blanchard*, précité, à la p. 499:

... courts should always be mindful of the fact that an arbitrator is in a far better position to assess the impact of the award. . . . Often, too, the administrative “judge” is better trained and better informed on the area of his jurisdiction, and has access to information which more often than not does not find its way into the record submitted to the court. To this must be added the fact that the arbitrator saw and heard the parties.

... les tribunaux [. . .] devraient [toujours se] rappel[er] que l’arbitre est éminemment mieux placé pour juger de l’impact de la décision. [. . .] Souvent, aussi, le «juge» administratif est mieux formé et mieux renseigné sur le milieu où s’exerce sa compétence, et a accès à des renseignements qui ne se retrouvent pas, plus souvent qu’autrement, au dossier soumis à la cour. À cela s’ajoute le fait que l’arbitre a vu et entendu les parties.

Nonetheless, I am of the view that, although the reasons of the majority of the Board of Arbitration are adequate from a legal perspective, they do contain a number of disquieting contradictions which are difficult to explain. These contradictions are obvious from a review of the significant items of evidence on which the arbitration board relied in making its determination.

All the evidence before the Board not only contradicted the inference made by the majority that his conduct was temporary but rather confirmed that it persisted. First, the majority of the Board of Arbitration accepted Ms. Green's evidence that Mr. Bhadauria was not capable of fulfilling the duties of a teacher, and they rejected Mr. Bhadauria's evidence explaining his conduct. Second, the medical evidence indicated that while Mr. Bhadauria was not likely to be physically violent, he was likely to continue his verbal attacks. Third, the majority had before them the third letter of Mr. Bhadauria which demonstrated a shocking lack of judgment and exhibited the same feelings of hatred and bitterness which prompted the first two letters.

i) The Testimony of Mr. Bhadauria and the Employer

The majority of the Board unequivocally accepted and agreed with the testimony of Ms. Green, the current Director of Education, that the grievor had failed to live up to the standards required of a teacher under s. 264(1)(c). They found her evidence to be "straightforward" and "difficult to fault". She testified "that the grievor was incapable of providing for the emotional growth and desirable self-esteem that was required when teaching young people and accordingly that he was unsuitable to be a classroom teacher". She added that as a parent she did not want her children in a classroom with a person such as Mr. Bhadauria, in light of his views and the hatred that he expressed in the letters.

Néanmoins, je suis d'avis que, même s'ils sont suffisants du point de vue juridique, les motifs de la majorité du conseil d'arbitrage renferment un certain nombre de contradictions troublantes et difficiles à expliquer. Ces contradictions ressortent clairement de l'examen des éléments de preuve importants sur lesquels s'est fondé le conseil d'arbitrage pour rendre sa décision.

Non seulement les divers éléments de preuve dont disposait le conseil d'arbitrage contredisaient l'inférence de la majorité que la conduite de M. Bhadauria était temporaire, mais au contraire ils confirmaient qu'elle persistait. Premièrement, les membres de la majorité du conseil d'arbitrage ont accepté le témoignage de M^{me} Green, qui était d'avis que M. Bhadauria n'était pas en mesure de remplir les fonctions d'enseignant, et ils ont rejeté le témoignage de M. Bhadauria expliquant sa conduite. Deuxièmement, la preuve médicale indiquait que, même si M. Bhadauria n'allait vraisemblablement pas recourir à la violence physique, il continuerait probablement ses attaques verbales. Troisièmement, les membres de la majorité avaient devant les yeux la troisième lettre de M. Bhadauria, dans laquelle ce dernier faisait montre d'un manque de jugement épouvantable et affichait les mêmes sentiments de haine et d'amertume qui avaient inspiré les deux premières lettres.

i) Le témoignage de M. Bhadauria et de l'employeur

Les membres de la majorité du conseil d'arbitrage ont clairement accepté le témoignage de M^{me} Green, actuelle directrice de l'éducation, qui a affirmé que l'auteur du grief n'avait pas satisfait aux normes requises d'un enseignant par l'al. 264(1)c). Ils ont conclu que son témoignage était [TRADUCTION] « franc » et « difficile à critiquer ». Elle a témoigné [TRADUCTION] « que l'auteur du grief était incapable de favoriser le développement émotif et l'estime de soi souhaitable qui sont requis lorsqu'on enseigne aux jeunes, et que, de ce fait, il était inapte à l'enseignement ». Elle a ajouté qu'elle ne voulait pas, en tant que parent, que ses enfants aient comme enseignant une personne comme M. Bhadauria, compte tenu de ses opinions et de la haine qu'il exprimait dans les lettres.

63

By contrast, the majority emphatically rejected Mr. Bhadauria's explanations of his conduct. They dismissed them as "shallow" and unable to "withstand the able cross examination of counsel for the Board". As a result, the majority was not prepared to "give any credence to the grievor's testimony in that regard". In fact, counsel for the appellant obtained an admission from the grievor on cross-examination that his actions in writing the first two letters were not those of a person who should be teaching young people. In light of this it is not surprising that the majority concluded that the grievor's testimony was not credible.

64

It is significant that the grievor himself stated in his letters that he was unfit to be in a classroom. He indicated that eight years of discrimination had turned him into "an emotionless human stone" and "a blood-thirsty and revengeful devil." He wrote that "persecution has totally destroyed my teaching ability, my memory, and my gentleness". Furthermore, Mr. Bhadauria promised at the end of the second letter that he would "haunt" Dr. McKeown, and remind him yearly at Christmas that he was the "funeral director" of Mr. Bhadauria's career and that "there [would] be no escaping" this reminder. The letters themselves suggest that his conduct will continue, and that he is therefore unfit to teach.

65

Despite this apparently overwhelming evidence, the majority concluded that the grievor's conduct could be attributed to the stress of the hearings before the human rights Board of Inquiry. They expressed the opinion that now that the Inquiry was over, it was likely that he would "return to a calmer state". In my view, this could only be a reasonable inference if some of the statements made by the experts who examined Mr. Bhadauria are taken out of context, and if the grievor had not sent the third letter. Evidence of Mr. Bhadauria's good

À l'opposé, les membres de la majorité ont catégoriquement rejeté les explications que M. Bhadauria a données de sa conduite. Ils les ont rejetées, les disant [TRADUCTION] «superficielles» et incapables de «résister à l'habile contre-interrogatoire de l'avocat du Conseil [de l'éducation]». En conséquence, les membres de la majorité n'étaient pas disposés à [TRADUCTION] «ajouter foi au témoignage de l'auteur du grief à cet égard». De fait, au cours du contre-interrogatoire, l'avocat de l'appellant a soutiré à l'auteur du grief un aveu indiquant que les gestes qu'il avait accomplis en écrivant les deux premières lettres n'étaient pas des gestes qui devraient être accomplis par une personne chargée d'enseigner à des jeunes. À la lumière de cet élément, il n'est pas étonnant que les membres de la majorité aient conclu que le témoignage de l'auteur du grief n'était pas crédible.

