



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2014, Vol. 1, Part 2

2014, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [2014] 1 F.C.R., {²⁷⁹⁻⁵⁶²_{D-5-D-8}

Renvoi [2014] 1 R.C.F., {²⁷⁹⁻⁵⁶²_{F-7-F-11}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r.

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, WILLIAM A. BROOKS, Commissioner.

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2014.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2014.

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

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.

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

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
Erratum	III
Judgments	279–562
Digests	D-5–D-8

Canada (Citizenship and Immigration) v. Dhillon (F.C.) 325

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) concluding that respondent not inadmissible under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 37(1)(b)—Respondent, citizen of India, imprisoned in United States for conspiracy to import marijuana—Immigration Division concluding respondent inadmissible for serious criminality under IRPA, s. 36(1)(b), not inadmissible under s. 37(1)(b)—IAD dismissing appeal on ground drug smuggling not constituting crime included in s. 37(1)(b)—Whether IAD's conclusion withstanding scrutiny on applicable standard of review—IAD not having regard to intention of Parliament to prioritize security, to interrelationship of drug smuggling, money laundering—Issue on application whether phrase “such as” in s. 37(1)(b) referring to drug smuggling—IAD failing to appreciate nature of drug trafficking or smuggling within context of international crime, treaty obligations—Drug trafficking, money laundering linked—Not logical for Parliament to exclude drug smuggling from s. 37(1)(b)—Conspiracy to import marijuana foundation for finding of inadmissibility under ss. 36(1)(b), 37(1)(b)—Question certified as to whether importation of narcotics into another state activity “such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering” within meaning of IRPA, s. 37(1)(b)—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Erratum	III
Jugements	279–562
Fiches analytiques	F-7–F-11

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Dhillon (C.F.) 325

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a conclu que le défendeur n'était pas interdit de territoire en vertu de l'art. 37(1)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Le défendeur, un citoyen de l'Inde, a purgé une peine d'emprisonnement aux États-Unis pour complot en vue d'importer de la marijuana—La Section de l'immigration a conclu que le défendeur était interdit de territoire pour grande criminalité en vertu de l'art. 36(1)(b) de la LIPR, mais non interdit de territoire en vertu de l'art. 37(1)(b)—La SAI a rejeté l'appel au motif que la contrebande de drogues ne constituait pas une infraction visée à l'art 37(1)(b)—Il s'agissait de savoir si la conclusion de la SAI résistait à l'examen fondé sur la norme de contrôle applicable—La SAI a fait abstraction de l'intention du législateur d'accorder la priorité à la sécurité et du lien entre la contrebande de drogues et le recyclage des produits de la criminalité—La question à trancher était celle de savoir si le mot « telles » de l'art. 37(1)(b) peut renvoyer à la contrebande de drogues—La SAI n'a pas apprécié la nature du crime de trafic ou de contrebande de drogues dans le contexte élargi de la criminalité internationale et des obligations aux termes de traités internationaux—Le trafic de drogues et le recyclage des produits de la criminalité sont étroitement liés—Il n'est pas logique que le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) concluding that respondent not inadmissible under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 37(1)(b) on ground drug smuggling not constituting crime thereunder—Whether phrase “such as” in s. 37(1)(b) referring to drug smuggling—“Such as” suggesting example, not limit—IAD’s requirement of “significant similarity” creating too high a standard—Term “activities” in s. 37(1)(b) preceding listed activities, suggesting those offences examples only—IRPA supporting expansive view of s. 37(1)(b)—IRPA having to be construed, applied in manner complying with international treaties—International treaties informing proper contextual interpretation of s. 37(1)(b)—Not logical for Parliament to exclude drug smuggling from s. 37(1)(b).

Feuiltault Solution Systems Inc. v. Zurich Canada (F.C.A.) 279

Maritime Law—Insurance—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s claim against insurer under all-risks marine insurance policy—Appellant selling machines to customer in Germany—Machines leaving in good condition, arriving damaged in Germany—Federal Court concluding cause of loss insufficient packaging, no coverage or claim because insured not showing loss due to fortuity—Federal Court erring in imposing on insured burden of proving loss caused by fortuity—Where question of coverage depending on both insuring agreement, exclusions, insurer specifically excluding non-fortuitous losses, insurer having onus of proving lack of fortuity—Here, exclusion clause relieving respondent from liability for insufficiency of packing as damage caused by insufficient, unsuitable packaging, packing occurring prior to attachment of insurance —Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

législateur ait exclu la contrebande de drogues de l’art. 37(1) b)—L’infraction de complot en vue d’importer de la marijuana est le fondement de l’interdiction de territoire au titre des art. 36(1)b) et 37(1)b)—La question de savoir si l’importation de stupéfiants dans un autre État est comprise dans les activités telles « le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité » au sens de l’art. 37(1) b) de la LIPR a été certifiée—Demande accueillie.

Interprétation des lois—La Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que le défendeur n’était pas interdit de territoire en vertu de l’art. 37(1)b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) au motif que la contrebande de drogues ne constituait pas une infraction visée à cet art.—Il s’agissait de déterminer si le mot « telles » à l’art. 37(1)b) renvoie à la contrebande de drogues—Le mot « telles » est un terme qui indique un exemple plutôt qu’une limite—La similarité importante exigée par la SAI place la barre trop haut—Le terme « activités » précède la liste des activités de l’art. 37(1)b), ce qui donne à penser que ces infractions sont seulement des exemples—La LIPR milite en faveur d’une vision élargie de l’art. 37(1)b)—La LIPR doit être interprétée et mise en œuvre d’une manière qui est compatible avec les traités internationaux—Une interprétation contextuelle appropriée de l’art. 37(1)b) devrait reposer sur les traités internationaux—Il ne semble pas logique que le législateur ait exclu la contrebande de drogues de l’art. 37(1)b).

Feuiltault Solution Systems Inc. c. Zurich Canada (C.A.F.) 279

Droit maritime—Assurance—Appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a refusé de faire droit à la demande d’indemnité que l’appelante avait présentée à son assureur aux termes d’une police d’assurance maritime tous risques—L’appelante a vendu des machines à un client en Allemagne—Les machines étaient en bon état lorsqu’elles ont quitté l’atelier, mais sont arrivées endommagées en Allemagne—La Cour fédérale a conclu que la cause de la perte était l’insuffisance de l’emballage et que la police d’assurance ne couvrait pas la perte parce que l’assuré n’avait pas réussi à établir qu’elle avait été causée par des circonstances fortuites—La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a imposé à l’assuré le fardeau d’établir que la perte était fortuite—Lorsque la question de la couverture dépend à la fois de l’entente d’assurance et des exclusions, si l’assureur a expressément exclu des pertes non attribuables à des circonstances fortuites, il a le fardeau de prouver l’absence de circonstances fortuites—En l’espèce, l’exclusion exonérait l’intimée d’une responsabilité à l’égard de l’insuffisance de l’emballage parce

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Friends of the Canadian Wheat Board v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 518

Agriculture—Consolidated appeals from Federal Court orders declaring that Minister of Agriculture and Agri-Food failing to comply with statutory duty pursuant to *Canadian Wheat Board Act* (CWB Act), s. 47.1 to consult with Canadian Wheat Board (CWB), to obtain consent of wheat, barley producers prior to introducing Bill C-18 in Parliament (*An Act to re-organize the Canadian Wheat Board and to make consequential and related amendments to certain Acts*), which resulted in adoption of *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*—S. 47.1 requiring consultations with CWB, favourable vote by producers before bill proposing exclusion of certain kinds or grades of wheat, barley from grain marketing monopoly can be introduced in Parliament—Federal Court finding that CWB Act intended to require Minister to consult, gain consent where addition or subtraction of particular grains or types of grain from marketing regime contemplated, where change to CWB’s democratic structure involved—Thus, Federal Court finding that expansive meaning should be given to CWB Act, s. 47.1 so as to ensure to wheat, barley producers control over all fundamental legislative changes thereto—Whether Minister legally bound by CWB Act, s. 47.1 to consult with CWB, to obtain favourable consent of wheat, barley grain producers through vote prior to introducing Bill C-18—Factors considered herein to ascertain scope of CWB Act, s. 47.1 including statutory interpretation; legislative history, context in which s. 47.1 adopted; determination of legislative intent; parliamentary debates; democratic values; Canada’s international trade obligations under NAFTA (North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America)—Given legislative history, context in which s. 47.1 adopted, interpretation precluding Minister from introducing in Parliament legislation which would fundamentally modify CWB’s mandate or lead to repeal of CWB Act could not be sustained—In conclusion, based on considerations examined, scope of CWB Act, 47.1 not extending to *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*—Appeals allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

que les dommages ont été causés par un emballage insuffisant et inapproprié et que l’emballage a été effectué avant la prise d’effet de la police d’assurance—Appel rejeté.

Friends of the Canadian Wheat Board c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 518

Agriculture—Appels regroupés interjetés à l’encontre d’ordonnances de la Cour fédérale déclarant que le ministre de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire a fait défaut de se conformer à l’obligation que lui imposait l’art. 47.1 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* (Loi sur la CCB) de consulter la Commission canadienne du blé (CCB) et d’obtenir le consentement des producteurs de blé et d’orge avant de présenter au Parlement le projet de loi C-18 (*Loi réorganisant la Commission canadienne du blé et apportant des modifications corrélatives et connexes à certaines lois*), qui s’était soldé par l’adoption de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*—L’art. 47.1 crée une obligation de consulter la CCB et d’obtenir le vote favorable des producteurs avant qu’un projet de loi proposant l’exclusion de certains types et grades de blé et d’orge du monopole de commercialisation des grains puisse être déposé au Parlement—La Cour fédérale a conclu que la Loi sur la CCB visait à exiger du ministre qu’il procède à une consultation et qu’il obtienne le consentement des producteurs dans les cas où il envisage l’inclusion ou l’exclusion de grains ou de types de grain au régime de commercialisation, ainsi que la modification à la structure démocratique de la CCB—Par conséquent, la Cour fédérale était d’avis qu’il convenait de donner un sens élargi à l’art. 47.1, de façon à garantir que les producteurs de blé et d’orge exercent un contrôle sur tous les changements législatifs fondamentaux que l’on apporte à la Loi sur la CCB—Il s’agissait de savoir si le ministre était légalement tenu par l’art. 47.1 de la Loi sur la CCB de consulter la CCB et d’obtenir par voie de scrutin le consentement des producteurs de grains de blé et d’orge avant de déposer au Parlement le projet de loi C-18—Les facteurs examinés aux présentes en vue de déterminer la portée de l’art. 47.1 de la Loi sur la CCB comprenaient l’interprétation législative, l’historique législatif, le contexte dans lequel l’art. 47.1 a été adopté, la détermination de l’intention du législateur, les débats parlementaires, les valeurs démocratiques et les obligations que l’ALÉNA (Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique) impose au Canada en matière de commerce international—Compte tenu de l’historique législatif et du contexte dans lequel l’art. 47.1 a été adopté, aucun argument ne pouvait soutenir l’interprétation qui aurait empêché le ministre de présenter au Parlement un projet de loi qui aurait modifié

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Minister of Agriculture and Agri-Food introducing in Parliament Bill C-18 (amending *Canadian Wheat Board Act*) to allow western farmers freedom to sell wheat, barley on open market—Bill C-18 resulting in adoption of *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*—Charter, s. 2(d) not extending any constitutional protection to marketing monopoly or to compulsory price pooling system as contemplated by *Canadian Wheat Board Act*—*Marketing Freedom for Grain Farmers Act* not restricting grain producers' ability to associate for purposes of marketing or pooling their products.

Hou v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 405

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision dismissing applicant's claim for refugee protection—RPD finding applicant not credible, lacking in his knowledge of Falun Gong—RPD disbelieving applicant Falun Gong practitioner in China, determining practice in Canada undertaken solely for purpose of supporting fraudulent refugee claim—RPD's credibility findings reasonable—RPD not denying applicant procedural fairness—RPD's assessment of applicant's knowledge of Falun Gong supported by evidence—RPD not erring in considering applicant's motive for engaging in practice of Falun Gong in Canada—Canadian case law recognizing that motive for engaging in religious practice in Canada may be considered by RPD in appropriate cases—RPD's assessment, conclusion herein reasonable—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

fondamentalement le mandat de la CCB ou qui mènerait à l'abrogation de la Loi sur la CCB—En conclusion, selon les facteurs examinés, la portée de l'art. 47.1 de la Loi sur la CCB ne s'étend pas à la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*—Appels accueillis.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—Le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire a présenté au Parlement le projet de loi C-18 (*Loi réorganisant la Commission canadienne du blé et apportant des modifications corrélatives et connexes à certaines lois*) pour donner aux producteurs de l'Ouest canadien la liberté de vendre leurs récoltes de blé et d'orge sur le marché libre—Le projet de loi C-18 a mené à l'adoption de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*—L'art. 2d) de la Charte ne confère aucune protection constitutionnelle au monopole exercé sur le plan de la commercialisation ou au système de mise en commun obligatoire des prix prévus par la Loi sur la CCB—La *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation* ne limite pas non plus la capacité qu'ont les producteurs de grains de s'associer en vue de commercialiser ou de mettre en commun leurs produits.

Hou c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 405

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur—La SPR a conclu que le demandeur n'était pas crédible et que sa connaissance du Falun Gong était insuffisante—La SPR n'a pas cru que le demandeur avait été un adepte du Falun Gong en Chine et a établi que sa pratique au Canada avait été entreprise uniquement aux fins d'appuyer une demande d'asile frauduleuse—L'évaluation de la crédibilité qu'a faite la SPR était raisonnable—La SPR n'a pas privé le demandeur de son droit à l'équité procédurale—L'évaluation par la SPR de la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong reposait sur des preuves—La SPR n'a pas commis d'erreur dans son examen des motivations du demandeur à se livrer à la pratique du Falun Gong au Canada—La jurisprudence canadienne reconnaît que la motivation de l'engagement dans une pratique religieuse au Canada peut être examinée par la SPR dans une affaire pertinente—En l'espèce, l'évaluation et la conclusion de la SPR étaient raisonnables—Demande rejetée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Liang v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 352

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Applications seeking orders of *mandamus* compelling respondent to process applications for permanent residence under federal skilled worker (FSW) class — Application in IMM-9634-11 submitted before amendment introducing *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 87.3, receiving positive decision, suspended because Citizenship and Immigration Canada’s targets met—Application in IMM-137-12 governed by Ministerial Instructions (MI), suspended for suspected fraud—Applicants alleging delay unreasonable, respondent according higher priority to applications submitted more recently according to different criteria—Whether delay longer than required, justified—*Prima facie* case of delay established—S. 87.3, Ministerial Instructions not applying to applications submitted before amendments—MI applications delayed past processing time set by respondent—Court authorized to compel respondent to perform duty when application delayed past established processing times without satisfactory justification—Limit of deference to respondent legal duty under IRPA—Length, nature of process to be situated in full context of immigration scheme—Application in IMM-9634-11 outstanding for long period of time, entitled to *mandamus*—Individual circumstances not allowing *mandamus* for application in IMM-137-12—Nothing in IRPA or case law supporting requirement of first-in, first-out processing—Application in IMM-9634-11 allowed; application in IMM-137-12 dismissed.

Mahjoub (Re) (F.C.) 457

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Motion for, *inter alia*, permanent stay of proceedings in conformity with *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 24(1), *Federal Courts Act*, s. 50—Respondent (Mahjoub) stating, in particular, that Department of Justice (DOJ) breaching

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Liang c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 352

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Demandes d’ordonnances de *mandamus* obligeant le défendeur à traiter des demandes de résidence permanente au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) (TQF)—La demande dans le dossier IMM-9634-11 a été présentée avant l’entrée en vigueur des modifications apportées à la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) par l’ajout de l’art. 87.3, a reçu une décision favorable, mais a été suspendue, car les cibles de Citoyenneté et Immigration Canada étaient atteintes—La demande dans le dossier IMM-137-12 était régie par un ensemble d’instructions ministérielles (IM) et a été suspendue en raison d’une suspicion de fraude—Les demandeurs ont allégué que les délais étaient déraisonnables et que le défendeur a accordé une priorité élevée aux demandes présentées à des dates ultérieures sur la base de critères différents—Il s’agissait de savoir si le délai était plus long que ce qui est exigé et si ce délai était justifié—Un cas *prima facie* de délai a été établi—Les instructions ministérielles de l’art. 87.3 ne s’appliquent pas aux demandes présentées avant les modifications—Les demandes IM ont subi un retard bien au-delà du temps de traitement établi par le défendeur—La Cour a le droit d’intervenir et d’obliger le défendeur à remplir son obligation lorsqu’une demande est retardée au-delà du temps de traitement, sans explication satisfaisante—La limite de la retenue est l’obligation juridique du défendeur, en vertu de la LIPR—La question de la durée quant à la nature du processus doit être située dans le contexte général du schéma de l’immigration—La demande dans le dossier IMM-9634-1 est en cours depuis longtemps et le demandeur a droit à une ordonnance de *mandamus*—Une situation particulière ne donne pas droit à une ordonnance de *mandamus* pour la demande dans le dossier IMM-137-12—Rien dans la LIPR ni dans la jurisprudence ne permet d’appuyer l’exigence d’un traitement sur la base de la règle du premier arrivé, premier servi—Demande dans le dossier IMM-9634-11 accueillie; demande dans le dossier IMM-137-12 rejetée.

Mahjoub (Re) (C.F.) 457

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité —Requête en vue d’obtenir, entre autres, la suspension permanente de l’instance conformément aux art. 7, 8 et 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l’art. 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*—Le défendeur (Mahjoub) a déclaré,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

his right to retain, instruct legal counsel in private, rights to solicitor-client privilege, to litigation privilege by seizure, possession of all confidential material from file—Respondent's file left in confidential breakout room at Federal Court in Toronto by public counsel—Ministers arguing applicant not establishing materials at issue privileged or not losing their privileged status—DOJ office sealed off when co-mingling of some documents becoming obvious—Order issued to have documents separated, returned to respective parties—Respondent claiming that all documents covered by solicitor-client and/or litigation privilege; claiming breach of Charter, s. 7 rights resulting from violation of solicitor-client privilege, abuse of process within residual category—Whether respondent establishing that confidential information attributable to solicitor-client relationship or to litigation privilege in ministers' possession; if so, whether ministers rebutting presumption of risk that privileged material belonging to respondent, held by ministers, would be used to respondent's prejudice should proceedings continue; whether ministers' conduct connoting unfairness or vexatiousness to degree of contravening fundamental notions of justice, undermining integrity of judicial process; if so, what remedy considered appropriate—ministers indisputably taking documents from respondent's breakout room—Prothonotary's report confirming that materials seized including solicitor work product, solicitor-client privileged material, litigation privileged material—Therefore, respondent meeting onus, establishing that ministers' counsel having possession of confidential information attributable to solicitor-client relationship; however, ministers rebutting presumption of prejudice—Respondent's contention that permanent stay of proceedings needed on basis of abuse of process that fell within residual category rejected—ministers' conduct, although negligent, unintentional, not affecting fairness of underlying proceeding—While ministers' conduct not impacting fairness of proceeding or prejudicing respondent, circumstances in present case leading to conclusion that appearance of fairness compromised—Consequently, abuse of process in residual category existing in this case—Remedy warranted to ensure that ministers' conduct not undermining society's expectation in administration of justice—Given circumstances herein, not clearest of cases that would warrant permanent stay of proceedings—Rather, lesser remedy available to ensure that any affront to appearance of fairness would not be manifested, perpetuated or aggravated through conduct of proceedings or by outcome—In interest of ensuring public confidence in administration of justice, certain members of ministers' team who accessed respondent's documents permanently removed from file—Although taking of respondent's documents constituting Charter, s. 8 "seizure", permanent stay

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

en particulier, que le ministère de la Justice (MJ) avait porté atteinte à son droit de recourir à l'assistance d'avocats et de leur donner ses instructions en privé, à son droit à la protection du secret professionnel des avocats, à son droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès par la saisie et la prise de possession de la totalité des documents confidentiels—Le dossier du défendeur a été laissé dans la salle de travail privée de la Cour fédérale à Toronto par les avocats publics—Les ministres ont soutenu que le demandeur n'a pas démontré que les documents en cause étaient des documents confidentiels ou que ces documents n'avaient pas perdu cet attribut—Le bureau du MJ a été scellé lorsque l'amalgame de certains documents est devenu manifeste—Une ordonnance a été rendue pour que les documents soient séparés et remis à chacune des parties—Le défendeur a allégué que tous ses documents étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès, et que les droits que lui reconnaît l'art. 7 de la charte ont été violés sous deux aspects, soit la violation du secret professionnel de l'avocat et un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle—Il s'agissait de savoir si le défendeur a démontré que des renseignements confidentiels qui auraient été protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès se trouvaient en la possession des ministres et dans l'affirmative, si les ministres ont réfuté la présomption qu'il existait un risque que les documents protégés appartenant au défendeur qui se trouvaient en la possession des ministres soient utilisés au détriment du défendeur si l'instance se poursuivait; si la conduite des ministres traduisait un comportement inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de porter ainsi atteinte à l'intégrité du processus judiciaire et dans l'affirmative, quelle était la réparation appropriée—Il a été acquis aux débats que les ministres ont pris des documents se trouvant dans la salle de travail du défendeur—Le rapport du protonotaire confirmait qu'on trouvait, au nombre des documents saisis, le produit du travail des avocats, des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et des documents protégés par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès—Par conséquent, le défendeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombait et il a démontré que les avocats des ministres avaient en leur possession des renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat; cependant, les ministres ont réfuté la présomption de préjudice—La prétention du défendeur selon laquelle la Cour devait suspendre définitivement les procédures pour cause d'abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été rejetée—Bien que négligente, la conduite des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of proceedings not appropriate remedy herein—Motion allowed in part.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—In motion for, *inter alia*, permanent stay of proceedings in conformity with *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 24(1), respondent (Mahjoub) claiming that Department of Justice breaching his rights resulting from violation of solicitor-client privilege, abuse of process within residual category—Respondent meeting onus of establishing that ministers' counsel possessing confidential information attributable to solicitor-client relationship relevant to matter at hand but ministers rebutting presumption of prejudice—Based on evidence, reasonably informed person would be satisfied, in circumstances, that no real risk existing that respondent's privileged materials would be used to respondent's prejudice should proceeding continue—Nonetheless, circumstances herein leading to conclusion that appearance of fairness compromised; consequently, abuse of process in residual category existing—Therefore, remedy warranted to ensure that ministers' conduct not undermining society's expectation in administration of justice—Although permanent stay of proceedings not warranted herein, lesser remedy available, granted.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ministres n'était pas intentionnelle et elle n'a pas entaché l'équité de la procédure sous-jacente—Malgré le fait que la conduite des ministres n'a pas eu d'incidence sur l'équité de la procédure et qu'elle n'a pas causé de préjudice au défendeur, les circonstances de l'espèce permettaient de conclure que l'apparence d'équité a été compromise—Par conséquent, un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été commis en l'espèce—Il convenait d'accorder une réparation pour faire en sorte que la conduite des ministres ne mine pas les attentes de la société envers l'administration de la justice—Vu les circonstances de l'espèce, il ne s'agissait pas d'une situation claire qui aurait justifié une suspension permanente des procédures—Une réparation moindre pouvait être accordée en l'espèce pour faire en sorte que toute atteinte à l'apparence d'équité ne sera pas manifestée, perpétuée ou aggravée lors du déroulement de l'instance ou en raison de l'issue de la demande—Pour assurer la confiance du public dans l'administration de la justice, certains membres de l'équipe des ministres qui ont eu accès aux documents du défendeur ont dû se retirer de façon permanente du dossier—Bien qu'en s'emparant des documents du défendeur, les ministres aient procédé à une « saisie » au sens de l'art. 8 de la Charte, la suspension permanente des procédures n'était pas appropriée dans les circonstances—Requête accueillie en partie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Dans le cadre de sa requête en vue d'obtenir, entre autres, la suspension permanente de l'instance conformément aux art. 7 et 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le défendeur (Mahjoub) a déclaré que le ministère de la Justice avait porté atteinte à ses droits résultant de la violation du secret professionnel de l'avocat et d'un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle—Le défendeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que les avocats des ministres avaient en leur possession des renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat et que ces renseignements étaient pertinents en l'espèce, mais les ministres ont réfuté la présomption de préjudice—Sur le fondement de la preuve, une personne raisonnablement informée serait convaincue, dans les circonstances, qu'il n'y avait aucun risque véritable que les documents confidentiels du défendeur soient utilisés à son détriment si l'instance devait se poursuivre—Néanmoins, les circonstances de l'espèce permettaient de conclure que l'apparence d'équité a été compromise; par conséquent, un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été commis—Il convenait d'accorder une réparation pour faire en sorte que la conduite des ministres ne mine pas les attentes de la société envers l'administration de la justice—Bien qu'une suspension permanente n'était pas justifiée en l'espèce, une réparation moindre pouvait être accordée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Unreasonable Search or Seizure—In motion for, *inter alia*, permanent stay of proceedings in conformity with *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 24(1), respondent (Mahjoub) claiming that Department of Justice breaching his rights to retain, instruct legal counsel in private, rights to solicitor-client privilege, to litigation privilege by seizure, possession of all confidential material from file—Taking by ministers of respondent’s documents constituting “seizure” under Charter, s. 8—Although lesser remedy than permanent stay of proceedings provided herein, would nonetheless be appropriate for Federal Court to consider violation of respondent’s Charter, s. 8 rights, significant delay caused thereby as factors in respondent’s underlying motion for abuse of process.

Portillo v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 295

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) rejecting claim for refugee protection—Applicant, citizen of El Salvador, assaulted by Mara Salvatrucha (MS) members—Police suspecting applicant to be member of MS—Applicant questioned about friend, member of MS, by police—MS threatening applicant, extorting parents—Police continuing to link applicant to MS—RPD concluding applicant not credible, having unreasonable fear of police—Despite finding applicant personally targeted by MS, characterizing risk as generalized, concluding protection under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 97 unavailable—Whether RPD’s determinations regarding conduct of police, interpretation of s. 97 unreasonable—RPD’s conclusions regarding conduct of police contrary to evidence before it—RPD not analysing whether fear of police entitling applicant to IRPA, s. 96 protection—RPD’s interpretation of s. 97 unreasonable, incorrect—RPD’s statements regarding risk untenable—If such reasoning correct, s. 97 unlikely to ever provide protection for crime-related risks—RPD failing to determine that risk of death faced by applicant due to having been suspected police informant—Conflating risk faced by applicant with that faced by men of applicant’s age in El Salvador—Applicant facing heightened, different risk—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel—Charte des droits—Fouilles, perquisitions ou saisies abusives—Dans le cadre de sa requête en vue d’obtenir, entre autres, la suspension permanente de l’instance conformément aux art. 7, 8 et 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le défendeur (Mahjoub) a allégué que le ministère de la Justice avait porté atteinte à son droit de recourir à l’assistance d’avocats et de leur donner ses instructions en privé, à son droit à la protection du secret professionnel des avocats, à son droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès par la saisie et la prise de possession de la totalité des documents confidentiels—La prise de possession des documents du défendeur par les ministres constituait une « saisie » au sens de l’art. 8 de la Charte—Bien qu’une réparation moindre qu’une suspension permanente des procédures pouvait être accordée en l’espèce, il convenait néanmoins que la Cour se penche sur la question de la violation des droits garantis au défendeur par l’art. 8 de la Charte et sur les retards importants occasionnés par cette violation comme facteurs invoqués au soutien de la requête en abus de procédure du défendeur.

Portillo c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 295

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la SPR) a rejeté la demande d’asile du demandeur—Le demandeur, un citoyen du Salvador, a été agressé par des membres de la Mara Salvatrucha (la MS)—La police soupçonnait le demandeur de lui-même faire partie de la MS—Le demandeur a été interrogé par la police à propos d’un ami, membre de la MS—La MS a menacé le demandeur, et les parents de celui-ci ont été victimes d’extorsion—La police a continué à associer le demandeur à la MS—La SPR a conclu que le demandeur n’était pas crédible et que sa crainte de la police était déraisonnable—Même si la SPR a conclu que le demandeur avait été personnellement pris pour cible par la MS, elle a qualifié le risque de généralisé et a conclu que le demandeur n’avait pas la qualité de personne à protéger au sens de l’art. 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Il s’agissait de savoir si les conclusions tirées par la SPR au sujet de la conduite de la police et l’interprétation de l’art. 97 étaient déraisonnables—Les conclusions de la SPR portant sur la conduite de la police étaient contraires à la preuve soumise à son attention—La SPR n’a pas analysé la question de savoir si la crainte de la police conférerait au demandeur la qualité de personne à protéger au sens de l’art. 96 de la LIPR—L’interprétation que la SPR a faite de l’art. 97 de la LIPR était déraisonnable et incorrecte—Les affirmations de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Sommerer v. Canada (F.C.A.) 379

Income Tax—Income Calculation—Capital Gains and Losses—Trusts—Appeal from Tax Court of Canada decision allowing respondent’s appeal against reassessments to include in income taxable capital gains realized by private foundation on sale of corporate shares purchased from respondent—Respondent beneficiary of foundation created under statute of Austria—Appellant arguing *Income Tax Act*, s. 75(2) applying because possible shares or property substituted therefor might one day be redistributed to respondent as beneficiary—Parliament not intending for same capital gain to be attributed simultaneously to more than one person—Nothing in s. 75(2) contemplates such an outcome—Such double application of s. 75(2) not avoided through discretionary use thereof—S. 75(2) not applying to beneficiary transferring property to trust by means of genuine sale—Appeal dismissed.

Income Tax—Non-Residents—Private foundations—Tax Court of Canada allowing appeal against reassessments to include taxable capital gains realized by private foundation in income—*Convention between Canada and the Republic of Austria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital* (Convention), para. 5 of Art. XIII precluding Canada from taxing respondent on capital gains realized by foundation—Convention not to be interpreted on basis of premise excluding notion that Convention not intended to avoid economic double taxation.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la SPR concernant le risque étaient tout simplement incompatibles—Si ce raisonnement est juste, il est peu probable qu’il existe des situations dans lesquelles l’art. 97 permettrait à quiconque d’être protégé des risques liés à la criminalité—La SPR a estimé que le demandeur était exposé à une menace de mort sans toutefois aller jusqu’à dire que cette situation s’expliquait par le fait qu’on le soupçonnait d’être un informateur de police—La SPR a confondu le risque auquel le demandeur était exposé avec celui auquel sont exposés les hommes de son âge au Salvador—Le demandeur était exposé à un risque accru et différent—Demande accueillie.

Sommerer c. Canada (C.A.F.) 379

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Gains et pertes en capital—Fiducies—Appel d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt d’accueillir l’appel interjeté par l’intimé à l’égard des nouvelles cotisations dans lesquelles avait été incluse la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée à la suite de la vente d’actions que cette fondation avait achetées à l’intimé—L’intimé est bénéficiaire de la fondation créée sous le régime d’une loi de l’Autriche—L’appelante a fait valoir que l’art. 75(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* s’appliquait parce qu’il était possible que les actions, ou les biens qui leur étaient substitués, puissent un jour être distribués à l’intimé en tant que bénéficiaire—Le législateur ne pouvait vouloir que le même gain en capital soit imputé simultanément à plus d’une personne—Rien à l’art. 75(2) ne prévoit une telle situation—On ne peut éviter cette double application de l’art. 75(2) en procédant à une application discrétionnaire de l’art. 75(2)—L’art. 75(2) ne s’applique pas au bénéficiaire d’une fiducie qui transfère des biens à la fiducie au moyen d’une véritable vente—Appel rejeté.

Impôt sur le revenu—Non-résidents—Fondations privées—La Cour canadienne de l’impôt a accueilli un appel interjeté à l’égard de nouvelles cotisations, dans lesquelles avait été incluse la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée—Le par. 5 de l’art. XIII de la *Convention entre le Canada et la République d’Autriche, tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune* (la Convention) empêchait le Canada d’imposer entre les mains de l’intimé tout gain réalisé par la fondation—La Convention ne doit pas être interprétée sur le fondement d’un principe qui écarte l’idée que la convention vise à éviter la double imposition économique.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Turp v. Canada (Justice) (F.C.) 439

Environment—Judicial Review—Judicial review of Government of Canada’s decision to withdraw from *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*—Protocol, ratified by Canada, setting out targets—Conservatives establishing new targets after taking power—*Kyoto Protocol Implementation Act* (KPIA) passed with support of opposition parties to ensure Canada’s respect of obligations under Protocol—Government subsequently authorizing Minister of Foreign Affairs, on behalf of Canada, to withdraw from Protocol in accordance with Protocol, Art. 27—Whether withdrawal violating KPIA, rule of law, principle of separation of powers, democratic principle—Under royal prerogative, conduct of foreign affairs, international relations, including conclusion or withdrawal from treaty, falling exclusively under executive branch of government—Such decisions not justiciable—Government’s decision to withdraw from Kyoto Protocol not violating KPIA, rule of law—Executive branch’s decision to withdraw also not violating separation of powers—As to democratic principle, motion to ratify Protocol not binding—Government under no obligation to ratify it—Government not having to consult House of Commons—Democratic principle thus not violated—Application dismissed.

Federal Court Jurisdiction—Whether Court having jurisdiction to declare Canada’s withdrawal from *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change* of no force and effect—Where evidence that government breaking law, declaration of illegality meeting public interest that law be respected by all.

Crown—Prerogatives—Canada deciding to withdraw from *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*—Whether such withdrawal violating *Kyoto Protocol Implementation Act* (KPIA), rule of law—Under royal prerogative, conduct of foreign affairs, international relations, including conclusion or withdrawal from treaty, falling exclusively under executive branch of government—Such decisions not justiciable—KPIA containing no provision, condition or restriction limiting government’s royal prerogative to withdraw from Protocol.

SOMMAIRE (Fin)

Turp c. Canada (Justice) (C.F.) 439

Environnement—Contrôle judiciaire—Contrôle judiciaire de la décision du gouvernement du Canada de se retirer du *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*—Le Protocole, ratifié par le Canada, établissait des cibles de réduction—Les conservateurs ont établi de nouvelles cibles lorsqu’ils ont pris le pouvoir—La *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto* (LMOPK) a été adoptée avec l’appui des partis d’opposition pour honorer les engagements que le Canada a pris en vertu du Protocole—Le gouvernement a par la suite autorisé le ministre des Affaires étrangères à dénoncer, au nom du Canada, le Protocole de Kyoto conformément à l’art. 27—Il s’agissait de savoir si la dénonciation du Protocole contrevient à la LMOPK, au principe de la primauté du droit, au principe de la séparation des pouvoirs et au principe démocratique—En vertu de la prérogative royale, la conduite des affaires étrangères et des relations internationales, dont le pouvoir de conclure ou de se retirer d’un traité, relève en exclusivité de la branche exécutive du gouvernement—Ces décisions ne sont pas justiciables—La décision du gouvernement de dénoncer le Protocole de Kyoto n’a pas enfreint la LMOPK ni le principe de la primauté du droit—La décision de l’exécutif de dénoncer le traité n’a pas enfreint non plus le principe de séparation des pouvoirs—Quant au principe démocratique, la motion adoptée pour ratifier le Protocole était non contraignante—Le gouvernement n’était pas obligé de ratifier le Protocole—Le gouvernement n’était pas obligé de consulter la Chambre des communes—Le principe démocratique n’a pas été enfreint—Demande rejetée.

Compétence de la Cour fédérale—Il s’agissait de savoir si la Cour avait compétence pour déclarer sans effet la dénonciation par le Canada du *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*—Dans les cas où il est démontré que le gouvernement a enfreint la loi, une déclaration d’illégalité répond à l’intérêt public que la loi soit respectée par tous.

Couronne—Prérogatives—Le Canada a décidé de dénoncer le *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*—Il s’agissait de savoir si cette dénonciation contrevient à la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto* (LMOPK) et donc au principe de la primauté du droit—En vertu de la prérogative royale, la conduite des affaires étrangères et des relations internationales, dont le pouvoir de conclure ou de se retirer d’un traité, relève en exclusivité de la branche exécutive du gouvernement—Ces décisions ne sont pas justiciables—La LMOPK ne contient aucune disposition, condition ou restriction qui viendrait limiter la prérogative royale du gouvernement de se retirer du Protocole.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Warman, T-1640-09, 2012 FC 1162, has been affirmed on appeal (A-456-12, 2014 FCA 18, *sub nom Lemire v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*), reasons for judgment handed down January 31, 2014. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration), T-897-12, 2013 FC 336, has been reversed on appeal (A-154-13, 2014 FCA 85), reasons for judgment handed down March 31, 2014. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Canada v. GF Partnership, A-95-13, 2013 FCA 260, Noël J.A., judgment dated November 7, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused April 3, 2014.

Canada v. Guindon, A-459-12, 2013 FCA 153, Stratas J.A., judgment dated June 12, 2013, leave to appeal to S.C.C. granted March 20, 2014.

Canada (Attorney General) v. Ayai, A-179-13, 2013 FCA 294, Pelletier J.A., judgment dated December 19, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused April 3, 2014.

Robinson v. Canada (Attorney General), A-453-12, 2013 FCA 255, Webb J.A., judgment dated October 29, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused March 20, 2014.

Ross Deep v. Canada (Revenue Agency), A-120-13, 2013 FCA 228, Sharlow J.A., judgment dated September 30, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused March 11, 2014.

Stubicar v. Canada, A-531-12, 2013 FCA 239, Noël J.A., judgment dated October 8, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused March 11, 2014.

Thompson v. Canada (National Revenue), A-515-12, 2013 FCA 197, Trudel J.A., judgment dated August 29, 2013, leave to appeal to S.C.C. granted, leave to cross-appeal refused March 11, 2014.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Warman*, T-1640-09, 2012 CF 1162, a été confirmée en appel (A-456-12, 2014 CAF 18, *sub nom Lemire c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*), les motifs du jugement ayant été prononcés le 31 janvier 2014. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, T-897-12, 2013 CF 336, a été infirmée en appel (A-154-13, 2014 CAF 85), les motifs du jugement ayant été prononcés le 31 mars 2014. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Canada c. GF Partnership, A-95-13, 2013 CAF 260, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 7 novembre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 3 avril 2014.

Canada c. Guindon, A-459-12, 2013 CAF 153, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 12 juin 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 20 mars 2014.

Canada (Procureur général) c. Ayai, A-179-13, 2013 CAF 294, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 19 décembre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 3 avril 2014.

Robinson c. Canada (Procureur général), A-453-12, 2013 CAF 255, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 29 octobre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 mars 2014.

Ross Deep c. Canada (Agence du revenu), A-120-13, 2013 CAF 228, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 30 septembre, 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mars 2014.

Stubicar c. Canada, A-531-12, 2013 CAF 239, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 8 octobre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mars 2014.

Thompson c. Canada (Revenu national), A-515-12, 2013 CAF 197, le juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 29 août 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, autorisation de pourvoi incident refusée le 11 mars 2014.

ERRATUM

In [2013] 2 F.C.R. 83, on page 83, the Editor's Note incorrectly states that the reasons for judgment of A-358-11, 2012 FCA 246 were handed down November 3, 2011. In fact, the Federal Court of Appeal's reasons for judgment were rendered on September 25, 2012.

ERRATUM

Dans [2013] 2 R.C.F. 83, à la page 83, la note de l'arrétiste précise erronément que les motifs du jugement dans A-358-11, 2012 CAF 246 ont été prononcés le 3 novembre 2011. Cependant, les motifs de la Cour d'appel fédérale ont été rendus le 25 septembre 2012.

**Federal Courts
Reports**

2014, Vol. 1, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2014, Vol. 1, 2^e fascicule

A-141-11
2012 FCA 215

A-141-11
2012 CAF 215

Feuiltault Solution Systems Inc. (Appellant)

Feuiltault Solution Systems Inc. (appelante)

v.

c.

Zurich Canada (Respondent)

Zurich Canada (intimée)

INDEXED AS: FEUILTAULT SOLUTION SYSTEMS INC. v. ZURICH CANADA

RÉPERTORIÉ : FEUILTAULT SOLUTION SYSTEMS INC. c. ZURICH CANADA

Federal Court of Appeal, Létourneau, Pelletier and Mainville JJ.A.—Montréal, January 17; Ottawa, July 30, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Pelletier et Mainville—Montréal, 17 janvier; Ottawa, 30 juillet 2012.

Maritime Law — Insurance — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's claim against insurer under all-risks marine insurance policy — Appellant selling machines to customer in Germany — Machines leaving in good condition, arriving damaged in Germany — Federal Court concluding cause of loss insufficient packaging, no coverage for claim because insured not showing loss due to fortuity — Federal Court erring in imposing on insured burden of proving loss caused by fortuity — Where question of coverage depending on both insuring agreement, exclusions, insurer specifically excluding non-fortuitous losses, insurer having onus of proving lack of fortuity — Here, exclusion clause relieving respondent from liability for insufficiency of packing as damage caused by insufficient, unsuitable packaging, packing occurring prior to attachment of insurance — Appeal dismissed.

Droit maritime — Assurance — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a refusé de faire droit à la demande d'indemnité que l'appelante avait présentée à son assureur aux termes d'une police d'assurance maritime tous risques — L'appelante a vendu des machines à un client en Allemagne — Les machines étaient en bon état lorsqu'elles ont quitté l'atelier, mais sont arrivées endommagées en Allemagne — La Cour fédérale a conclu que la cause de la perte était l'insuffisance de l'emballage et que la police d'assurance ne couvrait pas la perte parce que l'assuré n'avait pas réussi à établir qu'elle avait été causée par des circonstances fortuites — La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a imposé à l'assuré le fardeau d'établir que la perte était fortuite — Lorsque la question de la couverture dépend à la fois de l'entente d'assurance et des exclusions, si l'assureur a expressément exclu des pertes non attribuables à des circonstances fortuites, il a le fardeau de prouver l'absence de circonstances fortuites — En l'espèce, l'exclusion exonérait l'intimée d'une responsabilité à l'égard de l'insuffisance de l'emballage parce que les dommages ont été causés par un emballage insuffisant et inapproprié et que l'emballage a été effectué avant la prise d'effet de la police d'assurance — Appel rejeté.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the claim of the appellant against its insurer under an all-risks marine insurance policy.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a refusé de faire droit à la demande d'indemnité que l'appelante avait présentée à son assureur aux termes d'une police d'assurance maritime tous risques.

The appellant, a manufacturer of specialized book binding machines, sold machines to a customer in Germany. The machines left in good condition but arrived damaged in Germany.

L'appelante, un fabricant de machines à relier des livres spécialisées, a vendu des machines à un client en Allemagne. Les machines étaient en bon état lorsqu'elles ont quitté l'atelier, mais sont arrivées endommagées en Allemagne.

The Federal Court came to the conclusion that the cause of the loss was the insufficiency of packing and that, in order to

La Cour fédérale a conclu que la cause de la perte était l'insuffisance de l'emballage et que, pour obtenir gain de

succeed, the insured needed to establish that the loss was due to a fortuity, that is, an external, accidental cause. The Federal Court concluded that there was no coverage for the claim because the insured had not shown that the loss was caused by a fortuity.

The Federal Court then considered the exclusion clause pleaded by the insurer, namely “insufficiency or unsuitability of packing”, and found that the packing and preparation of the cargo were insufficient.

The issues were (1) who of the two, the insured or the insurer, bore the onus of showing fortuity or lack thereof, and (2) whether the policy exclusion with respect to packing applied.

Held, the appeal should be dismissed.

Insurance policies must be read as a whole so as to give effect to all terms of the contract. Where the question of coverage falls to be decided solely on the basis of the insuring agreement, the insured must show that his loss is fortuitous. However, where the question of coverage depends upon both the insuring agreement and the exclusions, where the insurer has specifically excluded non-fortuitous losses, it has the burden of proving lack of fortuity. To give the insuring agreement and the exclusions their proper scope, then, one must hold that the insured under an all-risks policy needs only to show that the cargo was in good condition when the insurance attached and that the goods were damaged while the insurance was in force. It is for the insurer who wants to deny coverage to prove that the exclusion applies. Therefore, to give full effect to the terms of the policy herein, it was necessary to treat the exclusions for non-fortuitous losses as an undertaking by the insurer to assume the burden of proving that the loss was not fortuitous, thereby relieving the insured of the obligation to do so. As a result, the Federal court erred in imposing on the insured the burden of proving that the loss was caused by a fortuity.

As to whether the exclusion for insufficiency of packing relieved the respondent from liability, for the exclusion to apply, the packing had to have occurred prior to the attachment of the insurance, which was the case here. The exclusion also required that the loss or damage be caused by the insufficiency or unsuitability of packing. The corrosion of the cargo was caused by unsuitable packing. The packing was also insufficient. While the absence of protective wrapping, in and of itself, did not cause the loss, it contributed to it so as to satisfy the requirements of the exclusion. This conclusion is

cause, l’assuré devait établir que la perte résultait de circonstances fortuites, c’est-à-dire d’une cause extérieure et accidentelle. La Cour fédérale a conclu que la police d’assurance ne couvrirait pas la perte parce que l’assuré n’avait pas réussi à établir qu’elle avait été causée par des circonstances fortuites.

La Cour fédérale s’est ensuite penchée sur l’exclusion invoquée par l’assureur, à savoir l’« emballage insuffisant ou inapproprié », et a conclu que l’emballage et la préparation de la cargaison étaient insuffisants.

Il s’agissait de déterminer qui de l’assuré ou de l’assureur a le fardeau de prouver l’existence ou l’absence de circonstances fortuites, et si l’exclusion relative à l’emballage prévue dans la police d’assurance s’applique.

Arrêt : l’appel doit être rejeté.

Les polices d’assurance doivent être interprétées en tenant compte de l’ensemble de la police, de manière à donner effet à chacune des clauses du contrat. Lorsque la question de la couverture doit être tranchée uniquement en fonction de l’entente d’assurance, l’assuré doit démontrer que sa perte est fortuite. Toutefois, lorsque la question de la couverture dépend à la fois de l’entente d’assurance et des exclusions, si l’assureur a expressément exclu des pertes non attribuables à des circonstances fortuites, il a le fardeau de prouver l’absence de circonstances fortuites. Pour donner la portée qui convient à la fois aux dispositions sur la couverture et aux exclusions, il faut conclure que l’assuré visé par une police d’assurance tous risques n’a qu’à démontrer que la cargaison était en bon état lorsqu’elle a été assurée et qu’elle a été endommagée pendant que l’assurance était en vigueur. Il incombe à l’assureur qui veut refuser la réclamation de prouver que l’exclusion s’applique. Par conséquent, pour donner plein effet aux clauses de la police d’assurance en l’espèce, il était nécessaire de traiter les exclusions relatives aux pertes non fortuites comme s’il s’agissait d’un engagement de l’assureur à assumer le fardeau de prouver que la perte n’était pas fortuite, ce qui dispense l’assuré de l’obligation de le faire. En conséquence, la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a imposé à l’assuré le fardeau d’établir que la perte était fortuite.

Quant à la question de savoir si l’exclusion pour cause d’insuffisance de l’emballage exonérait l’intimée d’une responsabilité, pour que l’exclusion s’applique, l’emballage devait avoir été effectué avant la prise d’effet de la police d’assurance, ce qui était le cas. L’exclusion exige également que la perte ou les détériorations soient causées par un emballage insuffisant ou inapproprié. La corrosion de la cargaison était attribuable à un emballage inapproprié. L’emballage était aussi insuffisant. Bien qu’elle n’ait pas, à elle seule, causé la perte, l’absence d’un tel emballage protecteur a contribué à la

consistent with the purpose of marine insurance, which is to indemnify against the risks associated to a maritime voyage, not to guarantee the skill and workmanship of the insured in preparing the cargo for such a voyage.

perte d'une façon qui satisfait aux exigences prévues par la clause d'exclusion. Cette conclusion est compatible avec l'objet de l'assurance maritime, à savoir indemniser l'assuré des pertes découlant des risques propres à un voyage en mer, et non pas garantir les habiletés de l'assuré à préparer la cargaison en vue d'un tel voyage.

CASES CITED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164, (1982), 131 D.L.R. (3d) 559.

CONSIDERED:

British and Foreign Marine Co. v. Gaunt, [1921] 2 A.C. 41 (H.L.); *Nelson Marketing International Inc. v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2006 BCCA 327, 57 B.C.L.R. (4th) 27; *Soya G.m.b.H. Mainz Kommanditgesellschaft v. White*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 122 (H.L.); *Helicopter Resources Pty Ltd. v. Sun Alliance Australia Ltd. (The Icebird)*, [1991] VICSC 129.

REFERRED TO:

Global Process Systems Inc. & Anor v. Berhad, [2011] UKSC 5, [2011] 1 All E.R. 869; *T.M. Noten B.V. v. Harding*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 238 (C.A.); *Canadian National Railway Co. v. Royal and Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2008 SCC 66, [2008] 3 S.C.R. 453; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12.

AUTHORS CITED

Arnould's Law of Marine Insurance and Average, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.
International Underwriting Association of London. Institute Cargo Clauses (A), 1/1/2009.

APPEAL from a Federal Court decision (2011 FC 260, 7 C.C.L.I. (5th) 19) dismissing the claim of the appellant against the respondent under an all-risks maritime insurance policy. Appeal dismissed.

APPEARANCES

David F. H. Marler for appellant.
Marc D. Isaacs and *Bonnie Huen* for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

British and Foreign Marine Co. v. Gaunt, [1921] 2 A.C. 41 (H.L.); *Nelson Marketing International Inc. v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2006 BCCA 327, 57 B.C.L.R. (4th) 27; *Soya G.m.b.H. Mainz Kommanditgesellschaft v. White*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 122 (H.L.); *Helicopter Resources Pty Ltd. v. Sun Alliance Australia Ltd. (The Icebird)*, [1991] VICSC 129.

DÉCISIONS CITÉES :

Global Process Systems Inc. & Anor v. Berhad, [2011] UKSC 5, [2011] 1 All E.R. 869; *T.M. Noten B.V. v. Harding*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 238 (C.A.); *Compagnie des chemins de fer nationaux c. Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés d'assurances*, 2008 CSC 66, [2008] 3 R.C.S. 453; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12.

DOCTRINE CITÉE

Arnould's Law of Marine Insurance and Average, 17^e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 2008.
International Underwriting Association of London. Institute Cargo Clauses (A), 1/1/2009.

APPEL d'une décision par laquelle la Cour fédérale (2011 CF 260,) a refusé de faire droit à la demande d'indemnité que l'appelante avait présentée à l'intimé aux termes d'une police d'assurance maritime tous risques. Appel rejeté.

ONT COMPARU

David F. H. Marler pour l'appelante.
Marc D. Isaacs et *Bonnie Huen* pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

David F. H. Marler, Knolton, Québec, for appellant.

Isaacs & Co., Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A.:

INTRODUCTION

[1] This is an appeal from the decision of the Federal Court, reported as *Feuiltault Solution Systems Inc. v. Zurich Canada*, 2011 FC 260, 7 C.C.L.I. (5th) 19 (reasons), dismissing Feuiltault Solutions Systems Inc.'s (Feuiltault) claim against its insurer under an all-risks marine insurance policy. The issues raised by the appeal are who bears the onus of showing fortuity/lack of fortuity, and whether the policy exclusion with respect to packing applied to the loss.

FACTS

[2] Feuiltault is a manufacturer of specialized book binding machines known as pocket feeders. It sold 40 of these machines to a customer in Germany. The goods were loaded into three separate containers. Feuiltault's employees used pieces of pressure treated wood to immobilize the machines within the containers. The Court accepted that the machines were in good condition when they left Feuiltault's yard. The containers were trucked from Feuiltault's yard to the Port of Montreal where they were loaded onto a ship for the transatlantic voyage.

[3] The containers were off-loaded at the North Sea Terminal, Bremerhaven, Germany, after an uneventful ocean voyage, and were then trucked to the customer's premises. When the containers were opened, all of the

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

David F. H. Marler, Knolton, Québec, pour l'appelante.

Isaacs & Co., Toronto, pour l'intimée.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

INTRODUCTION

[1] Notre Cour est saisie de l'appel d'une décision de la Cour fédérale, *Feuiltault Solution Systems Inc. c. Zurich Canada*, 2011 CF 260 (les motifs), par laquelle la Cour fédérale a refusé de faire droit à la demande d'indemnité que Feuiltault Solution Systems Inc. (Feuiltault) avait présentée à son assureur aux termes d'une police d'assurance maritime tous risques. Les questions soulevées dans le présent appel sont celles de savoir qui a le fardeau de prouver l'existence ou l'absence de circonstances fortuites et si l'exclusion relative à l'emballage prévue dans la police d'assurance s'applique à la perte en cause.

LES FAITS

[2] Feuiltault, fabricant de machines à relier des livres spécialisés appelées margeurs automatiques, a vendu 40 de ces machines à un client en Allemagne. Les marchandises ont été chargées dans trois conteneurs distincts. Les employés de Feuiltault ont utilisé des morceaux de bois traité sous pression pour caler les machines dans les conteneurs. La Cour fédérale a reconnu que les machines étaient en bon état lorsqu'elles ont quitté l'atelier de Feuiltault. Les conteneurs ont été transportés par camion de l'atelier de Feuiltault au port de Montréal, où ils ont été chargés sur un navire en vue du voyage transatlantique.

[3] Les conteneurs ont été déchargés au terminal de la mer du Nord à Bremerhaven, en Allemagne, après une traversée sans incident, puis ils ont été transportés par camion à l'établissement du client. À l'ouverture

machines were rusted to the point that they were eventually declared a total loss.

[4] The consignee, Feuiltault’s customer, refused to accept the goods. Various investigations were undertaken in order to determine the cause of the rusting. Feuiltault made a claim under its marine insurance policy. When Feuiltault’s insurer, Zurich Canada (Zurich) refused to pay, Feuiltault sued pursuant to the Ocean Marine Certificate issued by Zurich, which incorporated the Institute Cargo Clauses (A) [from the International Underwriting Association of London]. These clauses constitute an industry standard insurance policy, which are given contractual effect as a result of being incorporated by reference in a certificate of insurance, as they were here.

[5] Clause 1 provides that the insurance “covers all risks of loss of or damage to the subject-matter insured” except as provided in the exclusions. Zurich denied coverage on the basis of the exclusion found at Clause 4.3 which, in its material parts, provides:

4. In no case shall this insurance cover

...

4.3 loss damage or expense caused by insufficiency or unsuitability of packing or preparation of the subject-matter insured ...

[6] The insurer did not plead lack of fortuity and did not rely on the exclusion of loss caused by inherent vice: appeal book, Vol. 1, at pages 55–57.

THE FEDERAL COURT’S DECISION

[7] After reviewing the evidence of the various expert witnesses, the Federal Court came to a conclusion as to the proximate cause of the loss. The Federal Court

des conteneurs, toutes les machines étaient à ce point rouillées qu’elles ont au bout du compte été déclarées perte totale.

[4] Le destinataire, le client de Feuiltault, a refusé d’accepter les marchandises. Diverses enquêtes ont été entreprises afin de déterminer la cause de la rouille. Feuiltault a présenté une demande d’indemnité en vertu de sa police d’assurance maritime. Lorsque l’assureur de Feuiltault, Zurich Canada (Zurich), a refusé de payer, Feuiltault a intenté une action fondée sur le certificat d’assurance maritime délivré par Zurich, lequel incorporait les clauses A [Institute Cargo Clauses (A)] de l’International Underwriting Association of London (Institut international d’assurance de Londres) sur l’assurance-cargaison. Ces clauses constituent une police d’assurance type de l’industrie, et leur incorporation par renvoi dans un certificat d’assurance, comme en l’espèce, leur confère un caractère contractuel.

[5] La clause 1 stipule que l’assurance [TRADUCTION] « couvre tous les risques de perte ou de détérioration du bien assuré », à l’exception de ce qui est prévu dans les exclusions. Zurich a refusé d’honorer la police d’assurance sur le fondement de l’exclusion prévue à la clause 4.3, dont les parties pertinentes sont ainsi rédigées :

[TRADUCTION]

4. Le présent contrat ne couvre en aucun cas :

[...]

4.3 Les pertes, détériorations ou frais en raison de l’emballage ou de la préparation insuffisants ou inappropriés du bien assuré [...]

[6] L’assureur n’a invoqué ni l’absence de circonstances fortuites, ni l’exclusion de la perte en raison d’un vice inhérent : dossier d’appel, vol. 1, aux pages 55 à 57.

LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[7] Après avoir examiné la preuve présentée par les divers témoins experts, la Cour fédérale s’est prononcée sur la cause immédiate de la perte. Elle a accepté les

accepted the conclusions of Zurich's expert, Captain Fernandes. These conclusions were summarized by the Federal Court as follows (reasons, at paragraph 50):

He [Captain Fernandes] concludes that it is reasonable to attribute the corrosion damage to heavy condensation within the containers during transit and that the most likely source of the heavy condensation is the high moisture content in the heat pressure treated lumber. Cpt. Fernandes concludes that the machinery was insufficiently packed (unwrapped steel machines in a container full of wood that has not been kiln dried and no use of dessicants) and that the wood used as dunnage was clearly unsuitable because of its high moisture content. [Footnote omitted.]

[8] The Federal Court then began its review of the relevant law by referring to the famous passage from *British and Foreign Marine Co. v. Gaunt*, [1921] 2 A.C. 41 (H.L.) (*Gaunt*), with respect to all-risks insurance policies [at page 57]:

There are, of course, limits to "all risks." They are risks and risks insured against. Accordingly the expression does not cover inherent vice or mere wear and tear or British capture. It covers a risk, not a certainty; it is something, which happens to the subject-matter from without, not the natural behaviour of that subject-matter, being what it is, in the circumstances under which it is carried.

[9] The Federal Court took from this passage that, in order to succeed, the insured needs to establish on a balance of probabilities that the loss was due to a fortuity, that is, an external, accidental cause: see reasons, at paragraph 60.

[10] The Federal Court then reviewed some of the jurisprudence where the issue of lack of fortuity has been considered. The Court referred to *Global Process Systems Inc. & Anor v. Berhad*, [2011] UKSC 5, [2011] 1 All E.R. 869 (*Global Process Systems*); *T.M. Noten B.V. v. Harding*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 238 (C.A.) (*Noten*); and *Nelson Marketing International Inc. v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2006 BCCA 327, 57 B.C.L.R. (4th) 27 (*Nelson Marketing*).

[11] The Federal Court also considered whether, on the facts of this case, it could be inferred that the loss

conclusions de l'expert de Zurich, le capitaine Fernandes, et les a résumées de la façon suivante (motifs, au paragraphe 50) :

Il est raisonnable, conclut [le capitaine Fernandes], d'imputer les dommages dus à la corrosion à la forte condensation présente dans les conteneurs lors du transport, et la source la plus probable de cette condensation est la haute teneur en humidité du bois traité sous pression et à la chaleur. Le capitaine Fernandes conclut que les machines n'étaient pas assez bien conditionnées (des machines en acier non conditionnées, dans un conteneur empli de bois non séché au séchoir et sans utilisation d'agents dessicants) et que le bois utilisé comme calage était manifestement impropre à cause de sa forte teneur en humidité. [Note en bas de page omise.]

[8] La Cour fédérale a ensuite commencé son analyse des règles de droit applicables par un renvoi au célèbre passage de l'arrêt *British and Foreign Marine Co. v. Gaunt*, [1921] 2 A.C. 41 (H.L.) (l'arrêt *Gaunt*), portant sur les polices d'assurance tous risques [à la page 57] :

[TRADUCTION] L'expression « tous risques » comporte évidemment des limites. Il y a les risques et il y a les risques assurés. Par conséquent, l'expression ne vise pas le vice inhérent, l'usure normale ou la capture par les forces britanniques. Elle vise un risque, non une certitude; il s'agit de quelque chose qui provient de l'extérieur à l'objet assuré, non du comportement naturel de l'objet assuré, compte tenu de sa nature, dans les circonstances entourant son transport.

[9] La Cour fédérale en a conclu que, pour obtenir gain de cause, l'assuré doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que la perte résulte de circonstances fortuites, c'est-à-dire d'une cause extérieure et accidentelle : voir les motifs, au paragraphe 60.

[10] La Cour fédérale a ensuite examiné certaines décisions relatives à la question de l'absence de circonstances fortuites. Elle a renvoyé aux arrêts *Global Process Systems Inc. & Anor v. Berhad*, [2011] UKSC 5, [2011] 1 All E.R. 869 (l'arrêt *Global Process Systems*); *T.M. Noten B.V. v. Harding*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 238 (C.A.) (l'arrêt *Noten*); et *Nelson Marketing International Inc. v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2006 BCCA 327, 57 B.C.L.R. (4th) 27 (l'arrêt *Nelson Marketing*).

[11] La Cour fédérale s'est en outre demandé si elle pouvait, à la lumière des faits de l'espèce, inférer que la

was due to a fortuitous event or an accident in the course of the voyage. It found that although an inference could be drawn that a fortuitous event had occurred if other shipments had been made under closely comparable circumstances without being damaged, that was not the case here. The presence of pressure treated wood in the containers was a departure from past practice and, as a result, the Court could not infer that the loss was due to a fortuity.

[12] The Federal Court considered that this case was analogous to the *Noten* and *Nelson Marketing* cases, cited above. The Court noted that, as in those cases, there was in this case no evidence of any unusual or untoward weather, or of any unusual features of the containers themselves. Nor was there evidence of any ingress of water or humid air in the course of the voyage. It is implicit in the Court's reasoning that the absence of these factors pointed, as it did in *Noten* and *Nelson Marketing*, to the absence of a fortuitous cause of loss.

[13] The Federal Court also rejected Feuiltault's theory that the loss was caused by the presence of an aggressive chemical agent accidentally introduced into the container in the course of the voyage. The presence of such an agent would have satisfied the requirement of a fortuitous cause of loss.

[14] In the end result, the Court concluded that there was no coverage for the claim because Feuiltault, the insured, had not shown that the loss was caused by a fortuity.

[15] The Federal Court went on to consider the exclusion pleaded by Zurich, namely "insufficiency or unsuitability of packing". The Court referred to the decision of the Supreme Court of Canada in *Canadian National Railway Co. v. Royal and Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2008 SCC 66, [2008] 3 S.C.R. 453 (CNR), a case which dealt with an exclusion for "faulty or improper design" in a builder's risk policy. The Court was of the view that the standard applied by the Supreme Court to determine if the design in

perte avait été causée par des circonstances fortuites ou un accident survenu au cours du voyage. Elle a conclu qu'il aurait été possible d'inférer l'existence de circonstances fortuites si des marchandises avaient déjà été transportées dans des conditions étroitement comparables sans être endommagées, mais que ce n'était pas le cas en l'espèce. La présence de bois traité sous pression dans les conteneurs dérogeait aux façons de faire antérieures et la Cour ne pouvait donc inférer que la perte était attribuable à des circonstances fortuites.

[12] Selon la Cour fédérale, la présente espèce était analogue aux affaires *Noten* et *Nelson Marketing*, précitées. Elle a signalé que, comme dans ces affaires, il n'y avait en l'espèce aucune preuve de conditions météorologiques inhabituelles ou malencontreuses ni de caractéristiques inhabituelles des conteneurs eux-mêmes. La preuve n'a révélé aucune infiltration d'eau ou d'air humide pendant le voyage. Il ressort implicitement du raisonnement suivi par la Cour que l'absence de ces facteurs donnait à penser, comme dans les affaires *Noten* et *Nelson Marketing*, que la perte n'était pas attribuable à des circonstances fortuites.

[13] La Cour fédérale a en outre rejeté la théorie de Feuiltault selon laquelle la perte avait été causée par la présence d'un agent chimique agressif accidentellement introduit dans le conteneur au cours du voyage. La présence d'un agent de ce genre aurait permis de satisfaire à l'exigence voulant que la perte soit attribuable à des circonstances fortuites.

[14] En fin de compte, la Cour a conclu que la police d'assurance ne couvrait pas la perte parce que Feuiltault, l'assuré, n'avait pas réussi à établir qu'elle avait été causée par des circonstances fortuites.

[15] La Cour fédérale s'est ensuite penchée sur l'exclusion invoquée par Zurich, à savoir l'emballage insuffisant ou inapproprié. Elle a renvoyé à l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux c. Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés d'assurances*, 2008 CSC 66, [2008] 3 R.C.S. 453 (l'arrêt CN), de la Cour suprême du Canada, dans lequel il était question d'une exclusion pour cause de « conception défectueuse ou inadéquate » prévue dans une police d'assurance des constructeurs. Selon la Cour fédérale, la norme

that case was “faulty or improper” should also be used to determine if the packing or preparation of the cargo was insufficient. The standard applied by the Supreme Court was that of the “ordinary reasonably cautious and prudent person”: see reasons, at paragraph 67.

[16] The Federal Court concluded, after considering all of the evidence, that the packing and preparation of the cargo were insufficient. The Court also found that the pressure treated wood used to brace the machines in the containers was unsuitable considering the absence of wrapping to protect them from rusting. The Court found that, had the machinery been wrapped with a protective covering, as it was in a later shipment, the loss would not have occurred.

[17] As a result, the Federal Court dismissed Feuiltault’s claim against Zurich.

STANDARD OF REVIEW

[18] This is an appeal of a decision of a judgment rendered after a trial. As such, the standard of review set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 8, 10 and 37, applies: palpable and overriding error with respect to questions of fact and questions of mixed fact and law (save in the case of an extricable legal error), and correctness with respect to questions of law.

ANALYSIS

[19] The first issue to be considered is whether the Federal Court erred in concluding that Feuiltault had the onus of showing that the loss was caused by a fortuity. In my view, the proposition that an insured under an all-risks policy must prove that the loss occurred as a result of a fortuity is of limited application and is subject to the caveat that, where the insurer has contractually excluded non-fortuitous losses, the onus of

appliquée par la Cour suprême pour décider si la conception dans l’arrêt *CN* était « défectueuse ou inadéquate » devait également servir pour statuer sur le caractère suffisant de l’emballage ou de la préparation de la cargaison. La Cour suprême a appliqué la norme de la « personne ordinaire, raisonnable et prudente » : voir les motifs, au paragraphe 67.

[16] Après avoir examiné l’ensemble de la preuve, la Cour fédérale a conclu que l’emballage et la préparation de la cargaison étaient insuffisants. Elle a également estimé que le bois traité sous pression utilisé pour caler les machines dans les conteneurs n’était pas approprié étant donné l’absence d’un emballage pour protéger ces machines de la rouille. La Cour a conclu que, si les machines avaient été emballées à l’aide d’une enveloppe protectrice, comme ce fut le cas pour un envoi ultérieur, il n’y aurait pas eu de perte.

[17] En conséquence, la Cour fédérale a rejeté l’action intentée par Feuiltault contre Zurich.

LA NORME DE CONTRÔLE

[18] Il s’agit d’un appel d’un jugement rendu à la suite d’un procès. À ce titre, la norme de contrôle applicable est celle énoncée dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 8, 10 et 37, soit l’erreur manifeste et dominante en ce qui concerne les questions de fait ou les questions mixtes de fait et de droit (sauf dans le cas d’une erreur de droit isolable), et la décision correcte à l’égard des questions de droit.

ANALYSE

[19] Il importe en premier lieu de se demander si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que Feuiltault avait l’obligation de démontrer que la perte était attribuable à des circonstances fortuites. À mon avis, la règle selon laquelle l’assuré visé par une police d’assurance tous risques doit établir que la perte a été fortuite n’est fondée que dans des situations restreintes et elle fait l’objet de la réserve suivante : lorsque

proving lack of fortuity with respect to those losses falls on the insurer.

[20] Ever since *Gaunt* was decided, it has been the law that “all-risks” policies cover only losses caused by fortuity or casualty, that is, “something which happens to the subject-matter from without, not the natural behaviour of that subject-matter, being what it is, in the circumstances under which it is carried”: see *Gaunt*, cited above, at page 57. In his speech, Lord Sumner expanded upon this notion (*Gaunt*, cited above, at page 57):

There are risks and risks insured against. Accordingly the expression does not cover inherent vice or mere wear and tear or British capture. It covers a risk, not a certainty; it is something which happens to the subject-matter from without, not the natural behaviour of that subject-matter, being what it is, in the circumstances in which it is carried. Nor is it a loss which the assured brings about by his own act, for then he has not merely exposed the goods to the chance of injury, he has injured them himself.

[21] The roots of the issue with respect to fortuity raised by this appeal lies in the passage that immediately follows the one quoted above (*Gaunt*, cited above, at pages 57 and 58):

Finally, the description “all risks” does not alter the general law; only risks are covered which it is lawful to cover, and the onus of proof remains where it would have been on a policy against ordinary sea perils.

I think, however, that the quasi-universality of the description does affect the onus of proof in one way. The claimant insured against and averring a loss by fire must prove loss by fire, which involves proving that it is not something else. When he avers loss by some risk coming within “all risks,” as used in this policy, he need only give evidence reasonably showing that the loss was due to a casualty, not to a certainty or to inherent vice or to wear and tear.

l’assureur a exclu, par contrat, les pertes non attribuables à des circonstances fortuites, il lui incombe de prouver l’absence de circonstances fortuites au regard de la perte.

[20] Depuis le prononcé de l’arrêt *Gaunt*, il est établi en droit que les polices d’assurance « tous risques » couvrent uniquement les pertes attribuables à des circonstances fortuites ou à un sinistre, c’est-à-dire [TRADUCTION] « quelque chose qui provient de l’extérieur à l’objet assuré, non du comportement naturel de l’objet assuré, compte tenu de sa nature, dans les circonstances entourant son transport » : voir l’arrêt *Gaunt*, précité, à la page 57. Dans les propos qu’il tient sur ce point, lord Sumner a précisé cette notion de la façon suivante (arrêt *Gaunt*, précité, à la page 57) :

[TRADUCTION] Il y a les risques et il y a les risques assurés. Par conséquent, l’expression ne vise pas le vice inhérent, l’usure normale ou la capture par les forces britanniques. Elle vise un risque, non une certitude; il s’agit de quelque chose qui provient de l’extérieur à l’objet assuré, non du comportement naturel de l’objet assuré, compte tenu de sa nature, dans les circonstances entourant son transport. Il ne s’agit pas non plus d’une perte que l’assuré cause par ses propres faits et gestes, puisque non seulement expose-t-il alors les biens au risque d’un dommage, mais encore il les endommage lui-même.

[21] L’origine de la question relative aux circonstances fortuites soulevée dans le présent appel repose sur le passage qui suit immédiatement celui reproduit ci-dessus (arrêt *Gaunt*, précité, aux pages 57 et 58) :

[TRADUCTION] Enfin, l’expression « tous risques » ne modifie pas le droit commun; les seuls risques couverts sont ceux qu’il est licite de couvrir, et le fardeau de la preuve est le même que dans le cas d’une police d’assurance contre les périls maritimes ordinaires.

Je pense, toutefois, que la quasi-universalité de l’expression influe, à un égard, sur le fardeau de la preuve. Le demandeur assuré contre les pertes attribuables à un incendie qui déclare une perte de cette nature doit établir l’existence d’une perte attribuable à un incendie, ce qui implique qu’il doit prouver qu’il ne s’agit pas de quelque chose d’autre. Lorsqu’il déclare une perte attribuable à un risque visé par une police d’assurance « tous risques », au sens où cette expression est employée dans la police d’assurance en cause, il n’a qu’à présenter une preuve suffisante du fait que la perte était attribuable à un sinistre, et non à une certitude, à un vice inhérent ou à l’usure normale.

[22] Two propositions emerge from these passages. The first is that the insured has the onus of showing that the loss was due to a fortuity or a casualty. The second is that inherent vice is not a fortuity. These two propositions must be considered together with another legal proposition, namely that the insurer has the burden of proving the exclusions upon which he relies when denying coverage (*Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164, (*Dalton Cartage Co.*), at pages 167 and 168):

A long standing line of authorities require an insurer, seeking solace in an exclusion from otherwise unlimited liability, to show that the exclusion applies.

[23] *Dalton Cartage Co.* is not a marine insurance case. However, the same rule applies in marine insurance cases: see *Global Process Systems*, cited above, at paragraph 20.

[24] The question of onus becomes important where the insurer excludes non-fortuitous losses, such as losses caused by inherent vice. The definition of inherent vice was settled in *Soya G.m.b.H. Mainz Kommanditgesellschaft v. White*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 122 (H.L.) (*Soya*), where Lord Diplock, at page 126, wrote:

This phrase (generally shortened to “inherent vice”) where it is used in s. 55(2) (c) refers to a peril by which a loss is proximately caused; it is not descriptive of the loss itself. It means the risk of deterioration of the goods shipped as a result of their natural behaviour in the ordinary course of the contemplated voyage without the intervention of any fortuitous external accident or casualty.

This definition was confirmed by the Supreme Court of the United Kingdom in *Global Process Systems*, cited above, at paragraphs 45, 81 and 129–133.

[25] In light of this definition, it is manifest that there is a conflict between the following propositions:

[22] On peut dégager deux règles de ces extraits. Premièrement, il incombe à l'assuré de démontrer que la perte était attribuable à des circonstances fortuites ou à un sinistre. Deuxièmement, un vice inhérent n'est pas une circonstance fortuite. Ces deux règles doivent être examinées à la lumière d'une autre règle juridique, à savoir que l'assureur a le fardeau d'établir l'application des exclusions qu'il invoque pour refuser d'indemniser l'assuré (*Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164 (l'arrêt *Dalton Cartage Co.*), aux pages 167 et 168) :

Selon une jurisprudence constante de longue date, un assureur qui invoque la protection d'une clause d'exclusion contre une obligation d'indemniser par ailleurs sans limite, doit prouver que la clause s'applique.

[23] Bien que l'arrêt *Dalton Cartage Co.* ne concerne pas l'assurance maritime, la même règle s'applique dans les affaires où il est question de ce genre d'assurance : voir l'arrêt *Global Process Systems*, précité, au paragraphe 20.

[24] La question du fardeau de la preuve devient importante lorsque l'assureur exclut les pertes non fortuites, comme celles découlant d'un vice inhérent. La définition de l'expression « vice inhérent » a été établie dans l'arrêt *Soya G.m.b.H. Mainz Kommanditgesellschaft v. White*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 122 (H.L.) (l'arrêt *Soya*), où lord Diplock s'est exprimé en ces termes à la page 126 :

[TRADUCTION] Cette expression (habituellement abrégée par le terme « vice inhérent ») employée au paragraphe 55(2)(c) renvoie à un risque qui est la cause immédiate d'une perte; il ne s'agit pas d'une description de la perte elle-même. Elle désigne le risque de détérioration des biens expédiés découlant de leur comportement naturel dans le cours normal du déplacement prévu et sans qu'une circonstance extérieure ou un sinistre extérieur ne soit en cause.

La Cour suprême du Royaume-Uni a confirmé cette définition dans l'arrêt *Global Process Systems*, précité, aux paragraphes 45, 81 et 129 à 133.

[25] Compte tenu de cette définition, il est évident que les règles suivantes se contredisent :

(a) an insured under an all-risks policy must show, if only by inference, that the loss was caused by a fortuity; and

(b) the insurer must prove the application of the exclusion, including non-fortuitous losses, on which it relies to deny coverage.

An insured who cannot show that the loss was caused by a fortuity will have, in effect, shown that the loss was caused by inherent vice, since, by definition, inherent vice is the deterioration of the cargo without the intervention of any fortuitous external accident or casualty. This reverses the onus with respect to proof of the cause of loss, since requiring the insured to show that the loss was due to a fortuity imposes on the latter the onus of *disproving* inherent vice.

[26] In my view, the jurisprudence with respect to the burden on the insured to prove a fortuity as a condition of recovery under an all-risks policy must therefore be read carefully. It is trite law that insurance policies must be read as a whole so as to give effect to all terms of the contract: see *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12 (*BG Checo*), at pages 23 and 24. In practice, this means that the scope of coverage is determined by the interplay between the insuring agreement and the exclusions. Where the question of coverage falls to be decided solely on the scope of the insuring agreement, in the absence of exclusions, *Gaunt* is authority for the proposition that the insured must show his loss is fortuitous. But where the question of coverage depends upon both the insuring agreement and the exclusions, then *Gaunt* and the jurisprudence that follows it must be read subject to the following caveat: where the insurer has specifically excluded non-fortuitous losses, especially inherent vice, then it must be taken to have accepted the burden of proving lack of fortuity.

a) un assuré visé par une police d'assurance tous risques doit établir, ne serait-ce qu'au moyen d'une inférence, que la perte est attribuable à une circonstance fortuite;

b) l'assureur doit établir l'application de l'exclusion, notamment les pertes non fortuites, sur laquelle il se fonde pour refuser d'indemniser l'assuré.

L'assuré qui ne peut démontrer que la perte a été causée par une circonstance fortuite aura, en fait, établi que la perte a été causée par un vice inhérent puisque, par définition, un tel vice tient à la détérioration de la cargaison sans qu'aucun accident ou sinistre externe fortuit ne se soit produit. Il s'ensuit donc une inversion de la charge de la preuve quant à l'établissement de la cause de la perte, puisque le fait d'obliger l'assuré à prouver que la perte était attribuable à une circonstance fortuite impose à celui-ci le fardeau de *réfuter* l'existence d'un vice inhérent.

[26] À mon avis, la jurisprudence relative à l'obligation qui incombe à l'assuré de prouver l'existence d'une circonstance fortuite pour avoir droit à une indemnité aux termes d'une police d'assurance tous risques doit donc faire l'objet d'un examen attentif. Il est bien établi en droit que les polices d'assurance doivent être interprétées en tenant compte de l'ensemble de la police, de manière à donner effet à chacune des clauses du contrat : voir l'arrêt *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12 (l'arrêt *BG Checo*), aux pages 23 et 24. En pratique, cela signifie que la portée de la couverture dépend tant des dispositions sur la couverture que de celles sur les exclusions. Lorsque la question de la couverture doit être tranchée uniquement en fonction de l'entente d'assurance, en l'absence d'exclusions, l'arrêt *Gaunt* permet d'affirmer que l'assuré doit démontrer que sa perte est fortuite. Toutefois, lorsque la question de la couverture dépend à la fois de l'entente d'assurance et des exclusions, l'arrêt *Gaunt* et les décisions qui ont suivi doivent être interprétés en tenant compte de la mise en garde suivante : si l'assureur a expressément exclu des pertes non attribuables à des circonstances fortuites, en particulier le vice inhérent, il faut alors supposer qu'il a accepté d'assumer le fardeau de prouver l'absence de circonstances fortuites.

[27] This is also consistent with the rule that all terms of the policy must be given meaning: see *BG Checo*, cited above, at pages 23 and 24. Requiring the insured to prove that the loss was due to a fortuity effectively renders the exclusion of non-fortuitous losses superfluous. If the insured can prove that the loss was caused by a fortuity, the exclusions cannot apply. If the insured cannot prove that the loss was caused by a fortuity, his claims fails and the issue of the exclusions for non-fortuitous losses will never arise. The only way to give both the insuring agreement and the exclusions their proper scope is to hold that the insured under an all-risks policy needs only show that the cargo was in good condition when the insurance attached and that the goods were damaged while the insurance was in force. It is for the insurer who wishes to deny coverage to prove that the exclusion with respect to inherent vice or other non-fortuitous loss applies.

[28] *Nelson Marketing*, cited above, which the Federal Court relied on in coming to its conclusion, illustrates the anomaly that results from an unqualified application of the principle set out in *Gaunt*. In *Nelson Marketing*, the insured cargo was laminated flooring, manufactured in Malaysia and shipped from there to North America. Upon arrival, the flooring was found to be cracked, delaminated and water-stained.

[29] The insurance policy was the same as the one in issue in this case, an all-risks policy that excludes, among other perils, loss caused by or resulting from inherent vice, or from the nature of the subject-matter insured. The insurer denied the insured's claim under the policy. The insured sued and lost at trial. The insured appealed.

[30] In considering the matter, the British Columbia Court of Appeal made the following observations (*Nelson Marketing*, cited above, at paragraph 13):

[27] Cette affirmation est également compatible avec la règle selon laquelle il faut donner un sens à chacune des modalités d'une police d'assurance : voir l'arrêt *BG Checo*, précité, aux pages 23 et 24. Obliger l'assuré à prouver que la perte est attribuable à une circonstance fortuite a en fait pour effet de rendre inutile l'exclusion relative aux pertes non fortuites. Si l'assuré peut établir que la perte a été causée par des circonstances fortuites, les exclusions ne peuvent s'appliquer. En revanche, s'il ne peut établir que la perte a été causée par des circonstances fortuites, sa demande d'indemnité échoue et la question des exclusions relatives aux pertes non fortuites ne sera jamais soulevée. La seule façon de donner la portée qui convient à la fois aux dispositions sur la couverture et aux exclusions consiste à conclure que l'assuré visé par une police d'assurance tous risques n'a qu'à démontrer que la cargaison était en bon état lorsqu'elle a été assurée et qu'elle a été endommagée pendant que l'assurance était en vigueur. Il incombe à l'assureur qui veut refuser la réclamation de prouver que l'exclusion relative au vice inhérent ou à une autre perte non fortuite s'applique.

[28] L'arrêt *Nelson Marketing*, précité, sur lequel s'est appuyée la Cour fédérale pour tirer sa conclusion, illustre comment l'application sans réserve du principe énoncé dans l'arrêt *Gaunt* peut mener à une situation anormale. Dans cette affaire, la cargaison assurée se composait de parquet contrecollé fabriqué en Malaisie, qui avait quitté ce pays à destination de l'Amérique du Nord. À son arrivée, le parquet était fendillé, décollé et marqué de taches d'eau.

[29] La police d'assurance en cause était identique à celle dans la présente affaire, soit une police d'assurance tous risques qui excluait notamment les pertes causées par un vice inhérent ou la nature même de l'objet assuré. L'assureur a refusé la réclamation de l'assuré. Ce dernier a intenté une action et il a été débouté au procès. Il a ensuite interjeté appel.

[30] Lors de l'examen de l'affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a formulé les observations suivantes (arrêt *Nelson Marketing*, précité, au paragraphe 13) :

Thus, to succeed on a claim under an “all risks” cargo policy, the Insured must establish, by direct evidence or by an inference to be drawn from the available evidence, that an external fortuitous occurrence caused the deterioration of the cargo as distinct from the cargo having simply succumbed to the ordinary incidents of the voyage because of the cargo’s inherent nature or susceptibility.

The Court then framed the issue before it as follows (*Nelson Marketing*, cited above, at paragraph 23):

The issue is only whether what did cause the loss was fortuitous and not attributable to the inherent nature of the flooring. The nature of the flooring was to absorb and release moisture. The amount of moisture absorbed and released (and the damage that could result) varied with the environmental conditions of temperature and humidity to which the flooring was exposed. For the cause of the loss to have been fortuitous, the flooring, which had absorbed some moisture before shipment, must have been exposed to conditions other than what could be said to have been ordinary in the holds of feeder vessels on each of the three carriages from the Malaysian ports to Singapore. The Insured bore the burden of establishing that the conditions in the holds of the three vessels was substantially different than was to be expected as part of the ordinary incidents of the carriage. The question now is only whether there was evidence that would support a finding that the environmental conditions were substantially out of the ordinary. [My emphasis.]

[31] In the end, the Court found that the insured had not shown that the environmental conditions were out of the ordinary, with the result that, having failed to establish that the loss was due to a fortuitous condition, the insured was denied coverage under the policy.

[32] The significance of the environmental conditions was that, if they were proven by the insured to be out of the ordinary, they would have represented a fortuity that brought the loss within the terms of coverage. But as I noted above, proof of such a fortuity necessarily renders the exclusion for inherent vice superfluous and the insurer is thereby relieved of the burden of proving that the exclusion applies. The Court would have come to the same result had it considered that the loss was, *prima facie*, within the terms of coverage and then applied the exclusion for inherent vice.

[TRANSLATION] Par conséquent, pour obtenir gain de cause en vertu d’une police d’assurance-cargaison « tous risques », l’assuré doit établir, au moyen d’une preuve directe ou d’une inférence à partir de la preuve disponible, qu’un événement fortuit externe est à l’origine de la détérioration de la cargaison, et non les incidents habituels du voyage à cause de la nature ou de la fragilité inhérente de la cargaison.