Le fait que l'auteur du grief ait lui-même affirmé, dans ses lettres, qu'il n'était pas apte à enseigner est important. Il a indiqué que huit années de discrimination avaient fait de lui [TRADUCTION] «un être de marbre, dépourvu de sentiments» et un «démon assoiffé de sang et de vengeance». Il a écrit que la «persécution a[vait] totalement détruit [s]a capacité d'enseigner, [s]a mémoire et [s]a gentillesse». En outre, à la fin de la deuxième lettre, M. Bhadauria a promis qu'il allait «hanter» M. McKeown, que chaque année, à Noël, il allait lui rappeler qu'il avait «présidé à l'enterrement» de sa carrière, et qu'il «ne pour[r]ait jamais échapper» à ce rappel annuel. Les lettres elles-mêmes tendent à indiquer que la conduite de M. Bhadauria se poursuivra, et qu'il est en conséquence inapte à enseigner.

Malgré cette preuve apparemment accablante, les membres de la majorité ont conclu que la conduite de l'auteur du grief pouvait être attribuée au stress des audiences de la commission d'enquête sur les droits de la personne. Ils ont exprimé l'avis que, comme l'enquête avait pris fin, il y avait de bonnes chances que l'auteur du grief «redevienne plus calme». À mon avis, cette opinion ne pourrait constituer une inférence raisonnable que si certaines des déclarations des experts qui ont examiné M. Bhadauria étaient prises hors contexte et si ce

character and teaching record, regardless of its duration, does not assist in determining if his incapacity to fulfill his duties as a teacher was temporary. The fact is that there was overwhelming evidence both in the medical reports and from other sources which indicated that even if the actions of Mr. Bhadauria had been caused by the stress of the Board of Inquiry hearings, his actions were not a temporary lapse. His personality, in his own words, had radically changed. There was no evidence that would suggest that his feelings of bitterness and resentment had dissipated after the Board of Inquiry found that there was no discrimination in the hiring practices of the appellant Board of Education. In fact, all the evidence was to the contrary.

ii) *The Psychiatric and Psychological Assessments*

The overwhelming evidence that Mr. Bhadauria's conduct was not temporary can be found in part in the assessments of the psychiatrists and the psychologist who assessed Mr. Bhadauria's mental state after he wrote the first two letters. Although the reports of these experts specifically addressed the question as to whether Mr. Bhadauria was likely to become physically violent, they contain statements that refer generally to his state of mind.

Dr. Malcolm's first report did attribute Mr. Bhadauria's actions to the stress of the hearings before the Board of Inquiry and to the perception, real or imagined, that he had been the victim of discrimination. But Dr. Malcolm certainly did not say that Mr. Bhadauria would return to his prior state once the aggravating factors were removed. Dr. Malcolm considered the likelihood of Mr. Bhadauria manifesting physical violence and concluded that he "would always limit his aggressive activities to words". However he went on to express the opinion that Mr. Bhadauria would very likely continue to "issue very strong verbal com-

dernier n'avait pas envoyé la troisième lettre. La preuve de la bonne moralité de M. Bhadauria et de son bon dossier comme enseignant, quelle qu'en soit la durée, n'aide pas à déterminer si son incapacité à s'acquitter de ses fonctions d'enseignant était temporaire. Le fait est qu'il existait une preuve accablante — ressortant des rapports médicaux et d'autres sources — indiquant que même si les actes de M. Bhadauria avaient été causés par le stress des audiences de la commission d'enquête, ils ne constituaient pas un épisode temporaire. Pour reprendre les paroles mêmes de l'auteur du grief, sa personnalité avait changé radicalement. Il n'y avait aucune preuve tendant à indiquer que les sentiments d'amertume et de rancœur de l'auteur du grief s'étaient dissipés après que la commission d'enquête ait conclu que les pratiques d'embauche du Conseil de l'éducation appelant n'étaient pas discriminatoires. De fait, toute la preuve était à l'effet contraire.

ii) *Les évaluations psychiatriques et psychologiques*

La preuve accablante que la conduite de M. Bhadauria n'était pas temporaire ressort en partie des rapports des psychiatres et de la psychologue qui ont évalué l'état mental de M. Bhadauria après ses deux premières lettres. Bien que les rapports de ces experts aient porté spécifiquement sur la question de savoir si M. Bhadauria était susceptible de devenir physiquement violent, ils renferment des déclarations se rapportant de façon générale à son état d'esprit.

Le premier rapport du Dr Malcolm attribue les actes de M. Bhadauria au stress créé par les audiences de la commission d'enquête et à sa perception, réelle ou imaginaire, qu'il avait été victime de discrimination. Cependant, le Dr Malcolm n'a certes pas dit que M. Bhadauria reviendrait à son état antérieur une fois les facteurs irritants éliminés. Le Dr Malcolm s'est demandé si M. Bhadauria était susceptible de recourir à la violence physique et il a conclu qu'il [TRADUCTION] «limiterait toujours ses manifestations d'agressivité à des paroles». Cependant, il a poursuivi en émettant l'opinion que M. Bhadauria continuerait probable-

mentaries in diverse media because that is his style”.

68

These two statements, which do not appear to have been challenged before the Board, are a strong indication that despite the threatening tone of the letters Mr. Bhadauria was not likely to become physically violent. Nevertheless, it is clear that he was going to continue to express these extreme positions in verbal attacks. It was the threatening manner in which he expressed his extreme views and sentiments and the total lack of judgment he demonstrated in sending the letters, rather than his potential for physical violence, that were the basis for the conclusion that Mr. Bhadauria was not fit to teach.

69

After the grievor sent the “Montreal Massacre” letter, he was assessed again by Dr. Malcolm. That report was also accepted by the majority. Dr. Malcolm concluded that in sending this letter Mr. Bhadauria had intended to engender fear in its recipients. He repeated his opinion that Mr. Bhadauria was not likely to be physically violent, but that his verbal harassment would continue. He certainly gave no indication that this situation would be one of short duration. Rather, the conclusion of Dr. Malcolm was that although it would be out of character for Mr. Bhadauria to be physically violent, it was clearly not out of character for him to express and to continue to express his feelings verbally.

70

The report of the psychologist Dr. Ruth Bray was also accepted unconditionally by the majority. She too concluded that he would “continue to be a thorn in the side” of his employers.

71

All of this evidence, accepted without qualification by the majority, indicates that Mr. Bhadauria would continue his verbal harassment.

ment à «faire des commentaires très virulents dans divers médias parce que c’est son genre».

Ces deux affirmations, qui ne paraissent pas avoir été contestées devant le conseil d’arbitrage, constituent une forte indication que, malgré le ton menaçant de ses lettres, M. Bhadauria n’était pas susceptible de recourir à la violence physique. Néanmoins, il est clair qu’il allait continuer d’exprimer ces positions extrêmes dans des attaques verbales. C’est le ton menaçant utilisé par M. Bhadauria pour exprimer ses sentiments et ses opinions extrêmes, ainsi que l’absence totale de jugement dont il a fait preuve en envoyant les lettres, et non le risque qu’il recoure à la violence physique, qui constituaient le fondement de la conclusion qu’il n’était pas apte à enseigner.

C’est après avoir envoyé la lettre dans laquelle il faisait allusion au «massacre à Montréal», que l’auteur du grief a été évalué par le Dr Malcolm. Ce rapport a également été accepté par les membres de la majorité du conseil d’arbitrage. Le Dr Malcolm concluait que, en envoyant cette lettre, M. Bhadauria avait eu l’intention d’engendrer la crainte dans l’esprit de ses destinataires. Il a réitéré son opinion que M. Bhadauria n’était pas susceptible de recourir à la violence physique, mais que son harcèlement verbal allait se poursuivre. Le Dr Malcolm n’a certes donné aucune indication que cette situation allait être de courte durée. Au contraire, sa conclusion était que, quoiqu’il serait inhabituel pour M. Bhadauria de recourir à la violence physique, ce serait clairement dans son caractère d’exprimer verbalement ses sentiments et de continuer à le faire.

Le rapport du Dr Ruth Bray, la psychologue, a également été accepté inconditionnellement par les membres de la majorité. Elle aussi avait conclu qu’il «continuera[it] d’être une source d’irritation constante» pour ses employeurs.

L’ensemble de ces éléments de preuve, acceptés sans réserve par les membres de la majorité, indiquent que M. Bhadauria continuerait son harcèlement verbal.

iii) *The Third Letter*

The final significant item of evidence which leads to the conclusion that the grievor's conduct was not temporary is the third letter. It was written several months after the Board of Inquiry's decision had been rendered, and a month and a half before the hearing before the Board of Arbitration was to begin. Curiously, the majority did not even refer to it.

The respondent submitted in argument that the appellant did not seek leave to appeal on the issue of the failure to refer to the third letter, and that this issue was not raised before either the Divisional Court or the Court of Appeal. However, the appellant sought and obtained judicial review before the Divisional Court on the basis that there was a lack of evidence to support the findings of fact of the Board of Arbitration. This same ground was maintained before the various appellate courts. The third letter was part of the evidence before the Board of Arbitration. Thus, it is appropriate to consider it in determining whether there was a basis for the inference drawn by the majority that Mr. Bhadauria's conduct was temporary.

It is true that the third letter is, to some extent, "subsequent-event evidence" since it was written after the dismissal of Mr. Bhadauria. However it has been decided that such evidence can properly be considered "if it helps to shed light on the reasonableness and appropriateness of the dismissal": *Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances Arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095, at p. 1101. In this case, it would not only have been reasonable for the arbitrators to consider the third letter, it was a serious error for them not to do so.

Although the third letter is less objectionable than the first two, it continues to exhibit the same extreme views, hyperbolic comparisons and total

iii) *La troisième lettre*

La troisième lettre est le dernier élément de preuve important qui mène à la conclusion que la conduite du plaignant n'était pas temporaire. Cette lettre a été rédigée plusieurs mois après la décision de la commission d'enquête, et un mois et demi après la date fixée pour le début de l'audience devant le conseil d'arbitrage. Curieusement, les membres de la majorité n'ont même pas fait mention de cette lettre.

Dans sa plaidoirie, l'intimée a soutenu que l'appelant n'avait pas sollicité l'autorisation de se pourvoir à l'égard de la question de l'omission de se référer à la troisième lettre, et que cette question n'avait pas été soulevée devant la Cour divisionnaire ou devant la Cour d'appel. Cependant, l'appelant a présenté avec succès une demande de contrôle judiciaire à la Cour divisionnaire sur le fondement qu'il n'y avait pas de preuve étayant les conclusions de fait du conseil d'arbitrage. On a continué de faire valoir ce même moyen devant les diverses cours d'appel. La troisième lettre faisait partie de la preuve dont disposait le conseil d'arbitrage. En conséquence, il convient d'en tenir compte pour décider si l'inférence des membres de la majorité du conseil d'arbitrage que la conduite de M. Bhadauria était temporaire était fondée.

Il est vrai que la troisième lettre est, dans une certaine mesure, la «preuve d'événements subséquents», puisqu'elle a été rédigée après le congédiement de M. Bhadauria. Cependant, il a été jugé qu'une telle preuve peut à juste titre être prise en considération «si elle aide à clarifier si le congédiement en question était raisonnable et approprié au moment où il a été ordonné»: *Cie minière Québec Cartier c. Québec (Arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095, à la p. 1101. En l'espèce, non seulement aurait-il été raisonnable que les arbitres prennent la troisième lettre en considération, mais ils ont commis une erreur grave en ne le faisant pas.

Bien que la troisième lettre soit moins offensante que les deux premières, elle présente les mêmes opinions extrêmes et comparaisons hyper-

72

1997 CanLII 378 (SCC)

73

74

75

lack of judgment. The lack of judgment is demonstrated by the opening words of the letter:

In spite of the advice of my counsels [*sic*] to refrain from writing any letters to the board's administrators, I am unable to curb my natural urge of putting my thoughts on paper and sending them to the concerned parties on this occasion. After a long interval of nearly eight months, I cannot resist and control my impulse of using the power of the pen. . . . [Emphasis added.]

76

This letter is an admission by Mr. Bhadauria that he was still unable to control either his feelings or his impulse to express those feelings, however inappropriate they may be. It provides incontrovertible evidence that Mr. Bhadauria had not returned to a "calmer state" several months after the Board of Inquiry process came to an end, and that his extreme feelings and lack of judgment persisted. In the face of this letter, it was patently unreasonable for the arbitrators to conclude that his conduct was temporary and to return him to the classroom.