La Cour a alors décrit de la façon suivante la question dont elle était saisie (arrêt *Nelson Marketing*, précité, au paragraphe 23) :

[TRANSLATION] Il s’agit uniquement de décider si la perte était fortuite plutôt que de découler de la nature inhérente du parquet. Il était de la nature du parquet d’absorber et de dégager de l’humidité. La quantité d’humidité absorbée et dégagée (et les dommages susceptibles d’en découler) variait selon les conditions ambiantes de la température et de l’humidité auxquelles le parquet était exposé. Pour que la perte soit fortuite, le parquet, qui avait absorbé une certaine quantité d’humidité avant d’être expédié, devait avoir été exposé à des conditions autres que celles qui sont habituellement considérées comme normales dans les cales des navires collecteurs lors de chacun des trois déplacements effectués entre les ports de la Malaisie et Singapour. Il incombait à l’assuré d’établir que les conditions présentes dans les cales des trois navires étaient sensiblement différentes de celles auxquelles on s’attendrait dans le cours habituel du transport. La Cour doit donc maintenant se demander si elle dispose d’éléments de preuve lui permettant de conclure que les conditions ambiantes étaient fort inhabituelles. [Non souligné dans l’original.]

[31] En définitive, la Cour a conclu que l’assuré n’avait pas réussi à prouver que les conditions ambiantes étaient inhabituelles. Comme il n’avait pu établir que la perte était fortuite, l’assuré n’a pas été indemnisé en vertu de la police d’assurance.

[32] L’importance des conditions ambiantes tenait au fait que si l’assuré réussissait à établir leur caractère inhabituel, elles auraient constitué une circonstance fortuite, ce qui aurait fait en sorte que la perte soit visée par la couverture. Cependant, comme je l’ai signalé précédemment, la preuve de l’existence d’une circonstance fortuite rend nécessairement inutile l’exclusion relative au vice inhérent et l’assureur est ainsi libéré de son obligation de prouver que l’exclusion s’applique. La Cour serait arrivée au même résultat si elle avait estimé que la perte était, à première vue, visée par la couverture et avait ensuite appliqué la clause d’exclusion relative au vice inhérent.

[33] I am therefore of the view that, in order to give full effect to the terms of the policy in this case, it is necessary to treat the exclusions for non-fortuitous losses (inherent vice, wear and tear, deliberate acts of the insured) as an undertaking by the insurer to assume the burden of proving that the loss was not fortuitous, thereby relieving the insured of the obligation to do so. In my view, this is an incremental advance, based on the terms of the policy, on the principle set out in *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2008), at page 1058: "If the goods are shipped sound and arrive damaged, and the damage is of such a kind as to raise a presumption of some external cause, there is [under an "All risks" policy] *prima facie* evidence of loss by an insured peril, and the burden is on the underwriter to prove that the loss in fact occurred in some way for which he is not liable". See also *CNR*, at paragraphs 5, 31 and 34.

[34] As a result, I find that the Federal Court erred in law in imposing on the insured the burden of proving that the loss was caused by a fortuity. In doing so, it failed to give effect to the contract between Feuiltault and Zurich.

[35] Since the insurer did not plead that the loss was caused by a non-fortuitous loss, the only remaining issue is whether the exclusion for insufficiency of packing relieves Zurich of liability under the policy. For ease of reference, I reproduce the exclusion again (appeal book, Vol. 1, at page 31):

4.3 Loss, damage or expense caused by insufficiency or unsuitability of packing or preparation of the subject matter insured.(for the purpose of this Clause 4.3 "packing" shall be deemed to include stowage in a container or lift van but only when such stowage is carried out prior to attachment of this insurance by the Assured or their servants).

[33] J'estime par conséquent que, pour donner plein effet aux clauses de la police d'assurance en l'espèce, il est nécessaire de traiter les exclusions relatives aux pertes non fortuites (vice inhérent, usure normale, faute intentionnelle de l'assuré) comme s'il s'agissait d'un engagement de l'assureur à assumer le fardeau de prouver que la perte n'était pas fortuite, ce qui dispense l'assuré de l'obligation de le faire. À mon avis, cette position, fondée sur les clauses de la police d'assurance, va dans le même sens que les principes suivants énoncés dans l'ouvrage *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 17^e éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 2008), à la page 1058 : [TRADUCTION] « Si les marchandises sont expédiées en bon état et arrivent endommagées, et si les dommages sont d'une nature telle qu'ils font présumer qu'il existe une quelconque cause extérieure à ces dommages, il s'agit [suivant la police d'assurance « tous risques »] d'une preuve *prima facie* d'une perte résultant d'un risque assuré, et il incombe à l'assureur maritime de prouver que la perte s'est en réalité produite d'une façon qui fait qu'il n'est pas responsable ». Voir aussi l'arrêt *CN*, précité, aux paragraphes 5, 31 et 34.

[34] En conséquence, j'arrive à la conclusion que la Cour fédérale a commis une erreur de droit lorsqu'elle a imposé à l'assuré le fardeau d'établir que la perte était fortuite. Elle a ainsi omis de donner effet au contrat conclu entre Feuiltault et Zurich.

[35] Comme l'assureur n'a pas fait valoir que la perte n'était pas fortuite, la seule question qui demeure est celle de savoir si l'exclusion pour cause d'insuffisance de l'emballage exonère Zurich de la responsabilité qui lui incombe aux termes de la police d'assurance. Par souci de commodité, je reproduis de nouveau la clause d'exclusion (dossier d'appel, vol.1, à la page 31) :

[TRADUCTION]

4.3 Les pertes, détériorations ou frais en raison de l'emballage ou de la préparation insuffisants ou inappropriés du bien assuré. (Pour l'application de la présente clause 4.3, le terme « emballage » s'entend notamment de l'arrimage dans un conteneur ou une caisse, uniquement dans le cas où cet arrimage a été effectué avant la prise d'effet du présent contrat d'assurance, par l'assuré ou ses employés.)

[36] While the jurisprudence on this exclusion is sparse indeed, it has been held to apply to “those steps which are necessary to prepare the cargo for the loading process, not the very acts which result in the cargo being stowed on board”: see *Helicopter Resources Pty Ltd. v. Sun Alliance Australia Ltd. (The Icebird)*, [1991] VICSC 129 (Supreme Court of Victoria [in Australia]), at page 29. I understand this to mean that the exclusion applies to the steps taken by the insured to protect the cargo from the ordinary incidents of carriage, including stowing cargo in a container and taking steps to immobilize it in the container. By necessary implication, I also understand this exclusion to refer to the suitability of the materials used by the insured for those purposes. The application of this clause to circumstances where the conditions encountered in the course of the voyage depart from “the ordinary incidents of carriage” does not need to be answered here as it does not arise on these facts.

[37] In order for the exclusion to apply, the packing must occur prior to the attachment of the insurance. Clause 8.1 deals with the attachment of the insurance (appeal book, Vol. 1, at page 35):

8.1 This insurance attaches from the time the goods leave the warehouse or place of storage at the place named herein for the commencement of the transit, continues during the ordinary course of transit ...

[38] It is not contentious that the containers were packed on the insured’s premises prior to being picked up for transportation to the Port of Montreal and onwards.

[39] The exclusion requires that the loss or damage be caused by the insufficiency or unsuitability of packing. In this case, the Federal Court accepted that the corrosion of the cargo was caused by condensation in the container due to the high moisture content of the pressure treated wood used to secure the machinery in the container. Since the wood was a packing material, I agree with the Federal Court’s conclusion that the

[36] La jurisprudence relative à cette exclusion est très rare, mais il a été statué que l’exclusion s’appliquait [TRADUCTION] « aux mesures qui sont nécessaires pour préparer la cargaison en vue du chargement et non aux actes mêmes qui font en sorte que la cargaison soit arrimée à bord du navire » : voir la décision *Helicopter Resources Pty Ltd. v. Sun Alliance Australia Ltd. (The Icebird)*, [1991] VICSC 129 (Cour suprême de Victoria, en Australie), à la page 29. Si je comprends bien, cela signifie que l’exclusion s’applique aux mesures prises par l’assuré pour protéger la cargaison des incidents habituels du transport, y compris l’arrimage de la cargaison dans un conteneur et les mesures prises pour l’immobiliser dans celui-ci. Il s’ensuit donc, si j’ai toujours bien compris, que cette exclusion renvoie au caractère approprié des matériaux que l’assuré a utilisés à ces fins. Il est inutile de trancher la question de l’application de cette clause à des situations où les conditions rencontrées pendant le voyage diffèrent des « incidents habituels du transport », puisqu’elle ne se pose pas en l’espèce.

[37] Pour que l’exclusion s’applique, l’emballage doit avoir été effectué avant la prise d’effet de la police d’assurance. La clause 8.1 porte sur cette prise d’effet (dossier d’appel, vol. 1, à la page 35) :

[TRADUCTION]

8.1 Le présent contrat prend effet à compter du moment où les marchandises quittent le magasin ou l’entrepôt au lieu désigné aux présentes comme endroit du début du voyage, demeure en vigueur pendant le transport habituel [...]

[38] Il n’est pas contesté que les conteneurs ont été préparés à l’établissement de l’assuré avant d’être transportés au port de Montréal et à leur destination subséquente.

[39] L’exclusion exige que la perte ou les détériorations soient causées par un emballage insuffisant ou inapproprié. En l’espèce, la Cour fédérale a accepté que la corrosion de la cargaison était attribuable à la condensation présente dans le conteneur en raison de la haute teneur en humidité du bois traité sous pression utilisé pour caler les machines dans le conteneur. Comme le bois était une matière d’emballage, je suis d’accord avec

packing was unsuitable. It follows from this that the unsuitability of the packing was the cause of the loss. The Federal Court also found that the packing was insufficient. It appears that the insufficiency consisted in the absence of protective wrapping which could have prevented the loss. While the absence of the protective wrapping, in and of itself, did not cause the loss, in the circumstances of this case, it did contribute to the loss so as to satisfy the requirements of the exclusion.

[40] This conclusion is consistent with the general purpose of marine insurance, which is to indemnify against the risks incident to a maritime voyage, and not to guarantee the skill and workmanship of the insured in preparing the cargo for such a voyage.

CONCLUSION

[41] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

MAINVILLE J.A.: I agree.

la conclusion tirée par la Cour fédérale voulant que l'emballage ait été inapproprié. Il s'ensuit que le caractère inapproprié de l'emballage était la cause de la perte. La Cour fédérale a en outre conclu que l'emballage était insuffisant. Il semble que cette insuffisance tenait à l'absence d'un emballage protecteur susceptible de prévenir la perte. Bien qu'elle n'ait pas, à elle seule, causé la perte, l'absence d'un tel emballage protecteur a, dans la présente affaire, contribué à la perte d'une façon qui satisfait aux exigences prévues par la clause d'exclusion.

[40] Cette conclusion est compatible avec l'objet général de l'assurance maritime, à savoir indemniser l'assuré des pertes découlant des risques propres à un voyage en mer, et non pas garantir les habiletés de l'assuré à préparer la cargaison en vue d'un tel voyage.

CONCLUSION

[41] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel avec dépens.

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

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

IMM-5429-11
2012 FC 678

IMM-5429-11
2012 CF 678

Jonatan Guzman Portillo (*Applicant*)

Jonatan Guzman Portillo (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*défendeur*)

INDEXED AS: PORTILLO v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : PORTILLO c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Gleason J.—Toronto, March 21; Ottawa, June 4, 2012.

Cour fédérale, juge Gleason—Toronto, 21 mars; Ottawa, 4 juin 2012.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) rejecting claim for refugee protection — Applicant, citizen of El Salvador, assaulted by Mara Salvatrucha (MS) members — Police suspecting applicant to be member of MS — Applicant questioned about friend, member of MS, by police — MS threatening applicant, extorting parents — Police continuing to link applicant to MS — RPD concluding applicant not credible, having unreasonable fear of police — Despite finding applicant personally targeted by MS, characterizing risk as generalized, concluding protection under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 97 unavailable — Whether RPD's determinations regarding conduct of police, interpretation of s. 97 unreasonable — RPD's conclusions regarding conduct of police contrary to evidence before it — RPD not analysing whether fear of police entitling applicant to IRPA, s. 96 protection — RPD's interpretation of s. 97 unreasonable, incorrect — RPD's statements regarding risk untenable — If such reasoning correct, s. 97 unlikely to ever provide protection for crime-related risks — RPD failing to determine that risk of death faced by applicant due to having been suspected police informant — Conflating risk faced by applicant with that faced by men of applicant's age in El Salvador — Applicant facing heightened, different risk — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SPR) a rejeté la demande d'asile du demandeur — Le demandeur, un citoyen du Salvador, a été agressé par des membres de la Mara Salvatrucha (la MS) — La police soupçonnait le demandeur de lui-même faire partie de la MS — Le demandeur a été interrogé par la police à propos d'un ami, membre de la MS — La MS a menacé le demandeur, et les parents de celui-ci ont été victimes d'extorsion — La police a continué à associer le demandeur à la MS — La SPR a conclu que le demandeur n'était pas crédible et que sa crainte de la police était déraisonnable — Même si la SPR a conclu que le demandeur avait été personnellement pris pour cible par la MS, elle a qualifié le risque de généralisé et a conclu que le demandeur n'avait pas la qualité de personne à protéger au sens de l'art. 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Il s'agissait de savoir si les conclusions tirées par la SPR au sujet de la conduite de la police et l'interprétation de l'art. 97 étaient déraisonnables — Les conclusions de la SPR portant sur la conduite de la police étaient contraires à la preuve soumise à son attention — La SPR n'a pas analysé la question de savoir si la crainte de la police conférerait au demandeur la qualité de personne à protéger au sens de l'art. 96 de la LIPR — L'interprétation que la SPR a faite de l'art. 97 de la LIPR était déraisonnable et incorrecte — Les affirmations de la SPR concernant le risque étaient tout simplement incompatibles — Si ce raisonnement est juste, il est peu probable qu'il existe des situations dans lesquelles l'art. 97 permettrait à quiconque d'être protégé des risques liés à la criminalité — La SPR a estimé que le demandeur était exposé à une menace de mort sans toutefois aller jusqu'à dire que cette situation s'expliquait par le fait qu'on le soupçonnait d'être un informateur de police — La SPR a confondu le risque auquel le demandeur était exposé avec celui auquel sont exposés les hommes de son âge au

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board rejecting the applicant's claim for refugee protection.

The applicant, a citizen of El Salvador, was assaulted by members of the Mara Salvatrucha (MS) gang after he refused to become a member. The police did not pursue the matter and suspected that the applicant himself was a member of the MS. After the applicant's friend joined the MS, the police questioned and assaulted the applicant. The applicant's friend threatened to kill him for having spoken to the police. Shortly thereafter, the applicant fled. The MS extorted the applicant's parents and continued to make threats against the applicant. The police also continued to question and threaten the applicant's family, and to link the applicant to the MS. The RPD concluded, *inter alia*, that the applicant did not provide any credible evidence to indicate that the police wanted anything other than to interrogate him about any connection he had to the MS, and that it was unreasonable for him to fear the police. The RPD also concluded that protection was not available to the applicant under section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). Despite its finding that the applicant had been personally targeted by the MS, the RPD characterized the risk he faced as a risk generally faced by all men of the applicant's age in El Salvador.

At issue was whether the RPD's determinations regarding the conduct of the police were unreasonable, and whether the RPD's interpretation of section 97 of IRPA was unreasonable or incorrect.

Held, the application should be allowed.

The RPD's conclusions that the police did not act "inappropriately" and that it was unreasonable for the applicant to fear the police were contrary to the evidence before the Board. Had the RPD properly accepted that the assaults occurred, it would have been necessary for it to analyse whether or not the applicant's fear of the police would entitle him to protection under section 96 of IRPA. The Board did not conduct this analysis.

The interpretation given by the RPD to section 97 was both incorrect and unreasonable. It is untenable for the two statements of the Board to co-exist: if an individual is subject to a

Salvador — Le demandeur était exposé à un risque accru et différent — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur.

Le demandeur, un citoyen du Salvador, a été agressé par des membres de la Mara Salvatrucha (la MS) après avoir refusé de devenir membre. Les autorités policières n'ont pas donné suite à la plainte et ont même laissé entendre qu'elles soupçonnaient le demandeur de lui-même faire partie de la MS. Après que l'ami du demandeur s'est joint à la MS, les policiers ont interrogé et battu le demandeur. L'ami du demandeur l'a menacé de le tuer parce qu'il avait parlé à la police. Peu de temps après, le demandeur s'est enfui. Les parents du demandeur ont été victimes d'extorsion de la part de la MS et celle-ci a continué à proférer des menaces contre le demandeur. La police a également continué à interroger et à menacer les membres de la famille du demandeur et à associer le demandeur à la MS. La SPR a conclu, entre autres, que le demandeur n'avait fourni aucun élément de preuve crédible indiquant que les policiers ne voulaient pas seulement l'interroger sur ses liens éventuels avec la MS, et que sa crainte de la police était déraisonnable. La SPR a également conclu que le demandeur n'avait pas la qualité de personne à protéger au sens de l'article 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Malgré le fait qu'elle a conclu que le demandeur avait été personnellement pris pour cible par la MS, la SPR a estimé que le risque auquel le demandeur était exposé était un risque auquel tous les hommes du même groupe d'âge que lui au Salvador sont généralement exposés.

Il s'agissait de savoir si les conclusions tirées par la SPR au sujet de la conduite de la police étaient déraisonnables et si l'interprétation que la SPR a faite de l'article 97 de la LIPR était déraisonnable ou incorrecte.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Les conclusions tirées par la SPR portant que la police n'avait pas agi « de manière inappropriée » et qu'il était déraisonnable de la part du demandeur de craindre la police étaient contraires à la preuve soumise à son attention. Si la SPR avait, comme il se devait, accepté que les agressions s'étaient produites, il aurait été nécessaire qu'elle analyse la question de savoir si sa crainte qu'il dit avoir de la police conférerait au demandeur la qualité de personne à protéger au sens de l'article 96 de la LIPR. La Commission n'a pas procédé à cette analyse.

L'interprétation que la SPR a faite de l'article 97 était à la fois incorrecte et déraisonnable. Les deux affirmations de la Commission sont incompatibles : si une personne est exposée

personal risk to his life or risks cruel and unusual treatment or punishment, then that risk is no longer general. If the Board's reasoning was correct, it is unlikely that there would ever be a situation in which this section would provide protection for crime-related risks. The essential starting point for the required analysis under section 97 of IRPA is to first appropriately determine the nature of the risk faced by the claimant. The next step is to compare the correctly described risk faced by the claimant to that faced by a significant group in the country to determine whether the risks are of the same nature and degree. In the present case, the RPD determined that the applicant faced a risk of death from the MS but did not elaborate that this was due to his having been a suspected police informant. It thus failed to carry out the first step in the required analysis. The RPD then conflated the risk faced by the applicant with that faced by all men of the applicant's age in El Salvador. This patently was not the case. The applicant faced a heightened and different risk because the MS had threatened him in order to obtain retribution for his having spoken to the police. The applicant was found to be directly and personally at risk of death. This is a far cry from the risk of extortion, recruitment or assault and thus the applicant's risk was much more significant and more direct than that faced by other men in El Salvador.

à une menace personnelle à sa vie ou au risque de subir des peines ou traitements cruels et inusités, ce risque n'est plus un risque général. Si le raisonnement de la Commission était juste, il est peu probable qu'il existe des situations dans lesquelles cet article permettrait à quiconque d'être protégé des risques liés à la criminalité. Le point de départ essentiel de l'analyse relative à l'article 97 de la LIPR consiste à définir correctement la nature du risque auquel le demandeur est exposé. L'étape suivante consiste à comparer le risque qui a été correctement décrit et auquel le demandeur d'asile est exposé, avec celui auquel est exposée une partie importante de la population de son pays pour déterminer si ces risques sont similaires de par leur nature et leur gravité. Dans la présente affaire, la SPR a estimé que le demandeur était exposé à une menace de mort de la part de la MS sans toutefois aller jusqu'à dire que cette situation s'expliquait par le fait qu'on le soupçonnait d'être un informateur de police. La SPR n'a donc pas franchi la première étape exigée dans le cadre de l'analyse. Elle a ensuite confondu le risque auquel le demandeur était exposé avec celui auquel sont exposés les hommes de son âge au Salvador. Ce n'était visiblement pas le cas. Le demandeur était exposé à un risque accru et différent parce que, après qu'il eut parlé à la police, la MS lui avait par représailles proféré des menaces. Il a été démontré que le demandeur était personnellement et directement exposé à une menace de mort. On est très loin du risque d'extorsion, de recrutement ou d'agression, et par conséquent, le risque auquel le demandeur était exposé était beaucoup plus sérieux et plus direct que celui auquel d'autres hommes du Salvador sont exposés.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74, 96, 97.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) « réfugié au sens de la Convention » (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74, 96, 97.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36.
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.

CASES CITED

CONSIDERED:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Acosta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 213; *Pineda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 493; *Innocent v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1019, 364 F.T.R. 17; *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 10; *Guifarro v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 182; *Salvagno v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 595; *Chekhovskiy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 970; *Prophète v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 31, 78 Imm. L.R. (3d) 163, 387 N.R. 149; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, 337 D.L.R. (4th) 385, 26 Admin. L.R. (5th) 1; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193, 11 Admin. L.R. (3d) 1, amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222, (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Vaquerano Lovato v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 143; *Guerrero v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1210, 5 Imm. L.R. (4th) 74; *Garcia Vasquez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 477, 99 Imm. L.R. (3d) 187; *Barrios Pineda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 403; *Aguilar Zacarias v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 62, 95 Imm. L.R. (3d) 187; *Munoz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 238; *Pineda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 365, 65 Imm. L.R. (3d) 275.

REFERRED TO:

Aguebor v. Minister of Employment and Immigration (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.); *Rahal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 319; *Chalita Gonzalez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1059; *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 75, [2010] 3 F.C.R. 347, 317 D.L.R. (4th) 447, 88 Imm. L.R. (3d) 6; *Idahosa v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 418, [2009] 4 F.C.R. 293, 307 D.L.R. (4th) 368, 77 Imm. L.R. (3d) 130; *Nazifpour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 35, [2007] 4 F.C.R. 515, 278 D.L.R. (4th) 268, 60 Imm. L.R. (3d) 159; *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 417, [2006] 3 F.C.R. 70, 51 Imm. L.R. (3d) 49, 344 N.R. 244; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Acosta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 213; *Pineda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 493; *Innocent c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1019; *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 10; *Guifarro c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 182; *Salvagno c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 595; *Chekhovskiy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 970; *Prophète c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 31; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, motifs modifiés, [1998] 1 R.C.S. 1222; *Vaquerano Lovato c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 143; *Guerrero c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1210; *Garcia Vasquez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 477; *Barrios Pineda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 403; *Aguilar Zacarias c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 62; *Munoz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 238; *Pineda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 365.

DÉCISIONS CITÉES :

Aguebor c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL); *Rahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319; *Chalita Gonzalez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1059; *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CAF 75, [2010] 3 R.C.F. 347; *Idahosa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 418, [2009] 4 R.C.F. 293; *Nazifpour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 35, [2007] 4 R.C.F. 515; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 417, [2006] 3 R.C.F. 70; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 126, [2005] 3 R.C.F. 429; *Nolan c. Kerry (Canada)*

F.C.R. 487, 252 D.L.R. (4th) 316, 29 Admin. L.R. (4th) 21; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 126, [2005] 3 F.C.R. 429, 253 D.L.R. (4th) 449, 334 N.R. 297; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, 309 D.L.R. (4th) 513, 92 Admin. L.R. (4th) 203; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, 327 D.L.R. (4th) 513, 14 Admin. L.R. (5th) 1; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, 328 D.L.R. (4th) 1, 16 Admin. L.R. (5th) 157; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, 339 D.L.R. (4th) 428, 28 Admin. L.R. (5th) 177; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, 343 D.L.R. (4th) 193, 34 Admin. L.R. (5th) 1; *Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal, Re* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212, 22 N.R. 175 (F.C.A.); *Buttar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1281; *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Diaz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 705; *Tobias Gomez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1093, 397 F.T.R. 165, 4 Imm. L.R. (4th) 285; *Ponce Uribe v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1164, 398 F.T.R. 165, 4 Imm. L.R. (4th) 342; *Rodriguez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 11, 403 F.T.R. 1; *Olmedo Rajo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1058; *Chavez Fraire v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 763; *Baires Sanchez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 993; *Carias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 602.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board rejecting the applicant's claim for refugee protection. Application allowed.

APPEARANCES

Jeffrey Goldman for applicant.
Charles Jubenville for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Jeffrey L. Goldman, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

Inc., 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Rohm & Haas Canada Ltd. et Tribunal antidumping, Re*, [1978] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL); *Buttar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1281; *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1^{re} inst.); *Diaz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 705; *Tobias Gomez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1093; *Ponce Uribe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1164; *Rodriguez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 11; *Olmedo Rajo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1058; *Chavez Fraire c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 763; *Baires Sanchez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 993; *Carias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 602.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Jeffrey Goldman pour le demandeur.
Charles Jubenville pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Jeffrey L. Goldman, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] GLEASON J.: This is an application for judicial review in respect of the decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the RPD or the Board), dated July 15, 2011, in which the RPD rejected the applicant's claim for refugee protection.

[2] The applicant is a young man from El Salvador, who was targeted, threatened, assaulted and stabbed by members of the Mara Salvatrucha (the MS), a notorious criminal gang that operates in El Salvador. The RPD rejected the applicant's refugee claim, holding that neither section 96 nor 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA or the Act) applied to his situation. More specifically, with respect to section 96, the Board held that the applicant was not persecuted in connection with one of the Convention grounds listed in section 96 of the Act, and accordingly, held that he was not entitled to claim protection as a refugee under that section. With respect to section 97, the Board determined that the applicant "had been identified personally as a target" by the MS (decision, at paragraph 34; emphasis added); however, despite this finding, the RPD concluded that the risk the applicant faced was a generalized one since gang-related crime is rampant in El Salvador. Because the risk was generalized, the RPD concluded that section 97 of IRPA was inapplicable as subparagraph 97(1)(b)(ii) of IRPA provides that those who face risks that would be "faced generally by other individuals in or from that country" cannot be persons in need of protection.

[3] The applicant argues that the Board's decision should be set aside for the following three reasons:

1. The RPD's finding regarding the applicant's lack of credibility is not borne out by the evidence and is contradicted by the Board's reasons, which accepted the applicant's version of events;
2. The applicant was a victim of persecution by the Salvadoran police due to his perceived affiliation with

[1] LA JUGE GLEASON : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision datée du 15 juillet 2011 par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SPR ou la Commission) a rejeté la demande d'asile du demandeur.

[2] Le demandeur est un jeune homme originaire du Salvador qui a été pris pour cible, menacé, agressé et poignardé par des membres de la Mara Salvatrucha (la MS), un gang de criminels notoire qui sévit au Salvador. La SPR a rejeté la demande d'asile du demandeur au motif que ni l'article 96 ni l'article 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR ou la Loi) ne s'appliquaient à sa situation. Plus précisément, s'agissant de l'article 96, la Commission a estimé que le demandeur n'avait pas été persécuté pour l'un des motifs prévus par la Convention énumérés dans cette disposition, de sorte qu'il ne pouvait présenter de demande d'asile en vertu de cet article. En ce qui concerne l'article 97, la Commission a estimé que le demandeur avait « été personnellement pris pour cible » par la MS (la décision, au paragraphe 34; non souligné dans l'original). Toutefois, en dépit de cette conclusion, la SPR a conclu que le risque auquel le demandeur était exposé était un risque généralisé, étant donné que la violence liée aux gangs est un phénomène généralisé au Salvador. Comme le risque était généralisé, la SPR a conclu que l'article 97 de la LIPR ne s'appliquait pas, étant donné que le sous-alinéa 97(1)(b)(ii) de la LIPR prévoit que n'ont pas qualité de personnes à protéger les personnes exposées à des risques auxquels sont généralement exposés les « autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ».

[3] Le demandeur affirme que la décision de la Commission devrait être annulée pour les trois raisons suivantes :

1. La conclusion tirée par la SPR au sujet du manque de crédibilité du demandeur n'est pas étayée par la preuve et est contredite par les motifs de la Commission, qui a accepté la version des faits du demandeur;
2. Le demandeur a été victime de persécution de la part de la police salvadorienne en raison de sa présumée

the MS, and thus, the RPD committed a reviewable error in rejecting the applicant's claim under section 96 of IRPA; and

3. The risk the applicant faced was directed towards him on a highly personalized basis and is different from the type of risk faced by others in El Salvador, and accordingly, the Board committed a reviewable error in determining that section 97 of IRPA was inapplicable to the applicant's situation.

[4] The respondent, on the other hand, asserts that the Board's decision was reasonable and that it was open to the Board to disbelieve the applicant, to hold that there was no nexus to a ground listed in the Convention refugee definition in section 96 of IRPA and to conclude that section 97 of IRPA did not apply to the applicant's situation.

[5] For the reasons set out below, I have determined that the RPD's decision must be set aside because its determinations regarding section 97 of IRPA are both incorrect and unreasonable. In addition, its conclusion regarding one aspect of the applicant's claim under section 96 of IRPA was made without regard to the evidence before the Board, and thus, is unreasonable and subject to being set aside under paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (FCA) [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]. To appreciate why this is so, it is necessary to review the relevant facts before the Board as well as the salient points in the decision.

I. BACKGROUND

[6] The applicant grew up on a farm in a small town in a rural area of El Salvador. When he was a teenager, members of the MS approached the applicant and his best friend, Carlos, and attempted to convince them to

affiliation à la MS, de sorte que la SPR a commis une erreur susceptible de contrôle en rejetant la demande présentée par le demandeur en vertu de l'article 96 de la LIPR;

3. Le risque auquel le demandeur était exposé était un risque hautement personnel dirigé directement contre lui qui se distingue du type de risque auquel d'autres personnes sont exposées au Salvador, de sorte que la Commission a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que l'article 97 de la LIPR ne s'appliquait pas à la situation du demandeur.

[4] En revanche, le défendeur affirme que la décision de la Commission était raisonnable et qu'il était loisible à la Commission de ne pas croire le demandeur, d'estimer qu'il n'y avait pas de lien entre sa situation et les motifs de persécution énumérés dans la définition de réfugié au sens de la Convention que l'on trouve à l'article 96 de la LIPR et de conclure que l'article 97 de la LIPR ne s'appliquait pas à la situation du demandeur.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis arrivée à la conclusion que la décision de la SPR doit être annulée parce que les conclusions qu'elle a tirées en ce qui concerne l'article 97 de la LIPR sont à la fois incorrectes et déraisonnables. De plus, la conclusion que la SPR a tirée au sujet du volet de la demande du demandeur fondée sur l'article 96 de la LIPR ne tenait pas compte de l'ensemble de la preuve dont elle disposait, de sorte que cette conclusion était déraisonnable et susceptible d'annulation en vertu de l'alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art.1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]. Pour bien comprendre les raisons pour lesquelles j'arrive à cette conclusion, il est nécessaire de passer en revue les faits pertinents mis en preuve devant la Commission ainsi que les points saillants de la décision.

I. CONTEXTE

[6] Le demandeur a grandi sur une ferme dans une petite ville d'une région rurale du Salvador. Alors qu'il était adolescent, des membres de la MS ont tenté de convaincre le demandeur et son meilleur ami, Carlos de

join the gang. Carlos and the applicant refused, and the gang members then demanded money from them. The applicant said he had none, and upon hearing this, one of the MS gang members stabbed the applicant in the arm with a knife. Carlos had a bit of money and gave it to the gang members, who then released the boys. As Carlos and the applicant ran away, the gang members threatened that they were not finished with the applicant and Carlos.

[7] The applicant and his parents reported the attack to the Salvadoran police, but they did not pursue the issue and indeed, intimated that they suspected that the applicant was himself an MS member.

[8] Due to the attack, the applicant dropped out of school and spent his time working on the family's farm, hoping to escape the notice of the MS. A few weeks later, Carlos called the applicant and told him that he had been beaten up by the MS, who were threatening to kill him unless he joined the gang. Shortly thereafter, Carlos' mother came to speak with the applicant to see if he knew where Carlos was since he had been missing for a couple of days and his mother feared he had joined the MS. The applicant was not able to help her as he had not heard from Carlos.

[9] Two months later, MS gang members again assaulted the applicant and accused him of being the homosexual friend of "Licho". The applicant later learned that "Licho" was the nickname the MS had given to Carlos. Once again, the applicant and his parents reported the assault to the police, but the police refused to do anything and accused the applicant of being associated with the MS. Approximately two weeks later, members of the gang came to the applicant's home and demanded money, which the applicant's father paid them, as he felt he had no alternative.

[10] A few months later, Carlos called the applicant, told him that he was now an MS member and demanded that the applicant meet him the following day. The applicant did not show up and Carlos again called him,

se joindre au gang. Carlos et le demandeur ont refusé et les membres du gang ont cherché à leur extorquer de l'argent. Le demandeur a répondu qu'il n'en avait pas. Entendant cela, un des membres du gang de la MS l'a poignardé au bras. Carlos, qui avait un peu d'argent sur lui, l'a remis aux membres de la gang, qui ont alors laissé partir les jeunes hommes. Au moment où ils ont pris la fuite, les membres du gang leur ont proféré des menaces en leur disant qu'ils n'en avaient pas fini avec eux.

[7] Le demandeur et ses parents ont signalé l'agression aux autorités policières salvadoriennes, qui n'ont pas donné suite à leur plainte et qui ont même laissé entendre qu'elles soupçonnaient le demandeur de lui-même faire partie de la MS.

[8] À la suite de cette agression, le demandeur a abandonné ses études pour se consacrer aux travaux de la ferme, cherchant ainsi à se faire oublier de la MS. Quelques semaines plus tard, Carlos a appelé le demandeur pour lui dire que des membres de la MS l'avaient battu et menacé de le tuer s'il n'adhérait pas au gang. Peu de temps après, la mère de Carlos, qui était sans nouvelles de lui depuis plusieurs jours et qui craignait qu'il ait joint les rangs de la MS, est venue rencontrer le demandeur pour lui demander s'il savait où se trouvait son fils. Le demandeur n'a pas pu l'aider, car il était lui aussi sans nouvelles de Carlos.

[9] Deux mois plus tard, des membres du gang MS ont de nouveau agressé le demandeur, l'accusant d'être l'ami homosexuel de « Licho ». Le demandeur a par la suite appris que « Licho » était le surnom que la MS avait donné à Carlos. Une fois de plus, le demandeur et ses parents ont signalé l'agression à la police, qui a refusé de faire quoi que ce soit et accusé le demandeur d'entretenir des liens avec la MS. Environ deux semaines plus tard, des membres du gang se sont présentés au domicile du demandeur et ont exigé qu'on leur remette de l'argent, ce que le père du demandeur a fait, estimant qu'il n'avait pas le choix.

[10] Quelques mois plus tard, Carlos a téléphoné au demandeur pour lui annoncer qu'il faisait maintenant partie de la MS. Il a exigé de rencontrer le demandeur le lendemain. Le demandeur ne s'est pas présenté et

fuming, and stated that, “[n]o one makes fun of Licho”. He again demanded a meeting with the applicant, and once again, the applicant refused to attend. Carlos called the applicant back and told him that he was now an enemy. A few days later, the police came to the applicant’s home and questioned and assaulted him, seeking to learn where Carlos was because Carlos had been implicated in the murder of a police officer. The applicant gave the police Carlos’ mother’s address. The next day, Carlos called the applicant and told him that he was looking forward to killing him as a result of the applicant having spoken to the police.

[11] The applicant’s parents sent him to work and live on another farm, about two hours away, to try to protect him. However, the Salvadoran police pursued him there. The police also went to the applicant’s home, questioned his father as to the applicant’s whereabouts and assaulted the father. Shortly thereafter, the applicant fled, first to the United States and then, when he was being deported from the U.S., to Canada. The applicant did not make a refugee claim in the United States and alleged that he had received advice from a lawyer to not make such a claim since it was almost certain to fail.

[12] The applicant’s parents make monthly payments to the MS, who continue to make threats against the applicant. The Salvadoran police also continue to question and threaten the applicant’s family, and to link the applicant to the MS.

[13] There was evidence before the Board documenting the extent of MS presence in all parts of El Salvador as well as the existence of a certain degree of corruption within the police force, linking the Salvadoran police to murders and human rights violations. The Board itself noted that, “[the] evidence ... reflects the [MS’] presence in all of El Salvador and their activities affect all Salvadorans” (decision, at paragraph 32).

Carlos, furieux, l’a appelé pour lui dire : [TRADUCTION] « [p]ersonne ne se moque de Licho ». Il a de nouveau exigé une rencontre avec le demandeur, qui, une fois de plus, a refusé. Carlos a rappelé le demandeur et lui a dit qu’ils étaient désormais des ennemis. Quelques jours plus tard, des policiers se sont présentés chez le demandeur, et ils l’ont interrogé et battu; ils cherchaient à savoir où se trouvait Carlos, parce que ce dernier était impliqué dans le meurtre d’un policier. Le demandeur a donné l’adresse de la mère de Carlos aux policiers. Le lendemain, Carlos a appelé le demandeur pour lui dire qu’il avait l’intention de le tuer à la première occasion parce qu’il avait parlé à la police.

[11] Les parents du demandeur l’ont envoyé travailler et vivre sur une autre ferme, à environ deux heures de route, pour tenter de le protéger. La police salvadorienne l’a toutefois pourchassé jusque-là. Des policiers se sont également présentés au domicile du demandeur, ont interrogé son père pour savoir où il se trouvait et s’en sont pris à lui. Peu de temps après, le demandeur s’est enfui, d’abord aux États-Unis puis, après avoir été expulsé des États-Unis, au Canada. Sur les conseils d’un avocat — qui l’aurait dissuadé de le faire parce que ses chances d’obtenir gain de cause étaient presque nulles — le demandeur n’a pas soumis de demande d’asile aux États-Unis.

[12] Les parents du demandeur ont versé chaque mois de l’argent à la MS, qui a continué à proférer des menaces contre le demandeur. La police salvadorienne a également continué à interroger et à menacer les membres de la famille du demandeur et à associer le demandeur à la MS.

[13] La Commission disposait d’éléments de preuve documentaire attestant la présence de la MS sur tout le territoire du Salvador, ainsi que l’existence de problèmes de corruption au sein de la police salvadorienne, et liant celle-ci à des meurtres et violations des droits de la personne. La Commission a elle-même fait observer que « [l]a preuve démontre [...] que [la MS est présente et active] sur l’ensemble du territoire salvadorien » (décision, au paragraphe 32).

II. THE RPD'S DECISION

[14] The RPD commenced its analysis by noting that it had identified what it termed “major credibility concerns” with certain aspects of the applicant’s claim. These centered on discrepancies between the statements the applicant made in his Personal Information Form (PIF) and to the immigration official at the port of entry into Canada regarding the events he claimed took place in El Salvador. The Board concluded on this point that “the major inconsistencies and omissions between the [applicant’s] statement at the port of entry and his story in his PIF narrative, without a reasonable explanation, undermine the [applicant’s] credibility” (decision, at paragraph 17). However, the Board did not base its decision on the applicant’s lack of credibility; rather, it went on to analyse his claims on the basis that it had accepted the applicant’s version of events.

[15] With respect to section 96, the RPD held that the determinative issue was the lack of nexus between the harm feared by the applicant and any ground in the Convention refugee definition. The Board relied on several decisions from this Court holding that “victims of crime, corruption or vendettas generally fail to establish a link between their fear of persecution and one of the Convention grounds” and concluded that the harm the applicant feared from the MS was not covered by section 96 of IRPA. The RPD also considered the applicant’s claim to fear the Salvadoran police, whom the applicant claimed had wrongfully assumed that he was an MS member. The Board concluded that the applicant “did not provide any credible evidence to indicate that the police wanted anything other than to interrogate him about any possible connection he had to the [MS], his possible involvement in the police murder and his knowledge of Carlos’s involvement in the police murder” (decision, at paragraph 21). The RPD also noted that the applicant had not provided “any credible evidence” to suggest that he would not be absolved from suspicion if questioned by the Salvadoran police, and concluded that it was unreasonable for him to fear the police.

II. LA DÉCISION DE LA SPR

[14] La SPR a commencé son analyse en faisant observer qu’elle avait relevé ce qu’elle a qualifié de « graves problèmes de crédibilité » en ce qui concerne certains aspects de la demande présentée par le demandeur. Ces problèmes avaient principalement trait aux contradictions entre les affirmations que le demandeur a faites dans son Formulaire de renseignements personnels (FPR) et la déclaration qu’il a faite au fonctionnaire de l’immigration au point d’entrée au Canada au sujet des événements qui, disait-il, s’étaient produits au Salvador. La Commission a conclu sur ce point : « les contradictions et les omissions importantes qui existent entre la déclaration faite par le demandeur d’asile au point d’entrée et le récit qui figure dans l’exposé circonstancié de son FRP minent la crédibilité du demandeur d’asile » (décision, au paragraphe 17). La Commission n’a toutefois pas fondé sa décision sur le manque de crédibilité du demandeur. Elle a plutôt poursuivi son analyse des prétentions du demandeur en se fondant sur sa version des faits.

[15] En ce qui concerne l’article 96, la SPR a estimé que la question déterminante était celle de l’absence de lien entre le préjudice que le demandeur appréhendait avec l’un ou l’autre des motifs énumérés dans la définition de réfugié au sens de la Convention. La Commission s’est appuyée sur plusieurs décisions de notre Cour selon lesquelles « les victimes de crime, de corruption ou de vendetta ne réussissent généralement pas à établir un lien entre leur crainte de persécution et l’un des motifs prévus dans la Convention ». La Commission a conclu que le préjudice que le demandeur craignait de subir de la part de la MS n’était pas visé par l’article 96 de la LIPR. La SPR a également examiné l’allégation de crainte que le demandeur entretenait à l’égard de la police salvadorienne qui, à ses dires, avait présumé à tort qu’il faisait partie de la MS. La Commission a conclu que le demandeur « n’a fourni aucun élément de preuve crédible indiquant que les policiers ne voulaient pas seulement l’interroger sur ses liens éventuels avec les *maras*, sur sa participation possible dans le meurtre du policier et sur ce qu’il savait du rôle joué par Carlos dans ce meurtre » (décision, au paragraphe 21). La SPR a également fait observer que le demandeur n’a produit « aucun élément

[16] As concerns section 97 of IRPA, as noted, the RPD found that the applicant had “been identified personally as a target” by the MS and “accepted that the [applicant] was subjected personally to a risk to his life”. However, despite these findings, it characterized the risk faced by the applicant as a risk of being recruited to join the MS and of being threatened and assaulted by them. The Board found that such risk is generally faced by all men of the applicant’s age in El Salvador. The Board then concluded that protection was not available to the applicant under section 97 of IRPA because that section excludes from the definition of a “person in need of protection” those who face risks that would be faced “generally by other individuals in or from that country” (IRPA, at subparagraph 97(1)(b)(ii)).