77

In addition to the three factors stressed above that overwhelmingly contradict the findings of the majority that the conduct was temporary, I note one final issue that was mentioned by the dissenting member of the Board of Arbitration, but was not raised by the appellant in argument. It was noted by Mr. Merritt that the grievor did not demonstrate any remorse for his conduct, or any understanding of its effects on the recipients of the letters. The regret he expressed related entirely to himself, and to the fact that the letters jeopardized not only the Board of Inquiry hearing that had occupied so much of his time, energy and hope, but also his very livelihood. He was unable to appreciate that the letters were bound to engender fear in the recipients. Nor did he recognize the extreme nature of his views. Only before the Board of Arbitration did he concede that the views expressed were inappropriate for a person responsible for teaching young people. Even at this late stage no apologies were forthcoming and no contrition was apparent. This is yet another indication that Mr. Bhadauria's conduct was not temporary,

boliques, en plus de témoigner elle aussi d'une absence totale de jugement. Cette absence de jugement ressort des premiers mots de cette troisième lettre:

[TRADUCTION] Bien que mes avocats m'aient conseillé de m'abstenir d'écrire quelque lettre aux administrateurs du conseil, je ne puis refréner mon désir naturel de coucher mes pensées sur papier et de les transmettre aux parties concernées à ce moment-ci. Après un long intervalle de près de huit mois, je suis incapable de repousser et de maîtriser mon désir d'utiliser le pouvoir de la plume. . . . [Je souligne.]

Cette lettre est un aveu par M. Bhadauria qu'il était encore incapable de maîtriser ses sentiments ou son désir de les exprimer, aussi déplacés qu'ils puissent être. Elle est une preuve irréfutable que M. Bhadauria n'était pas redevenu «plus calme» plusieurs mois après la fin des procédures de la commission d'enquête, et que ses sentiments extrêmes et son manque de jugement persistaient. Compte tenu de cette lettre, il était manifestement déraisonnable pour les arbitres de conclure que la conduite de M. Bhadauria était temporaire, et de le renvoyer en salle de cours.

Outre les trois facteurs susmentionnés, qui contredisent d'une façon accablante la conclusion des membres de la majorité que la conduite était temporaire, je tiens à souligner un dernier point qui a été mentionné par le membre dissident du conseil d'arbitrage, mais dont l'appelant n'a pas parlé dans sa plaidoirie. Monsieur Merritt a fait remarquer que le plaignant n'avait manifesté aucun remords à l'égard de sa conduite ni aucune compréhension des effets de celle-ci sur les destinataires des lettres. Les regrets qu'il a exprimés étaient entièrement axés sur lui-même et sur le fait que les lettres avaient compromis non seulement les audiences de la commission d'enquête — dans lesquelles il avait mis tellement de temps, d'énergie et d'espoir — mais aussi son gagne-pain. Il était incapable de se rendre compte que les lettres ne manqueraient pas d'engendrer la crainte dans l'esprit de leurs destinataires. Il ne reconnaissait pas non plus la nature extrême de ses opinions. Ce n'est que devant le conseil d'arbitrage qu'il a admis que les opinions qu'il avait exprimées étaient inconvenantes de la part d'une personne chargée d'enseigner à des

and that there was no basis for the conclusion that he was “not beyond redemption”.

The evidence that Mr. Bhadauria's misconduct was not temporary appears to be overwhelming. Yet that is not sufficient in itself to base a conclusion that the decision of the majority was patently unreasonable. What does lead to that conclusion is that I can find no other evidence reasonably capable of supporting the conclusion that the misconduct was a momentary aberration. There was certainly no onus on the employee to demonstrate that his misconduct was temporary. The reasons of the majority clearly indicate, however, that they accepted the employer's evidence that just cause had been established and that the employer had discharged its onus in that regard. Quite simply, the evidence that the arbitrators stated they were relying upon to support their findings pointed to the exact opposite conclusion. The absence of such evidence renders the decision patently unreasonable, and there was simply no basis for the “leap of faith” that he could return to the classroom.

Disposition

In the result, the appeal is allowed, the decision of the Court of Appeal is set aside, and the award of the Board of Arbitration is quashed. In light of the lengthy prior record of good conduct on the part of the teacher, there will be no order as to costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I concur with the result my colleague Justice Cory reaches but I cannot share his views on the questions the board should have asked itself.

jeunes. Même à cette étape tardive, M. Bhadauria n'était pas disposé à faire des excuses et il n'avait apparemment aucun repentir. Voilà encore une autre indication que la conduite de M. Bhadauria n'était pas temporaire, et que la conclusion qu'il n'était «pas irrécupérable» ne reposait sur aucun fondement.

La preuve que la mauvaise conduite de M. Bhadauria n'était pas temporaire paraît accablante. Néanmoins, cela ne suffit pas pour fonder la conclusion que la décision des membres de la majorité du conseil d'arbitrage était manifestement déraisonnable. Ce qui m'amène à cette conclusion, c'est le fait que je ne peux trouver aucun autre élément de preuve qui puisse raisonnablement étayer la conclusion que la mauvaise conduite était une aberration passagère. Il n'incombait certainement pas à l'employé de démontrer que sa mauvaise conduite était temporaire. Cependant, les motifs des membres de la majorité indiquent clairement qu'ils ont retenu la preuve de l'employeur qu'une cause juste avait été établie, et que l'employeur s'était acquitté de son fardeau à cet égard. Les éléments de preuve sur lesquels les arbitres ont dit s'appuyer pour fonder leurs conclusions tendaient vers la conclusion contraire. Cette absence de preuve rend la décision manifestement déraisonnable, et il n'existait tout simplement aucun fondement justifiant «l'acte de foi» selon lequel l'auteur du grief pouvait retourner en salle de cours.

Le dispositif

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et la décision du conseil d'arbitrage est cassée. Compte tenu de la longue période de bonne conduite de l'enseignant avant les faits en litige, il n'y aura pas d'ordonnance concernant les dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord avec le résultat auquel arrive mon collègue le juge Cory, mais je ne puis souscrire à son opinion quant aux questions que le conseil d'arbitrage aurait dû se poser.

81

The principle of judicial deference is not automatic. This case is crying out for an application of the pragmatic and functional approach expounded in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, and followed in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. This test ascertains whether the legislator intended the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal. Whether the board or a court should answer the question depends upon an assessment of the rationale for deference, which is determined by an examination of the enabling statute, the specialization of the board and the nature of the problem under scrutiny. Although, in my view, the pragmatic and functional approach could very well support a standard of review closer to that of correctness in this case, I do not disagree with my colleague as regards the standard he applies.

Le principe de la retenue judiciaire ne s'applique pas automatiquement. Le présent pourvoi commande l'application de l'analyse pragmatique et fonctionnelle exposée dans les arrêts *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 et *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, et suivie dans *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendant of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557. Ce test permet de déterminer si le législateur entendait que la question en cause relève de la compétence conférée au tribunal administratif. La question de savoir qui du tribunal administratif ou d'une cour de justice devrait répondre à cette question repose sur l'appréciation des motifs justifiant la retenue, motifs que l'on détermine par l'examen de la loi habilitante, de la spécialisation de la commission, et la nature du problème soulevé. Même si, à mon avis, l'analyse pragmatique et fonctionnelle pourrait fort bien appuyer une norme de contrôle se rapprochant davantage de celle de la décision correcte en l'espèce, je ne suis pas en désaccord avec mon collègue relativement à la norme qu'il applique.

82

A review of the way the arbitration board addressed the questions is in order. In this case, the principal cause for discharge is not that the offensive behaviour is permanent, but that the two letters, standing alone, are a critical incident. The fact that the two letters are the cause for the grievor's discharge was recognized by the three members of the arbitration board:

Un examen de la façon dont le conseil d'arbitrage a abordé les questions en litige s'impose. Dans le présent cas, le principal motif du congédiement n'est pas le caractère permanent de la conduite offensante, mais le fait que les deux lettres, prises isolément, constituent un événement crucial. Le fait que les deux lettres soient la cause du congédiement de l'auteur du grief a été reconnu par les trois membres du conseil d'arbitrage:

The grievor . . . was discharged . . . because of two letters . . . The [employer] considered the contents of the letters as indicative of a person whom it felt to be inappropriate as a teacher. [Majority]

[TRADUCTION] L'auteur du grief [. . .] a été congédié [. . .] à cause de deux lettres [. . .]. [L'employeur] a considéré que le contenu des lettres était indicatif d'une personne qui, a-t-il estimé, était inapte à enseigner. [Les membres de la majorité.]

It was this [second] letter which finally caused the [employer] to discharge the grievor. At this juncture it is important to note that the [employer] did not discharge the grievor because it was concerned about violent conduct on his part, rather, it was the contents of the letter which the [employer] considered inappropriate for a person teaching students and which was inimical to the concept of education which the [employer] wished to foster. [Majority]

Ce fut cette [deuxième] lettre qui a finalement amené [l'employeur] à congédier l'auteur du grief. Il importe, à ce moment-ci, de préciser que [l'employeur] n'a pas congédié l'auteur du grief parce qu'il craignait qu'il se comporte violemment, ce fut plutôt le contenu de la lettre que [l'employeur] a jugé inconvenant de la part d'une personne enseignant à des étudiants, et qui était incompatible avec le concept d'éducation que [l'employeur] désirait promouvoir. [Les membres de la majorité.]

Nothing can really justify those most bloodthirsty statements showing as they do the gravest lack of judgment, lack of empathy, and deep-rooted hatred for innocent people. One can hardly wonder that in the face of these letters, the [employer] dismissed [the grievor]. [Dissent]

and by the Divisional Court (1991), 52 O.A.C. 8, at p. 11:

The [arbitration] Board acknowledged, in its reasons, that the [employer] did not discharge the grievor because of concern about violent conduct, but rather because of its concern that the contents of the letters were inappropriate for a person teaching students and this was inimical to the concept of education that the [employer] wished to foster. [Emphasis added.]

Thus, it is agreed that the employer discharged the grievor primarily for the following cause: the two letters, because of their contents, are inappropriate for a teacher and inimical to the employer's concept of education. The grievor alleged in his grievance that "the Toronto Board of Education has . . . discharged me without just cause". Therefore, the first question that was properly before the arbitration board was: "are the two letters, in themselves, just cause for discharge?"

The employer also alleged a subsidiary ground for discharge: in the alternative, the two letters indicate that the grievor is no longer capable of fulfilling his duties (see reasons of the Divisional Court, at p. 10). Thus, the subsidiary question that was properly before the arbitration board was: "if the two letters, in themselves, are not just cause for discharge, then, in the alternative, is the grievor no longer capable of fulfilling his duties? If this condition is permanent, then there is just cause for discharge."

But the arbitration board failed to address the first question and, instead of answering whether or not the two letters constituted just cause, went on to address the subsidiary question as to whether the offensive behavior was temporary or permanent.

Rien ne peut réellement justifier ces déclarations on ne peut plus sanguinaires, qui témoignent du plus grave manque de jugement, d'une absence de compassion et d'une haine profonde envers des personnes innocentes. Il n'est guère étonnant que, au vu de ces lettres, [l'employeur] ait congédié [l'auteur du grief]. [Le membre dissident.]

et par la Cour divisionnaire (1991), 52 O.A.C. 8, à la p. 11:

[TRADUCTION] Le conseil [d'arbitrage] a reconnu, dans ses motifs, que [l'employeur] n'avait pas congédié le plaignant parce qu'il craignait qu'il se comporte violemment, mais parce qu'il considérait que le contenu des lettres était inconvenant de la part d'une personne enseignant à des étudiants et était incompatible avec le concept d'éducation que [l'employeur] désirait promouvoir. [Je souligne.]

En conséquence, il n'est pas contesté que l'employeur a congédié l'auteur du grief principalement pour le motif suivant: les deux lettres, en raison de leur contenu, sont inconvenantes de la part d'un enseignant et incompatible avec le concept d'éducation de l'employeur. L'auteur du grief a allégué ce qui suit dans son grief: [TRADUCTION] «le Conseil de l'éducation de Toronto m'a [. . .] congédié sans cause juste». En conséquence, la première question dont était saisi le conseil d'arbitrage est la suivante: «Est-ce que les deux lettres constituent, en elles-mêmes, une cause juste de congédiement?».

L'employeur a aussi fait valoir un motif subsidiaire de congédiement: alternativement, les deux lettres indiquent que le plaignant n'est plus capable de s'acquitter de ses fonctions (voir les motifs de la Cour divisionnaire, à la p. 10). Par conséquent, la question subsidiaire dont était saisi le conseil d'arbitrage est celle-ci: «Si les deux lettres ne constituent pas, en elles-mêmes, une cause juste de congédiement, alors, alternativement, est-ce que le plaignant n'est plus capable de s'acquitter de ses fonctions? S'il s'agit d'une situation permanente, il existe alors une cause juste de congédiement.»

Le conseil d'arbitrage a cependant omis d'examiner la première question et, plutôt que de déterminer si les deux lettres constituaient une cause juste, il s'est posé la question subsidiaire de savoir si la conduite offensante était temporaire ou

Before dealing with this subsidiary question, which I will do *infra*, it is necessary first to answer the question as to whether the two letters, in themselves, constitute just cause for discharge.

86 The test for “just cause to discharge”, set forth by Dickson J. in *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, at p. 772, is formulated as follows:

First, did the employee engage in the conduct alleged? Second, was the conduct deserving of disciplinary action on the part of the employer? Third, if so, was the offence serious enough to warrant discharge? [Emphasis added.]

87 Thus, once it is found that the conduct is “deserving of disciplinary action”, the appropriate next question is not, as my colleague Cory J. puts it at para. 50: “is dismissal too harsh?”. The appropriate ensuing question is: “was the offence serious enough to warrant discharge?”. The seriousness of a specific offence may vary depending on the particular occupational group or profession concerned, and it may also vary depending on the circumstances and the consequences. As far as teachers are concerned, while it is clear that not every kind of misconduct will be so grave as to warrant the strictest forms of discipline, I must emphasize that, in some cases, a single offence can constitute just cause for discharge. Hence, in the present case, the primary issue is: “was the single offence of writing these two letters serious enough to warrant the discharge of a teacher?”