III. STANDARD OF REVIEW

[17] Both parties submitted that the applicable standard of review in respect of each of the alleged errors was reasonableness. I concur that the reasonableness standard applies to the first and second of the alleged errors, namely, the challenge to the Board’s credibility findings and to its determinations regarding the treatment the applicant received and would be likely to receive from the Salvadoran police. These are both factual determinations, and it is firmly settled that review of such determinations is to be conducted on the reasonableness standard (see e.g. *Aguebor v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.), at paragraph 4; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), at paragraph 58; *Rahal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 319 (*Rahal*), at paragraph 22).

de preuve crédible » indiquant qu’il n’aurait pas été lavé de tout soupçon s’il avait été interrogé par la police salvadorienne, et elle a conclu que sa crainte de la police était déraisonnable.

[16] En ce qui concerne l’article 97 de la LIPR, comme nous l’avons déjà signalé, la SPR a conclu que le demandeur avait « été personnellement pris pour cible » par la MS et elle a « [reconnu] que [le demandeur] a été personnellement exposé à une menace à sa vie ». Toutefois, malgré ces conclusions, la SPR a estimé que le risque auquel le demandeur était exposé consistait en celui d’être recruté par la MS et d’être menacé et agressé par des membres de ce gang. La Commission a conclu qu’au Salvador tous les hommes du même groupe d’âge que lui y sont généralement exposés. La Commission a ensuite conclu que le demandeur n’avait pas la qualité de personne à protéger au sens de l’article 97 de la LIPR étant donné que cet article exclut de la définition de « personne à protéger » les personnes exposées à des risques auxquels sont généralement exposés les « autres personnes originaires [du] pays [en question] ou qui s’y trouvent » (LIPR, sous-alinéa 97(1)b(ii)).

III. NORME DE CONTRÔLE

[17] Les deux parties soutiennent que la norme de contrôle applicable à chacune des erreurs reprochées est celle de la décision raisonnable. Je suis d’accord pour dire que la norme de la décision raisonnable est celle qui s’applique à la première et à la deuxième des erreurs reprochées, en l’occurrence, celles qui concernent les conclusions tirées par la Commission relativement à la crédibilité et le traitement que la police salvadorienne a fait subir et ferait vraisemblablement subir au demandeur. Il s’agit dans les deux cas de conclusions factuelles, et il est de jurisprudence constante que ce type de conclusion est assujéti à la norme de contrôle de la décision raisonnable (voir, par ex., *Aguebor c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL), au paragraphe 4; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), au paragraphe 58; *Rahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319 (*Rahal*), au paragraphe 22).

[18] As concerns the third alleged error regarding section 97 of IRPA, given the Board's reasoning in the decision, it is less certain that the applicable standard of review is that of reasonableness. While it is well settled that the determination of whether an applicant faces a generalized risk is typically one of mixed fact and law, and thus, reviewable on a reasonableness standard (see e.g. *Acosta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 213, at paragraphs 9–11; *Pineda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 493 (*Pineda* (2012)), at paragraph 5), in the case at bar the RPD found there to be both a unique personalized risk of being targeted for death and a generalized risk faced by the applicant. Arguably, such a finding engages a question of the interpretation to be afforded to paragraph 97(1)(b) of IRPA as a matter of law. If so, the applicable standard of review might well be correctness as opposed to reasonableness.

[19] There are conflicting decisions from this Court regarding the appropriate standard of review to be applied to RPD decisions interpreting the meaning to be given to section 97 (or section 96) of IRPA. Some recent cases have held that the correctness standard is applicable (see e.g. *Chalita Gonzalez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1059, at paragraph 29 (*per* Kelen J.) and *Innocent v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1019, 364 F.T.R. 17, at paragraph 37 (*per* Mainville J.), where the correctness standard was found to be applicable to reviewing the Board's articulation and application of the requirements enshrined in paragraph 97(1)(b) of IRPA and *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 10, at paragraph 22 (*per* Russell J.), where the correctness standard was found to be applicable to the review of the RPD's determination under section 96 of IRPA regarding the existence of a nexus between the grounds for fear of persecution and one of the Convention grounds). On the other hand, several other cases have come to the opposite conclusion (see e.g. *Guifarro v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 182 (*Guifarro*), at paragraphs 18–19 (*per* Crampton J.), where the reasonableness standard was found to be applicable to reviewing the RPD's articulation and

[18] Pour ce qui est de la troisième erreur reprochée concernant l'article 97 de la LIPR, il est loin d'être certain que la norme de contrôle applicable soit celle de la décision raisonnable compte tenu du raisonnement qu'a suivi la Commission dans sa décision. Il est de jurisprudence constante que la question de savoir si un demandeur est exposé à un risque généralisé est normalement une question mixte de fait et de droit, qui est donc assujettie à la norme de la raisonabilité (voir, par ex., *Acosta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 213, aux paragraphes 9 à 11; *Pineda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 493 (*Pineda* (2012)), au paragraphe 5). Toutefois, en l'espèce, la SPR a conclu que le demandeur était exposé à la fois au risque unique et personnalisé d'être tué *ainsi qu'* à un risque généralisé. Il est possible de soutenir que cette conclusion soulève une question d'interprétation de l'alinéa 97(1)b) de la LIPR, et qu'il s'agit d'une question de droit. Si tel est le cas, la norme de contrôle applicable pourrait bien être celle de la décision correcte plutôt que celle de la décision raisonnable.

[19] Notre Cour a rendu des décisions contradictoires en ce qui concerne la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer aux décisions dans lesquelles la SPR a interprété l'article 97 (ou l'article 96) de la LIPR. Dans des décisions récentes, la Cour a estimé que la norme applicable était celle de la décision correcte (voir, par ex., *Chalita Gonzalez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1059, au paragraphe 29 (le juge Kelen) et *Innocent c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1019, au paragraphe 37 (le juge Mainville), jugement dans lequel la norme de la décision correcte a été considérée comme la norme de contrôle applicable en ce qui concerne la façon dont la Commission avait énoncé et appliqué les exigences prévues à l'alinéa 97(1)b) de la LIPR; voir également la décision *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 10, au paragraphe 22 (le juge Russell), dans laquelle la Cour a estimé que la norme de contrôle de la décision correcte était la norme applicable en ce qui concerne la conclusion tirée par la SPR, sous le régime de l'article 96 de la LIPR, au sujet de l'existence d'un lien entre les motifs de crainte de persécution et l'un des motifs prévus par la Convention). En revanche, la Cour est arrivée à la conclusion opposée dans plusieurs autres décisions (voir par ex., *Guifarro c. Canada (Citoyenneté*

application of the requirements enshrined in paragraph 97(1)(b) of IRPA and *Salvagno v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 595, at paragraph 11 (per Pinard J.) and *Chekhovskiy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 970, at paragraph 18 (per de Montigny J.), where the reasonableness standard was found to be applicable to the review of the RPD's determination under section 96 of IRPA regarding the existence of a nexus between the grounds for fear of persecution and one of the Convention grounds).

[20] The Federal Court of Appeal has often applied the correctness standard to the Board's interpretation of IRPA in appeals made to that Court (see e.g. *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 75, [2010] 3 F.C.R. 347, at paragraph 20; *Idahosa v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 418, [2009] 4 F.C.R. 293, at paragraphs 16–19; *Nazifpour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 35, [2007] 4 F.C.R. 515, at paragraphs 21–22; *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 417, [2006] 3 F.C.R. 70, at paragraph 23; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487, at paragraph 23; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 126, [2005] 3 F.C.R. 429, at paragraph 18). Indeed, the application of the correctness standard by the Federal Court of Appeal may well be foreseen by section 74 of IRPA, which provides that appeals lie only if a judge of this Court in his or her decision certifies that the case raises “a serious question of general importance”. In *Prophète v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 31, 78 Imm L.R. (3d) 163, the Federal Court of Appeal declined to answer a generally framed question regarding the meaning to be ascribed to section 97 of IRPA because the question was framed too broadly. In so doing, Justice Trudel, writing for the Court, noted at paragraph 7 that, “[t]he examination of a claim under subsection 97(1) of the Act necessitates an individualized inquiry, which is to be

et Immigration), 2011 CF 182 (*Guifarro*), aux paragraphes 18 à 19 (le juge Crampton), dans laquelle elle a estimé que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable lorsqu'il s'agissait d'examiner la façon dont la SPR a exposé et appliqué les exigences de l'alinéa 97(1)(b) de la LIPR; voir également les décisions *Salvagno c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 595, au paragraphe 11 (le juge Pinard), et *Chekhovskiy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 970, au paragraphe 18 (le juge de Montigny), dans lesquelles il a été jugé que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable en ce qui concerne la conclusion tirée par la SPR, sous le régime de l'article 96 de la LIPR, au sujet de l'existence d'un lien entre les motifs de crainte de persécution et l'un des motifs prévus par la Convention).

[20] La Cour d'appel fédérale a à plusieurs reprises appliqué la norme de la décision correcte à l'interprétation que la Commission avait faite de la LIPR dans le cadre d'appels interjetés devant elle (voir, par ex., *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CAF 75, [2010] 3 R.C.F. 347, au paragraphe 20; *Idahosa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 418, [2009] 4 R.C.F. 293, aux paragraphes 16 à 19; *Nazifpour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 35, [2007] 4 R.C.F. 515, aux paragraphes 21 à 22; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 417, [2006] 3 R.C.F. 70, au paragraphe 23; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487, au paragraphe 23; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 126, [2005] 3 R.C.F. 429, au paragraphe 18). D'ailleurs, comme il prévoit que le jugement consécutif au contrôle judiciaire n'est susceptible d'appel en Cour d'appel fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève « une question grave de portée générale », il est permis de penser que l'article 74 de la LIPR suppose l'application de la norme de la décision correcte par la Cour d'appel fédérale. Dans l'arrêt *Prophète c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 31, la Cour d'appel fédérale a refusé de répondre à une question formulée en des termes généraux concernant le sens à attribuer à l'article 97 de la LIPR au motif que la

conducted on the basis of the evidence adduced by a claimant ‘in the context of a *present or prospective risk*’ for [the claimant]” [emphasis in original]. The [Federal] Court of Appeal has not otherwise commented on section 97 of IRPA or on the standard of review applicable to decisions of the RPD made under section 97.

[21] While several recent decisions of the Supreme Court of Canada indicate that, in most instances, the standard of review applicable to a tribunal’s interpretation of its constituent statute will be that of reasonableness, the Supreme Court also held in these recent decisions that, exceptionally, the correctness standard may be applicable where the provision in the tribunal’s constituent statute at issue is of central importance to the legal system as a whole *and* falls outside the specialized area of expertise possessed by the tribunal.

[22] In this regard, in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the seminal case of the Court in setting the framework for the current approach to judicial review, Justices Bastarache and LeBel, writing for the majority of the Court, noted at paragraph 54 that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity”. Justices Bastarache and LeBel went on to note, at paragraph 60, that the correctness standard, conversely, is applicable to questions of law which are “‘both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise” (emphasis added). They also confirmed, at paragraphs 58–61, that the correctness standard of review applies to constitutional issues, the drawing of jurisdictional lines between two or more tribunals and true questions of jurisdiction or *vires*.

question avait une portée trop large. Ce faisant, la juge Trudel, qui s’exprimait au nom de la Cour, a fait remarquer, au paragraphe 7 que : « [p]our décider si un demandeur d’asile a qualité de personne à protéger au sens du paragraphe 97(1) de la Loi, il faut procéder à un examen personnalisé en se fondant sur les preuves présentées par le demandeur d’asile “dans le contexte des *risques actuels* ou *prospectifs*” auxquels il serait exposé » [en italique dans l’original]. La Cour d’appel fédérale n’a pas formulé d’autres observations au sujet de l’article 97 de la LIPR ou de la norme de contrôle applicable aux décisions rendues par la SPR sous le régime de cette disposition.

[21] Bien que, dans plusieurs arrêts récents, la Cour suprême du Canada a expliqué que, dans la plupart des cas, la norme de contrôle applicable à l’interprétation qu’un tribunal administratif fait de sa loi constitutive est celle de la décision raisonnable, la Cour suprême a également jugé dans les mêmes arrêts qu’exceptionnellement, la norme de la décision correcte pouvait s’appliquer lorsque la disposition de la loi constitutive du tribunal administratif en litige revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble *et* qu’elle est étrangère au domaine d’expertise du tribunal administratif.

[22] À ce propos, dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, qui est l’arrêt de principe dans lequel la Cour suprême a défini le cadre d’analyse des normes de contrôle dorénavant applicable, les juges Bastarache et LeBel, qui écrivaient au nom de la majorité, ont fait observer, au paragraphe 54 que « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise ». Les juges Bastarache et LeBel ont poursuivi en signalant, au paragraphe 60, qu’en revanche, la norme de la décision correcte s’applique aux questions de droit qui sont « “à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère[s] au domaine d’expertise de l’arbitre” » (soulignement ajouté). Ils ont également confirmé, aux paragraphes 58 à 61, que la norme de contrôle de la décision correcte

[23] These principles were reiterated in several subsequent decisions from the Supreme Court of Canada. For example, in *Khosa* (cited above), a case arising under IRPA, Justice Binnie, writing for the majority, stated at paragraph 44:

Errors of law are generally governed by a correctness standard. *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 SCR 100, at para. 37, for example, held that the general questions of international law and criminal law at issue in that case had to be decided on a standard of correctness. *Dunsmuir* (at para. 54), says that if the interpretation of the home statute or a closely related statute by an expert decision-maker is reasonable, there is no error of law justifying intervention.

In result in *Khosa*, the Supreme Court applied the reasonableness standard to review the Board's discretionary determination of whether Mr. Khosa was entitled to humanitarian and compassionate relief from the strict application of the requirements of IRPA, which required his deportation for engaging in a criminal offence.

[24] The Supreme Court reaffirmed the principles applicable to determining the standard of review when a tribunal interprets its constituent statute in *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paragraph 34; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 34; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraph 26; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Canadian Human Rights Commission*), at paragraphs 18, 23 and 24; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 30; and *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at paragraphs 46 and 47.

s'applique aux questions constitutionnelles, à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents et aux questions touchant véritablement à la compétence.

[23] Ces principes ont été repris dans plusieurs arrêts subséquents de la Cour suprême du Canada. Ainsi, dans l'arrêt *Khosa* (précité), qui portait sur la LIPR, le juge Binnie, qui écrivait au nom de la majorité, déclare au paragraphe 44 :

Les erreurs de droit sont généralement assujetties à la norme de la décision correcte. Dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, par. 37, par exemple, la Cour a statué que les questions générales de droit international et de droit pénal soulevées dans cette affaire devaient être tranchées suivant la norme de la décision correcte. Selon l'arrêt *Dunsmuir* (au par. 54), un décideur spécialisé ne commet pas d'erreur de droit justifiant une intervention si son interprétation de sa loi constitutive ou d'une loi étroitement liée est raisonnable.

Par conséquent, dans l'arrêt *Khosa*, la Cour suprême a appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable pour examiner la décision discrétionnaire de la Commission concernant la question de savoir si M. Khosa pouvait être exempté, pour des motifs d'ordre humanitaire, de l'application des dispositions rigoureuses de la LIPR exigeant son expulsion en raison des infractions criminelles qu'il avait commises.

[24] La Cour suprême a réaffirmé les principes applicables en matière de détermination de la norme de contrôle lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive dans les arrêts *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, au paragraphe 34; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 34; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, au paragraphe 26; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Commission canadienne des droits de la personne*), aux paragraphes 18, 23 et 24; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 30; et *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, aux paragraphes 46 et 47.

[25] In *Canadian Human Rights Commission*, Justices LeBel and Cromwell, who wrote for the Court, expressed the applicable principles as follows, at paragraphs 21–23:

... given the recent developments in the law of judicial review since *Dunsmuir* and its emphasis on the deference owed to administrative tribunals, even in respect of many questions of law, we must discuss whether all decisions on questions of law rendered by the Tribunal and similar bodies should be swept under the standard of correctness. At this point, we must acknowledge a degree of tension between some policies underpinning the present system of judicial review, when it applies to the decisions of human rights tribunals.

The nature of these tribunals lies at the root of these problems. On the one hand, *Dunsmuir* and *Khosa*, building upon previous jurisprudence, recognize that administrative tribunals are generally entitled to deference, in respect of the legal interpretation of their home statutes and laws or legal rules closely connected to them. On the other hand, our Court has reaffirmed that general questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise, must still be reviewed on a standard of correctness, in order to safeguard a basic consistency in the fundamental legal order of our country. The nature of the "home statute" administered by a human rights tribunal makes the task of resolving this tension a particularly delicate one. A key part of any human rights legislation in Canada consists of principles and rules designed to combat discrimination. But, these statutes also include a large number of provisions, addressing issues like questions of proof and procedure or the remedial authority of human rights tribunals or commissions.

There is no doubt that the human rights tribunals are often called upon to address issues of very broad import. But, the same questions may arise before other adjudicative bodies, particularly the courts. In respect of some of these questions, the application of the *Dunsmuir* standard of review analysis could well lead to the application of the standard of correctness. But, not all questions of general law entrusted to the Tribunal rise to the level of issues of central importance to the legal system or fall outside the adjudicator's specialized area of expertise. Proper distinctions ought to be drawn....

In result in *Canadian Human Rights Commission*, the Supreme Court held that the Tribunal's interpretation of

[25] Dans l'arrêt *Commission canadienne des droits de la personne*, les juges LeBel et Cromwell, qui écrivaient au nom de la Cour, ont exprimé comme suit les principes applicables aux paragraphes 21 à 23 :

[...] en raison de l'évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire depuis l'arrêt *Dunsmuir*, et de l'accent mis sur la déférence qui s'impose à l'endroit d'un tribunal administratif, même en ce qui concerne bon nombre de questions de droit, il nous faut déterminer si toute décision du Tribunal ou d'un organisme apparenté sur une question de droit est assujettie à la norme de la décision correcte. Nous devons ici reconnaître l'existence d'une tension entre certains des principes qui sous-tendent l'actuel régime de contrôle judiciaire lorsqu'il s'applique aux décisions d'un tribunal des droits de la personne.

Cette difficulté s'explique par la nature d'un tel tribunal. D'une part, faisant fond sur la jurisprudence antérieure, les arrêts *Dunsmuir* et *Khosa* reconnaissent qu'un tribunal administratif a droit en principe à la déférence d'une cour de justice en ce qui concerne l'interprétation de sa loi constitutive et des règles de droit qui s'y rattachent de près. D'autre part, la Cour réaffirme que les questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise de l'organisme juridictionnel demeurent assujetties à la norme de la décision correcte, et ce, dans un souci de cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays. La nature de la « loi constitutive » qu'administre un tribunal des droits de la personne rend très délicat le maintien de l'équilibre entre ces deux énoncés contradictoires. Au Canada, un volet essentiel de toute loi sur les droits de la personne énonce les principes et les règles visant à contrer la discrimination. Or, cette loi renferme aussi un grand nombre de dispositions qui ont trait, par exemple, à la preuve et à la procédure ou au pouvoir de réparation du tribunal ou de la commission des droits de la personne.

Nul doute qu'un tribunal des droits de la personne est souvent appelé à se prononcer sur des questions de très large portée. Or, les mêmes questions peuvent être soulevées devant d'autres organismes juridictionnels, en particulier des cours de justice. À l'issue de l'analyse relative à la norme de contrôle proposée dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme applicable aux décisions sur certaines de ces questions pourrait bien être celle de la décision correcte. Mais les questions de droit générales que le Tribunal est appelé à trancher n'équivalent pas toutes à des questions d'importance capitale pour le système juridique et elles ne sont pas toutes étrangères au domaine d'expertise de l'organisme décisionnel. Il convient d'établir les distinctions qui s'imposent [...]

Dans l'arrêt *Commission canadienne des droits de la personne*, la Cour suprême a donc estimé que c'était la

the remedial provisions in the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (in the context of the Tribunal's determination regarding its jurisdiction to award costs) was reviewable on a reasonableness standard. However, as the above-cited passage demonstrates, the Court also indicated that other questions—possibly related to the definition of discrimination—might be reviewable on a correctness standard.

[26] The foregoing may well lead to the conclusion that the RPD's *interpretation* of sections 96 and 97 of IRPA—as opposed to its *application* of the legal requirements enshrined in them to a particular set of facts—is reviewable on a correctness standard. Arguably, both sections involve interpretation of Canada's obligations under international treaties (the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] and the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36]), which are matters of general law that could be considered to be beyond the unique expertise of the RPD. There is authority to support the proposition that interpretations of provisions in IRPA that flow from or involve Canada's obligations under international treaties are reviewable on a correctness standard. In *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 (*Pushpanathan*), at paragraphs 42–50, the Supreme Court of Canada held that the correctness standard applied to the Board's interpretation of the “Convention refugee” definition contained in the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, as implemented by subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, which is now captured by section 96 of IRPA, in part because of the nature of the questions involved and the Board's lack of expertise in respect of them.

norme de contrôle de la décision raisonnable qui s'appliquait à l'interprétation que le Tribunal avait faite des dispositions réparatrices de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (dans le contexte de la décision rendue par le Tribunal au sujet de sa compétence en matière d'adjudication de dépens). Toutefois, ainsi que le passage précité le démontre, la Cour a également indiqué que d'autres questions — se rapportant possiblement à la définition de la discrimination — pouvaient être assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte.

[26] On peut fort bien conclure de ce qui précède que l'*interprétation* que la SPR fait des articles 96 et 97 de la LIPR — par opposition à l'*application*, aux faits d'une espèce, des conditions qui y sont prévues — est assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte. On pourrait prétendre que ces deux articles impliquent que l'on interprète les obligations contractées par le Canada aux termes des traités internationaux auxquels il a souscrit (la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] et la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* [10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36]), ce qui soulève des questions de droit général pouvant être considérées comme étrangères au domaine propre à la SPR. Il existe des précédents qui appuient la proposition que l'interprétation des dispositions de la LIPR qui touchent les obligations contractées par le Canada aux termes de traités internationaux ou qui découlent de celles-ci est assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte. Dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 (*Pushpanathan*), aux paragraphes 42 à 50, la Cour suprême du Canada a jugé que la norme de contrôle de la décision correcte était celle qui s'appliquait à l'interprétation faite par la Commission de la définition de « réfugié au sens de la Convention » figurant dans la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, que met en œuvre le paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, et qu'on retrouve maintenant à l'article 96 de la LIPR, en partie en raison de la nature des questions en cause et du fait que ces questions sont étrangères au domaine de spécialisation de la Commission.

[27] Thus, it is arguable that the correctness standard is applicable to the third error alleged by the applicant. For the reasons that become apparent below, however, this case does not turn on what standard of review is applicable to the Board's interpretation of section 97 of IRPA as, in addition to being incorrect, the Board's interpretation of section 97 of IRPA is also unreasonable.

IV. ANALYSIS

A. Does the RPD's credibility finding provide any basis for intervention?

[28] Turning to the first alleged error advanced by the applicant, the Board's statements about the applicant's lack of credibility do not provide any basis for intervention by this Court because the decision does not turn on these statements. While the RPD does commence its decision by negatively commenting on the applicant's credibility, it accepted his version of events regarding the actions of the members of the MS, which form the heart of the applicant's claims under both sections 96 and 97 of IRPA. The RPD's comments regarding the applicant's credibility, therefore, were largely *obiter dicta*. As the decision was not based on the credibility findings, any errors made in respect of assessing the applicant's credibility are irrelevant to the outcome, and therefore, cannot provide any basis for intervention.

[29] The wording of paragraph 18.1(4)(d) of the FCA requires that an impugned factual finding must meet three criteria for relief to be granted: first, it must be truly or palpably erroneous; second, it must be made capriciously, perversely or without regard to the evidence; and finally, the tribunal's decision must be based on the erroneous finding (*Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal, Re* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (F.C.A.) (*Rohm & Haas*), at pages 214–215; *Buttar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1281 (*Buttar*), at paragraph 12). Thus, findings

[27] On pourrait donc soutenir que la norme de la décision correcte s'applique à la troisième erreur que le demandeur reproche à la SPR. Pour les motifs exposés ci-après, le sort de la présente affaire ne dépend toutefois pas de la réponse à la question de la norme de contrôle applicable à l'interprétation que la Commission fait de l'article 97 de la LIPR, étant donné qu'en plus d'être incorrecte, l'interprétation que la Commission a faite de l'article 97 de la LIPR est déraisonnable.

IV. ANALYSE

A. La conclusion tirée par la SPR au sujet de la crédibilité justifie-t-elle l'intervention de la Cour?

[28] En ce qui concerne la première erreur que le demandeur reproche à la Commission, les remarques qu'elle a faites au sujet du manque de crédibilité du demandeur ne justifient pas l'intervention de notre Cour étant donné que sa décision ne repose pas sur celles-ci. Bien que la SPR entame effectivement sa décision en formulant des observations négatives au sujet de la crédibilité du demandeur, elle a accepté sa version des faits en ce qui concerne les agissements des membres de la MS, et celle-ci est au cœur de la demande présentée par le demandeur tant en vertu de l'article 96 que de l'article 97 de la LIPR. Les remarques de la SPR au sujet de la crédibilité du demandeur étaient donc pour l'essentiel des observations incidentes. Comme la décision n'était pas fondée sur les conclusions relatives à la crédibilité, toute erreur commise par la SPR dans l'appréciation de la crédibilité du demandeur n'a pu influencer sur l'issue de l'affaire et ne peut par conséquent justifier notre intervention.

[29] Le libellé de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales* exige que toute conclusion factuelle en litige réponde à trois critères pour que le tribunal accorde une réparation : tout d'abord, la conclusion doit être véritablement ou manifestement erronée; en deuxième lieu, elle doit avoir été tirée de façon abusive ou arbitraire sans tenir compte des éléments dont le tribunal disposait et, en troisième lieu, la décision du tribunal administratif doit être fondée sur la conclusion erronée en question (*Rohm & Haas Canada Ltd. et Tribunal antidumping, Re*, [1978] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL)

that are inconsequential or that amount to *obiter* cannot provide a basis for review. Accordingly, the first of the alleged errors raised by the applicant provides no basis for intervention.

B. Were the RPD's determinations regarding the conduct (past and future) of the Salvadoran police unreasonable?

[30] Turning, next, to the RPD's section 96 analysis, the applicant alleges that the Board's characterization of the treatment the applicant suffered at the hands of the Salvadoran police was unreasonable and that its conclusion regarding what was likely to happen to the applicant in the future at the hands of the police was likewise unreasonable because that conclusion was premised on an unreasonable factual finding regarding the actions of the police. In my view, there is considerable force in this argument.

[31] The RPD characterized the Salvadoran police force's actions towards the applicant in the following terms (decision, at paragraph 21):

Although police in El Salvador took some aggressive actions in searching for the claimant, believing that he may have ties to the gang that murdered a police officer, insufficient credible evidence was presented to indicate that police acted inappropriately in their investigation of the murdered police officer.... The claimant did not provide any credible evidence to indicate that police wanted anything other than to interrogate him about any possible connection he had to the Maras, his possible involvement in the police murder and his knowledge of Carlos' involvement in the police murder.... As such, I find that it is unreasonable for the claimant to fear the police officers investigating the murder of a fellow police officer by purported gang members.

[32] These conclusions are unreasonable in light of the evidence from the applicant, to the effect that the Salvadoran police assaulted him and assaulted his father. The Board's general statement regarding the applicant's

(*Rohm & Haas*), au paragraphe 5; *Buttar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1281 (*Buttar*), au paragraphe 12). Ainsi, les conclusions qui ne tirent pas à conséquence ou qui ont valeur d'observation incidente ne peuvent donner ouverture à un contrôle judiciaire. Par conséquent, la première des erreurs soulevées par le demandeur ne justifie pas notre intervention.

B. Les conclusions tirées par la SPR au sujet de la conduite (passée et future) de la police salvadorienne étaient-elles déraisonnables?

[30] Pour ce qui est de l'analyse que la SPR a faite de l'article 96, le demandeur affirme que la façon dont la Commission a qualifié le traitement que lui a réservé la police salvadorienne était déraisonnable et que la conclusion qu'elle a tirée au sujet du sort que la police lui réserverait vraisemblablement à l'avenir l'était tout autant parce qu'elle reposait sur une conclusion factuelle elle-même déraisonnable concernant les agissements de la police. À mon avis, cet argument est très percutant.

[31] La SPR a dit ce qui suit au sujet de la conduite des forces policières salvadoriennes à l'endroit du demandeur (décision, au paragraphe 21) :

Même si les policiers du Salvador, croyant qu'il pouvait avoir des liens avec le gang qui a assassiné l'un des leurs, ont pris des mesures musclées pour retrouver le demandeur d'asile, ce dernier n'a pas présenté suffisamment d'éléments de preuve crédibles pour qu'il puisse être conclu que les policiers ont agi de manière inappropriée dans le cadre de leur enquête sur le meurtre du policier [...] Le demandeur d'asile n'a fourni aucun élément de preuve crédible indiquant que les policiers ne voulaient pas seulement l'interroger sur ses liens éventuels avec les *maras*, sur sa participation possible dans le meurtre du policier et sur ce qu'il savait du rôle joué par Carlos dans ce meurtre [...] Par conséquent, j'estime qu'il est déraisonnable que le demandeur d'asile craigne les policiers qui enquêtent sur le meurtre d'un collègue qui aurait été perpétré par les membres d'un gang.

[32] Ces conclusions sont déraisonnables compte tenu des éléments de preuve que le demandeur a présentés en vue d'établir que la police salvadorienne les avait agressés, lui et son père. L'affirmation générale de la

lack of credibility, in my view, cannot provide a basis for disbelieving that these assaults occurred, because the Board accepted the applicant's version of events regarding the actions of the MS and, in terms of credibility, drew no distinctions between the applicant's claims regarding what he alleged occurred at the hands of the MS as opposed to at the hands of the Salvadoran police. Simply put, there is no reason for the Board to have believed large parts of the applicant's version of events but to have not accepted what he alleged occurred with the Salvadoran police. An assault is much more than "some aggressive action" and *is* inappropriate behavior for a law enforcement official to engage in. Given the assaults the police engaged in (and their continued search for the applicant), it was not unreasonable for the applicant to have feared further assaults from the police. Thus, the RPD's conclusions that Salvadoran police did not act "inappropriately" and that it was unreasonable for the applicant to fear the police were contrary to the evidence before the Board. Factual determinations that are contrary to the evidence before a tribunal are subject to being set aside as unreasonable under paragraph 18.1(4)(d) of the FCA (see e.g. *Rahal*, at paragraph 38; *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), at paragraph 14).

[33] Had the RPD properly accepted that the assaults occurred, it would have been necessary for it to analyse whether or not the fear of the Salvadoran police claimed by the applicant would entitle him to protection under section 96 of IRPA. The Board did not conduct this analysis in the decision. Accordingly, this matter must be remitted back to it, in order for the requisite analysis to be undertaken by the RPD (the matter being one for the Board and not this Court to decide).

Commission au sujet du manque de crédibilité du demandeur ne saurait à mon avis amener la Cour à mettre en doute le fait que les agressions en question se sont produites, étant donné que la Commission a accepté la version des faits du demandeur en ce qui concerne les agissements de la MS et, pour ce qui est de sa crédibilité, n'a établi aucune distinction entre les allégations relatives au traitement que lui a fait subir la MS et les agissements de la police salvadorienne à son égard. En clair, la Commission n'avait aucune raison d'ajouter foi à d'importantes parties du récit du demandeur tout en refusant de croire ce qui, selon ses allégations, s'était passé avec la police salvadorienne. Une agression est bien plus qu'une « mesure musclée » et *constitue* un comportement inacceptable de la part de représentants des forces de l'ordre. Compte tenu des agressions auxquelles les policiers se sont livrés — et de leurs efforts constants pour trouver le demandeur —, il n'était pas déraisonnable de la part du demandeur de craindre d'être victime d'autres agressions de la part de la police. Les conclusions tirées par la SPR portant que la police n'avait pas agi « de manière inappropriée » et qu'il était déraisonnable de la part du demandeur de craindre la police étaient contraires à la preuve soumise à son attention. Les conclusions de fait qui sont contraires à la preuve dont dispose un tribunal administratif sont susceptibles d'être annulées au motif qu'elles sont déraisonnables en vertu de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales* (voir, par ex., *Rahal*, au paragraphe 38; *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 14).

[33] Si la SPR avait, comme il se devait, accepté que les agressions s'étaient produites, il aurait été nécessaire qu'elle analyse la question de savoir si la crainte qu'il dit avoir de la police salvadorienne conférerait au demandeur la qualité de personne à protéger au sens de l'article 96 de la LIPR. La Commission n'a pas procédé à cette analyse dans sa décision. Par conséquent, la présente affaire doit être renvoyée à la SPR pour qu'elle procède à l'analyse nécessaire (étant donné qu'il revient à la Commission et non à notre Cour de trancher cette question).

C. Was the RPD’s interpretation of section 97 of IRPA unreasonable and/or incorrect?

[34] Turning, finally, to the third error alleged, as noted, the RPD held that the applicant faced a unique personalized risk of death but that this risk was a generalized one within the meaning of subparagraph 97(1)(b)(ii) of IRPA because gang-related crime is rampant in El Salvador. In this regard, the Board stated that it “accepted that the [applicant] was subjected personally to a risk to his life” (decision, at paragraph 33). It then concluded that “the fact that the [applicant] has been identified personally as a target, does not necessarily remove him from the generalized risk category” (decision, at paragraph 34). The Board reasoned that the MS, who run rampant in El Salvador, posed a risk of attempts to recruit, extort or assault to many Salvadorans. The Board thus concluded that the risk the applicant faced was generalized because the “nature of the crimes faced by the [applicant] is widespread in El Salvador and not specific to him” (decision, at paragraph 34).

[35] Section 97 of IRPA provides:

Person in
need of
protection

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

C. L’interprétation que la SPR a faite de l’article 97 de la LIPR était-elle déraisonnable et/ou incorrecte?

[34] Pour ce qui est de la troisième erreur reprochée, comme nous l’avons déjà signalé, la SPR a jugé que les menaces de mort dont faisait l’objet le demandeur constituait un risque unique et personnalisé, mais que ce risque était généralisé au sens du sous-alinéa 97(1)(b)(ii) de la LIPR étant donné que des gangs criminels sévissaient partout au Salvador. À cet égard, la Commission a déclaré qu’il était « admis que le demandeur [...] a été personnellement exposé à une menace à sa vie » (décision, au paragraphe 33). Et ensuite elle a conclu que « [l]e fait que le demandeur d’asile a été personnellement pris pour cible ne l’exclut pas nécessairement de la catégorie des personnes exposées à un risque généralisé » (décision, au paragraphe 34). La Commission a expliqué que nombre de Salvadoriens risquaient d’être victimes des tentatives de recrutement, d’extorsion et d’agression de la part de la MS, qui est présente sur tout le territoire salvadorien. La Commission a par conséquent conclu que le risque auquel le demandeur était exposé était un risque généralisé parce que « [l]es crimes auxquels le demandeur d’asile est exposé sont largement répandus au Salvador » (décision, au paragraphe 34).

[35] L’article 97 de la LIPR dispose :

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n’a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

Personne à
protéger

a) soit au risque, s’il y a des motifs sérieux de le croire, d’être soumise à la torture au sens de l’article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats

Person in
need of
protection

(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection.

(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d'une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection.

Personne à
protéger

[36] As noted, in my view, the interpretation given by the RPD to section 97 of IRPA in the decision is both incorrect and unreasonable. It is simply untenable for the two statements of the Board to co-exist: if an individual is subject to a *personal* risk to his life or risks cruel and unusual treatment or punishment, then that risk is no longer general. If the Board's reasoning is correct, it is unlikely that there would ever be a situation in which this section would provide protection for crime-related risks. Indeed, counsel for the respondent was not able to provide an example of any such situation that would be different in any meaningful way from the facts of the present case. The RPD's interpretation would thus largely strip section 97 of the Act of any content or meaning.

[36] Comme je l'ai déjà fait observer, j'estime que l'interprétation que la SPR a faite de l'article 97 de la LIPR dans sa décision est à la fois incorrecte et déraisonnable. Les deux affirmations que la Commission fait sont tout simplement incompatibles : si une personne est exposée à une menace *personnelle* à sa vie ou au risque de subir des peines ou traitements cruels et inusités, ce risque n'est plus un risque général. Si le raisonnement de la Commission est juste, il est peu probable qu'il existe des situations dans lesquelles cet article permettrait à quiconque d'être protégé des risques liés à la criminalité. D'ailleurs, l'avocat du défendeur n'a pas été en mesure de donner d'exemples de situations de cette nature, qui seraient sensiblement différentes des circonstances de la présente espèce. L'interprétation de la SPR dépouillerait donc l'article 97 de la Loi de tout contenu ou signification.

[37] In recent years, this Court has been called upon to review a multitude of RPD decisions interpreting the notion of generalized risk enshrined in paragraph 97(1)(b) of IRPA. To a large extent, these decisions turn on their own particular facts, including the reasoning from the RPD that the Court was called upon to review. The cases may be divided into two groups.

[37] Ces dernières années, notre Cour a été appelée à se pencher sur une foule de décisions dans lesquelles la SPR a examiné le concept de risque généralisé énoncé à l'alinéa 97(1)b) de la LIPR. Dans une large mesure, ces décisions sont tributaires des faits de chaque espèce et du raisonnement de la SPR que notre Cour a été appelée à examiner. On peut diviser ces décisions en deux catégories.

[38] On one hand, in several cases similar to the present, the Court has overturned RPD decisions where the claimant had been personally targeted for violence

[38] D'une part, dans plusieurs affaires semblables à la présente, notre Cour a annulé des décisions de la SPR dans des cas où le demandeur d'asile avait été

by one of the criminal gangs operating in Central or South America (see e.g. *Pineda* (2012); *Vaquerano Lovato v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 143 (*Vaquerano Lovato*), at paragraph 7 (*per Rennie J.*); *Guerrero v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1210, 5 Imm. L.R. (4th) 74 (*Guerrero*) (*per Zinn J.*); *Diaz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 705 (*per Beaudry J.*); *Tobias Gomez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1093, 397 F.T.R. 170 (*Tobias Gomez*) (*per O'Reilly J.*); *Ponce Uribe v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1164, 398 F.T.R. 165 (*per Harrington J.*); *Garcia Vasquez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 477, 99 Imm. L.R. (3d) 166 (*Garcia Vasquez*) (*per Scott J.*); *Barrios Pineda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 403 (*Barrios Pineda*) (*per Snider J.*); *Aguilar Zacarias v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 62, 95 Imm. L.R. (3d) 187 (*Aguilar Zacarias*) (*per Noël J.*); *Munoz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 238 (*Munoz*) (*per Lemieux J.*); *Pineda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 365, 65 Imm. L.R. (3d) 275 (*Pineda* (2007)) (*per de Montigny J.*)).

[39] Opposite conclusions were reached in the other group of cases, where the Court upheld the RPD's decisions in situations where gangs made threats of future harm to the claimants but the threats were found to be insufficient to place the claimant at any greater risk than others in the country (see e.g. *Rodriguez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 11, 403 F.T.R. 1 (*per Russell J.*); *Olmedo Rajo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1058 (*per Kelen J.*); *Chavez Fraire v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 763 (*per Zinn J.*); *Baires Sanchez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 993 (*per Crampton J.*); *Guifarro*; and *Carias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 602 (*per O'Keefe J.*)). In several of these cases, however, the RPD did not make a determination like it did in the present case to the effect that the applicant had been *personally* targeted and was at risk of death. Thus, the two lines of cases do not necessarily conflict with each other.

personnellement victime d'actes de violence de la part d'un des gangs de criminels qui exercent leurs activités en Amérique centrale ou en Amérique du Sud (voir, par ex., *Pineda* (2012); *Vaquerano Lovato c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 143 (*Vaquerano Lovato*), au paragraphe 7 (le juge Rennie); *Guerrero c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1210 (*Guerrero*) (le juge Zinn); *Diaz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 705 (le juge Beaudry); *Tobias Gomez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1093 (*Tobias Gomez*) (le juge O'Reilly); *Ponce Uribe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1164 (le juge Harrington); *Garcia Vasquez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 477 (*Garcia Vasquez*) (le juge Scott); *Barrios Pineda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 403 (*Barrios Pineda*) (la juge Snider); *Aguilar Zacarias c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 62 (*Aguilar Zacarias*) (le juge Noël); *Munoz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 238 (*Munoz*) (le juge Lemieux); *Pineda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 365 (*Pineda* (2007)) (le juge de Montigny)).

[39] Des conclusions contraires ont été tirées dans l'autre catégorie de décisions, constituée de celles dans lesquelles notre Cour a confirmé des décisions de la SPR dans des cas où des gangs avaient menacé de s'en prendre à l'avenir au demandeur d'asile, mais où les menaces avaient été jugées insuffisantes pour exposer le demandeur à un risque plus grand que celui auquel étaient exposées les autres personnes du pays en question (voir, par ex., *Rodriguez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 11 (le juge Russell); *Olmedo Rajo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1058 (le juge Kelen); *Chavez Fraire c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 763 (le juge Zinn); *Baires Sanchez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 993 (le juge Crampton); *Guifarro*; et *Carias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 602 (le juge O'Keefe)). Dans plusieurs de ces affaires, la SPR n'avait toutefois pas tiré, comme en l'espèce, de conclusion portant que le demandeur avait été *personnellement* ciblé et faisait l'objet de menaces de mort, de sorte que les deux courants jurisprudentiels ne se contredisent pas nécessairement.