88 In my view, the conduct of a teacher bears directly upon the community’s perception of his or her ability to fulfill such a position of trust and influence, and upon the community’s confidence in the public school system as a whole. Thus, where a teacher commits acts of a gravity such that his or her status as a role model is seriously prejudiced, the relationship of trust and confidence which must exist between the school board and the

permanente. Avant d’examiner cette question subsidiaire, ce que je ferai plus loin, il faut tout d’abord répondre à la question de savoir si les deux lettres constituaient, en elles-mêmes, une cause juste de congédiement.

Le test de la «cause juste de congédiement» que le juge Dickson a exposé dans *Heustis c. Commission d’énergie électrique du Nouveau-Brunswick* [1979] 2 R.C.S. 768, à la p. 772, est formulé comme suit:

Premièrement, l’employé a-t-il fait l’acte reproché? Deuxièmement, cet acte justifiait-il une mesure disciplinaire de la part de l’employeur? Troisièmement, le cas échéant, l’acte était-il suffisamment grave pour justifier un congédiement? [Je souligne.]

Ainsi, une fois qu’il est acquis que l’acte «justifie des mesures disciplinaires», la question suivante n’est pas de déterminer «si le congédiement était une mesure trop sévère», comme le dit mon collègue le juge Cory au par. 50, mais plutôt de savoir si «l’acte était suffisamment grave pour justifier un congédiement». La gravité d’une infraction donnée peut varier selon la profession ou le groupe de professions en cause. Elle peut également varier selon les circonstances et les conséquences. Pour ce qui est des enseignants, même s’il est évident que ce ne sont pas tous les types de mauvaise conduite qui seront suffisamment graves pour justifier les mesures disciplinaires les plus sévères, je dois souligner que, dans certains cas, une seule infraction peut constituer une cause juste de congédiement. En conséquence, dans le présent cas, la question principale est la suivante: «La seule infraction qui consiste à avoir écrit ces deux lettres était-elle suffisamment grave pour justifier le congédiement de l’enseignant?»

À mon avis, la conduite d’un enseignant influe directement, d’une part, sur la perception qu’a la collectivité de sa capacité d’occuper un tel poste de confiance et d’influence, et, d’autre part, sur la confiance de la collectivité à l’égard du système scolaire public en général. Par conséquent, lorsqu’un enseignant accomplit des actes d’une gravité telle que son statut comme modèle de comportement est sérieusement compromis, le rapport de

teacher is undermined and there is just cause for discharge, even where there might be positive evidence that the teacher could be fit to return to teaching duties: *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; see also generally *Greenaway v. Seven Oaks School No. 10* (1990), 70 Man. R. (2d) 2 (C.A.), leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. ix; *Kraychy v. Edmonton Public School District No. 7* (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 69 (Q.B.).

In view of the above, the questions the arbitration board should have asked itself in the case at bar are the following:

1. "Did the grievor engage in the conduct alleged?";
2. "Was the conduct deserving of disciplinary action?";
3. "Was the offence serious enough to warrant discharge — that is:
- 3a. Are the two letters of a gravity such that the grievor's status as a role model is seriously prejudiced?". If so, the offence is serious enough to warrant discharge and there is just cause. If the offence is not serious enough for discharge, the next step is to ask:
4. "Are the circumstances such that a lesser penalty would be warranted?". At that stage, substitution of a lesser penalty would not come automatically: there might still be just cause for discharge, for instance where the offence is a culminating incident. If there is no just cause for discharge, then:
5. "What lesser penalty would be appropriate, having regard to the circumstances?".

But the arbitration board skipped questions 3, 3a and 4, and, without first making a determination as to whether or not the two letters, in themselves,

confiance qui doit exister entre le conseil scolaire et l'enseignant est miné et il y a alors une cause juste de congédiement, même s'il existait une preuve positive que l'enseignant pourrait être apte à reprendre ses fonctions. *Ross c. Conseil scolaire du district scolaire N° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; voir aussi généralement *Greenaway c. Seven Oaks School No. 10* (1990), 70 Man. R. (2d) 2 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. ix; *Kraychy c. Edmonton Public School District No. 7* (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 69 (B.R.).

Compte tenu de ce qui précède, voici les questions que le conseil d'arbitrage aurait dû se poser en l'espèce:

1. «L'auteur du grief a-t-il fait l'acte reproché?»
2. «La conduite justifiait-elle une mesure disciplinaire?»
3. «L'infraction était-elle suffisamment grave pour justifier un congédiement, c'est-à-dire:
- 3a. Les deux lettres sont-elles d'une gravité telle que le statut comme modèle de comportement de l'auteur du grief est sérieusement compromis?» Si oui, l'infraction est suffisamment grave pour justifier le congédiement et il existe une cause juste. Si l'infraction n'est pas suffisamment grave pour justifier le congédiement, l'étape suivante consiste à se demander ceci:
4. «Est-ce que les circonstances sont telles qu'une sanction moins sévère serait justifiée?» À cette étape, la substitution d'une sanction moins sévère ne serait pas automatique: il pourrait néanmoins exister une cause juste de congédiement, par exemple si l'infraction constitue un événement culminant. S'il n'existe pas de cause juste, il faut alors se demander ceci:
5. «Quelle sanction moins sévère conviendrait-il d'infliger, eu égard aux circonstances?»

Le conseil d'arbitrage a, cependant, sauté les questions 3, 3a et 4, et, sans déterminer au préalable si les deux lettres constituaient, en elles-

constituted just cause for discharge, set out to decide what lesser penalty should be awarded:

Should then, a lengthy and positive career, be overthrown just short of retirement by two letters written by the grievor in late 1989, considering his state of mind and the lengthy and protracted proceedings that he was subjected to and which no doubt exacerbated the difficulties. There is no doubt that the letters were threatening, were lacking in judgment and portrayed a person who ought not to be in the classroom. But these letters must be looked at against the very positive reputation that the grievor enjoyed for twenty years as a teacher. Any concept of just cause must weigh in the balance the grievor's lengthy seniority and positive service with the [employer] as well as the incidents which prompted his dismissal. In our view the grievor is not beyond redemption. The purpose of discipline is not to punish the grievor but to correct his conduct. If the conduct cannot be corrected or the grievor is beyond rehabilitation he ought to be dismissed.

In this case, there is some chance that the grievor's effectiveness as a teacher may not have been completely destroyed. . . . Accordingly, it is our view that the grievor should be reinstated but subject to very stringent conditions. [Emphasis added.]

91 Whether or not "there is some chance that the grievor's effectiveness as a teacher may not have been completely destroyed" is not the proper test to be applied in the circumstances of this case. If a single offence, standing alone, is serious enough to constitute just cause for discharge under any circumstances whatsoever, then an employee's past record or his potential for future rehabilitation cannot turn that just cause into an unjust one. Therefore, contrary to the proposition set forth by the arbitration board, a "concept of just cause" does not necessarily imply an automatic acceptance of the employee's seniority and service record as mitigating factors in all cases. There can be some cases where an offence is so grave that no factor would be sufficient to mitigate the discharge, and other circumstances where an offence is so critical

mêmes, une cause juste de congédiement, il s'est demandé quelle sanction moins sévère devait être infligée:

[TRADUCTION] Par conséquent, est-ce qu'une carrière longue et fructueuse devrait, à la veille de la retraite, être réduite à néant par deux lettres que l'auteur du grief a écrites à la fin de 1989, compte tenu de son état d'esprit et des longues procédures qu'il a vécues et qui ont sans aucun doute exacerbé les difficultés. Il est indubitable que les lettres étaient menaçantes, qu'elles témoignaient d'un manque de jugement et qu'elles révélaient une personne qui ne devrait pas être en salle de cours. Mais ces lettres doivent être examinées en regard de la très bonne réputation dont l'auteur du grief a joui pendant vingt ans en tant qu'enseignant. Tout concept de cause juste doit tenir compte de sa longue période d'ancienneté et de bons états de service auprès de [l'employeur], ainsi que des incidents ayant amené son congédiement. À notre avis, l'auteur du grief n'est pas irrécupérable. L'objet des mesures disciplinaires n'est pas de punir la personne visée mais de corriger sa conduite. Si la conduite ne peut être corrigée ou si l'auteur du grief n'est pas réhabilitable, il devrait être congédié.

En l'espèce, il y a des chances que l'efficacité de l'auteur du grief comme enseignant n'ait pas été complètement détruite. . . . En conséquence, nous sommes d'avis que l'auteur du grief devrait être réintégré, mais à des conditions très strictes. [Je souligne.]

La question de savoir s'«il y a des chances que l'efficacité de l'auteur du grief comme enseignant n'ait pas été complètement détruite» n'est pas le test approprié en l'espèce. Si une seule infraction, considérée isolément, est suffisamment grave pour constituer une cause juste de congédiement, et ce quelles que soient les circonstances, alors le dossier professionnel d'un employé ou son potentiel de réadaptation ne peuvent transformer cette cause juste en cause injuste. En conséquence, contrairement à la proposition énoncée par le conseil d'arbitrage, un «concept de cause juste» ne comporte pas nécessairement acceptation d'emblée de l'ancienneté et des états de service d'un employé en tant que facteurs atténuants dans tous les cas. Il peut y avoir des cas où une infraction est si grave qu'aucun facteur ne justifierait d'atténuer la sanction et de ne pas congédier, et d'autres où l'infraction est si cruciale du point de vue des rapports

to the employment relationship that mitigation simply cannot come into play.

In my opinion, in the case at bar, the two offensive letters are of such gravity as to seriously prejudice the grievor's status as a role model, hence undermining the necessary relationship of trust and confidence. Therefore, the two letters, in themselves, constitute just cause for discharge and this penalty is warranted.

The gravity of the offence stems from the following underlying considerations. Since the ancient times, our polity has embodied a fundamental principle of peaceful conflict-resolution which was expressed thus: "no man may redress his own wrongs until he has appealed to the guardians of the peace for justice. Hence the peace is the great check on the practice of private war, blood feuds, and the so-called *lex talionis*": W. Stubbs, *The Constitutional History of England* (4th ed. 1987), vol. I, at p. 198. Hence, in our modern society, where one feels disappointed with the existing conflict-resolution systems, the next step is not to engage in a personal vendetta, but to bring about changes through the appropriate political processes.

However, instead of properly seeking redress as a law-abiding citizen, the grievor portrayed an incensed renegade who set out to "take justice in his own hands". In doing so, he crossed the line between what could perhaps be permissible for an employee — vigorously, but lawfully, hauling his employer before the court — and what was impermissible for a teacher: resorting to rather unsightly intimidation tactics calculated to shock individual officers of his employer, not *qua* officers, but in their capacity as private citizens. The grievor, of his own volition, seriously prejudiced his own status as a role model.

employeur-employé que les facteurs atténuants n'entrent tout simplement pas en jeu.

À mon avis, dans le cas qui nous occupe, les deux lettres offensantes sont d'une gravité telle qu'elles compromettent sérieusement le statut de l'auteur du grief comme modèle de comportement, minant ainsi le rapport de confiance qui doit exister. En conséquence, ces deux lettres constituent, en elles-mêmes, une cause juste de congédiement, et cette sanction est justifiée.

La gravité de l'infraction découle des considérations sous-jacentes qui suivent. Depuis les temps anciens, notre régime politique a adopté un principe fondamental, soit celui du règlement pacifique des conflits, qui a été exprimé en ces termes: [TRADUCTION] «nul ne peut redresser les torts qu'on lui a causés avant d'avoir demandé justice aux gardiens de la paix. En conséquence, la paix est le grand frein à la pratique des guerres privées, des vendettas et de ce qu'on appelle la *lex talionis*»: W. Stubbs, *The Constitutional History of England* (4^e éd. 1987), vol. I, à la p. 198. En conséquence, dans notre société moderne, pour la personne insatisfaite des mécanismes existants de règlement des conflits, l'étape suivante n'est pas de se lancer dans une vendetta personnelle, mais plutôt de susciter des changements par les voies politiques appropriées.

Cependant, au lieu de demander réparation comme tout bon citoyen respectueux des lois l'aurait fait, l'auteur du grief s'est comporté en hors-la-loi excédé et a décidé de [TRADUCTION] «se faire justice lui-même». Ce faisant, il a franchi la limite entre ce qui pourrait peut-être être acceptable de la part d'un employé — c'est-à-dire poursuivre vigoureusement mais légalement son employeur devant les tribunaux — et ce qui était inacceptable de la part d'un enseignant — soit utiliser des tactiques d'intimidation disgracieuses, destinées à offenser divers représentants de son employeur, non pas *qua* représentants, mais plutôt en leur capacité de citoyens ordinaires. L'auteur du grief a, de sa propre initiative, compromis sérieusement son statut comme modèle de comportement.