[40] In my view, the essential starting point for the required analysis under section 97 of IRPA is to first appropriately determine the nature of the risk faced by the claimant. This requires an assessment of whether the claimant faces an ongoing or future risk (i.e. whether he or she continues to face a “personalized risk”), what the risk is, whether such risk is one of cruel and unusual treatment or punishment and the basis for the risk. Frequently, in many of the recent decisions interpreting section 97 of IRPA, as noted by Justice Zinn in *Guerrero*, at paragraphs 27 and 28, the “decision-makers fail to actually state the risk altogether” or “use imprecise language” to describe the risk. Many of the cases where the Board’s decisions have been overturned involve determinations by this Court that the Board’s characterization of the nature of the risk faced by the claimant was unreasonable and that the Board erred in conflating a highly individual reason for heightened risk faced by a claimant with a general risk of criminality faced by all or many others in the country.

[41] The next required step in the analysis under section 97 of IRPA, after the risk has been appropriately characterized, is the comparison of the correctly described risk faced by the claimant to that faced by a significant group in the country to determine whether the risks are of the same nature and degree. If the risk is not the same, then the claimant will be entitled to protection under section 97 of IRPA. Several of the recent decisions of this Court (in the first of the above-described line of cases) adopt this approach.

[42] For example, in *Vaquerano Lovato*, Justice Rennie set aside the RPD’s decision for being unreasonable because the RPD inappropriately characterized the nature of the risk faced by the claimant as the risk of gang violence. On the facts, the applicant and his family members were victims of extortion by the MS, one of his uncles had been killed by them, and the applicant received threats that his family would be killed

[40] À mon avis, le point de départ essentiel de l’analyse relative à l’article 97 de la LIPR consiste à définir correctement la nature du risque auquel le demandeur est exposé. Pour ce faire, il faut déterminer si le demandeur est exposé à un risque persistant ou à venir (c.-à-d. s’il continue à être exposé à un « risque personnalisé »), quel est le risque en question et s’il consiste à être exposé à des traitements ou à des peines cruels et inusités et, enfin, le fondement de ce risque. Fréquemment, dans plusieurs décisions récentes dans lesquelles notre Cour a interprété l’article 97 de la LIPR, ainsi que le juge Zinn le fait observer dans le jugement *Guerrero*, aux paragraphes 27 et 28, « trop de décideurs omettent totalement d’énoncer [le] risque » auquel le demandeur est exposé ou « restent [...] souvent vagues à cet égard ». Dans bon nombre des affaires dans lesquelles elle a annulé la décision de la Commission, notre Cour a estimé que la façon dont celle-ci avait qualifié la nature du risque auquel était exposé le demandeur d’asile était déraisonnable et que la Commission avait commis une erreur en confondant un risque plus élevé lié à une raison très personnelle avec un risque général de criminalité auquel l’ensemble ou une bonne partie de la population était exposé dans un pays déterminé.

[41] L’étape suivante à franchir dans le cadre de l’analyse prévue à l’article 97 de la LIPR, une fois que le risque a été correctement qualifié, consiste à comparer le risque qui a été correctement décrit et auquel le demandeur d’asile est exposé, avec celui auquel est exposée une partie importante de la population de son pays pour déterminer si ces risques sont similaires de par leur nature et leur gravité. Si le risque qu’il court est différent, le demandeur d’asile a alors le droit de se réclamer de la protection de l’article 97 de la LIPR. Plusieurs des décisions récentes de notre Cour — s’inscrivant dans le premier courant jurisprudentiel susmentionné — ont retenu cette approche.

[42] Par exemple, dans l’affaire *Vaquerano Lovato*, le juge Rennie a annulé la décision de la SPR au motif qu’elle était déraisonnable étant donné que la SPR avait mal qualifié le risque auquel le demandeur était exposé en concluant que le demandeur était exposé à la violence des gangs. Or, il ressortait des faits que le demandeur et les membres de sa famille avaient été victimes d’extorsion de la part de la MS, qu’un de ses oncles avait été

should he fall short in making the extortion payments. Justice Rennie noted, at paragraph 13, that the evidence demonstrated that “the MS was specifically targeting the applicant to an extent beyond that experienced by the population at large.” He continued, at paragraph 14:

... section 97 must not be interpreted in a manner that strips it of any content or meaning. If any risk created by “criminal activity” is always considered a general risk, it is hard to fathom a scenario in which the requirements of section 97 would ever be met. Instead of focusing on whether the risk is created by criminal activity, the Board must direct its attention to the question before it: whether the claimant would face a personal risk to his or her life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment, and whether that risk is one not faced generally by other individuals in or from the country.

[43] Similarly, in *Guerrero*, Justice Zinn found that the RPD had mischaracterized the risk faced by the claimant as a risk of general criminality, even though the gang members, who were trying to recruit the claimant, had violently killed his grandmother before his eyes. Justice Zinn held that the RPD had seriously minimized the nature of the threat faced by the claimant and quashed the Board’s decision. In so doing, he noted at paragraph 34 that “where a person is specifically and personally targeted for death by a gang in circumstances where others are generally not, then he or she is entitled to protection under s. 97 of the Act if the other statutory requirements are met.”

[44] To somewhat similar effect, in *Tobias Gomez*, at paragraph 38, Justice O’Reilly set aside a decision of the RPD in circumstances where the claimants were victims of extortion, threatened kidnapping and assault. He noted:

The applicants were originally subjected to threats that are widespread and prevalent in El Salvador. However, subsequent events showed that the applicants were specifically targeted after they defied the gang. The gang threatened to kidnap [one

tué par la MS et que ce gang avait menacé de tuer les membres de sa famille s’il refusait d’obtempérer aux demandes d’argent. Le juge Rennie a fait observer, au paragraphe 13, qu’il ressortait de la preuve que « la MS visait le demandeur dans une mesure plus importante que la population en général ». Il a poursuivi en écrivant, au paragraphe 14 :

[...] l’article 97 ne doit pas être interprété d’une manière qui le vide de son sens. Si un risque créé par une « activité criminelle » est toujours considéré comme un risque général, il est difficile de voir comment les exigences prévues à l’article 97 pourraient être satisfaites. Au lieu de mettre l’accent sur la question de savoir si le risque est créé par une activité criminelle, la Commission doit concentrer son attention sur la question dont elle est saisie : le demandeur serait-il exposé à une menace à sa vie ou au risque de subir des traitements et peines cruels et inusités à laquelle ou auquel les autres personnes qui vivent dans le pays ou qui sont originaires du pays ne sont pas exposées? Comme en l’espèce, la Commission ne s’est pas bien penchée sur cette question, la décision doit être annulée.

[43] Dans le même ordre d’idées, dans le jugement *Guerrero*, le juge Zinn a conclu que la SPR avait mal qualifié le risque auquel le demandeur d’asile était exposé en le considérant comme un risque de criminalité générale, et ce, même si les membres du gang, qui tentaient de recruter le demandeur d’asile, avaient sauvagement tué sa grand-mère sous ses yeux. Le juge Zinn a estimé que la SPR avait gravement minimisé la nature du risque auquel le demandeur d’asile était exposé et il a annulé la décision de la Commission. Pour ce faire, il a fait observer, au paragraphe 34 que « lorsqu’une personne risque expressément et personnellement d’être tuée par un gang dans des circonstances ou d’autres personnes ne sont généralement pas exposées à ce risque, elle a droit à la protection de l’article 97 de la Loi si les autres exigences légales sont remplies ».

[44] Dans le même ordre d’idées, dans le jugement *Tobias Gomez*, au paragraphe 38, le juge O’Reilly a annulé une décision de la SPR dans un cas où les demandeurs d’asile avaient été victimes d’extorsion et de menaces d’enlèvement et d’agression. Voici ce qu’il a fait observer :

Les demandeurs avaient d’abord reçu des menaces, qui sont répandues et fréquentes en El Salvador. Cependant, les événements ultérieurs ont montré que les demandeurs avaient été spécifiquement ciblés après avoir défié le gang. Le gang

of the applicants’] wife and daughter, and appear determined to collect the applicants’ outstanding “debt” of \$40,000. The risk to the applicants has gone beyond general threats and assaults. The gang has targeted them personally. [Emphasis added.]

[45] Likewise, in *Garcia Vasquez*, at paragraphs 31 and 32, Justice Scott quashed a decision of the RPD in a case where the claimant, who had been a member of a military task force charged with eradicating the MS 13 and MS 18 gangs, was savagely beaten and threatened with death by gang members. Justice Scott held:

... the applicant has been personally targeted in the past, and will be in the future ... contrary to what the Board found, [the risk is] ... personalized in that the participation of the applicant in the Antimaras task force significantly heightened his risk relative to that of young men in El Salvador.

The Board cited documentary evidence about the influence of the Maras gangs throughout the Americas, and specifically about the dangers inherent in their recruitment practices. The Board found that the applicant’s participation in the armed forces stemmed from the fact that he had been targeted for recruitment, and found that the threats and attacks made against him were mainly due to his refusal to join the gang. The Board’s view appears to be that there is no relevant distinction between a refusal to join the gang and participation in an anti-gang task force. This Court finds that this is not a reasonable possible conclusion because the applicant’s participation in the Antimaras operation has affected and significantly altered the risk he faces from MS 13, so as to make it a personalized risk not faced by other young men in the armed forces or in the population at large. The attempt on his life was triggered by the fact that he had openly fought and participated in the imprisonment of MS 13 gang members.

[46] In *Barrios Pineda* (at paragraphs 12 and 13), the applicant was a doctor, who had treated a gang member, whom he denounced to the police. Thereafter, he received death threats from the MS, which prompted him to flee El Salvador. Justice Snider set aside the RPD’s decision, finding it to be unreasonable. She noted that:

menaçait d’enlever l’épouse et la fille de M. Tobias Gomez et il semblait résolu à percevoir la « dette » de 40 000 \$ des demandeurs. Le risque couru par les demandeurs allait dès lors au-delà des menaces et agressions de nature générale. Le gang les a ciblés personnellement. [Non souligné dans l’original.]

[45] De même, dans la décision *Garcia Vasquez*, aux paragraphes 31 et 32, le juge Scott a annulé une décision de la SPR dans une affaire dans laquelle le demandeur d’asile, qui avait fait partie d’une force opérationnelle militaire chargée d’éradiquer les gangs MS 13 et MS 18, avait été sauvagement battu et menacé de mort par des membres d’un gang. Le juge Scott a déclaré :

[...] le demandeur a été personnellement ciblé dans le passé, et le sera à l’avenir; ce risque d’être ciblé [...] contrairement à ce que la Commission a conclu [le risque est] [...] personnalisé en ce sens que la participation du demandeur au sein de la force opérationnelle a eu pour effet d’augmenter considérablement le risque qu’il courait relativement à celui auquel étaient exposés les jeunes hommes au Salvador.

La Commission a cité de la preuve documentaire sur l’influence des bandes Maras dans les Amériques, et précisément sur les dangers inhérents aux méthodes de recrutement. La Commission a conclu que la participation du demandeur aux forces armées était attribuable au fait qu’il avait été ciblé en vue d’être recruté et a conclu que les menaces et attaques faites contre lui étaient principalement dues à son refus de se joindre à la bande. La Commission semble être d’avis qu’il n’existe aucune différence pertinente entre un refus de se joindre à la bande et une participation à une force opérationnelle antigang. Notre Cour estime que ce n’est pas une conclusion raisonnable parce que la participation du demandeur à l’opération antimaras a eu une incidence sur le risque que lui fait courir la MS 13 ou l’a modifié, de sorte que le risque est un risque personnalisé auquel ne sont pas exposés les autres jeunes hommes des forces armées ou de la population en général. L’attentat à sa vie résultait du fait qu’il a ouvertement lutté contre la bande MS 13 et a participé à l’emprisonnement de certains de ses membres.

[46] Dans l’affaire *Barrios Pineda* (aux paragraphes 12 et 13), le demandeur était un médecin qui avait soigné un membre de gang qu’il avait ensuite dénoncé à la police. Il avait par la suite reçu des menaces de mort de la part de la MS, ce qui l’avait incité à s’enfuir du Salvador. La juge Snider a annulé la décision de la SPR au motif qu’elle était déraisonnable. Elle a fait observer ce qui suit :

... on a basic level, the Applicant is a victim of crime. However, the facts of this case are unusual in that the Applicant claims to have been personally and directly targeted by MS-18.... In other words, this is not a generalized fear of being targeted by MS-18 just because the Applicant is a citizen or because of his profile as a doctor. The nature of the risk he now faces is not the same as the risk he faced prior to treating the gang member — before he treated the gang member, he was susceptible to extortion or violence, whereas now he is specifically and individually targeted for his perceived actions, unlike the general population.

In virtually all of the cases cited by the Respondent, the applicants were not targeted personally *per se*. While the gangs may have known their names, their personal information, and may have even threatened them or assaulted them on a number of occasions, the nature of the threat was still generalized. The gang could have gone after anyone with perceived wealth, or any young person who may be recruited into their gang. These people were essentially means to an end for the gang members. I doubt that it really mattered whether person A or person B gave the gang the money for which they were searching, even if both parties were personally threatened. Similarly, I doubt that it really mattered whether person C or person D joined their cause, provided that they continued to increase their membership. The situation before me is fundamentally different. The Applicant presented a story to the Board of being at risk because he was perceived to be a person who “ratted out” an individual gang member.

[47] Similarly, in *Aguilar Zacarias*, Justice Noël set aside a decision of the RPD, where the claimant claimed to fear the MS because he had reported the extortion he was facing to the police, along with another vendor, who was killed by the MS. The claimant thereafter received death threats from the MS. Justice Noël held that the applicant was not targeted in the same manner as any other vendor in the market and his risk was different because he faced reprisal for his report to the authorities. Likewise, in *Munoz*, Justice Lemieux held that the manager of a car dealership, who refused gang extortion and was subsequently threatened, was entitled to protection with his family under section 97 of IRPA. To similar effect, in *Pineda* (2007), at paragraph 15, Justice de Montigny quashed the RPD’s decision, holding that:

Je reconnais que, fondamentalement, le demandeur est une victime de crime. Toutefois, les faits de l’espèce sont inhabituels en ce que le demandeur prétend avoir été personnellement et directement la cible du MS-18. La Commission n’a pas mis en doute sa crédibilité sur ce point. Dans d’autres termes, il ne s’agit pas ici d’une crainte généralisée d’être la cible du MS-18 du seul fait que le demandeur est un citoyen ou en raison de son profit [*sic*] de médecin. Le risque auquel il est maintenant exposé n’est pas de même nature que celui auquel il faisait face avant d’avoir soigné un membre du gang — avant de traiter le membre du gang, il était exposé à l’extorsion ou la violence, alors qu’il est aujourd’hui spécifiquement et individuellement ciblé en raison de ses agissements perçus, contrairement à la population en général.

Dans pratiquement toutes les affaires citées par le défendeur, les demandeurs n’étaient pas ciblés personnellement. Les gangs connaissaient peut-être leurs noms, des renseignements personnels à leur sujet, et les avaient peut-être menacés ou agressés à un certain nombre de reprises, la nature de la menace n’en demeurait pas moins généralisée. Le gang aurait pu s’en prendre à quiconque avait selon lui une certaine fortune, ou à tout jeune susceptible d’être recruté comme membre. Pour les membres du gang, ces personnes étaient essentiellement un moyen pour atteindre une fin. Que la personne A ou la personne B ait donné l’argent que le gang cherchait, je doute que cela ait eu de l’importance, même si les deux parties avaient personnellement reçu des menaces. Dans le même ordre d’idées, je doute que cela change quelque chose si c’est la personne C ou la personne D qui adhère à la cause, pourvu que l’effectif du gang continue d’augmenter. Dans la présente espèce, la situation est fondamentalement différente. Le demandeur a dit à la Commission qu’il était exposé à un risque parce qu’il était perçu comme quelqu’un qui avait dénoncé un membre du gang.

[47] De même, dans la décision *Aguilar Zacarias*, le juge Noël a annulé une décision de la SPR dans une affaire où le demandeur d’asile affirmait craindre la MS parce qu’il avait signalé à la police l’extorsion dont il avait été victime avec un autre vendeur qui a été tué par la MS. Le demandeur a par la suite reçu des menaces de mort de la part de la MS. Le juge Noël a statué que le demandeur n’avait pas été ciblé au même titre que tout autre marchand et que le risque auquel il était exposé était différent parce qu’il risquait de faire l’objet de mesures de représailles par suite de sa plainte aux autorités. Pareillement, dans le jugement *Munoz*, le juge Lemieux a estimé que le gérant d’un concessionnaire automobile, qui avait refusé de céder aux pressions d’un gang qui cherchait à lui extorquer de l’argent et qui avait par la suite fait l’objet de menaces, pouvait, de même

It cannot be accepted, by implication at least, that the applicant had been threatened by a well-organized gang that was terrorizing the entire country, according to the documentary evidence, and in the same breath surmise that this same applicant would not be exposed to a personal risk if he were to return to El Salvador. It could very well be that the [MS] recruit from the general population; the fact remains that Mr. Pineda ... had been specifically targeted and was subjected to repeated threats and attacks. On that basis, he was subjected to a greater risk than the risk faced by the population in general.

[48] In the present case, the RPD determined that the applicant faced a risk of death from the MS but did not elaborate that this was due to his having been a suspected police informant. It thus failed to carry out the first step in the required analysis under section 97 of IRPA. This, in turn, led the Board to conflate the risk faced by the applicant with that faced by all men of the applicant's age in El Salvador, whom it noted all face the risk of recruitment, threats and physical assault by criminal gangs. The Board thus erroneously concluded that the risk faced by the applicant was the same as the risk faced generally by other individuals in El Salvador.

[49] This finding is both unreasonable and incorrect. In making this determination, I recognize that the reasonableness standard is a deferential one and provides that the Court may intervene only if it is satisfied that the reasons of the tribunal are not "justified, transparent or intelligible" and that the result does not fall "within the range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of facts and law" (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [cited above], at paragraph 47). The RPD's determination in the present case is unreasonable because its ruling irrationally concludes that the applicant was in the same situation as any other young man in El Salvador, when this patently was not the case.

que les membres de sa famille, se prévaloir de la protection prévue à l'article 97 de la LIPR. Dans le même sens, dans le jugement *Pineda* (2007), au paragraphe 15, le juge de Montigny a annulé la décision de la SPR en déclarant :

On ne peut accepter, du moins tacitement, le fait que le demandeur ait été menacé par un gang bien organisé et qui sème la terreur sur tout le territoire, d'après la preuve documentaire, et opiner du même souffle que ce même demandeur ne serait pas exposé à un risque personnel s'il retournait au El Salvador. Il se peut bien que les Maras Salvatruchas recrutent parmi la population en général; il n'en demeure pas moins que M. Pineda [...] a été spécifiquement visé et a fait l'objet de menaces insistantes et d'agressions. De ce fait, il est exposé à un risque supérieur à celui auquel est exposée la population en général.

[48] Dans la présente affaire, la SPR a estimé que le demandeur était exposé à une menace de mort de la part de la MS sans toutefois aller jusqu'à dire que cette situation s'expliquait par le fait qu'on le soupçonnait d'être un informateur de police. La SPR n'a donc pas franchi la première étape exigée dans le cadre de l'analyse relative à l'article 97 de la LIPR, ce qui l'a amené à confondre le risque auquel le demandeur était exposé avec celui auquel sont exposés les hommes de son âge au Salvador qui, comme elle l'a fait observer, sont tous exposés au risque d'être recrutés par les bandes criminelles et de faire l'objet de menaces et d'agressions physiques de la part de ces gangs. La Commission a par conséquent conclu à tort que le risque auquel le demandeur est exposé est le même que celui auquel d'autres individus sont exposés de façon générale au Salvador.

[49] Cette conclusion est à la fois déraisonnable et incorrecte. En faisant cette détermination, je suis consciente que la norme de la décision raisonnable est une norme qui commande la retenue de la Cour, qui ne peut intervenir que si elle est convaincue que les motifs du tribunal administratif ne sont pas « justifiables, transparents et intelligibles » et que la décision n'appartient pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 [précité], au paragraphe 47). La conclusion tirée par la SPR en l'espèce est déraisonnable parce qu'elle a conclu de façon illogique que le demandeur se trouvait dans la même situation que tout autre jeune homme au Salvador, ce qui n'est visiblement pas le cas.

[50] Like the claimants in the many cases cited above, the applicant in this case faced a heightened and different risk not faced by other young men in El Salvador because the MS had threatened him in order to obtain retribution for his having spoken to the police and provided Carlos' mother's address to them. Carlos was shown to have joined the MS and he personally made a death threat to the applicant. The applicant's situation was thus fundamentally different from that of others, who might be generally at risk of recruitment, threats or even assault by the MS. The applicant, though, was found to directly and personally face the risk of death. This is a far cry from the risk of extortion, recruitment or assault and thus the applicant's risk is much more significant and more direct than that faced by other men in El Salvador. Accordingly, the RPD's decision is both unreasonable and incorrect.

V. CONCLUSION

[51] In light of the foregoing, the RPD's decision will be set aside and the applicant's claim will be remitted to the RPD for redetermination by a differently constituted panel of the Board.

[52] No question for certification under section 74 of IRPA was presented and none arises in this case as the errors committed by the Board are closely tied to the facts of this case and the issue of which standard of review is applicable is not determinative to the result I have reached.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application for judicial review of the RPD's decision is granted;

[50] Tout comme les demandeurs d'asile visés par les nombreuses décisions susmentionnées, le demandeur était, dans le cas qui nous occupe, exposé à un risque accru et différent par rapport à celui auquel d'autres jeunes hommes sont exposés au Salvador parce que, après qu'il ait parlé à la police et communiqué aux policiers l'adresse de la mère de Carlos, la MS lui avait par représailles proféré des menaces. Il a été démontré que Carlos avait adhéré à la MS et qu'il avait personnellement proféré des menaces à l'endroit du demandeur. La situation du demandeur était donc radicalement différente de celle d'autres personnes pouvant être exposées au risque général d'être recrutées ou de faire l'objet de menaces ou même d'agressions de la part de la MS. Il a été démontré que le demandeur était personnellement et directement exposé à une menace de mort. On est très loin du risque d'extorsion, de recrutement ou d'agression, et le risque auquel le demandeur est exposé est beaucoup plus sérieux et plus direct que celui auquel d'autres hommes du Salvador sont exposés. Par conséquent, la décision de la SPR est à la fois déraisonnable et incorrecte.

V. CONCLUSION

[51] Vu ce qui précède, la décision de la SPR sera annulée et la demande présentée par le demandeur sera renvoyée à la SPR pour qu'une formation différemment constituée de la Commission rende une décision différente.

[52] Aucune question à certifier en vertu de l'article 74 de la LIPR n'a été présentée et la présente affaire n'en soulève aucune, étant donné que les erreurs commises par la Commission sont étroitement liées aux faits de l'affaire et que la question de savoir quelle est la norme de contrôle applicable n'est pas déterminante quant au résultat auquel j'arrive.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. La présente demande de contrôle judiciaire de la décision de la SPR est accueillie;

2. The RPD's decision is set aside;

2. La décision de la SPR est annulée;

3. The applicant's refugee claim is remitted to the RPD for redetermination by a differently constituted panel of the Board;

3. La demande d'asile du demandeur est renvoyée à la SPR pour qu'elle fasse l'objet d'une nouvelle décision par une formation différemment constituée de la Commission;

4. No question of general importance is certified; and

4. Aucune question grave de portée générale n'est certifiée;

5. There is no order as to costs.

5. Il n'y a pas d'adjudication de dépens.

IMM-6888-11
2012 FC 726

IMM-6888-11
2012 CF 726

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(demandeur)

v.

c.

Rajinder Singh Dhillon (*Respondent*)

Rajinder Singh Dhillon (*défendeur*)

INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. DHILLON

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. DHILLON

Federal Court, Snider J.—Vancouver, May 3 and June 11, 2012.

Cour fédérale, juge Snider—Vancouver, 3 mai et 11 juin 2012.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) concluding that respondent not inadmissible under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 37(1)(b) — Respondent, citizen of India, imprisoned in United States for conspiracy to import marijuana — Immigration Division concluding respondent inadmissible for serious criminality under IRPA, s. 36(1)(b), not inadmissible under s. 37(1)(b) — IAD dismissing appeal on ground drug smuggling not constituting crime included in s. 37(1)(b) — Whether IAD's conclusion withstanding scrutiny on applicable standard of review — IAD not having regard to intention of Parliament to prioritize security, to interrelationship of drug smuggling, money laundering — Issue on application whether phrase "such as" in s. 37(1)(b) referring to drug smuggling — IAD failing to appreciate nature of drug trafficking or smuggling within context of international crime, treaty obligations — Drug trafficking, money laundering linked — Not logical for Parliament to exclude drug smuggling from s. 37(1)(b) — Conspiracy to import marijuana foundation for finding of inadmissibility under ss. 36(1)(b), 37(1)(b) — Question certified as to whether importation of narcotics into another state activity "such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering" within meaning of IRPA, s. 37(1)(b) — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a conclu que le défendeur n'était pas interdit de territoire en vertu de l'art. 37(1)(b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Le défendeur, un citoyen de l'Inde, a purgé une peine d'emprisonnement aux États-Unis pour complot en vue d'importer de la marijuana — La Section de l'immigration a conclu que le défendeur était interdit de territoire pour grande criminalité en vertu de l'art. 36(1)(b) de la LIPR, mais non interdit de territoire en vertu de l'art. 37(1)(b) — La SAI a rejeté l'appel au motif que la contrebande de drogues ne constituait pas une infraction visée à l'art 37(1)(b) — Il s'agissait de savoir si la conclusion de la SAI résistait à l'examen fondé sur la norme de contrôle applicable — La SAI a fait abstraction de l'intention du législateur d'accorder la priorité à la sécurité et du lien entre la contrebande de drogues et le recyclage des produits de la criminalité — La question à trancher était celle de savoir si le mot « telles » de l'art. 37(1)(b) peut renvoyer à la contrebande de drogues — La SAI n'a pas apprécié la nature du crime de trafic ou de contrebande de drogues dans le contexte élargi de la criminalité internationale et des obligations aux termes de traités internationaux — Le trafic de drogues et le recyclage des produits de la criminalité sont étroitement liés — Il n'est pas logique que le législateur ait exclu la contrebande de drogues de l'art. 37(1)(b) — L'infraction de complot en vue d'importer de la marijuana est le fondement de l'interdiction de territoire au titre des art. 36(1)(b) et 37(1)(b) — La question de savoir si l'importation de stupéfiants dans un autre État est comprise dans les activités telles « le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité » au sens de l'art. 37(1)(b) de la LIPR a été certifiée — Demande accueillie.

Construction of Statutes — Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) concluding that respondent not inadmissible under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 37(1)(b) on ground drug smuggling not constituting crime thereunder — Whether phrase “such as” in s. 37(1)(b) referring to drug smuggling — “Such as” suggesting example, not limit — IAD’s requirement of “significant similarity” creating too high a standard — Term “activities” in s. 37(1)(b) preceding listed activities, suggesting those offences examples only — IRPA supporting expansive view of s. 37(1)(b) — IRPA having to be construed, applied in manner complying with international treaties — International treaties informing proper contextual interpretation of s. 37(1)(b) — Not logical for Parliament to exclude drug smuggling from s. 37(1)(b).

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board concluding that the respondent was not inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA).

The respondent, a citizen of India, was convicted and imprisoned in the United States for conspiracy to import marijuana from Canada. He was later deported to Canada where the Immigration Division concluded that he was inadmissible for serious criminality under paragraph 36(1)(b) of IRPA but not inadmissible under paragraph 37(1)(b). The IAD dismissed the applicant’s appeal on the ground that drug smuggling did not constitute a crime included in paragraph 37(1)(b).

At issue was whether the IAD’s conclusion could withstand scrutiny on the applicable standard of review.

Held, the application should be allowed.

The IAD failed to have regard to the intention of Parliament to prioritize security of Canadians, and to the interrelationship of drug smuggling and money laundering as reflected in international instruments. In addition, the IAD erred in concluding that the only similarity between the activities listed in paragraph 37(1)(b) and drug smuggling is that the offences are transnational.

At its narrowest, the issue on this application was whether the phrase “such as” in paragraph 37(1)(b) can refer to drug smuggling. The phrase “such as” does not require that there

Interprétation des lois — La Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que le défendeur n’était pas interdit de territoire en vertu de l’art. 37(1)(b) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR) au motif que la contrebande de drogues ne constituait pas une infraction visée à cet art. — Il s’agissait de déterminer si le mot « telles » à l’art. 37(1)(b) renvoie à la contrebande de drogues — Le mot « telles » est un terme qui indique un exemple plutôt qu’une limite — La similarité importante exigée par la SAI place la barre trop haut — Le terme « activités » précède la liste des activités de l’art. 37(1)(b), ce qui donne à penser que ces infractions sont seulement des exemples — La LIPR milite en faveur d’une vision élargie de l’art. 37(1)(b) — La LIPR doit être interprétée et mise en œuvre d’une manière qui est compatible avec les traités internationaux — Une interprétation contextuelle appropriée de l’art. 37(1)(b) devrait reposer sur les traités internationaux — Il ne semble pas logique que le législateur ait exclu la contrebande de drogues de l’art. 37(1)(b).

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, qui a conclu que le défendeur n’était pas interdit de territoire en vertu de l’alinéa 37(1)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR).

Le défendeur, un citoyen de l’Inde, a été déclaré coupable de complot en vue d’importer de la marijuana du Canada et a purgé une peine d’emprisonnement aux États-Unis. Il a été renvoyé par la suite au Canada, où la Section de l’immigration a conclu qu’il était interdit de territoire pour grande criminalité en vertu de l’alinéa 36(1)(b) de la LIPR, mais qu’il n’était pas interdit de territoire en vertu de l’alinéa 37(1)(b). La SAI a rejeté l’appel du demandeur au motif que la contrebande de drogues ne constituait pas une infraction visée à l’alinéa 37(1)(b).

Il s’agissait de savoir si la conclusion de la SAI pouvait résister à l’examen fondé sur la norme de contrôle applicable.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La SAI a fait abstraction de l’intention du législateur d’accorder la priorité à la sécurité des Canadiens et du lien entre la contrebande de drogues et le recyclage des produits de la criminalité qui ressort des instruments internationaux. De surcroît, la SAI a commis une erreur en concluant que la seule similarité entre les infractions mentionnées à l’alinéa 37(1)(b) et la contrebande de drogues tient au fait que les infractions sont transnationales.

Réduite à sa plus simple expression, la question à trancher en l’espèce était celle de savoir si le mot « telles » à l’alinéa 37(1)(b) peut renvoyer à la contrebande de drogues.

be significant similarity between the activity sought to be included and the listed offences. In its ordinary use, the phrase “such as” is illustrative and suggests an example rather than a limit. The IAD’s requirement of “significant similarity” creates too high a standard. This conclusion is supported by the principle that the limited class, or *ejusdem generis*, rule does not apply where general words precede rather than follow a specific enumeration. In this case, the general term “activities” precedes the listed activities, suggesting that those offences are examples only and that the provision does not establish a limited class. Because the listed activities are non-exhaustive examples, there is no room for the application of the implied exclusion rule either. Parliament highlighted “people smuggling, trafficking in persons or money laundering” for the purpose of removing any ambiguity as to whether these crimes are included in the category. The emphasis on security in IRPA supports an expansive view of paragraph 37(1)(b) that includes the crime of conspiracy to import marijuana. The IAD failed to appreciate the nature of the crime of drug trafficking or smuggling within the larger context of international crime and Canada’s international treaty obligations. Paragraph 3(1)(i) of IRPA directs that IRPA must be construed and applied in a manner that complies with the *United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* (Drugs Convention) and the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* (UNCTOC). At the very least, those international treaties should inform a proper contextual interpretation of paragraph 37(1)(b). Drug trafficking and money laundering are inextricably linked, as is apparent from the preamble to the Drugs Convention. In addition, the UNCTOC expanded the notion of serious organized transnational crime beyond an exclusive focus on drug crimes. In this context, it is not logical that Parliament would include money laundering as a transnational crime under paragraph 37(1)(b) and not drug smuggling. Conspiracy to import marijuana is the foundation for a finding of inadmissibility on grounds of both serious criminality under paragraph 36(1)(b) and organized criminality under paragraph 37(1)(b). A question was certified as to whether the importation of narcotics into another state is an activity “such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering” within the meaning of paragraph 37(1)(b).

L’emploi du mot « telles » n’exige pas que le degré de similarité entre l’activité visée et les activités énumérées soit important. Dans son utilisation ordinaire, le mot « telles » est un terme qui indique un exemple plutôt qu’une limite. La « similarité importante » exigée par la SAI place la barre trop haut. Cette conclusion est appuyée par le principe selon lequel la règle des choses du même ordre, ou *ejusdem generis*, ne s’applique pas quand le terme général précède une énumération précise plutôt que de la suivre. Dans la présente affaire, le terme général « activités » précède la liste des activités, ce qui donne à penser que ces infractions sont seulement des exemples et que la disposition n’établit pas une catégorie restreinte. Parce que les activités énumérées sont des exemples non exhaustifs, il n’est pas possible non plus d’appliquer la règle de l’exclusion implicite. Le législateur a souligné « le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité » dans le but de lever toute ambiguïté quant à l’inclusion de ces crimes dans les activités visées. Cette priorité accordée à la sécurité de la LIPR milite en faveur d’une vision élargie de l’alinéa 37(1)(b) qui inclut l’infraction de complot en vue d’importer de la marijuana. La SAI n’a pas apprécié la nature du crime de trafic ou de contrebande de drogues dans le contexte élargi de la criminalité internationale et des obligations qui incombent au Canada aux termes de traités internationaux. L’alinéa 3(1)(i) de la LIPR énonce que celle-ci doit être interprétée et mise en œuvre d’une manière qui est compatible avec la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* (la Convention contre le trafic de stupéfiants) et la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* (CNUCTO). À tout le moins, une interprétation contextuelle appropriée de l’alinéa 37(1)(b) devrait reposer sur ces conventions internationales. Le trafic de drogues et le recyclage des produits de la criminalité sont, comme il ressort du préambule de la Convention contre le trafic de stupéfiants, étroitement liés. De plus, la CNUCTO a étendu la notion de criminalité transnationale organisée à des infractions graves qui ne sont pas exclusivement liées à la drogue. Dans ce contexte, il n’est pas logique que le législateur ait précisé le recyclage des produits de la criminalité dans les crimes transnationaux prévus à l’alinéa 37(1)(b), mais pas la contrebande de drogues. L’infraction de complot en vue d’importer de la marijuana est le fondement de l’interdiction de territoire à la fois pour grande criminalité au titre de l’alinéa 36(1)(b) et pour criminalité organisée au titre de l’alinéa 37(1)(b). La question de savoir si l’importation de stupéfiants dans un autre État est comprise dans les activités telles « le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité » au sens de l’alinéa 37(1)(b) a été certifiée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(i),(3), 34, 35, 36 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 3), 37, 63(3), 64, 67(1)(c).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 20 December 1988, [1990] Can. T.S. No. 42, preamble, Art. 3.1.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 15 November 2000, 2225 U.N.T.S. 209.

CASES CITED

APPLIED:

Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198, 272 D.L.R. (4th) 1, 54 Imm. L.R. (3d) 161; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, 337 D.L.R. (4th) 385, 26 Admin. L.R. (5th) 1; *Hadwani v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 888, 394 F.T.R. 156, 2 Imm. L.R. (4th) 53; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, (1990), 74 D.L.R. (4th) 197, 50 C.C.L.I. 1; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, 258 D.L.R. (4th) 193, 135 C.R.R. (2d) 1; *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Sidhu v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2011 CanLII 93851 (I.R.B.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, 327 D.L.R. (4th) 513, 14 Admin. L.R. (5th) 1.

REFERRED TO:

Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. X, 2009 CanLII 89329 (I.R.B.); *Canada (Public Safety) v. Halls*, 2010 ID 0003-A3-02628 (I.R.B.); *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)i),(3), 34, 35, 36 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 3), 37, 63(3), 64, 67(1)c).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209.

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 20 décembre 1988, [1990] R.T. Can. n° 42, préambule, art. 3.1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Hadwani c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 888; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Sidhu c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2011 CanLII 93851 (C.I.S.R.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. X, 2009 CanLII 89329 (C.I.S.R.); *Canada (Sécurité publique) c. Halls*, 2010 SI 0003-A3-02628 (C.I.S.R.); *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary*

2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, 346 A.R. 4, 236 D.L.R. (4th) 385; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, 262 D.L.R. (4th) 13, 42 Admin. L.R. (4th) 234; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, 318 N.R. 365; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, 80 Imm. L.R. (3d) 1, 391 N.R. 366.

AUTHORS CITED

Collins-Robert French-English, English-French Dictionary, 2nd ed. Toronto: Collins, 1987, “*telle*”, “*telle que*”.

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

German, Peter M. *Proceeds of Crime and Money Laundering: Includes Analysis of Civil Forfeiture and Terrorist Financing Legislation*, loose-leaf, Toronto: Carswell, 1998.

Kemp, Gerhard “The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime: A milestone in international criminal law” (2001) 2 *SACJ* 152.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (2011 CanLII 89265 (I.R.B.)) concluding that the respondent was not inadmissible to Canada under section 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

APPEARANCES

Jennifer Dagsvik for applicant.
Mir Huculak for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Huculak Mir Law Office, Vancouver, for respondent.

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

(*Ville*), 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 89; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.

German, Peter M. *Proceeds of Crime and Money Laundering: Includes Analysis of Civil Forfeiture and Terrorist Financing Legislation*, feuilles mobiles, Toronto : Carswell, 1998.

Kemp, Gerhard « The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime: A milestone in international criminal law » (2001) 2 *SACJ* 152.

Robert-Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français, 2^e éd. Toronto : Collins, 1987, « *telle* », « *telle que* ».

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision de la Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (2011 CanLII 89265 (C.I.S.R.)), qui a conclu que le défendeur n’était pas interdit de territoire en vertu de l’alinéa 37(1)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Jennifer Dagsvik pour le demandeur.
Mir Huculak pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Huculak Mir Law Office, Vancouver, pour le défendeur.

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

SNIDER J.:

I. Introduction

[1] Mr. Dhillon, a citizen of India, is a permanent resident of Canada. In October 2003, Mr. Dhillon and another man carried four hockey bags filled with 78.55 kg of marijuana from Canada into the United States. In December 2003, Mr. Dhillon pleaded guilty in Washington State to conspiracy to import marijuana over 50 kg; he was convicted in March 2004 and sentenced to nine months imprisonment and three years supervised release. Upon completion of his sentence in the United States, he was deported to Canada, where he faced allegations that he was inadmissible to Canada.

[2] In a decision dated February 18, 2010 (the ID decision), a member of the Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) concluded that Mr. Dhillon was inadmissible to Canada for serious criminality under paragraph 36(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), but not inadmissible under paragraph 37(1)(b) of IRPA in respect of organized crime.

[3] Both Mr. Dhillon and the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) appealed the ID decision to a panel of the Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD). In a decision dated September 16, 2011 [*Dhillon v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 CanLII 89265] (the IAD decision), the IAD dismissed the appeal of the Minister from the ID decision. Stated differently, the IAD concluded that Mr. Dhillon was not inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(b) of IRPA. The basis of the IAD decision was that drug smuggling did not constitute a crime included in paragraph 37(1)(b).

[4] In this application for judicial review, the Minister seeks to overturn the IAD decision.

LA JUGE SNIDER :

I. Introduction

[1] M. Dhillon est citoyen de l'Inde et résident permanent du Canada. En octobre 2003, M. Dhillon et un autre homme ont transporté quatre sacs de hockey contenant 78,55 kg de marijuana du Canada aux États-Unis. En décembre 2003, M. Dhillon a plaidé coupable, dans l'État de Washington, à un chef d'accusation de complot en vue d'importer plus de 50 kg de marijuana; il a été déclaré coupable en mars 2004 et condamné à neuf mois d'emprisonnement et à trois ans de liberté surveillée. Après avoir purgé sa peine aux États-Unis, il a été renvoyé au Canada, où il a dû répondre à des allégations suivant lesquelles il était interdit de territoire.

[2] Dans une décision datée du 18 février 2010 (la décision de la SI), un commissaire de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a conclu que M. Dhillon était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité en vertu de l'alinéa 36(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), mais qu'il n'était pas interdit de territoire pour criminalité organisée en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR.

[3] M. Dhillon et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) ont tous deux porté la décision de la SI en appel devant un tribunal de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission. Dans une décision datée du 16 septembre 2011 [*Dhillon c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CanLII 89265] (la décision de la SAI), la SAI a rejeté l'appel du ministre. En d'autres mots, la SAI a conclu que M. Dhillon n'était pas interdit de territoire au Canada en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR, étant d'avis que la contrebande de drogues ne constituait pas une infraction visée à l'alinéa 37(1)b).

[4] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, le ministre veut faire annuler la décision de la SAI.

II. Issues

[5] This application raises one issue. Specifically, can the IAD’s conclusion that Mr. Dhillon is not inadmissible under paragraph 37(1)(b) of IRPA for having been convicted of conspiracy to import marijuana into the United States withstand scrutiny on the applicable standard of review?

[6] A preliminary issue is for this Court to establish the applicable standard of review. Is the IAD’s interpretation of paragraph 37(1)(b) of IRPA reviewable on a standard of reasonableness or correctness?

III. Statutory Context

[7] I begin with an overview of the relevant statutory provisions.

[8] Sections 36 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 3] and 37 of IRPA establish the two bases of inadmissibility that are relevant on this application. Section 36 describes the circumstances in which a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality or criminality. In summary form relevant to this application, paragraph 36(1)(b) provides that a person is inadmissible on grounds of serious criminality for “having been convicted of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years”. There is no dispute that Mr. Dhillon falls under this provision.

[9] Section 37 establishes that an individual may also be found inadmissible on the basis of organized criminality. Of particular relevance to this application is paragraph 37(1)(b):

Organized criminality **37. (1)** A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

...