92

1997 CanLII 378 (SCC)

93

94

95

Serene conflict-resolution — indeed, one of the facets of the rule of law — lies within the most fundamental core values that the school system is trying to inculcate. It is self-evident that capriciously “taking justice in one’s own hands” when a remedy is a long time coming is not a subject that should be part of any school’s curriculum. As the grievor said himself: “Human rights has been my passion for 30 years . . . I’m a human rights crusader . . . I make no compromise” (emphasis added). What the school system is trying to inculcate is exactly the opposite: one may embark on a human rights crusade but this is subject to the compromise that, in doing so, one will respect the rule of law.

96

In the context of the present case, because of their gruesome character, the two letters are *per se* sufficient evidence for a finding that the grievor has seriously prejudiced his status as a role model, and for the consequential finding of just cause for discharge. Accordingly, the subsidiary question as to whether this kind of aberrant behaviour was temporary or permanent is irrelevant in this case. Failure on the part of the arbitration board to formulate the questions properly, to address the primary legal issue, and to make the findings of just cause on the two letters *per se*, was not merely incorrect, it was patently unreasonable.

97

Indeed, the arbitration board’s failure to address the primary question as to whether the two letters were, *per se*, just cause for discharge was one of the grounds for judicial review that were submitted to the Divisional Court:

(d) The majority of the board of arbitration exceeded its jurisdiction by failing to address the issue before it, namely whether the contents of the letters were inappropriate for a person teaching students and

Le règlement paisible des conflits — qui, de fait, est l’une des facettes de la primauté du droit — fait partie des valeurs les plus fondamentales que le système scolaire tente d’inculquer. Il va de soi que le fait de «se faire justice soi-même» capricieusement lorsqu’une réparation tarde à venir n’est pas une matière qui devrait faire partie de quelque programme d’enseignement que ce soit. Comme l’auteur du grief l’a dit lui-même: [TRADUCTION] «Les droits de la personne sont ma passion depuis 30 ans [. . .] Je suis un militant fervent des droits de la personne [. . .] Je ne fais aucun compromis» (je souligne). Le système scolaire tente d’inculquer exactement le contraire: une personne peut toujours se lancer dans une croisade en faveur des droits de la personne, mais sous réserve du compromis que, ce faisant, elle respectera la primauté du droit.

Dans le contexte du présent pourvoi, en raison de leur caractère sinistre, les deux lettres constituent *per se* une preuve suffisante pour étayer la conclusion que l’auteur du grief a sérieusement compromis son statut comme modèle de comportement, ainsi que la conclusion en découlant, soit qu’il existe une cause juste de congédiement. En conséquence, la question subsidiaire de savoir si ce type de comportement aberrant était temporaire ou permanent n’est pas pertinente en l’espèce. Il était non seulement incorrect mais manifestement déraisonnable pour le conseil d’arbitrage de ne pas avoir formulé les bonnes questions, de ne pas avoir examiné la principale question de droit en litige et de ne pas avoir conclu à l’existence d’une cause juste fondée sur les deux lettres *per se*.

De fait, l’omission du conseil d’arbitrage d’examiner la question fondamentale de savoir si les deux lettres constituaient, *per se*, une cause juste de congédiement est l’un des motifs de contrôle judiciaire qui ont été soumis à la Cour divisionnaire:

[TRADUCTION]

d) La majorité du conseil d’arbitrage a outrepassé sa compétence en omettant d’examiner la question dont celui-ci était saisi, c’est-à-dire celle de savoir si le contenu des lettres était inconvenant de la part d’un

inimical to the concept of education which the Applicant wished to foster; [Emphasis added.]

The Divisional Court did not address this ground at all. Rather, it focused exclusively on the subsidiary issue of the findings of fact concerning the future behaviour of the grievor (pp. 10, 12). The Divisional Court granted the application “on the ground that there was no evidence upon which the Board could have found that the conduct of the grievor was temporary” (p. 14).

With respect, I am unable to agree with the Divisional Court’s reasoning. Asking for positive evidence to support the temporariness of the grievor’s conduct disregards the fact that the employee has no burden of proving the temporariness of his conduct. It is trite law that the employer has the burden of proving just cause. If the employer does not satisfy its burden of proving “permanence”, then this ground for just cause fails, even in the absence of any evidence of “temporariness”. In my view, the arbitration board found that the subsidiary ground of “permanence” failed and, seeing no just cause for discharge, it exercised its discretion to substitute a lesser penalty. However, as stated above, the primary ground — the two letters *per se* — did constitute just cause for discharge, which makes the subsidiary ground of “permanence of conduct” redundant. Accordingly, I am not expressing any opinion as to whether or not, in this case, that subsidiary ground would constitute just cause for discharge.

Subject to the above considerations, I would dispose of the appeal as proposed by my colleague.

Appeal allowed without costs.

Solicitors for the appellant: Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

enseignant et incompatible avec le concept d’éducation que le requérant désirait promouvoir; [Je souligne.]

La Cour divisionnaire n’a d’aucune façon examiné ce motif. Elle s’est plutôt attachée exclusivement à la question subsidiaire des conclusions de fait concernant le comportement futur de l’auteur du grief (pp. 10 et 12). La Cour divisionnaire a accueilli la demande [TRADUCTION] «pour le motif qu’il n’existait pas de preuve permettant au conseil d’arbitrage de conclure que la conduite de l’auteur du grief était temporaire» (p. 14).

En toute déférence, je ne puis souscrire au raisonnement de la Cour divisionnaire. Demander une preuve positive du caractère temporaire de la conduite de l’auteur du grief fait abstraction du fait qu’il n’incombe pas à l’employé de faire cette preuve. Il est bien établi en droit que l’employeur a le fardeau de prouver l’existence d’une cause juste. Si l’employeur ne s’acquitte pas du fardeau qu’il a d’établir le «caractère permanent» de la conduite, l’existence d’une cause juste ne peut être fondée sur ce moyen, même en l’absence de preuve du «caractère temporaire» de cette conduite. À mon avis, le conseil d’arbitrage a conclu que le moyen subsidiaire reposant sur le «caractère permanent» de la conduite n’était pas fondé et, ne voyant pas de cause juste de congédiement, il a exercé son pouvoir discrétionnaire et infligé une sanction moins sévère. Cependant, tel que noté précédemment, le principal moyen invoqué — c’est-à-dire les deux lettres *per se* — constituait effectivement une cause juste de congédiement, ce qui rend le moyen subsidiaire fondé sur le «caractère permanent de la conduite» superfétatoire. Par conséquent, je n’exprime pas d’opinion quant à savoir si, en l’espèce, ce moyen subsidiaire constituerait une cause juste de congédiement.

Sous réserve des considérations qui précèdent, je suis d’avis de trancher le présent pourvoi de la manière proposée par mon collègue.

Pourvoi accueilli sans dépens.

Procureurs de l’appelant: Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

Solicitors for the respondent Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 15 (Toronto): Golden, Green & Chercover, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, district 15 (Toronto): Golden, Green & Chercover, Toronto.