II. Questions en litige

[5] La présente demande soulève une question : la conclusion de la SAI selon laquelle M. Dhillon n’est pas interdit de territoire en vertu de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR pour avoir été déclaré coupable de complot en vue d’importer de la marijuana aux États-Unis résiste-t-elle à l’examen fondé sur la norme de contrôle applicable?

[6] En premier lieu, la Cour doit établir la norme de contrôle applicable. L’interprétation de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR faite par la SAI est-elle susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable ou de la décision correcte?

III. Contexte législatif

[7] Commençons par un aperçu des dispositions législatives pertinentes.

[8] Les articles 36 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 3] et 37 de la LIPR établissent les deux fondements de l’interdiction de territoire qui sont pertinents en l’espèce. L’article 36 décrit les circonstances dans lesquelles un résident permanent ou un étranger est interdit de territoire pour grande criminalité ou pour criminalité. La disposition qui s’applique plus particulièrement ici est l’alinéa 36(1)b), selon lequel le fait suivant emporte interdiction de territoire pour grande criminalité : « être déclaré coupable, à l’extérieur du Canada, d’une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans ». Il n’est nullement contesté que M. Dhillon est visé par cette disposition.

[9] L’article 37 établit que l’interdiction de territoire peut également être prononcée pour criminalité organisée. L’alinéa 37(1)b) est particulièrement pertinent en l’espèce :

37. (1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants : Activités de criminalité organisée

[...]

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

[10] Once a foreign national or permanent resident in Canada is found to be inadmissible, the normal next step is the issuance of a removal order. In the case before me, Mr. Dhillon is currently subject to a removal order because of the finding of the ID, as affirmed by the IAD, that he is inadmissible to Canada for serious criminality under paragraph 36(1)(b).

[10] Quand un étranger ou un résident permanent du Canada est déclaré interdit de territoire, l'étape suivante est normalement la prise d'une mesure de renvoi. Dans l'affaire dont je suis saisie, M. Dhillon fait actuellement l'objet d'une mesure de renvoi; la SI a en effet conclu qu'il était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité en vertu de l'alinéa 36(1)b), conclusion confirmée par la SAI.

[11] Most persons who are the subject of a removal order have an automatic right of appeal to the IAD (IRPA, above, at subsection 63(3)). Pursuant to paragraph 67(1)(c) of IRPA, an appeal may be allowed if:

[11] La plupart de ceux qui font l'objet d'une mesure de renvoi ont automatiquement un droit d'appel devant la SAI (LIPR, précitée, au paragraphe 63(3)). Conformément à l'alinéa 67(1)c), il est fait droit à l'appel si :

Appeal allowed

67. ...

(c) ... taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

67. [...]

Fondement de l'appel

c) [...] il y a — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

[12] In other words, a person who is inadmissible may be permitted to remain if “special relief” is warranted on the basis of humanitarian and compassionate (H&C) considerations.

[12] Autrement dit, celui qui est interdit de territoire peut être autorisé à rester au Canada si des motifs d'ordre humanitaire justifient la prise de « mesures spéciales ».

[13] However, Parliament determined that certain persons found to be inadmissible to Canada should not be permitted to appeal to the IAD on H&C grounds. Specifically, section 64 of IRPA prevents those found inadmissible under section 37 from appealing their removal order to the IAD:

[13] Toutefois, le législateur a déterminé que certaines personnes déclarées interdites de territoire au Canada ne pouvaient interjeter appel devant la SAI pour des motifs d'ordre humanitaire. Plus précisément, aux termes de l'article 64 de la LIPR, ceux qui sont interdits de territoire en vertu de l'article 37 ne peuvent interjeter appel de la mesure de renvoi devant la SAI :

No appeal for inadmissibility

64. (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality. [Emphasis added.]

64. (1) L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondant. [Je souligne.]

Restriction du droit d'appel

[14] For purposes of subsection 64(1), serious criminality includes only a crime that “was punished in Canada by a term of imprisonment of at least two years” (IRPA, above, at subsection 64(2)). Mr. Dhillon, does not meet this threshold as his crime was committed and punished in the United States.

[15] Simply stated, the result of this statutory scheme is the following:

1. if Mr. Dhillon is inadmissible for serious criminality under paragraph 36(1)(b), he has a right of appeal to the IAD where he may argue that sufficient H&C considerations warrant “special relief”; and

2. if Mr. Dhillon is inadmissible on grounds of organized criminality under paragraph 37(1)(b), he loses his right of appeal to the IAD.

IV. Standard of Review

[16] The question before the IAD was whether Mr. Dhillon was inadmissible to Canada on the grounds of organized criminality. Since Mr. Dhillon does not dispute that he committed a crime that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least ten years, there was no factual determination to be made by the IAD. Thus, the only question before the IAD was one of pure statutory interpretation: Does paragraph 37(1)(b) include the crime committed by Mr. Dhillon?

[17] The [Federal] Court of Appeal, in *Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198 (*Sittampalam*), at paragraph 15, held that the assessment of the proper interpretation of the language in paragraph 37(1)(a) of IRPA was a question of law subject to review on a standard of correctness. Arguably, a statutory interpretation of the closely related paragraph 37(1)(b) should be subject to the same standard.

[18] However, I hesitate to rely wholly on *Sittampalam*. Since the [Federal] Court of Appeal’s

[14] Pour l’application du paragraphe 64(1), le terme « grande criminalité » s’entend seulement de l’infraction « punie au Canada par un emprisonnement d’au moins deux ans » (LIPR, précitée, au paragraphe 64(2)). M. Dhillon n’est donc pas visé, car son infraction a été commise et punie aux États-Unis.

[15] En résumé, voici le résultat de ce régime législatif :

1. si M. Dhillon est interdit de territoire pour grande criminalité en vertu de l’alinéa 36(1)b), il peut interjeter appel devant la SAI et soutenir que des motifs d’ordre humanitaire justifient la prise de « mesures spéciales »;

2. si M. Dhillon est interdit de territoire pour criminalité organisée en vertu de l’alinéa 37(1)b), il perd son droit d’appel devant la SAI.

IV. Norme de contrôle

[16] La question que devait trancher la SAI était celle de savoir si M. Dhillon était interdit de territoire au Canada pour criminalité organisée. Puisque M. Dhillon ne conteste pas qu’il a commis une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans, la SAI n’avait pas à établir les faits. Par conséquent, la SAI ne devait trancher qu’une pure question d’interprétation législative : les infractions visées à l’alinéa 37(1)b) comprennent-elles l’infraction commise par M. Dhillon?

[17] Dans l’arrêt *Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198 (*Sittampalam*), au paragraphe 15, la Cour d’appel fédérale a statué que la détermination de l’interprétation qu’il convient de donner au libellé de l’alinéa 37(1)a) de la LIPR est une question de droit, susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. L’interprétation de l’alinéa étroitement lié 37(1)b) devrait, pourrait-on soutenir, être assujettie à la même norme.

[18] J’hésite toutefois à me fonder uniquement sur l’arrêt *Sittampalam*. Depuis que la Cour d’appel fédérale

determination of a correctness standard, the Supreme Court of Canada has held, in a number of decisions, that decisions of tribunals involving interpretation of their “home” legislation are entitled to deference. As instructed by the Supreme Court of Canada, unless the question is one of “general legal importance”, a tribunal’s decision will generally be reviewed on a reasonableness standard. For example, in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*), at paragraph 24, the Supreme Court unanimously wrote:

In substance, if the issue relates to the interpretation and application of its own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply and the Tribunal will be entitled to deference. [Emphasis added.]

[19] Does the question of whether drug smuggling is a transnational crime within the meaning of paragraph 37(1)(b) raise an issue of general legal importance? I think that the better legal view is that it does.

[20] The question of inadmissibility of foreign nationals or permanent residents to Canada transcends an IAD determination of whether a person is able to access the H&C provisions in an appeal to the IAD. A finding of inadmissibility due to serious criminality or organized crime has implications for and application to a number of other processes involved in the immigration context. For example, a visa officer in an overseas post must take into account the admissibility of a person applying for permanent resident status. An immigration officer may conclude that a claim is not eligible to be referred to the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board because of inadmissibility. In sum, there are many tribunals or decision makers who must consider and apply paragraph 37(1)(b) in their daily jobs. In this sense, the question before me is one of general legal importance. I would apply a standard of review of correctness.

[21] However, if I am wrong on this question of standard of review, I will also determine whether the

a établi la norme de la décision correcte, la Cour suprême du Canada a statué, dans un certain nombre d’arrêts, que les décisions où un tribunal administratif a interprété sa propre loi ont droit à la déférence. Selon les directives données par la Cour suprême du Canada, à moins que ne soit soulevée une « question de droit générale », la décision du tribunal sera habituellement contrôlée selon la norme de la décision raisonnable. Par exemple, dans l’arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*), au paragraphe 24, la Cour suprême s’est prononcée ainsi, à l’unanimité :

En somme, lorsqu’il s’agit d’interpréter et d’appliquer sa propre loi, dans son domaine d’expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s’applique habituellement, et le Tribunal a droit à la déférence. [Non souligné dans l’original.]

[19] La question de savoir si la contrebande de drogues constitue un crime transnational au sens de l’alinéa 37(1)(b) soulève-t-elle une question de droit générale? D’un point de vue juridique, je crois que la réponse est oui.

[20] La SAI doit parfois déterminer si une personne peut invoquer des motifs d’ordre humanitaire dans son appel, mais l’interdiction de territoire des étrangers ou des résidents permanents du Canada est une question d’un ordre supérieur. Le prononcé d’une interdiction de territoire pour grande criminalité ou pour criminalité organisée s’applique à certains autres processus inhérents à l’immigration sur lesquels il a aussi des répercussions. Par exemple, l’agent des visas en poste à l’étranger doit tenir compte de l’admissibilité de celui qui présente une demande de résidence permanente. L’agent d’immigration peut conclure qu’une demande ne doit pas être renvoyée à la Section de la protection des réfugiés de la Commission pour cause d’interdiction de territoire. En résumé, de nombreux tribunaux administratifs ou décideurs doivent tenir compte de l’alinéa 37(1)(b) et l’appliquer au quotidien dans leur travail. En ce sens, la question dont je suis saisie est une question de droit générale. J’appliquerais donc la norme de contrôle de la décision correcte.

[21] Comme je me trompe peut-être sur la question de la norme de contrôle, je déterminerai également si

interpretation found by the IAD was reasonable. When applied to a question of statutory interpretation, it appears to me that a decision that does not accord with the well-established principles of statutory interpretation will be unreasonable. As stated in *Mowat*, above, at paragraph 33:

The question is one of statutory interpretation and the object is to seek the intent of Parliament by reading the words of the provision in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, quoted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

[22] In *Mowat*, the Supreme Court concluded that, when a full contextual and purposive analysis of the provisions was undertaken, it became clear that no reasonable interpretation supported the conclusion reached by the Tribunal (*Mowat*, above, at paragraph 34).

V. IAD Decision

[23] It was not disputed before the IAD that the respondent had engaged in activity “in the context of transnational crime”. The only issue was whether the importation of marijuana constituted an activity “such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering”.

[24] In determining which other activities might be covered by paragraph 37(1)(b), the IAD considered the relationship between the listed activities; interpreted the provision in light of subsection 3(3) of IRPA; and considered the cases cited by the parties.

[25] First, the IAD noted that there was a relationship between people smuggling and trafficking in persons, and, while less obvious, between people smuggling and money laundering, as the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15 November 2000, 2225 U.N.T.S. 209 (entered into force 29 September 2003, ratified by Canada 13 May 2002) (the Convention, or UNCTOC) references both

l’interprétation de la SAI était raisonnable. Dans le contexte d’une question d’interprétation législative, j’estime qu’une décision qui ne concorde pas avec les principes bien établis en la matière sera déraisonnable. Comme il est énoncé dans l’arrêt *Mowat*, précité, au paragraphe 33 :

Il nous faut interpréter le texte législatif et discerner l’intention du législateur à partir des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la Loi, son objet et l’intention du législateur (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

[22] Dans l’arrêt *Mowat*, la Cour suprême a conclu, à la lumière d’une analyse exhaustive de nature contextuelle et téléologique, qu’aucune interprétation raisonnable des dispositions n’appuyait la conclusion à laquelle le Tribunal était parvenu (*Mowat*, précité, au paragraphe 34).

V. Décision de la SAI

[23] Le fait que le défendeur s’était livré à des activités « dans le cadre de la criminalité transnationale » n’a pas été contesté devant la SAI. La seule question en litige était celle de savoir si l’importation de marijuana était comprise dans les activités telles « le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité ».

[24] En déterminant quelles autres activités pouvaient être visées par l’alinéa 37(1)(b), la SAI a examiné le lien entre les activités énumérées, interprété la disposition à la lumière du paragraphe 3(3) de la LIPR et revu la jurisprudence invoquée par les parties.

[25] La SAI a d’abord souligné le lien entre le passage de clandestins et le trafic de personnes, et lien, moins évident toutefois, entre le passage de clandestins et le recyclage des produits de la criminalité, étant donné que la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209 (entrée en vigueur le 29 septembre 2003 et ratifiée par le Canada le 13 mai 2002) (la

money laundering and trafficking in persons. Noting that corruption and obstruction of justice are also referenced in the Convention, the IAD reasoned that an argument could be made that they also fall within paragraph 37(1)(b). The IAD also held [at paragraph 7] that “the enumerated activities in paragraph 37(1)(b) do not all necessarily have to be connected, as Parliament could have been providing two different types of activities and indicating that activities such as *either* of those two different activities would fall under paragraph 37(1)(b)” (emphasis in original). As will be seen, however, the IAD went on [at paragraph 19] to require that there be “an articulable similarity between the subject offence and either human trafficking (people smuggling/trafficking in persons) or money laundering” as well as a “significant similarity” between the unlisted activity and those two activities.

[26] Second, the IAD considered the interpretation of paragraph 37(1)(b) in light of paragraphs 3(3)(a), (b), (c) and (f) of IRPA. Those provisions, which describe the application of IRPA, are set out here for ease of reference:

3. ...

Application (3) This Act is to be construed and applied in a manner that

(a) furthers the domestic and international interests of Canada;

(b) promotes accountability and transparency by enhancing public awareness of immigration and refugee programs;

(c) facilitates cooperation between the Government of Canada, provincial governments, foreign states, international organizations and non-governmental organizations;

...

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

Convention, ou la CNUCTO) fait mention de blanchiment d'argent et de traite des personnes. Comme la Convention mentionne également la corruption et l'entrave au bon fonctionnement de la justice, a estimé la SAI, il est possible d'avancer l'argument que ces activités sont aussi visées par l'alinéa 37(1)(b). La SAI a également conclu [au paragraphe 7] que « les activités énumérées à l'alinéa 37(1)(b) ne doivent pas nécessairement toutes être liées; en effet, l'intention du législateur aurait pu être de prévoir deux types d'activités différents et d'indiquer que des activités entrant dans *l'une ou l'autre* de ces catégories tombent sous le coup de l'alinéa 37(1)(b) » (souligné dans l'original). Comme nous le verrons, cependant, la SAI a toutefois conclu [au paragraphe 19] qu'il devait « être facile de démontrer la similarité entre l'infraction en cause et la traite de personnes (passage de clandestins et trafic de personnes) ou le recyclage des produits de la criminalité » et que l'activité en question devait être « analogue » à ces deux autres activités.

[26] La SAI s'est ensuite penchée sur l'interprétation de l'alinéa 37(1)(b) à la lumière des alinéas 3(3)(a), (b), (c) et (f) de la LIPR. Ces dispositions, qui décrivent l'application de la LIPR, sont reproduites ci-dessous par souci de commodité :

3. [...]

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

Interprétation et mise en œuvre

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

b) d'encourager la responsabilisation et la transparence par une meilleure connaissance des programmes d'immigration et de ceux pour les réfugiés;

c) de faciliter la coopération entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux, les États étrangers, les organisations internationales et les organismes non gouvernementaux;

[...]

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

[27] With respect to paragraph 3(3)(a), the IAD reasoned that it was not clear how reading drug trafficking into paragraph 37(1)(b) of IRPA would further Canada's domestic and international interests, as the loss of the right to appeal a removal order on humanitarian and compassionate grounds could also hinder those interests. The IAD noted that "[t]he evidence and argument on that point simply are not before me". The IAD then reasoned that [at paragraph 10]:

If inclusion of all transnational crimes was the intention of Parliament, then Parliament would likely have used other wording, to clearly define that and given that drug trafficking is a common transnational crime, I find it unlikely that Parliament overlooked listing it within the enumerated offences in paragraph 37(1)(b). I must conclude that Parliament carefully chose the language and list of enumerated offences and I am bound to interpret the specific wording chosen by Parliament in my analysis. I note that paragraph 37(1)(a) already removes the right of appeal for persons who meet the definition in that paragraph, of organized criminality.

[28] Regarding paragraph 3(3)(b), the IAD stated that excluding drug trafficking from paragraph 37(1)(b) would not remove accountability for that offence, as it continues to have serious criminal sanctions as well as serious consequences under IRPA, including the issuance of a removal order with the right of appeal on humanitarian and compassionate grounds or possibly removal under paragraph 37(1)(a). In addition, the IAD reasoned [at paragraph 11] that "'importing' drug trafficking into the enumerated list in paragraph 37(1)(b) is anything but transparent".

[29] As for paragraph 3(3)(c), the IAD found that it was impossible, in the absence of clearer language indicating Parliament's intention, to conclude which interpretation would facilitate cooperation. The IAD thus reasoned [at paragraph 12] that it was only possible to "construe the provisions of paragraph 37(1)(b) according to the language utilized by Parliament".

[27] En ce qui concerne l'alinéa 3(3)a), la SAI voyait mal de quelle façon les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international seraient promus par l'inclusion du trafic de drogues dans les infractions visées à l'alinéa 37(1)b), puisque la perte du droit d'interjeter appel d'une mesure de renvoi pour des motifs d'ordre humanitaire pourrait aussi nuire aux intérêts du Canada. La SAI a fait remarquer qu'elle « ne dispos[ait] pas des éléments de preuve ni des arguments qui [lui] permettraient d'en arriver à cette conclusion ». La SAI a tenu le raisonnement suivant [au paragraphe 10] :

Si le législateur avait eu l'intention d'inclure toute forme de criminalité transnationale, il se serait sans doute exprimé autrement afin de donner une définition claire. En outre, étant donné que le trafic de drogues est un crime transnational commun, je trouve improbable que le législateur n'ait pas cru bon de l'intégrer à sa liste d'infractions à l'alinéa 37(1)b). J'en conclus donc que les mots choisis par le législateur et la liste qu'il a dressée sont mûrement réfléchis et je suis tenu d'interpréter le libellé adopté par le législateur dans mon analyse. Je souligne au passage que l'alinéa 37(1)a) prévoit la révocation du droit d'appel des personnes visées par la définition donnée de criminalité organisée.

[28] En ce qui concerne l'alinéa 3(3)b), la SAI a affirmé que le fait d'exclure le trafic de drogues des infractions énumérées à l'alinéa 37(1)b) n'éliminerait pas la responsabilisation à l'égard de cette infraction, pour laquelle de graves sanctions pénales sont encore prévues et qui a toujours de lourdes conséquences au titre de la Loi, dont la prise d'une mesure de renvoi assortie du droit d'appel pour des motifs d'ordre humanitaire, ou même le renvoi en vertu de l'alinéa 37(1)a). Par ailleurs, la SAI a affirmé [au paragraphe 11] que « l'ajout du trafic de drogues aux activités énumérées à l'alinéa 37(1)b) viendrait à l'encontre de [la transparence] ».

[29] En ce qui concerne l'alinéa 3(3)c), la SAI a affirmé qu'il lui était impossible de conclure qu'une interprétation en particulier faciliterait la coopération, parce qu'en raison du choix de mots du législateur, l'intention du Canada demeurerait vague. La SAI a poursuivi [au paragraphe 12] en affirmant qu'elle pouvait tout au plus « interpréter l'alinéa 37(1)b) en [se] servant des mots qui le composent ».

[30] The IAD then considered paragraph 3(3)(f), and found [at paragraph 14] that he had “not been directed to any international obligation that mandates the removal of appeal rights, based on humanitarian and compassionate grounds, for persons convicted of serious drug charges”.

[31] The third step of the IAD’s reasoning included a consideration of three cases cited by the Minister: *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. X*, 2009 CanLII 89329 (I.R.B.); *Canada (Public Safety) v. Halls* (2010), ID 0003-A3-02628 (I.R.B.); and *Sidhu v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 CanLII 93851 (I.R.B.) (*Sidhu*). The IAD found that the first two cases were unhelpful and that, while relevant, the decision in *Sidhu* was unsupported. In particular, the IAD explained that he understood the panel in *Sidhu* to have held that very little similarity is required between the activities listed in paragraph 37(1)(b) and “unlisted” activities caught by that provision. In contrast, the IAD stated [at paragraph 18] that he believed “significant similarity is required to satisfy the description, ‘such as’”. The IAD thus disagreed with the conclusion of the panel in *Sidhu* that the “common elements” of organized criminality and movement across international borders linked unlisted activities to the listed activities, and thus made drug smuggling an “obvious, although unlisted, activity to associate with the listed activities in paragraph 37(1)(b)” (see *Sidhu*, above, at paragraph 16). According to the IAD, organized criminality is an unhelpful “attribute” because, although “a generalized ‘organized criminality’” applies to both paragraphs 37(1)(a) and (b), “[t]here must be a purpose for Parliament to have utilized these two sections, one specifying the components of organized criminality and the other specifying ‘activities such as...’ the enumerated list”. The IAD further held that movement across international borders is not a “true common factor” that can help identify unlisted activities, because it applies to all transnational crimes, and paragraph 37(1)(b) is clearly narrower.

[30] Puis, la SAI a examiné l’alinéa 3(3)f) et déclaré [au paragraphe 14] qu’elle n’avait été renvoyée « à aucune obligation internationale qui rend obligatoire la révocation du droit d’appel, fondé sur des motifs d’ordre humanitaire, de personnes déclarées coupables d’accusations graves liées aux drogues ».

[31] À la troisième étape de son raisonnement, la SAI examiné les trois affaires citées par le ministre : *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. X*, 2009 CanLII 89329 (C.I.S.R.); *Canada (Sécurité publique) c. Halls* (2010), SI 0003-A3-02628 (C.I.S.R.); et *Sidhu c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CanLII 93851 (C.I.S.R.) (*Sidhu*). La SAI a estimé que les deux premières décisions n’étaient pas utiles et que la troisième, *Sidhu*, bien que pertinente, ne pouvait être défendue. La SAI a expliqué plus particulièrement qu’à son avis, dans la décision *Sidhu*, le tribunal avait soutenu que le degré de similarité requis entre les activités énumérées à l’alinéa 37(1)b) et les activités n’y figurant pas était minime. En revanche, selon la SAI [au paragraphe 18], « le degré de similarité doit être important pour justifier l’emploi du mot “telles” ». La SAI a donc rejeté la conclusion formulée par le tribunal dans la décision *Sidhu* selon laquelle les « éléments communs » de la criminalité organisée et du passage de frontières internationales faisaient le lien entre les activités non mentionnées dans la liste et celles qui y sont mentionnées, et que, par conséquent, la contrebande de drogues « est, à l’évidence, une activité à associer aux activités énumérées à l’alinéa 37(1)b) » (voir *Sidhu*, précitée, au paragraphe 16). Selon la SAI, les « caractéristiques » de la criminalité organisée sont inutiles, parce que, même si le « concept général de “criminalité organisée” » s’applique à l’alinéa 37(1)a) et à l’alinéa 37(1)b), « [i] doit y avoir une raison expliquant pourquoi le législateur a séparé ce paragraphe en deux alinéas, l’un précisant les composantes de la criminalité organisée et l’autre présentant une liste non limitative des activités visées ». La SAI a soutenu de surcroît que le passage de frontières internationales n’est pas un « véritable élément commun » qui permet de cerner les activités non mentionnées, parce qu’il s’applique à toute forme de criminalité transnationale et que l’alinéa 37(1)b) n’a certainement pas une aussi vaste portée.

[32] The IAD then proceeded to articulate its view that a significantly higher level of similarity is required for an unlisted activity to be caught by paragraph 37(1)(b) [at paragraph 19]:

The consequence of a paragraph 37(1)(b) determination is extremely serious, being the elimination of any right to appeal. Inclusion of a category of offences under that provision, therefore, ought not to be made without a clear and rational association having been established. I conclude that in order for an activity to meet the test of being “such as” the enumerated activities, there must be an articulable similarity between the subject offence and either human trafficking (people smuggling/trafficking in persons) or money laundering and the activity must have significant similarity to those two activities. If the only similarity is that the offences are transnational, as submitted by the Minister, then this similarity has not been made out. [Emphasis added.]

[33] The IAD accordingly dismissed the Minister’s appeal, noting that the respondent remained subject to a deportation order under paragraph 36(1)(a), although he had a right of appeal to seek humanitarian and compassionate relief.

VI. Analysis

A. *The principles*

[34] As noted at paragraph 16, above, the only question before the IAD was one of pure statutory interpretation: Does paragraph 37(1)(b) include conspiracy to import marijuana into the United States?

[35] In this question of statutory interpretation, I am guided by much jurisprudence. In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21, Mr. Justice Iacobucci, speaking for the unanimous Court, endorsed the statement of Elmer A. Driedger in *The Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983) that:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and

[32] La SAI a ensuite expliqué pourquoi, à son avis, un degré de similarité beaucoup plus élevé était nécessaire pour qu’une activité soit visée par l’alinéa 37(1)(b) [au paragraphe 19] :

Les conséquences d’une décision rendue au titre de l’alinéa 37(1)(b) sont très graves puisqu’il s’agit de la révocation de tout droit d’appel. Par conséquent, l’ajout d’une catégorie d’infraction à cette disposition ne doit être fait que si une association claire et rationnelle a été établie. Je conclus que, pour qu’une activité soit visée par la liste introduite par « telles », il doit, dans un premier temps, être facile de démontrer la similitude entre l’infraction en cause et la traite de personnes (passage de clandestins et trafic de personnes) ou le recyclage des produits de la criminalité, et il faut, dans un deuxième temps, que l’activité en question soit analogue à la traite de personnes ou au recyclage des produits de la criminalité. Si la seule similarité tient au fait que les infractions sont transnationales, comme le ministre a tenté de le faire valoir, alors la similarité n’a pas été démontrée. [Non souligné dans l’original.]

[33] La SAI a donc rejeté l’appel du ministre, soulignant que le défendeur était toujours frappé d’une mesure d’expulsion en vertu de l’alinéa 36(1)(a), même s’il avait le droit d’interjeter appel pour des motifs d’ordre humanitaire.

VI. Analyse

A. *Les principes*

[34] Comme je l’ai fait remarquer ci-dessus au paragraphe 16, la SAI ne devait trancher qu’une pure question d’interprétation législative : les infractions visées à l’alinéa 37(1)(b) comprennent-elles le complot en vue d’importer de la marijuana aux États-Unis?

[35] Sur cette question d’interprétation législative, une abondante jurisprudence me sert de guide. Dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21, le juge Iacobucci, exprimant l’avis unanime de la Cour suprême, a avalisé l’affirmation suivante énoncée par Elmer A. Driedger dans *The Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983) :

[TRADUCTION] Aujourd’hui, il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte

in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[36] The remarks of Chief Justice McLachlin and Justice Major in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10, are also helpful:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole. [Emphasis added.]

[37] In undertaking the task of interpreting a statute, the Court should not ignore the words used. The Supreme Court of Canada recently confirmed that statutory interpretation “involves a consideration of the ordinary meaning of the words used and the statutory context in which they are found” (*Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 21). The Court further explained that “[t]he words, if clear, will dominate; if not, they yield to an interpretation that best meets the overriding purpose of the statute” (*Celgene*, above, at paragraph 21).

[38] From this brief synopsis of the jurisprudence, I learn that, where there are conflicting but not unreasonable interpretations available, the contextual framework of the legislation becomes even more important.

B. *The words used*

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.

[36] Les remarques de la juge en chef McLachlin et du juge Major dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10, sont également utiles :

Il est depuis longtemps établi en matière d’interprétation des lois qu’« 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 » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux. [Non souligné dans l’original.]

[37] La cour qui doit interpréter une loi ne doit pas faire abstraction des mots utilisés. La Cour suprême du Canada a récemment confirmé que l’interprétation des lois « consiste à examiner le sens ordinaire des mots et le contexte législatif dans lequel ils s’inscrivent » (*Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 21). La Cour suprême a en outre expliqué que « [s]’il est clair, le libellé prévaut; sinon, il cède le pas à l’interprétation qui convient le mieux à l’objet prédominant de la loi » (*Celgene*, précité, au paragraphe 21).

[38] De ce résumé de la jurisprudence, je retiens ceci : quand des interprétations divergentes mais néanmoins raisonnables sont possibles, le cadre contextuel de la loi devient encore plus important.

B. *Le libellé*

[39] As taught by the jurisprudence, I begin by looking at the words of the provision in question. Paragraph 37(1)(b) states that:

Organized criminality **37. (1)** A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

...

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

[40] The IAD correctly points out that Parliament chose not to expressly refer to drug smuggling in paragraph 37(1)(b). I agree that Parliament could have explicitly included drug trafficking in the list of transnational crimes that attract the severe consequences of being implicated in organized criminality. Does this omission mean that international drug smuggling is not caught by paragraph 37(1)(b)?

[41] At its narrowest, the issue on this application is whether the phrase “such as” can refer to drug smuggling.

[42] I note at the outset that the French version of paragraph 37(1)(b) uses the word “telles”. It is almost identical to the English phrase “such as”. According to the *Collins-Robert French-English, English-French Dictionary*, 2nd ed. (Toronto: Collins, 1987), “telle” translates as “such” or “like”, while “telle que” means “like” or “such as”. There is no conflict between the French and English versions of the provision in question.

[43] The IAD held that the phrase “such as” requires that there be “significant similarity” between the activity sought to be included and the listed offences. I do not agree.

[44] In my view, in its ordinary use, the phrase “such as” is illustrative and suggests an example rather than a limit. This interpretation is supported by this Court’s decision in *Hadwani v. Canada (Citizenship and*

[39] Comme le veut la jurisprudence, j’examine d’abord le libellé de la disposition en question. L’alinéa 37(1)(b) est ainsi rédigé :

37. (1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants : Activités de criminalité organisée

[...]

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

[40] La SAI souligne à juste titre que le législateur a choisi de ne pas mentionner expressément la contrebande de drogues à l’alinéa 37(1)(b). Je reconnais que le législateur aurait pu inclure explicitement le trafic de drogues dans la liste des crimes transnationaux qui entraînent les graves conséquences de l’implication dans la criminalité organisée. Cette omission signifie-t-elle que la contrebande de drogues n’est pas visée à l’alinéa 37(1)(b)?

[41] Réduite à sa plus simple expression, la question à trancher en l’espèce est celle de savoir si le mot « telles » peut renvoyer à la contrebande de drogues.

[42] Je signale d’entrée de jeu que la version française de l’alinéa 37(1)(b) utilise le mot « telles », qui est presque identique au terme anglais « *such as* ». D’après le *Robert-Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français*, 2^e éd. (Toronto : Collins, 1987), « telle » est la traduction de « *such* » ou de « *like* », tandis que « telle que » signifie « *like* » ou « *such as* ». Les versions française et anglaise de la disposition en question ne comportent aucune contradiction.

[43] La SAI a soutenu que le degré de similarité entre l’activité visée et les activités énumérées devait être important pour justifier l’emploi du mot « telles ». Je ne suis pas d’accord.

[44] À mon avis, dans son utilisation ordinaire, le mot « telles » est un terme qui indique un exemple plutôt qu’une limite. Cette interprétation est soutenue par la décision rendue par la Cour dans *Hadwani c. Canada*

Immigration), 2011 FC 888, 394 F.T.R. 156 (*Hadwani*), at paragraph 9, where Justice Hughes held that the notation “i.e.” in a Canadian High Commission document check list denoted “such as”, thus “meaning a degree of flexibility is permissible”. In that case, Justice Hughes found that a designated immigration officer had erred in rejecting the hospital record of a birth, when the check list only stated that documents “such as” a birth certificate were required (*Hadwani*, above, at paragraph 10). In my opinion, the IAD’s requirement of “significant similarity” also creates too high a standard.

[45] This conclusion is further supported by the principle that the limited class, or *ejusdem generis*, rule does not apply where general words precede rather than follow a specific enumeration. As the Supreme Court explained in *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at pages 1040 and 1041:

Whatever the particular document one is construing, when one finds a clause that sets out a list of specific words followed by a general term, it will normally be appropriate to limit the general term to the genus of the narrow enumeration that precedes it. But it would be illogical to proceed in the same manner when a general term precedes an enumeration of specific examples. In this situation, it is logical to infer that the purpose of providing specific examples from within a broad general category is to remove any ambiguity as to whether those examples are in fact included in the category. It would defeat the intention of the person drafting the document if one were to view the specific illustrations as an exhaustive definition of the larger category of which they form a part. [Emphasis added.]

[46] In this case, the general term “activities” precedes the listed activities, suggesting that those offences are examples only and that the provision does not establish a limited class. Because the listed activities are non-exhaustive examples, there is, as correctly argued by the Minister, no room for the application of the implied exclusion rule either (see *United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, at paragraph 14).

(*Citoyenneté et Immigration*), 2011 CF 888 (*Hadwani*), au paragraphe 9, où le juge Hughes a affirmé que, dans une liste de contrôle des documents du Haut-commissariat du Canada, le terme « c.-à-d. » voulait dire « comme », ce qui signifiait qu’« un certain degré de latitude » était autorisé. Dans sa décision, le juge Hughes a conclu que l’agent d’immigration désigné avait commis une erreur en rejetant le dossier d’hôpital concernant une naissance, quand la liste de contrôle indiquait seulement que des documents « comme » un certificat de naissance devaient être présentés (*Hadwani*, précitée, au paragraphe 10). Selon moi, la similarité importante exigée par la SAI place également la barre trop haut.

[45] Cette conclusion est de plus appuyée par le principe selon lequel la règle des choses du même ordre, ou *ejusdem generis*, ne s’applique pas quand le terme général précède une énumération précise plutôt que de la suivre. Comme la Cour suprême l’a expliqué dans l’arrêt *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, aux pages 1040 et 1041 :

Quel que soit le document particulier qui est interprété, lorsque l’on trouve une clause qui énonce une liste de termes précis suivie d’un terme général, il conviendra normalement de limiter le terme général au genre de l’énumération restreinte qui le précède. Toutefois, il serait illogique de procéder de la même manière lorsqu’un terme général précède une énumération d’exemples précis. Dans ce cas, il est logique de déduire que l’énumération d’exemples précis tirés d’une vaste catégorie générale a pour but d’écarter toute ambiguïté relativement à la question de savoir si ces exemples sont en fait compris dans la catégorie. Il serait contraire à l’intention du rédacteur du document de considérer les illustrations précises comme une définition exhaustive de la catégorie plus vaste dont elles font partie. [Non souligné dans l’original.]

[46] Dans la présente affaire, le terme général « activités » précède la liste des activités, ce qui donne à penser que ces infractions sont seulement des exemples et que la disposition n’établit pas une catégorie restreinte. Parce que les activités énumérées sont des exemples non exhaustifs, il n’est pas possible non plus, comme l’a fait valoir correctement le ministre, d’appliquer la règle de l’exclusion implicite (voir *United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, au paragraphe 14).

[47] Moreover, as is more apparent from the contextual review that follows, it appears likely that Parliament highlighted “people smuggling, trafficking in persons or money laundering” for the purpose of removing any ambiguity as to whether these crimes are included in the category.

[48] While the IAD appears to acknowledge that the examples in paragraph 37(1)(b) are not exhaustive, the words of the IAD, in its decision, show that the tribunal took an overly narrow view. For example, at paragraph 10 of its decision, the IAD states that “it is not clear on the evidence before me how Canada’s international interests would be furthered by adding drug trafficking to the list of offences in paragraph 37(1)(b)”. With respect, these words show that the IAD was indeed—and unreasonably—treating this as an exhaustive list.

[49] That is not to say that the IAD’s conclusion that paragraph 37(1)(b) does not include all transnational offences is incorrect. In the same way that the phrase “such as” is not entirely exclusive, it also cannot be wholly inclusive, otherwise, as Mr. Dhillon points out, that phrase would be redundant.

[50] Having reviewed the words of the provision, I am not persuaded that it is sufficiently (or at all) clear that international drug smuggling is either included or excluded from the “activities” caught by paragraph 37(1)(b). Thus, the next step of my analysis is to review the contextual framework of the legislation.

C. *Contextual framework*

[51] There are two key contextual matters that are relevant. The first is the context of paragraph 37(1)(b) within IRPA and the second is the notion of drug smuggling and transnational crime in the context of Canada’s international obligations.

[47] Par ailleurs, comme l’examen contextuel suivant le fait ressortir, il semble probable que le législateur a souligné « le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité » dans le but de lever toute ambiguïté quant à l’inclusion de ces crimes dans les activités visées.

[48] La SAI semble reconnaître que les exemples donnés à l’alinéa 37(1)(b) ne sont pas exhaustifs, mais les mots qu’elle utilise dans sa décision révèlent que le tribunal a adopté un point de vue trop étroit. Par exemple, au paragraphe 10 de sa décision, la SAI affirme qu’elle « voi[t] mal de quelle façon les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international seraient promus par l’inclusion du trafic de drogues dans les infractions visées à l’alinéa 37(1)(b) ». Malheureusement, ces mots montrent que la SAI traitait bel et bien, et de manière déraisonnable, ces exemples comme une liste exhaustive.

[49] La conclusion de la SAI selon laquelle l’alinéa 37(1)(b) ne couvre pas tous les crimes nationaux n’est pas incorrecte pour autant. Tout comme le mot « telles » n’est pas totalement exclusif, il ne saurait être totalement inclusif non plus car, comme l’a souligné M. Dhillon, la phrase serait alors redondante.

[50] Après examen du libellé de la disposition, je ne suis pas convaincue que l’une ou l’autre des possibilités, à savoir que la contrebande internationale de drogues soit comprise ou non comprise dans les activités visées à l’alinéa 37(1)(b), ressorte avec suffisamment de netteté, si tant est qu’une des deux ressorte. Par conséquent, j’analyserai le cadre contextuel de la législation dans la prochaine étape de mon analyse.

C. *Cadre contextuel*

[51] Deux aspects contextuels sont pertinents en l’espèce. Le premier est le contexte de l’alinéa 37(1)(b) dans la LIPR, et le deuxième est la notion de contrebande de drogues et de crime transnational dans le contexte des obligations internationales du Canada.

(1) Prioritization of security for Canadians

[52] As noted above, the first aspect of the contextual framework is the overall statutory scheme of IRPA in addressing criminality and serious criminality. The provision in question does not sit in isolation in IRPA; rather, it is contained in the division of IRPA dealing with inadmissibility and must be read in context. In sections 34 to 37, in particular, IRPA addresses the inadmissibility of persons on a number of grounds: security (section 34), human or international rights violations (section 35), serious criminality (section 36) and organized criminality (section 37). Read together, these provisions clearly signal the intent of Parliament to address criminality seriously. For certain classes of persons, Parliament has stripped away the right to appeal to the IAD on H&C grounds, subject to subsection 64(2).

[53] Mr. Dhillon, like the IAD, places significant weight on the fact that a finding that drug smuggling is captured by paragraph 37(1)(b) would result in the removal of the individual's right to appeal on the basis of H&C grounds. This argument ignores the interest of Canada in maintaining the security of Canadians. The Federal Court of Appeal has endorsed a broad interpretation of paragraph 37(1)(a) on the basis that IRPA "signifies an intention, above all, to prioritize the security of Canadians" (*Sittampalam*, above, at paragraph 36). This priority was even more strongly expressed in the Supreme Court of Canada's decision in *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraphs 9 and 10, where the unanimous Court stated:

The *IRPA* enacted a series of provisions intended to facilitate the removal of permanent residents who have engaged in serious criminality. This intent is reflected in the objectives of the *IRPA*, the provisions of the *IRPA* governing permanent residents and the legislative hearings preceding the enactment of the *IRPA*.

The objectives as expressed in the *IRPA* indicate an intent to prioritize security. This objective is given effect by preventing

1) Priorité accordée à la sécurité des Canadiens

[52] Comme je l'ai dit ci-dessus, le premier aspect du cadre contextuel est le régime législatif global de la LIPR s'appliquant à la criminalité et à la grande criminalité. La disposition en question n'est pas isolée dans la LIPR; elle figure plutôt dans la section de la LIPR qui porte sur l'interdiction de territoire et doit être lue en contexte. Aux articles 34 à 37, en particulier, la LIPR traite de l'interdiction de territoire pour certaines raisons : la sécurité (article 34), l'atteinte aux droits humains ou internationaux (article 35), la grande criminalité (article 36) et la criminalité organisée (article 37). Interprétées ensemble, ces dispositions révèlent de façon claire l'intention du législateur de s'attaquer vigoureusement à la criminalité. Le législateur refuse même à certaines catégories de personnes le droit d'interjeter appel devant la SAI pour des motifs d'ordre humanitaire, sous réserve du paragraphe 64(2).

[53] M. Dhillon, à l'instar de la SAI, accorde un poids important au fait qu'une décision selon laquelle la contrebande de drogues est visée à l'alinéa 37(1)b entraînerait l'annulation du droit d'une personne d'interjeter appel pour des motifs d'ordre humanitaire. Cet argument fait fi de l'intérêt que le Canada porte au maintien de la sécurité de sa population. La Cour d'appel fédérale a souscrit à une interprétation large de l'alinéa 37(1)a au motif que « [l']intention qui ressort de la LIPR est avant tout de donner la priorité à la sécurité des Canadiens » (*Sittampalam*, précité, au paragraphe 36). Cette priorité est affirmée encore plus nettement dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, aux paragraphes 9 et 10, où la Cour suprême unanime s'est exprimée ainsi :

La *LIPR* comporte une série de dispositions destinées à faciliter le renvoi de résidents permanents qui se sont livrés à des activités de grande criminalité. Cette intention se dégage des objectifs de la *LIPR*, des dispositions de la *LIPR* applicables aux résidents permanents et des audiences qui ont précédé l'adoption de la *LIPR*.

Les objectifs explicites de la *LIPR* révèlent une intention de donner priorité à la sécurité. Pour réaliser cet objectif, il faut

the entry of applicants with criminal records, by removing applicants with such records from Canada, and by emphasizing the obligation of permanent residents to behave lawfully while in Canada. This marks a change from the focus in the predecessor statute, which emphasized the successful integration of applicants more than security: e.g., see s. 3(1)(i) of the *IRPA* versus s. 3(j) of the former Act; s. 3(1)(e) of the *IRPA* versus s. 3(d) of the former Act; s. 3(1)(h) of the *IRPA* versus s. 3(i) of the former Act. Viewed collectively, the objectives of the *IRPA* and its provisions concerning permanent residents, communicate a strong desire to treat criminals and security threats less leniently than under the former Act.

An interpretation which prioritizes a foreign national's appeal rights is accordingly inconsistent with the broad intention of *IRPA*.

[54] In sum, this emphasis on security for Canadians supports an expansive view of paragraph 37(1)(b) that arguably includes the crime of “Conspiracy to Import Marijuana—over 50 kilograms” for which Mr. Dhillon was convicted.

(2) International treaties

[55] The second consideration is the notion of transnational crime and Canada's interest in this subject through its international treaty obligations. One of the objectives of *IRPA* is the promotion of “international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks” (*IRPA*, above, at paragraph 3(1)(i)).

[56] Two of the more relevant international treaties are the following:

- *United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, 20 December 1988, [1990] Can. T.S. No. 42 (entered into force 11 November 1990, ratified by Canada 5 July 1990) (1988 Drugs Convention); and
- UNCTOC, above.

empêcher l'entrée au Canada des demandeurs ayant un casier judiciaire et renvoyer ceux qui ont un tel casier, et insister sur l'obligation des résidents permanents de se conformer à la loi pendant qu'ils sont au Canada. Cela représente un changement d'orientation par rapport à la loi précédente, qui accordait plus d'importance à l'intégration des demandeurs qu'à la sécurité : voir, par exemple, l'al. 3(1)i) *LIPR* comparativement à l'al. 3j) de l'ancienne Loi; l'al. 3(1)e) *LIPR* comparativement à l'al. 3d) de l'ancienne Loi; l'al. 3(1)h) *LIPR* comparativement à l'al. 3i) de l'ancienne Loi. Considérés collectivement, les objectifs de la *LIPR* et de ses dispositions relatives aux résidents permanents traduisent la ferme volonté de traiter les criminels et les menaces à la sécurité avec moins de clémence que le faisait l'ancienne Loi.

Par conséquent, interpréter la loi de manière à accorder la priorité au droit d'appel d'un étranger est incompatible avec l'intention globale de la *LIPR*.

[54] En somme, cette priorité accordée à la sécurité des Canadiens milite en faveur d'une vision élargie de l'alinéa 37(1)b) qui, pourrait-on soutenir, inclut l'infraction de complot en vue d'importer plus de 50 kg de marijuana dont M. Dhillon a été déclaré coupable.

2) Traités internationaux

[55] Le deuxième aspect est la notion de crime transnational et l'intérêt que cette question revêt pour le Canada dans l'optique des obligations qui lui incombent aux termes de traités internationaux. La *LIPR* a notamment pour objectif « de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité » (*LIPR*, précitée, alinéa 3(1)i)).

[56] Les conventions suivantes figurent parmi les traités internationaux les plus pertinents :

- La *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, 20 décembre 1988, [1990] R.T. Can. n° 42 (entrée en vigueur le 11 novembre 1990, ratifiée par le Canada le 5 juillet 1990) (la Convention de 1988);
- La *CNUCTO*, précitée.

[57] Mr. Dhillon submits that drug smuggling is a “totally different offenc[e]” from people smuggling, human trafficking and money laundering. Similarly, and relying on the UNCTOC, the IAD appeared to find a link between money laundering and trafficking in persons but concluded that there was no “articulable similarity” between drug smuggling and either human trafficking or money laundering. I do not agree. The problem with this position is that both the IAD and Mr. Dhillon have failed to appreciate the nature of the crime of drug trafficking or smuggling within the larger context of international crime and Canada’s international treaty obligations.

[58] While neither the 1988 Drugs Convention nor the UNCTOC is incorporated into Canadian law, paragraph 3(1)(i) directs that IRPA must be construed and applied in a manner that complies with them (see *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, at paragraph 73). At the very least, a proper contextual interpretation of paragraph 37(1)(b) should be informed by those international treaties.

[59] A review of the background information provided by the Minister on this application is informative. As of the date of the 1988 Drugs Convention, the main focus of the state parties was on drug trafficking. However, it is clear that drug trafficking and money laundering are inextricably linked. This is apparent from the 1988 Drugs Convention, which establishes a connection between drug trafficking and money laundering. In particular, the preamble to that convention refers to the state parties’ desire:

... to conclude a comprehensive, effective and operative international convention that is directed specifically against illicit traffic and that considers the various aspects of the problem as a whole, in particular those aspects not envisaged in the existing treaties in the field of narcotic drugs and psychotropic substances, [Emphasis added.]

[60] In addition to requiring that state parties criminalize, *inter alia*, the production, distribution, sale and purchase of narcotics, the 1988 Drugs Convention

[57] M. Dhillon soutient que la contrebande de drogues est une infraction qui n’a rien à voir avec le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité. De même, en se fondant sur la CNUCTO, la SAI semble trouver un lien entre le recyclage des produits de la criminalité et le trafic de personnes, mais conclut à l’absence de similarité « facile [à] démontrer » entre la contrebande de drogues et le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité. Je ne suis pas d’accord. Cette position pose problème parce que ni la SAI ni M. Dhillon n’ont apprécié la nature du crime de trafic ou de contrebande de drogues dans le contexte élargi de la criminalité internationale et des obligations qui incombent au Canada aux termes de traités internationaux.

[58] Bien que ni la Convention de 1988 ni la CNUCTO ne soient intégrées dans le droit canadien, l’alinéa 3(1)i) énonce que la LIPR doit être interprétée et mise en œuvre d’une manière qui est compatible avec elles (voir *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, au paragraphe 73). À tout le moins, une interprétation contextuelle appropriée de l’alinéa 37(1)b) devrait reposer sur ces conventions internationales.

[59] L’examen des renseignements généraux fournis par le ministre dans sa demande est éclairant. Au départ, les États parties à la Convention de 1988 se souciaient surtout du trafic de drogues. Cependant, le trafic de drogues et le recyclage des produits de la criminalité sont, de toute évidence, étroitement liés. Cette réalité trouve son écho dans la Convention de 1988, qui établit un lien entre ces deux activités criminelles. En particulier, le préambule de cette convention fait état de la volonté des parties à cet égard :

Désirant conclure une convention internationale globale, efficace et opérationnelle visant spécifiquement à lutter contre le trafic illicite, dans laquelle il soit tenu compte des divers aspects de l’ensemble du problème, en particulier de ceux qui ne sont pas traités dans les instruments internationaux existant dans le domaine des stupéfiants et des substances psychotropes [...]. [Non souligné dans l’original; italique dans original.]

[60] En plus d’exiger que les parties criminalisent, entre autres, la production, la distribution, la vente et l’achat de stupéfiants, la Convention de 1988 exige aussi

also requires criminalization of what is commonly referred to as money laundering. In particular, Article 3.1 states that:

Article 3

...

1. Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally:

...

- (b) (i) The conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from any offence or offences established in accordance with subparagraph (a) of this paragraph, or from an act of participation in such offence or offences, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of such an offence or offences to evade the legal consequences of his actions;

(ii) The concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from an offence or offences established in accordance with subparagraph (a) of this paragraph or from an act of participation in such an offence or offences;

[61] The inclusion of this provision in the 1988 Drugs Convention indicates that, since at least 1988, states have recognized that money laundering is an important aspect of international drug trafficking. The close relationship between money laundering and drug trafficking has been long recognized. As pointed out by Professor Gerhard Kemp in his article, “The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime: A milestone in international criminal law” (2001) 2 *SACJ* 152, at page 157:

The provisions of the Convention criminalizing money laundering is clearly based on the provisions of the 1988 United Nations Drug Convention. However, under the 1988 Convention the crime of money laundering is restricted to laundering proceeds of drug offences.

la criminalisation de ce qui est couramment appelé le recyclage des produits de la criminalité. Plus précisément, l'article 3.1 est ainsi libellé :

Article 3

[...]

1. Chaque Partie adopte les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infractions pénales conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement:

[...]

- b) i) A la conversion ou au transfert de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une des infractions établies conformément à l'alinéa *a* du présent paragraphe ou d'une participation à sa commission, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'une de ces infractions à échapper aux conséquences juridiques de ses actes;

ii) A la dissimulation ou au déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement, ou de la propriété réels de biens ou de droits y relatifs, dont l'auteur sait qu'ils proviennent de l'une des infractions établies conformément à l'alinéa *a* du présent paragraphe ou d'une participation à une de ces infractions;

[61] L'intégration de cette disposition dans la Convention de 1988 indique que, depuis au moins 1988, les États reconnaissent que le recyclage des produits de la criminalité représente un aspect important du trafic international de drogues. Ce lien étroit entre le recyclage des produits de la criminalité et le trafic de drogues est reconnu depuis longtemps. Comme le souligne le professeur Gerhard Kemp dans son article « The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime: A milestone in international criminal law », (2001) 2 *SACJ* 152, à la page 157 :

[TRADUCTION] Les dispositions de la CNUCTO qui criminalisent le recyclage des produits de la criminalité sont clairement fondées sur les dispositions de la Convention de 1988 des Nations Unies. Toutefois, en vertu de la Convention de 1988, seuls les produits de la criminalité liée aux drogues sont visés.

[62] In 2000, Canada signed the UNCTOC. The foreword to the UNCTOC similarly refers to the relationship between the narcotics trade and other transnational crimes:

Arrayed against these constructive forces, however, in ever greater numbers and with ever stronger weapons, are the forces of what I call “uncivil society”. They are terrorists, criminals, drug dealers, traffickers in people and others who undo the good works of civil society. [Emphasis added.]

[63] The UNCTOC thus expanded the notion of serious organized transnational crime beyond an exclusive focus on drug crimes.

[64] In a real sense, money laundering overlaps substantially with drug trafficking. Quite simply, drug smuggling and trafficking give rise to money laundering (see e.g. Peter M. German, *Proceeds of Crime and Money Laundering: Includes Analysis of Civil Forfeiture and Terrorist Financing Legislation*, loose-leaf (Toronto: Carswell, 1998), at page 1A-9). In this context and with this understanding of the nature of the crimes involved, it is not logical to me that Parliament would include money laundering as a transnational crime under paragraph 37(1)(b) and not drug smuggling.

[65] Certainly, it would have been clearer for Parliament to specifically list drug smuggling in the provision. However, we must appreciate that, in 2001 when this provision was implemented into our immigration law, the crimes of people smuggling, money laundering, and human trafficking were not as well known. Nations were searching for ways to control, not only drugs, but these transnational crimes as well. The fact that Parliament chose to highlight these three crimes can be seen as a direction that these three transnational crimes were included, even though a reader might not initially direct his mind to them. It does not mean, in my view, that Parliament intended to exclude the equally serious transnational crime of drug smuggling from paragraph 37(1)(b).

[62] En 2000, le Canada a ratifié la CNUCTO. L’avant-propos de la CNUCTO fait état d’un lien semblable entre le commerce de stupéfiants et d’autres crimes transnationaux :

Cependant, déployées contre ces forces constructives, en nombre toujours plus grand et dotées d’armes toujours plus puissantes, sont les forces de ce que j’appelle la “société incivile”. Ce sont, entre autres, les terroristes, les criminels, les trafiquants de drogues, les trafiquants d’êtres humains, qui défont le bel ouvrage de la société civile. [Non souligné dans l’original.]

[63] La CNUCTO étend ensuite la notion de criminalité transnationale organisée à des infractions graves qui ne sont pas exclusivement liées à la drogue.

[64] En réalité, le recyclage des produits de la criminalité et le trafic de drogues se chevauchent largement. En termes simples, la contrebande et le trafic de drogues mènent au recyclage des produits de la criminalité (voir p. ex. Peter M. German, *Proceeds of Crime and Money Laundering: Includes Analysis of Civil Forfeiture and Terrorist Financing Legislation*, feuilles mobiles, Toronto : Carswell, 1998, à la page 1A-9). Dans ce contexte et selon cette conception de la nature des infractions en jeu, il ne me semble pas logique que le législateur ait précisé le recyclage des produits de la criminalité dans les crimes transnationaux prévus à l’alinéa 37(1)(b), mais pas la contrebande de drogues.

[65] Assurément, le législateur aurait pu sans équivoque mentionner expressément la contrebande de drogues dans la disposition. Toutefois, il faut tenir compte du fait qu’en 2001, quand cette disposition a été intégrée dans notre droit de l’immigration, le passage de clandestins, le recyclage des produits de la criminalité et le trafic de personnes n’étaient pas des infractions aussi bien connues. Les nations cherchaient des façons de contrôler non seulement les drogues, mais aussi ces infractions transnationales. En choisissant de les mettre en évidence, le législateur voulait peut-être établir que ces trois infractions transnationales faisaient partie des infractions visées, même si le lecteur n’y pensait pas d’emblée. À mon avis, il ne faut pas conclure pour autant que le législateur avait l’intention d’exclure de l’application de l’alinéa 37(1)(b) l’infraction transnationale aussi grave qu’est la contrebande de drogues.

[66] It follows that the words of paragraph 37(1)(b), when read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of IRPA, the object of IRPA, and the intention of Parliament include the activity of transnational drug smuggling. Stated differently, the crime of “Conspiracy to Import Marijuana—over 50 kilograms” for which Mr. Dhillon was convicted is the foundation for a finding of inadmissibility on grounds of both serious criminality under paragraph 36(1)(b) of IRPA and organized criminality under paragraph 37(1)(b) of IRPA.

[67] In my view, the IAD failed to have regard to: (a) the intention of Parliament to prioritize security of Canadians; and (b) the interrelationship of drug smuggling and money laundering as reflected in the relevant international instruments. In addition, the IAD erred in concluding that the only similarity between the activities listed in paragraph 37(1)(b) and drug smuggling is that both offences are transnational.

[68] If the IAD decision is reviewable on a standard of correctness, the interpretation by the IAD is incorrect. On a standard of reasonableness, the interpretation was unreasonable; paraphrasing the words of the Supreme Court in *Mowat*, above, at paragraph 34, when a full contextual and purposive analysis of paragraph 37(1)(b) is undertaken, it becomes clear that no reasonable interpretation supports the conclusion reached by the IAD.

VII. Conclusion

[69] In summary, I conclude that:

(a) the use of the words “such as” does not limit the application of paragraph 37(1)(b) to the crimes of people smuggling, trafficking in persons and money laundering;

(b) the loss of Mr. Dhillon’s right to an appeal to the IAD on H&C grounds is consistent with the objective of Parliament to prioritize security for Canadians; and

[66] Il s’ensuit que le libellé de l’alinéa 37(1)b), interprété dans son contexte global et dans son sens grammatical et ordinaire en harmonie avec l’esprit de la LIPR, l’objet de la LIPR et l’intention du législateur, comprend l’activité de la contrebande transnationale de drogues. En d’autres mots, l’infraction de complot en vue d’importer plus de 50 kg de marijuana dont M. Dhillon a été déclaré coupable est le fondement de l’interdiction de territoire prononcée contre lui à la fois pour grande criminalité au titre de l’alinéa 36(1)b) de la LIPR et pour criminalité organisée au titre de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR.

[67] Selon moi, la SAI a fait abstraction : a) de l’intention du législateur d’accorder la priorité à la sécurité des Canadiens; et b) du lien entre la contrebande de drogues et le recyclage des produits de la criminalité qui ressort des instruments internationaux pertinents. De surcroît, la SAI a commis une erreur en concluant que la seule similarité entre les infractions mentionnées à l’alinéa 37(1)b) et la contrebande de drogues tient au fait que les deux infractions sont transnationales.

[68] Si la décision de la SAI est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte, alors l’interprétation de la SAI est incorrecte. Si c’est la norme de la décision raisonnable qui s’applique, l’interprétation est déraisonnable. Disons, pour paraphraser les remarques de la Cour suprême dans l’arrêt *Mowat*, précité, au paragraphe 34, qu’une analyse exhaustive de nature contextuelle et téléologique de l’alinéa 37(1)b) révèle clairement qu’aucune interprétation raisonnable n’appuie la conclusion à laquelle la SAI est parvenue.

VII. Conclusion

[69] En résumé, je conclus ce qui suit :

a) l’utilisation du mot « telles » n’a pas pour effet de limiter l’application de l’alinéa 37(1)b) au passage de clandestins, au trafic de personnes et au recyclage des produits de la criminalité;

b) la perte du droit de M. Dhillon d’interjeter appel devant la SAI pour des motifs d’ordre humanitaire cadre avec l’objectif du législateur qui consiste à accorder la priorité à la sécurité des Canadiens;

(c) a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with IRPA as a whole results in a conclusion that the transnational crime of drug smuggling is included in paragraph 37(1)(b).

[70] Accordingly, this application for judicial review will be allowed.

[71] I wish to make it clear that I am not concluding that all transnational crimes will fall within the meaning of paragraph 37(1)(b). Clearly, there may be transnational crimes that do not fit within the definition. However, I am satisfied that the crime of drug smuggling of which Mr. Dhillon was convicted is included in the proper meaning of paragraph 37(1)(b). I express no views on any other transnational crimes or how “similar” such crimes would have to be to fall within that provision.

[72] The Minister proposes the following question for certification:

Is the importation of narcotics into another country a transnational crime for the purposes of the section 37(1)(b) inadmissibility provision?

[73] I agree that the question is one of general importance that should be certified. The question satisfies the requirements set out by the [Federal] Court of Appeal in *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, at paragraphs 4–6 (see also *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, at paragraphs 11 and 12; and *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraphs 22–29). Specifically, the question is a serious question of broad significance and it would be dispositive of the appeal. I would, however, rephrase the question as follows:

Is the importation of narcotics into another state an activity “such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering” within the meaning of paragraph 37(1)(b) of IRPA?

c) une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la LIPR dans son ensemble mène à la conclusion que l’alinéa 37(1)(b) s’applique à l’infraction transnationale de contrebande de drogues.

[70] Par conséquent, la présente demande de contrôle judiciaire sera accueillie.

[71] Je souhaite préciser que je ne conclus pas que toutes les infractions transnationales seront visées par l’alinéa 37(1)(b). De toute évidence, certaines infractions transnationales ne correspondront pas à la définition. Je suis néanmoins convaincue que l’infraction de contrebande de drogues dont M. Dhillon a été déclaré coupable correspond au sens réel de l’alinéa 37(1)(b). Je ne me prononcerai pas sur d’autres infractions transnationales ni sur le degré de similarité que devraient présenter de telles infractions pour être visées par cette disposition.

[72] Le ministre propose la question suivante pour certification :

L’importation de stupéfiants constitue-t-elle une infraction transnationale aux fins d’application de la disposition sur l’interdiction de territoire prévue à l’alinéa 37(1)(b)?

[73] Je reconnais qu’il s’agit d’une question de portée générale qui devrait être certifiée. Elle satisfait aux exigences établies par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (QL), aux paragraphes 4 à 6 (voir aussi *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 89, aux paragraphes 11 et 12, et *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, aux paragraphes 22 à 29). Plus précisément, c’est une question grave ayant des conséquences importantes et elle permettrait de régler l’appel. Cependant, je reformulerai la question de la façon suivante :

L’importation de stupéfiants dans un autre État est-elle comprise dans les activités telles « le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité » au sens de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR?

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. the application for judicial review is allowed, the decision of the IAD is quashed and the matter remitted to the IAD for re-consideration by a different member of the IAD, in accordance with these reasons; and

2. the following question of general importance is certified:

Is the importation of narcotics into another state an activity “such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering” within the meaning of paragraph 37(1)(b) of IRPA?

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision de la SAI est annulée et l’affaire est renvoyée à un autre commissaire de la SAI pour nouvel examen, conformément aux présents motifs;

2. La question grave de portée générale suivante est certifiée :

L’importation de stupéfiants dans un autre État est-elle comprise dans les activités telles « le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité » au sens de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR?

	2012 FC 758 IMM-9634-11	2012 CF 758 IMM-9634-11
Dong Liang (<i>Applicant</i>)		Dong Liang (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
	IMM-137-12	IMM-137-12
Phool Maya Gurung (<i>Applicant</i>)		Phool Maya Gurung (<i>demanderesse</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
INDEXED AS: LIANG v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)		RÉPERTORIÉ : LIANG c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)
Federal Court, Rennie J.—Toronto, June 5; Ottawa, June 14, 2012.		Cour fédérale, juge Rennie—Toronto, 5 juin; Ottawa, 14 juin 2012.
<i>Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Applications seeking orders of mandamus compelling respondent to process applications for permanent residence under federal skilled worker (FSW) class — Application in IMM-9634-11 submitted before amendment introducing Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 87.3, receiving positive decision, suspended because Citizenship and Immigration Canada's targets met — Application in IMM-137-12 governed by Ministerial Instructions (MI), suspended for suspected fraud — Applicants alleging delay unreasonable, respondent according higher priority to applications submitted more recently according to different criteria — Whether delay longer than required, justified — Prima facie case of delay established — S. 87.3, Ministerial Instructions not applying to applications submitted before amendments — MI applications delayed past processing time set by respondent — Court authorized to compel respondent to perform duty when application delayed past established processing times without satisfactory justification — Limit of deference to respondent legal duty under IRPA — Length, nature of process to be situated in full context of immigration scheme — Application in IMM-9634-11 outstanding for long period of time, entitled to mandamus — Individual circumstances not allowing mandamus for application in IMM-137-12 — Nothing in IRPA or case law supporting requirement of first-in, first-out processing — Application</i>		<i>Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demandes d'ordonnances de mandamus obligeant le défendeur à traiter des demandes de résidence permanente au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) (TQF) — La demande dans le dossier IMM-9634-11 a été présentée avant l'entrée en vigueur des modifications apportées à la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) par l'ajout de l'art. 87.3, a reçu une décision favorable, mais a été suspendue, car les cibles de Citoyenneté et Immigration Canada étaient atteintes — La demande dans le dossier IMM-137-12 était régie par un ensemble d'instructions ministérielles (IM) et a été suspendue en raison d'une suspicion de fraude — Les demandeurs ont allégué que les délais étaient déraisonnables et que le défendeur a accordé une priorité élevée aux demandes présentées à des dates ultérieures sur la base de critères différents — Il s'agissait de savoir si le délai était plus long que ce qui est exigé et si ce délai était justifié — Un cas prima facie de délai a été établi — Les instructions ministérielles de l'art. 87.3 ne s'appliquent pas aux demandes présentées avant les modifications — Les demandes IM ont subi un retard bien au-delà du temps de traitement établi par le défendeur — La Cour a le droit d'intervenir et d'obliger le défendeur à remplir son obligation lorsqu'une demande est retardée au-delà du temps de traitement, sans explication satisfaisante — La limite de la retenue est l'obligation juridique du défendeur, en vertu de la</i>

in IMM-9634-11 allowed; application in IMM-137-12 dismissed.

These were applications seeking orders of *mandamus* to compel the respondent to process the applicants' applications for permanent residence under the federal skilled worker (FSW) class.

The application in IMM-9634-11 received a positive selection decision but was suspended by the respondent because there were sufficient applications in process to meet assigned targets. The applicant in IMM-9634-11 represents applicants who submitted their applications before amendments to the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), i.e. the introduction, *inter alia*, of section 87.3 that grants the respondent broad authority to triage applications according to revised criteria, were enacted through the *Budget Implementation Act, 2008*. The application in IMM-137-12 was suspended for suspected fraud. The applicant in IMM-137-12 represents applicants who submitted their applications between February 27, 2008 and June 26, 2010, a period of time during which eligibility for a FSW visa was governed by a set of four Ministerial Instructions (MI applications). Both applicants alleged that the respondent unreasonably delayed processing their applications by choosing to accord higher priority to applications submitted more recently and according to different criteria. The respondent submitted that any delay in the processing of the applications was justified by the respondent's policy choice to prioritize certain applications over others, and that this policy-making was authorized by section 87.3 of IRPA, the Ministerial Instructions, and the respondent's general authority to administer the IRPA.

At issue was whether the delay in question was longer than the nature of the process requires, and whether there was a satisfactory justification for the delay.

Held, the application in IMM-9634-11 should be allowed; the application in IMM-137-12 should be dismissed.

LIPR — La question de la durée quant à la nature du processus doit être située dans le contexte général du schéma de l'immigration — La demande dans le dossier IMM-9634-1 est en cours depuis longtemps et le demandeur a droit à une ordonnance de *mandamus* — Une situation particulière ne donne pas droit à une ordonnance de *mandamus* pour la demande dans le dossier IMM-137-12 — Rien dans la *LIPR* ni dans la jurisprudence ne permet d'appuyer l'exigence d'un traitement sur la base de la règle du premier arrivé, premier servi — Demande dans le dossier IMM-9634-11 accueillie; demande dans le dossier IMM-137-12 rejetée.

Il s'agissait de demandes d'ordonnances de *mandamus* visant à obliger le défendeur à traiter les demandes de résidence permanente des demandeurs au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) (TQF).

La demande dans le dossier IMM-9634-11 a reçu une décision favorable quant à sa sélection, mais elle a été suspendue car il y avait suffisamment de demandes en cours pour l'atteinte des cibles qui avaient été fixées. Le demandeur dans le dossier IMM-9634-11 représente les demandeurs qui ont présenté leurs demandes avant que les modifications de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (*LIPR*), soit l'ajout, entre autres, de l'article 87.3, qui accorde au défendeur un large pouvoir de trier les demandes selon des critères d'admissibilité modifiés, n'entrent en vigueur par la *Loi d'exécution du budget de 2008*. La demande dans le dossier IMM-137-12 a été suspendue en raison d'une suspicion de fraude. La demanderesse dans le dossier IMM-137-12 représente les demandeurs qui ont présenté leurs demandes entre le 27 février 2008 et le 26 juin 2010, un intervalle de temps pendant lequel l'admissibilité à une demande de visa TQF était régie par quatre instructions ministérielles (les demandes IM). Les deux demandeurs ont soutenu que le défendeur a, de façon déraisonnable, tardé à traiter leurs demandes, lorsqu'il a choisi d'accorder une priorité élevée aux demandes présentées à des dates ultérieures, et sur la base de critères différents. Le défendeur a fait valoir que tout retard dans le traitement des demandes en cause était justifié par le choix politique du défendeur de donner la priorité à certaines demandes au détriment d'autres demandes, et que ce genre d'élaboration de politique était permis par l'article 87.3 de la *LIPR*, par les instructions ministérielles, ainsi que par la compétence générale du défendeur d'administrer la *LIPR*.

Il s'agissait de savoir si le délai en question était plus long que le délai normal du processus, et ensuite, s'il y avait une explication satisfaisante pour ce délai.

Jugement : la demande dans le dossier IMM-9634-11 doit être accueillie; la demande dans le dossier IMM-137-12 doit être rejetée.

The question of satisfactory justification for the delay was the central dispute in these applications. A *prima facie* case of delay was established in respect of both the applications submitted before the amendments and the MI applications. The respondent's arguments could not succeed because (1) section 87.3 and the Ministerial Instructions are expressly inapplicable to the applications submitted before the amendments, (2) the MI applications were to be processed within 6 to 12 months, and (3) the respondent framed the argument so broadly that it would in effect nullify his duty to process any application in a timely manner. In fact, the MI applications have been delayed substantially past the processing time as set pursuant to the respondent's policy. Once an application has been delayed past the established processing times without a satisfactory justification, the Court is authorized to intervene and compel the respondent to perform his duty. Thus, deference is accorded to the respondent in setting policies, but the limit of that deference is his legal duty under IRPA. While section 87.3 confirms that the respondent has authority to set policies regarding processing that will best attain the government's goals, it does not eliminate the respondent's duty to process applications in a reasonably timely manner. The most principled way to approach the analysis of unreasonable delay, in light of section 87.3 and the Ministerial Instructions, is to situate the question of the length and the nature of the process in the full context of the immigration scheme. In the present case, the applicant in IMM-9634-11 was entitled to an order of *mandamus*. His application had been outstanding for a period of time *prima facie* longer than the nature of the process requires. The Ministerial Instructions cannot justify the delay. Individual circumstances made the granting of *mandamus* of no practical value or effect for the application in IMM-137-12. With regard to the applications submitted before the amendments and to the MI applications, each case will turn on its own individual facts. Finally, there is nothing in IRPA or case law to support a requirement of first-in, first-out processing as a matter of procedural fairness. The doctrine of legitimate expectation does not include the order in which applications are processed.

La question de la justification satisfaisante du retard était le principal point litigieux dans les demandes en l'espèce. Un cas *prima facie* de délai a été établi tant pour les demandes antérieures présentées avant les modifications que pour les demandes IM. On ne pouvait pas faire droit aux arguments du défendeur parce que 1) l'article 87.3 et les instructions ministérielles ne sont pas, de façon explicite, applicables aux demandes antérieures aux modifications, 2) les demandes IM devaient être traitées dans une période de six à douze mois et 3) le défendeur a établi son allégation de façon si large qu'en réalité, il rend nul son obligation de traiter toute demande dans le temps convenu. En fait, les demandes IM ont subi un retard bien au-delà du temps de traitement établi dans la politique du défendeur. Une fois qu'une demande a été retardée au-delà de ce temps de traitement, sans explication satisfaisante, la Cour a le droit d'intervenir et d'obliger le défendeur à remplir son obligation. Ainsi, la retenue est accordée à la décision du défendeur, lorsqu'il adopte des politiques, mais cette retenue a une limite : son obligation juridique en vertu de la LIPR. Bien que l'article 87.3 confirme que le défendeur a le pouvoir d'établir des politiques relatives au traitement des demandes qui permettront de mieux atteindre les objectifs du gouvernement, il ne supprime pas l'obligation du défendeur de traiter les demandes dans un délai raisonnable. Ainsi, la façon la plus structurée d'aborder l'analyse du délai déraisonnable, vu l'article 87.3 et les instructions ministérielles, est de situer la question de la durée quant à la nature du processus, dans le contexte général du schéma de l'immigration. En l'espèce, le demandeur dans le dossier IMM-9634-11 avait droit à une ordonnance de *mandamus*. Sa demande était en cours depuis longtemps et il s'agissait *prima facie* d'un délai plus long que ce que la nature du processus exige. Les instructions ministérielles ne peuvent pas justifier le délai. Une situation particulière a fait en sorte que l'octroi d'une ordonnance de *mandamus* n'aurait aucun effet ni aucune valeur pratique pour la demande dans le dossier IMM-137-12. En ce qui a trait aux demandes présentées avant les modifications et les demandes IM, chaque cause doit être tranchée au cas par cas. Enfin, rien dans la LIPR ni dans la jurisprudence ne permet d'appuyer l'exigence d'un traitement sur la base du premier arrivé, premier servi, comme étant une question d'équité procédurale. La doctrine de l'attente légitime ne comprend pas l'ordre suivant lequel les demandes sont traitées.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-38, *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*, 1st Sess., 41st Parl., 2012.
- Bill C-50, *An act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on February 26, 2008 and to enact provisions to preserve the fiscal plan set out in that budget*, 2nd Sess., 39th Parl., 2008.
- Budget Implementation Act, 2008*, S.C. 2008, c. 28, s. 120.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi d'exécution du budget de 2008*, L.C. 2008, ch. 28, art. 120.
- Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1a),c),f), 87.3 (édicte par L.C. 2008, ch. 28, art. 118), 87.4(1) (édicte par L.C. 2012, ch. 19, art. 707), (2) (édicte, *idem*).

Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), r. 22 (as am. by SOR/2002-232, s. 11).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(a),(c),(f), 87.3 (as enacted by S.C. 2008, c. 28, s. 118), 87.4(1) (as enacted by S.C. 2012, c. 19, s. 707), (2) (as enacted *idem*).

Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act, S.C. 2012, c. 19.

Projet de loi C-38, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en oeuvre d'autres mesures*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2012.

Projet de loi C-50, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 26 février 2008 et édictant des dispositions visant à maintenir le plan financier établi dans ce budget*, 2^e sess., 39^e lég., 2008.

Règles des cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), art. 22 (mod. par DORS/2002-232, art. 11).

CASES CITED

APPLIED:

Apotex Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 F.C. 742, (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122, 51 C.P.R. (3d) 339 (C.A.), aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100, (1994), 29 Admin. L.R. 1, 59 C.P.R. (3d) 82; *Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33, (1998), 15 Admin. L.R. (3d) 157, 159 F.T.R. 215 (T.D.).

CONSIDERED:

Re: Resolution to amend the Constitution, [1981] 1 S.C.R. 753, (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1, 125 D.L.R. (3d) 1; *Vaziri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1159, 52 Admin. L.R. (4th) 118, 300 F.T.R. 158.

REFERRED TO:

Vriend v. Alberta, [1998] 1 S.C.R. 493, (1998), 212 A.R. 237, 156 D.L.R. (4th) 385; *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 110, [2012] 4 F.C.R. 479, 96 Imm. L.R. (3d) 1, 420 N.R. 30; *Shapovalov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 753, 36 Admin. L.R. (4th) 163, 276 F.T.R. 66, 45 Imm. L.R. (3d) 306; *Subaharan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1228, 76 Imm. L.R. (3d) 16; *Ndungu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 208, 423 N.R. 228.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Backgrounder – Action Plan for Faster Immigration: Ministerial Instructions*, 2008, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/department/media/backgrounders/2008/2008-11-28.asp>>.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Apotex Inc. c. Canada (Procureur général), [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100; *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753; *Vaziri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1159.

DÉCISIONS CITÉES :

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493; *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 110, [2012] 4 R.C.F. 479; *Shapovalov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 753; *Subaharan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1228; *Ndungu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 208.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Document d'information – Le Plan d'action pour accélérer l'immigration : Instructions ministérielles*, 2008, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/media/documents-info/2008/2008-11-28.asp>>.

APPLICATIONS seeking orders of *mandamus* to compel the respondent to process the applicants' applications for permanent residence under the federal skilled worker class. Application in IMM-9634-11 allowed; application in IMM-137-12 dismissed.

DEMANDES d'ordonnances de *mandamus* visant à obliger le défendeur à traiter les demandes de résidence permanente des demandeurs au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral). Demande dans le dossier IMM-9634-11 accueillie; demande dans le dossier IMM-137-12 rejetée.

APPEARANCES

Timothy E. Leahy for applicants.
Angela Marinos, Alison Engel-Yan and Jane Stewart for respondent.

ONT COMPARU

Timothy E. Leahy pour les demandeurs.
Angela Marinos, Alison Engel-Yan et Jane Stewart pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Forefront Migration Inc., Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Forefront Migration Inc., Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Table of Contents

Table des matières

	Paragraph		Paragraphe
Background: Changes to the federal skilled worker program.....	4	Contexte : changement au programme des travailleurs qualifiés	4
The Ministerial Instructions	7	Les instructions ministérielles.....	7
Pre-C-50 representative case (Liang).....	14	Cause (Liang) représentant les demandes antérieures au projet de loi C-50.....	14
MI1 representative case (Gurung)	17	Cause (Gurung) représentant les demandes assujetties aux IM1	17
<i>Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act</i>	20	<i>Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable</i>	20
Issues.....	23	Questions en litige.....	23
Have the applicants met the requirements for an order compelling the Minister to process their applications?	24	Les demandeurs ont-ils rempli les exigences relatives à l'octroi d'une ordonnance selon laquelle le ministre serait obligé de traiter leurs demandes?	24
Was there unreasonable delay?	26	Y avait-il un délai déraisonnable?.....	26
Length of delay	28	La durée du délai.....	28
Justification for delay—Discretion to set policy and Ministerial Instructions	32	Explication du délai — Pouvoir discrétionnaire d'adopter des politiques et des instructions ministérielles	32
Application of the above principles to the Liang Application (Pre-C-50)	46	Application des principes ci-dessus à la demande Liang (antérieur au C-50).....	46
Mr. Gurung's application (MI1).....	50	La demande de M ^{me} Gurung (MI1).....	50

Do the applicants have a legitimate expectation that their applications would be processed on a first-in, first-out basis?	53	Les demandeurs avaient-ils une attente raisonnable que leurs demandes seraient traitées sur la base du premier arrivé premier servi?.....	53
Costs.....	56	Dépens.....	56
Certified question.....	59	Question certifiée	59

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] RENNIE J.: The applicants seek orders of *mandamus* compelling the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) to process their applications for permanent residence under the federal skilled worker (FSW) class.

[1] LE JUGE RENNIE : Les demandeurs sollicitent des ordonnances de *mandamus* obligeant le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) à traiter leurs demandes de résidence permanente au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) (TQF).

[2] The applications at issue were selected through a case management process as representative cases for two groups of applicants whose FSW applications have not been processed to completion. Applicant Dong Liang represents 671 applicants who submitted their applications before February 27, 2008, when amendments to the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA [or the Act]) were enacted through the *Budget Implementation Act, 2008*, S.C. 2008, c. 28 or “Bill C-50” [*An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on February 26, 2008 and to enact provisions to preserve the fiscal plan set out in that budget*] (pre-C-50 applications). Applicant Phool Maya Gurung represents 154 applicants who submitted their applications between February 27, 2008 and June 26, 2010, a period of time during which eligibility for a FSW visa was governed by a set of Ministerial Instructions (MI1 applications). They both allege that the Minister has unreasonably delayed processing their applications by choosing to accord higher priority to applications submitted more recently and according to different criteria.

[2] Les demandes en litige ont été choisies dans le cadre d'un processus de gestion de l'instance, comme étant des cas types pour deux groupes de demandeurs dont les demandes TQF n'ont pas encore été finalisées. Le demandeur Dong Liang représente 671 demandeurs qui ont présenté leurs demandes avant le 27 février 2008, date à laquelle sont entrées en vigueur les modifications apportées à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR [ou la Loi]), par la *Loi d'exécution du budget de 2008*, L.C. 2008, ch. 28 ou « projet de loi C-50 » [*Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 26 février 2008 et édictant des dispositions visant à maintenir le plan financier établi dans ce budget*] (demandes antérieures au C-50). La demanderesse Phool Maya Gurung représente 154 demandeurs qui ont présenté leurs demandes entre le 27 février 2008 et le 26 juin 2010, un intervalle de temps pendant lequel l'admissibilité à une demande de visa TQF était régie par un ensemble d'instructions ministérielles (les demandes IM1). Les deux demandeurs soutiennent que le ministre a, de façon déraisonnable, tardé à traiter leurs demandes, lorsqu'il a choisi d'accorder une priorité élevée aux demandes présentées à des dates ultérieures, et sur la base de critères différents.

[3] For the reasons that follow, the application in respect of Mr. Liang is granted, and dismissed in respect of Ms. Gurung. No order is made in respect of the other applications held in abeyance pending the outcome of this litigation. The Court has been informed that the

[3] Pour les motifs exposés ci-après, la demande relative à M. Liang est accueillie, et la demande relative à M^{me} Gurung est rejetée. Aucune ordonnance n'est rendue relativement aux autres demandes en suspens dans l'attente de l'issue de la présente affaire. La Cour a

parties have agreed on a protocol to address those cases based on the outcome of these two applications.

obtenu le renseignement selon lequel les parties avaient convenu d'un protocole pour le règlement de ces affaires, sur le fondement de l'issue des deux demandes en l'espèce.

Background: Changes to the Federal Skilled Worker Program

Contexte : changement au programme des travailleurs qualifiés

[4] By 2008, Citizenship and Immigration Canada (CIC) faced an enormous backlog of FSW applications. Over 600 000 applications were extant, a number which would only continue to grow since incoming applications continually exceeded the department's processing capacity. This backlog, or more precisely, the lag time between the application, its processing and ultimate assessment, made it increasingly difficult to align candidates' experience and skills to Canada's prevailing labour market needs. Any changes to the eligibility criteria would not truly take effect for several years when those applications were finally processed.

[4] En 2008, Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) était en proie à un grand arriéré de demandes TQF. Plus de 600 000 demandes étaient en cours, un nombre qui ne pouvait que continuer d'augmenter, puisque le dépôt des demandes dépassait continuellement la capacité de traitement du ministère. Cet arriéré ou plus précisément, l'intervalle de temps entre la demande, son traitement, et son évaluation définitive a rendu de plus en plus difficile le fait de faire correspondre l'expérience, et les compétences des candidats avec les besoins prédominants du marché du travail au Canada. Tout changement dans les critères d'admissibilité ne pourrait véritablement pas prendre effet avant plusieurs années, lorsque les demandes en question étaient enfin traitées.

[5] In response to this problem, the IRPA was amended in February 2008 to introduce section 87.3 [as enacted by S.C. 2008, c. 28, s. 118]. The amendments authorized the Minister to issue instructions regarding which applications would be eligible for processing (Ministerial Instructions) and removed the obligation to process every application received. The amendments granted the Minister broad authority to triage the applications according to revised eligibility criteria, including the establishment of categories of applicants, global levels or quotas for all FSW applications, and sub-levels or quotas for particular occupations:

[5] En février 2008, en réponse au problème, la LIPR a été modifiée par l'ajout de l'article 87.3 [édicte par L.C. 2008, ch. 28, art. 118]. La modification permettait au ministre de prendre des instructions quant aux demandes admissibles au traitement (les instructions ministérielles), et la modification supprimait l'obligation de traiter chaque demande reçue. La modification donnait au ministre un large pouvoir de trier les demandes selon des critères d'admissibilité modifiés, y compris la mise en place de catégories de demandeurs, de niveaux nationaux ou de quotas pour toutes les demandes TQF, et de sous-niveaux ou de quotas pour des emplois précis :

Application **87.3 (1)** This section applies to applications for visas or other documents made under subsection 11(1), other than those made by persons referred to in subsection 99(2), sponsorship applications made by persons referred to in subsection 13(1), applications for permanent resident status under subsection 21(1) or temporary resident status under subsection 22(1) made by foreign nationals in Canada and to requests under subsection 25(1) made by foreign nationals outside Canada.

Application **87.3 (1)** Le présent article s'applique aux demandes de visa et autres documents visées au paragraphe 11(1), sauf celle faite par la personne visée au paragraphe 99(2), aux demandes de parrainage faites par une personne visée au paragraphe 13(1), aux demandes de statut de résident permanent visées au paragraphe 21(1) ou de résident temporaire visées au paragraphe 22(1) faites par un étranger se trouvant au Canada ainsi qu'aux demandes prévues au paragraphe 25(1) faites par un étranger se trouvant hors du Canada.

Attainment of immigration goals	(2) The processing of applications and requests is to be conducted in a manner that, in the opinion of the Minister, will best support the attainment of the immigration goals established by the Government of Canada.	(2) Le traitement des demandes se fait de la manière qui, selon le ministre, est la plus susceptible d'aider l'atteinte des objectifs fixés pour l'immigration par le gouvernement fédéral.	Atteinte des objectifs d'immigration
Instructions	(3) For the purposes of subsection (2), the Minister may give instructions with respect to the processing of applications and requests, including instructions (a) establishing categories of applications or requests to which the instructions apply; (b) establishing an order, by category or otherwise, for the processing of applications or requests; (c) setting the number of applications or requests, by category or otherwise, to be processed in any year; and (d) providing for the disposition of applications and requests, including those made subsequent to the first application or request.	(3) Pour l'application du paragraphe (2), le ministre peut donner des instructions sur le traitement des demandes, notamment en précisant l'un ou l'autre des points suivants : a) les catégories de demandes à l'égard desquelles s'appliquent les instructions; b) l'ordre de traitement des demandes, notamment par catégorie; c) le nombre de demandes à traiter par an, notamment par catégorie; d) la disposition des demandes dont celles faites de nouveau.	Instructions
Compliance with instructions	(4) Officers and persons authorized to exercise the powers of the Minister under section 25 shall comply with any instructions before processing an application or request or when processing one. If an application or request is not processed, it may be retained, returned or otherwise disposed of in accordance with the instructions of the Minister.	(4) L'agent — ou la personne habilitée à exercer les pouvoirs du ministre prévus à l'article 25 — est tenu de se conformer aux instructions avant et pendant le traitement de la demande; s'il ne procède pas au traitement de la demande, il peut, conformément aux instructions du ministre, la retenir, la retourner ou en disposer.	Respect des instructions
Clarification	(5) The fact that an application or request is retained, returned or otherwise disposed of does not constitute a decision not to issue the visa or other document, or grant the status or exemption, in relation to which the application or request is made.	(5) Le fait de retenir ou de retourner une demande ou d'en disposer ne constitue pas un refus de délivrer les visa ou autres documents, d'octroyer le statut ou de lever tout ou partie des critères et obligations applicables.	Précision
Publication	(6) Instructions shall be published in the <i>Canada Gazette</i> .	(6) Les instructions sont publiées dans la <i>Gazette du Canada</i> .	Publication
Clarification	(7) Nothing in this section in any way limits the power of the Minister to otherwise determine the most efficient manner in which to administer this Act.	(7) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte au pouvoir du ministre de déterminer de toute autre façon la manière la plus efficace d'assurer l'application de la loi.	Précision

[6] Importantly, section 120 of the *Budget Implementation Act, 2008* provided that the amendments were

[6] Surtout, l'article 120 de la *Loi d'exécution du budget de 2008* disposait que, la modification ne

prospective only, and applied only in regards to FSW applications submitted on or after February 27, 2008:

Application **120.** Section 87.3 of the *Immigration and Refugee Protection Act* applies only to applications and requests made on or after February 27, 2008.

The Ministerial Instructions

[7] Since this amendment, the Minister has published four different sets of Ministerial Instructions. The first set of Ministerial Instructions was published on November 29, 2008 (MI1). They applied to applications received on or after February 27, 2008. Pursuant to the MI1, applications would only be eligible to be processed if the applicant: had experience in one of 38 listed occupations; an arranged offer of employment (AEO); or was legally residing in Canada as a temporary foreign worker or international student.

[8] The MI1 were ultimately unsuccessful in restraining the growth of applications. The backlog diminished at first, but eventually application levels increased beyond the levels before Bill C-50. Thus, on June 26, 2010, the second set of Ministerial Instructions was published (MI2). They applied to applications received on or after that date. The MI2 directed that applications would only be eligible to be processed if the applicant had an AEO or the applicant had experience in one of 29, as opposed to 38, listed occupations. The MI2 introduced a global cap on FSW applications: a maximum of 20 000 applications (excluding those with an AEO) were to be placed into processing each year. Within that cap, a maximum of 1 000 applications per occupational category were to be processed each year. Applications exceeding that cap would be returned unprocessed.

[9] On June 25, 2011, the third set of Ministerial Instructions was published (MI3). They applied to

s'appliquait que pour l'avenir, et qu'elle ne s'appliquait qu'à l'égard des demandes TQF présentées à partir du 27 février 2008 :

120. L'article 87.3 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne s'applique qu'à l'égard des demandes faites à compter du 27 février 2008. Demandes

Les instructions ministérielles

[7] Depuis la modification ci-dessus, le ministre a publié quatre ensembles d'instructions ministérielles différentes. Le premier ensemble d'instructions ministérielles a été publié le 29 novembre 2008 (les IM1). Elles s'appliquaient aux demandes reçues à partir du 27 février 2008. Conformément aux IM1, les demandes ne seraient admissibles au traitement que si le demandeur : disposait d'une expérience dans l'une des 38 professions énumérées; possédait une offre d'emploi réservé (OER); résidait légalement au Canada à titre de travailleur étranger temporaire ou d'étudiant international.

[8] En définitive, les IM1 n'ont pas eu le succès escompté dans la réduction de l'accroissement des demandes. Au début, l'arriéré a diminué, mais en bout de ligne, le niveau des demandes a augmenté au-delà du niveau antérieur au projet de loi C-50. Ainsi, le 26 juin 2010, un deuxième ensemble d'instructions ministérielles a été publié (les IM2). Elles s'appliquaient aux demandes reçues à partir de cette date. Les IM2 énonçaient que les demandes ne seraient admissibles au traitement que si le demandeur avait une OER ou si le demandeur avait de l'expérience dans l'une des 29, contrairement aux 38 précédentes, professions énumérées. Les IM2 ont créé un plafond national pour les demandes TQF : un nombre maximal de 20 000 demandes (à l'exclusion des demandes assorties d'une OER) seraient traitées par année. Dans ce plafond, chaque profession était assujettie à un nombre maximal de 1 000 demandes pouvant être traitées par année. Les demandes dépassant ce plafond seraient retournées sans être traitées.

[9] Le 25 juin 2011, un troisième ensemble d'instructions ministérielles a été publié (les IM3). Elles

applications received on or after July 1, 2011. The MI3 reduced the total annual cap for FSW applications to 10 000, with a maximum of 500 per occupation. The eligibility criteria in the MI2 groups (applicants with an AEO or experience in the 29 listed occupations) remained the same.

[10] The fourth set of Ministerial Instructions, published in November 2011 (MI4), did not affect the occupation list, global levels or occupational caps, but created a new stream of eligible applications—namely, international students currently studying in, or recently graduated from, Canadian Ph.D. programs. This new stream was capped at 1 000 applications each year. Other than adding to the processing burden on CIC, the MI4 are not relevant to these applications.

[11] The 2008 amendments and the ensuing Ministerial Instructions have had two main consequences: first, for all applications submitted after each set of instructions took effect, applicants needed to meet the revised eligibility criteria or the application would not be processed. This change prevented, at least from the respondent's perspective, the backlog from continuing to grow. The total cap of 20 000, then 10 000 and the related occupational sub-caps allowed CIC to return applications once the annual cap was met. Second and most important to the applicants in this case, the instructions created a hierarchy of processing priority among FSW applications: those received under MI2 and MI3 were given the highest priority, followed by applications received under MI1 and finally, pre-C-50 applications.

[12] This has not resulted in a complete halt to the processing of pre-C-50 applications. According to the affidavit of J. McNamee submitted by the Minister, 34 percent of all FSW visas issued in 2011 were issued to pre-C-50 applicants:

s'appliquaient aux demandes reçues à partir du 1^{er} juillet 2011. Les IM3 ont réduit à 10 000 demandes, le plafond total annuel pour les demandes TQF, et à 500 demandes, le plafond par profession. Le critère d'admissibilité dans les ensembles IM2 (les demandeurs ayant une OER ou de l'expérience dans l'une des 29 professions énumérées) demeurerait le même.

[10] En novembre 2011, un quatrième ensemble d'instructions ministérielles (les IM4) a été publié. Elles ne touchaient ni à la liste des professions ni aux niveaux nationaux ni aux plafonds par profession, mais elles créeraient un nouveau volet de demandes admissibles, plus précisément, les demandes des étudiants étrangers faisant des études de troisième cycle dans un établissement d'enseignement supérieur au Canada. Ce nouveau volet avait un plafond de 1 000 demandes par année. Outre l'imposition d'un fardeau supplémentaire pour le traitement des demandes à CIC, les IM4 ne s'appliquent pas aux demandes en l'espèce.

[11] La modification de 2008, et par la suite, l'adoption des instructions ministérielles ont eu deux effets principaux. Premièrement, pour toutes les demandes présentées après l'entrée en vigueur de chaque ensemble d'instructions, les demandeurs devaient répondre aux nouveaux critères d'admissibilité; si non, leur demande n'était pas traitée. Selon le défendeur, un tel changement a au moins empêché l'accroissement de l'arriéré. Le plafond total de 20 000, puis de 10 000 demandes, et les plafonds connexes par profession ont permis à CIC de retourner les demandes, une fois que le plafond annuel était atteint. Deuxièmement, et c'est le point le plus important pour les demandeurs en l'espèce, les instructions ont créé une hiérarchisation du traitement prioritaire des demandes TQF : les demandes reçues en application des IM2, et des IM3 se sont vues assignées une priorité importante, suivies des demandes en application des IM1, et enfin, les demandes antérieures au projet de loi C-50.

[12] Cela n'a pas entraîné la fin totale du traitement des demandes antérieures au projet de loi C-50. Selon l'affidavit de J. McNamee présenté par le ministre, 34 p. 100 de tous les visas TQF émis en 2011 ont été accordés aux demandeurs relativement aux demandes antérieures au projet de loi C-50 :

Pre C-50 Skilled Workers – Cases Finalized Overseas in 2011 by Disposition (Approved, Refused, and Withdrawn)

		Approved	Refused	Withdrawn	Total
2011	Cases	6,242	3,466	1,943	11,651

[13] However, the Minister’s instructions have indisputably delayed the processing of the pre-C-50 applications. Furthermore, the MI2 and MI3 instructions delayed the processing of MI1 applications, since MI2 and MI3 applications have been accorded the highest processing priority.

Pre-C-50 Representative Case (Liang)

[14] The representative applicant for the pre-C-50 applications, Mr. Liang, is a citizen of China. He submitted an application for permanent residence under the FSW class as an IT [Information Technology] project manager. It was received by CIC on October 11, 2007. According to the Computer Assisted Immigration Processing System (CAIPS) notes in his file, he received a positive selection decision on March 10, 2010, having attained 81 points (well over the minimum required 67 points).

[15] Despite the positive selection decision, Mr. Liang’s application did not move to acceptance and remains outstanding. When Mr. Liang inquired with CIC as to the timeline for completing his application he received an email response from the Beijing visa post, dated June 7, 2011, which stated in part:

At this time, we are not actively processing Federal Skilled Worker cases submitted before February 27, 2008 as we have sufficient applications in process to meet our assigned targets. Updates on the processing of applications submitted before February 27, 2008 will be provided when new information is available.

[TRANSDUCTION]

Travailleurs qualifiés antérieurs au projet de loi C-50-Causes finalisées à l’étranger en 2011 par décision (approuvées, refusées et retirées)

		Approuvées	Refusées	Retirées	Total
2011	Causes	6 242	3 466	1 943	11 651

[13] Toutefois, les instructions du ministre ont indubitablement retardé le traitement des demandes antérieures au projet de loi C-50. En outre, les IM2, et les IM3 ont retardé le traitement des demandes présentées en application des IM1, puisque les demandes présentées en application des IM2, et des IM3 se sont vues accorder une priorité de traitement très élevée.

Cause (Liang) représentant les demandes antérieures au projet de loi C-50

[14] M. Liang, le demandeur représentant les demandes antérieures au projet de loi C-50, est un citoyen de la Chine. Il a présenté une demande de résidence permanente dans la catégorie TQF, en tant que gestionnaire de projet en technologie de l’information (TI). CIC a reçu sa demande le 11 octobre 2007. Selon les notes du Système de traitement informatisé des dossiers d’immigration (STIDI) versées au dossier de M. Liang, le 10 mars 2010, il a reçu une décision favorable quant à sa sélection, car il avait obtenu 81 points (bien au-delà du minimum requis de 67 points).

[15] En dépit de la décision favorable de sélection, la demande de M. Liang n’a pas été approuvée et elle demeure en cours. Lorsque M. Liang a posé à CIC la question sur le délai pour la finalisation de sa demande, il a reçu du bureau des visas de Beijing, une réponse dans un courriel daté du 7 juin 2011, dans lequel il était notamment écrit ce qui suit :

[TRANSDUCTION] En ce moment, nous ne traitons pas, de façon active, les demandes présentées avant le 27 février 2008, dans la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés, car nous avons suffisamment de demandes en cours, pour l’atteinte des cibles qui nous ont été fixées. Nous vous donnerons des mises à jour sur le traitement des demandes présentées avant le 27 février 2008, au moment opportun.

[16] The respondent characterizes this as a mere suspension of Liang's application, suggesting that what the officer at the Beijing visa post intended to say was that either or both of the global and occupational levels had been reached. The Minister contends that this suspension does not amount to unreasonable delay, as it was now, following the 2008 amendments, authorized by legislation.

MII Representative Case (Gurung)

[17] The representative applicant for the MII applications, Ms. Gurung, is a citizen of India. She submitted an application for permanent residence under the FSW class as a head nurse on April 8, 2010 while MII was in effect. In October 2010, CIC erroneously sent Ms. Gurung an ineligibility letter based on the mistaken belief that she had not submitted her completed application within the prescribed time period. Once it was discovered that she had in fact submitted a full application, her file was reopened and she was advised that processing would continue.

[18] In April 2011, CIC was informed by IDP Canada (IDP), the organization that oversees and monitors language testing, that it was investigating Ms. Gurung's International English Language Testing System (IELTS) Test Report Form for suspected fraud. Immigration Officer B. Rappaport states in his affidavit that CIC then placed processing of the application on hold while waiting for the outcome of IDP's investigation.

[19] It appears no further action was taken on this file until Ms. Gurung submitted this application for judicial review. As will be discussed below, recent developments have affected the practical value of an order for *mandamus* in respect of her application.

[16] D'après le défendeur, il s'agissait d'une simple suspension du traitement de la demande de M. Liang; le défendeur donne à penser que ce que l'agent du bureau des visas de Beijing voulait dire, c'est que tant le plafond national, que le plafond par profession avaient été atteints. Selon le ministre, une telle suspension n'équivaut pas à un délai déraisonnable, comme c'est le cas maintenant, à la suite de la modification de 2008, autorisée par la loi.

Cause (Gurung) représentant les demandes assujetties aux IMI

[17] M^{me} Gurung, la demanderesse représentant les demandes IM1, est une citoyenne de l'Inde. Le 8 avril 2010, elle a présenté une demande de résidence permanente dans la catégorie TQF, en tant qu'infirmière en chef, pendant que les IM1 étaient en vigueur. En octobre 2010, CIC a envoyé, par erreur, une lettre d'inadmissibilité à M^{me} Gurung. La lettre était basée sur la croyance erronée qu'elle n'avait pas présenté sa demande complète durant la période prescrite. Lorsqu'on a découvert qu'elle avait, en fait, présenté une demande complète, son dossier a été rouvert et on l'a avisée que le traitement de sa demande serait poursuivi.

[18] En avril 2011, IDP Canada (IDP), l'organisation qui administre et surveille les tests de langue, a informé CIC qu'elle menait une enquête sur le formulaire de rapport du test du [TRADUCTION] Système international de tests de langue anglaise (IELTS) de M^{me} Gurung, en raison d'une suspicion de fraude. Dans son affidavit, l'agent d'immigration B. Rappaport déclare que CIC a alors suspendu le traitement de la demande de M^{me} Gurung dans l'attente de l'issue de l'enquête menée par IDP.

[19] Il appert qu'aucune autre mesure n'a été prise dans le dossier, jusqu'à ce que M^{me} Gurung dépose la présente demande de contrôle judiciaire. Comme nous le verrons ci-dessous, des éléments récents ont influé sur la valeur, en pratique, d'une ordonnance de *mandamus* relativement à la demande de M^{me} Gurung.

*Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*¹

[20] The *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act* [S.C. 2012, c. 19], the Bill currently before Parliament implementing the 2012–2013 budget, amends the IRPA provision governing the processing of FSW applications. If passed, that Bill will amend the IRPA to include subsection 87.4(1) [as enacted *idem*, s. 707, which came into force June 29, 2012], pursuant to which any outstanding application made before February 27, 2008 which has not received a positive selection decision before March 29, 2012 is terminated. While this would not affect Mr. Liang’s application because he has a positive selection decision, this proposal would eliminate approximately 95 percent of the pre-C-50 applications.

[21] Subsection 87.4(2) [as enacted *idem*] also provides that any final Court order made after March 29, 2012, in respect of the terminated applications is of no force and effect.

[22] While both the applicants and the respondent sought to rely on the existence of this amendment currently before the House of Commons, it has not, and cannot, play any part in the disposition of these applications. Proposed legislation is simply that—an amendment proposed by the Government that is subject to debate and vote in Parliament. It may be withdrawn, it may be amended, or it may pass in its present form. For these reasons, as the Supreme Court of Canada (S.C.C.) said in *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at page 785, “Courts come into the picture when legislation is enacted and not before”. At a practical level, courts do not consider proposed legislation as it is premature and speculative. At a constitutional level, the principle maintains a clear demarcation between the roles played by the legislature and the judiciary. The dialogue that occurs between the branches of government takes place in respect of actual legislation: *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

¹ Bill C-38, *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*, 1st Sess., 41st Parl., 2012 (short title: *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*).

*La Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*¹

[20] Le projet de *Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable* [L.C. 2012, ch. 19], qui vise l’exécution du budget 2012–2013, et qui est actuellement à l’étude au Parlement modifie les dispositions de la LIPR relatives au traitement des demandes TQF. S’il est adopté, le projet de loi modifiera la LIPR, par l’adjonction du paragraphe 87.4(1) [édicte, *idem*, art. 707, qui est entrée en vigueur le 29 juin 2012], selon lequel il est mis fin à toute demande en cours présentée avant le 27 février 2008, et qui n’a pas reçu de décision favorable quant à la sélection avant le 29 mars 2012. Bien que la modification ne toucherait pas la demande de M. Liang, puisqu’il a une décision favorable quant à la sélection, une telle proposition mettrait fin à environ 95 p. 100 des demandes antérieures au projet de loi C-50.

[21] Le paragraphe 87.4(2) [édicte, *idem*] prévoit aussi que toute ordonnance définitive d’une cour de justice, rendue après le 29 mars 2012, n’a aucun effet quant aux demandes auxquelles il est ainsi mis fin.

[22] Bien que les deux demandeurs, et le défendeur ont voulu se fonder sur l’existence de la modification en cours à la Chambre des communes, cette modification ne peut pas jouer de rôle dans la décision rendue quant aux présentes demandes. Le projet de loi prévoit simplement une modification qui est proposée par le gouvernement et soumise au débat devant le Parlement, et au vote de ce dernier. La modification pourrait être retirée, elle pourrait être modifiée ou elle pourrait être adoptée dans sa forme actuelle. Pour ces motifs, comme la Cour suprême du Canada (C.S.C.) l’a énoncé dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la page 785, « [1]es tribunaux interviennent quand une loi est adoptée et non avant ». D’un point de vue pratique, il serait prématuré, et conjectural pour les tribunaux de prendre en compte ce projet de loi. D’un point de vue constitutionnel, le principe énoncé établit une séparation claire entre les rôles du pouvoir législatif, et du pouvoir judiciaire. Le

¹ Projet de loi C-38, *Loi portant exécutions de certaines dispositions du budget au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en oeuvre d’autres mesures*, 1^{re} session, 41^e législature, (Titre abrégé: *Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*).

dialogue qui survient entre les organes du gouvernement a lieu relativement à la loi actuelle : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Issues

[23] The issues for determination may be simply framed:

1. Have the applicants met the requirements for an order compelling the Minister to process their applications?
2. Do the applicants have a legitimate expectation that their applications would be processed on a first-in, first-out basis?

Have the applicants met the requirements for an order compelling the Minister to process their applications?

[24] *Mandamus* is a discretionary, equitable remedy. The parties agree on the legal test for *mandamus*, as set out in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), at pages 766–769, affd [1994] 3 S.C.R. 1100, which has been applied in the immigration context (see for example *Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33 (T.D.); *Vaziri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1159, 52 Admin. L.R. (4th) 118):

1. There must be a public legal duty to act ...
2. The duty must be owed to the applicant ...
3. There is a clear right to performance of that duty, in particular:
 - (a) the applicant has satisfied all conditions precedent giving rise to the duty; ...
 - (b) there was (i) a prior demand for performance of the duty; (ii) a reasonable time to comply with the demand unless

Questions en litige

[23] Les questions en litige peuvent être énoncées de la façon suivante :

1. Les demandeurs ont-ils rempli les exigences relatives à l’octroi d’une ordonnance selon laquelle le ministre serait obligé de traiter leurs demandes?
2. Les demandeurs ont-ils une attente légitime selon laquelle leurs demandes seraient traitées selon leur ordre d’arrivée?

Les demandeurs ont-ils rempli les exigences relatives à l’octroi d’une ordonnance selon laquelle le ministre serait obligé de traiter leurs demandes?

[24] L’ordonnance de *mandamus* est une mesure discrétionnaire de réparation en equity. Les parties sont d’accord sur le critère juridique pour l’octroi d’une ordonnance de *mandamus*, tel qu’il est énoncé aux pages 766 à 769 de la décision *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), confirmé par [1994] 3 R.C.S. 1100, et qui été appliqué au contexte de l’immigration (voir par exemple les décisions, *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33 (1^{re} inst.); *Vaziri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1159) :

1. Il doit exister une obligation légale d’agir à caractère public [...]
2. L’obligation doit exister envers le requérant [...]
3. Il existe un droit clair d’obtenir l’exécution de cette obligation, notamment :
 - a) le requérant a rempli toutes les conditions préalables donnant naissance à cette obligation; [...]
 - b) il y a eu (i) une demande d’exécution de l’obligation; (ii) un délai raisonnable a été accordé pour permettre de

refused outright; and (iii) a subsequent refusal which can be either expressed or implied, e.g. unreasonable delay; ...

4. Where the duty sought to be enforced is discretionary, the following rules apply:

(a) in exercising a discretion, the decision-maker must not act in a manner which can be characterized as “unfair”, “oppressive” or demonstrate “flagrant impropriety” or “bad faith”;

(b) mandamus is unavailable if the decision-maker’s discretion is characterized as being “unqualified”, “absolute”, “permissive” or “unfettered”;

(c) in the exercise of a “fettered” discretion, the decision-maker must act upon “relevant”, as opposed to “irrelevant”, considerations;

(d) mandamus is unavailable to compel the exercise of a “fettered discretion” in a particular way; and

(e) mandamus is only available when the decision-maker’s discretion is “spent”; i.e., the applicant has a vested right to the performance of the duty.

...

5. No other adequate remedy is available to the applicant...

6. The order sought will be of some practical value or effect...

7. The Court in the exercise of its discretion finds no equitable bar to the relief sought...

8. On a “balance of convenience” an order in the nature of mandamus should (or should not) issue. [Citations omitted; emphasis in original.]

[25] It is common ground between the parties that the Minister owes a duty to the applicants to process their applications, and that unreasonable delay amounts to an implied refusal to perform the duty. The Minister contends that even if there is delay, it is justified. The question of satisfactory justification for the delay is the central dispute in these applications. The Minister also

donner suite à la demande à moins que celle-ci n’ait été rejetée sur-le-champ; et (iii) il y a eu refus ultérieur, exprès ou implicite, par exemple un délai déraisonnable; [...]

4. Lorsque l’obligation dont on demande l’exécution forcée est discrétionnaire, les règles suivantes s’appliquent :

a) le décideur qui exerce un pouvoir discrétionnaire ne doit pas agir d’une manière qui puisse être qualifiée d’« injuste », d’« oppressive » ou qui dénote une « irrégularité flagrante » ou la « mauvaise foi » ;

b) un mandamus ne peut être accordé si le pouvoir discrétionnaire du décideur est « illimité », « absolu » ou « facultatif »;

c) le décideur qui exerce un pouvoir discrétionnaire « limité » doit agir en se fondant sur des considérations « pertinentes » par opposition à des considérations « non pertinentes » ;

d) un mandamus ne peut être accordé pour orienter l’exercice d’un « pouvoir discrétionnaire limité » dans un sens donné;

e) un mandamus ne peut être accordé que lorsque le pouvoir discrétionnaire du décideur est « épuisé », c’est-à-dire que le requérant a un droit acquis à l’exécution de l’obligation.

[...]

5. Le requérant n’a aucun autre recours [...]

6. L’ordonnance sollicitée aura une incidence sur le plan pratique [...]

7. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal estime que, en vertu de l’équité, rien n’empêche d’obtenir le redressement demandé [...]

8. Compte tenu de la « balance des inconvénients », une ordonnance de mandamus devrait (ou ne devrait pas) être rendue. [Références omises; souligné dans l’original.]

[25] Les parties s’accordent pour reconnaître que le ministre a, envers les demandeurs, l’obligation de traiter leurs demandes, et qu’un délai déraisonnable équivaut à un refus implicite de remplir cette obligation. Selon le ministre, même s’il y a un retard, il est justifié. La question de la justification satisfaisante du retard est le principal point litigieux dans les demandes en l’espèce.

raises issues regarding alternative remedies and equitable bars to relief, briefly addressed below.

Le ministre soulève aussi des questions relatives aux règlements alternatifs, et aux obstacles en equity sur lesquels la Cour se penche brièvement ci-dessous.

Was there Unreasonable Delay?

Y avait-il un délai déraisonnable?

[26] The parties agree on the test for whether there has been an unreasonable delay, as articulated in *Conille*, above, at paragraph 23:

[26] Les parties sont d'accord sur le fait que le critère pour savoir s'il y a eu un délai indu est tel qu'il est énoncé au paragraphe 23 de la décision *Conille* précitée :

... three requirements must be met if a delay is to be considered unreasonable:

[...] trois conditions s'imposent à ce qu'un délai soit jugé déraisonnable:

- (1) the delay in question has been longer than the nature of the process required, *prima facie*;
- (2) the applicant and his counsel are not responsible for the delay; and
- (3) the authority responsible for the delay has not provided satisfactory justification.

- 1) le délai en question a été plus long que ce que la nature du processus exige de façon *prima facie*;
- 2) le demandeur et son conseiller juridique n'en sont pas responsables; et
- 3) l'autorité responsable du délai ne l'a pas justifié de façon satisfaisante.

[27] At issue therefore, in light of the amended legislation and the evolving Ministerial Instructions, is whether the delay in question is longer than the nature of the process requires and, secondly, whether there is a satisfactory justification for the delay. I will first address the issues of length of delay and justification broadly, as they apply to all the applications at issue, before applying those principles to the two representative cases before the Court.

[27] Vu la loi modifiée, et les changements aux instructions ministérielles, la question qui se pose est donc d'abord de savoir si le délai en question est plus long que le délai normal du processus, et ensuite, il s'agit de savoir s'il y a une explication satisfaisante pour ce délai. La Cour examinera d'abord les questions de durée, et de justification du délai de façon large, puisqu'elles s'appliquent à toutes les demandes en litige en l'espèce, avant d'appliquer ces principes aux deux causes représentatives qui sont devant la Cour.

Length of Delay

La durée du délai

[28] The pre-C-50 applications were all submitted before February 27, 2008. The most recent applications in that group have been outstanding for at least 4.5 years, and some of them have been awaiting processing for as long as 9 years. The Minister did not argue very forcefully before the Court that this delay does not amount *prima facie* to a longer delay than the nature of the process requires.

[28] Les demandes antérieures au C-50 ont toutes été présentées avant le 27 février 2008. Les demandes les plus récentes dans ce groupe sont en cours depuis au moins quatre ans et demi, et certaines d'entre elles sont en attente de traitement depuis neuf ans. Le ministre n'a pas vigoureusement soutenu qu'un tel délai n'équivaut pas, *prima facie*, à un délai plus long que ce que la nature du processus exige.

[29] With respect to the MI1 applicants, the Minister, both in his report to Parliament and in a media release,

[29] Pour ce qui est des demandeurs assujettis aux IM1, le ministre a déclaré, tant dans son rapport au

indicated that FSW applications would now receive a decision within approximately 6 to 12 months:

What the Action Plan for Faster Immigration’s instructions mean for applicants

Federal skilled worker applications received on or after February 27, 2008, will now be assessed for eligibility according to the criteria set out in the instructions.... New federal skilled worker applicants, including those with arranged employment, should receive a decision within six to 12 months.

[Citizenship and Immigration Canada. *Backgrounder - Action Plan for Faster Immigration: Ministerial Instructions, 2008*, online:] <<http://www.cic.gc.ca/english/department/media/backgrounders/2008/2008-11-28.asp>>

[30] The MI1 applications have all been outstanding for somewhere between 24–52 months.

[31] In light of the number of years that have expired, and the government’s own statement of what is a reasonable period of time, I conclude that a *prima facie* case of delay is established in respect of both the pre-C-50 and the MI1 applications, and turn to the question whether there is a reasonable justification.

Justification for Delay—Discretion to Set Policy and Ministerial Instructions

[32] The Minister submits that any delay in the processing of the applications at issue is justified by the Minister’s policy choice to prioritize certain applications over others. The Minister argues that this kind of policy-making is authorized by section 87.3, the Ministerial Instructions, and the Minister’s general authority to administer the IRPA.

[33] The Minister’s argument cannot succeed—first, because section 87.3 and the Ministerial Instructions are expressly inapplicable to the pre-C-50 applications; second, because pursuant to the Minister’s own policy, the MI1 applications were to be processed within 6–12

Parlement, que dans un communiqué de presse, qu’une décision sera prise sur les demandes TQF dans environ 6 à 12 mois :

Quelle incidence les instructions du Plan d’action pour accélérer l’immigration ont-elles sur les demandeurs?

Les demandes au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) reçues à compter du 27 février 2008 seront désormais évaluées en fonction des critères d’admissibilité énoncés dans les instructions [...] Les nouveaux demandeurs au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral), y compris ceux ayant un emploi réservé, devraient recevoir une décision dans les six à douze mois suivant la présentation de leur demande.

[Citoyenneté et Immigration Canada. *Document d’information - Le Plan d’action pour accélérer l’immigration : Instructions ministérielles*, en ligne :] <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/media/documents-info/2008/2008-11-28.asp>>

[30] Les demandes IM1 sont toutes en cours depuis environ 24 à 52 mois.

[31] Vu le nombre d’années qui se sont écoulées, et vu la propre déclaration du gouvernement relativement à ce qui constitue un délai raisonnable, la Cour conclut qu’un cas *prima facie* de délai est établi tant pour les demandes antérieures au C-50, que pour les demandes IM1, et la Cour se penche maintenant sur la question de savoir s’il existe une explication raisonnable.

Explication du délai — Pouvoir discrétionnaire d’adopter des politiques et des instructions ministérielles

[32] Le ministre soutient que tout retard dans le traitement des demandes en cause est justifié par le choix politique du ministre de donner la priorité à certaines demandes au détriment d’autres demandes. Le ministre soutient que ce genre d’élaboration de politique est permis par l’article 87.3, par les instructions ministérielles, ainsi que par la compétence générale du ministre d’administrer la LIPR.

[33] La Cour ne peut pas faire droit à l’argument du ministre. Premièrement, parce que l’article 87.3, et les instructions ministérielles ne sont pas, de façon explicite, applicables aux demandes antérieures au C-50; deuxièmement, parce que, conformément à la propre

months and were not to be affected by subsequent instructions; and third, because the Minister has framed the argument so broadly that it would in effect nullify his duty to process any application in a timely manner.

[34] Turning to the first reason, the Minister cannot rely on section 87.3 of the Act, or the resulting Ministerial Instructions, to justify delay of the pre-C-50 applications, because Parliament clearly expressed its intention that the processing of pre-C-50 applications would be unaffected by the Ministerial Instructions. Section 120 of the *Budget Implementation Act, 2008*, above, provides:

Application **120.** Section 87.3 of the *Immigration and Refugee Protection Act* applies only to applications and requests made on or after February 27, 2008.

[35] The Minister concedes in written submissions that the MIs were to be applied prospectively only. Indeed, the Ministerial Instructions themselves confirm, as section 120 already made clear, that the processing of pre-C-50 applications would be unaffected. The MI1 provides [in the Preamble]:

- The Instructions apply only to applications and requests made on or after February 27, 2008.
- All applications and requests made prior to February 27, 2008, shall be processed in the manner existing at the time of application.

[36] Thus, in respect of the pre-C-50 applications, the Ministerial Instructions cannot constitute a satisfactory justification for delay.

[37] The Minister's argument fails on the facts in respect of the MI1 applications as well. Pursuant to his policy choices as embodied in the MI1, applications submitted under those instructions were to be processed within 6–12 months. Thus, the Minister exercised his power under section 87.3 of the Act to set a policy

politique du ministre, les demandes IM1 devaient être traitées dans une période de six à douze mois et ne devaient pas être touchées par des instructions subséquentes; troisièmement, parce que le ministre a établi son allégation de façon si large qu'en réalité, il rend nul son obligation de traiter toute demande dans le temps convenu.

[34] La Cour se penche sur la première raison : le ministre ne peut ni se fonder sur l'article 87.3 de la Loi ni sur les instructions ministérielles qui en découlent comme justification du retard dans le traitement des demandes antérieures au C-50, parce que le législateur a clairement exprimé son intention selon laquelle, le traitement des demandes antérieures au C-50 ne serait pas touché par les instructions ministérielles. L'article 120 de la *Loi d'exécution du budget de 2008*, précitée, est libellé de la façon suivante :

120. L'article 87.3 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne s'applique qu'à l'égard des demandes faites à compter du 27 février 2008. Demandes

[35] Dans ses observations écrites, le ministre a admis que les IM1 devaient seulement s'appliquer de façon prospective. En fait, les instructions ministérielles confirment ce qui ressortait clairement de l'article 120, à savoir que le traitement des demandes antérieures au C-50 ne serait pas touché. Les IM1 sont rédigées ainsi [dans le préambule] :

- Les instructions ne s'appliquent qu'aux demandes présentées à compter du 27 février 2008.
- Toutes les demandes présentées avant le 27 février 2008 doivent être traitées selon le système en vigueur au moment où la demande a été présentée.

[36] Ainsi, en ce qui a trait aux demandes antérieures au C-50, les instructions ministérielles ne peuvent pas être une explication satisfaisante du retard.

[37] L'argument du ministre échoue aussi sur les faits, relativement aux demandes IM1. Conformément aux choix politiques tels qu'ils sont intégrés dans les IM1, les demandes présentées en application des IM1 devaient être traitées dans un délai de 6 à 12 mois. Ainsi, en application de l'article 87.3 de la Loi, le ministre a exercé son

regarding FSW applications, and the MI1 applications have been delayed substantially past the processing time as set pursuant to that policy.

[38] The Minister also cannot reasonably rely on the subsequent Ministerial Instructions to explain the delay with respect to the MI1 applications, because those instructions expressly state that they only apply prospectively, and applications submitted under previous instructions are unaffected. For example, the MI2 states [in the Overview] that all FSW applications received before its publication “shall continue to be considered for processing having regard to the first set of Ministerial Instructions.” Thus, similar to the pre-C-50 applications, the MI1 applications were not to be affected by subsequent instructions, and thus any policy choices embodied in those subsequent instructions cannot justify delay in respect of the MI1 applications.

[39] Finally, to permit the Minister to rely on a subsequent policy change to justify delay would in essence eliminate his duty to process applications in a reasonably timely manner. The heart of the Minister’s argument before the Court was that, even apart from section 87.3 of the Act and the Ministerial Instructions, he has an overarching authority to prioritize certain applications over others pursuant to his general authority to administer the Act, and the exercise of that authority is sufficient justification for any delay. The decision of Justice Judith Snider in *Vaziri*, above, confirms that the Minister does have this general administrative authority.

[40] Canadian jurisprudence has long recognized that Ministers have an obligation to perform their legal duties in a reasonably timely manner. This legal duty has long coexisted with the understanding that Ministers are accountable for the management and direction of their ministries and have the authority to make policy choices and to set priorities. These two seemingly conflicting propositions have been reconciled by according the Minister considerable leeway in determining how long

pouvoir d’adoption d’une politique relative aux demandes TQF, et les demandes IM1 ont subi un retard bien au-delà du temps de traitement établi dans cette politique.

[38] Le ministre ne peut pas non plus raisonnablement se fonder sur les instructions ministérielles ultérieures pour une explication du retard relativement aux demandes IM1, parce que ces instructions énoncent expressément qu’elles s’appliquent seulement de façon prospective, et les demandes présentées en application d’instructions antérieures n’en sont pas touchées. Par exemple, les IM2 énoncent [dans l’aperçu] que toutes les demandes TQF reçues avant leur publication « doivent toujours être considérées aux fins de traitement selon la première série d’instructions ministérielles. » Ainsi, comme les demandes antérieures au C-50, les demandes IM1 ne devaient pas être touchées par les instructions subséquentes, et ainsi, tous les choix politiques intégrés dans ces instructions subséquentes ne peuvent pas justifier le retard relativement aux demandes IM1.

[39] Enfin, si on permettait au ministre de se fonder sur un changement de politique ultérieur pour justifier le retard, cela éliminerait le fondement même de son obligation de traiter les demandes dans un délai raisonnable. Le point central de l’argument du ministre devant la Cour était que, même si on ne tenait pas compte de l’article 87.3, et des instructions ministérielles, il a le pouvoir primordial d’établir des priorités de traitement pour certaines demandes par rapport à d’autres, et ce, en conformité à sa compétence générale d’administrer la Loi, et l’exercice de cette compétence suffit à justifier tout retard. Dans la décision *Vaziri*, précitée, la juge Judith Snider a confirmé que le ministre avait une telle compétence générale d’administration.

[40] La jurisprudence canadienne a reconnu, depuis longtemps, que les ministres ont le devoir d’exercer leurs obligations juridiques dans un délai raisonnable. Cette obligation juridique a longtemps coexisté avec l’idée que les ministres sont responsables de la gestion, et de la direction de leurs ministères, et qu’ils ont le pouvoir de faire des choix politiques et d’établir des priorités. Ces deux propositions, en apparence contradictoires, ont été conciliées par l’octroi au ministre

any kind of application will take to process, based on his policy choices. Thus, if the Minister has determined that Canada's immigration goals are best attained by processing spousal sponsorships in four years on average, it is not for the Court to say that it believes the Minister could, or should, process those applications in two years. It is for the Minister, and not the Court, to run the department.

[41] It is for this reason that projected processing times emanating from the Minister and the department are accorded so much weight. The Minister is not only best placed to know how long an application will likely take to process, but he has also been granted the authority by Parliament to set those processing times in a way that balances the various objectives of the IRPA. However, once an application has been delayed past those processing times, without a satisfactory justification, the Court is authorized to intervene and compel the Minister to perform his duty. This approach is consistent with the principle that the Minister is accountable to Parliament for his policy choices, and those choices are not to be gainsaid by the courts: *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 110, [2012] 4 F.C.R. 479. Thus, deference is accorded to the Minister in setting policies, but the limit of that deference is his legal duty under the IRPA.

[42] Section 87.3 has not altered this landscape. Rather, it confirms that the Minister has authority to set policies regarding processing that will best attain the government's goals, and it has created a tool for the Minister to use to exercise that authority: the Ministerial Instructions. If the Minister establishes an order of processing for certain applications through Ministerial Instructions, those instructions, like any other policy from the Minister, will inform the determination of how long the process normally requires.

[43] However, section 87.3 does not eliminate the Minister's duty to process applications in a reasonably timely manner, at least those applications that are accepted for processing. There is no language in section

d'une grande latitude lorsqu'il décide combien de temps il faut pour le traitement de tout type de demande, en fonction de ses choix politiques. Ainsi, si le ministre a décidé que les objectifs du Canada en matière d'immigration seraient mieux atteints par le traitement des demandes de parrainage de conjoints dans un délai moyen de quatre ans, il n'appartient pas à la Cour de dire qu'elle croit que le ministre pourrait ou devrait traiter de telles demandes en deux ans. Il revient au ministre, et non pas à la Cour, de gérer le ministère.

[41] C'est la raison pour laquelle le temps de traitement prévu par le ministre, et le ministère se voit accorder tant de poids. Non seulement le ministre est le mieux placé pour savoir combien de temps le traitement d'une demande pourrait prendre, mais il s'est aussi vu accordé, par le législateur, le pouvoir d'établir ce temps de traitement d'une façon qui fait l'équilibre entre les divers objectifs de la LIPR. Toutefois, lorsqu'une demande a été retardée au-delà de ce temps de traitement, sans explication satisfaisante, la Cour a le droit d'intervenir, et d'obliger le ministre à remplir son obligation. Cette approche est compatible avec le principe selon lequel le ministre est responsable, devant le Parlement, de ses choix politiques et les tribunaux ne sauraient nier de tels choix : *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 110, [2012] 4 R.C.F. 479. Ainsi, la retenue est accordée à la décision du ministre, lorsqu'il adopte des politiques, mais cette retenue a une limite : l'obligation juridique du ministre, en vertu de la LIPR.

[42] L'article 87.3 n'a pas changé la donne. Plutôt, il confirme que le ministre a le pouvoir d'établir des politiques relatives au traitement des demandes qui permettront de mieux atteindre les objectifs du gouvernement, et cet article a offert au ministre un outil lui permettant d'exercer un tel pouvoir : les instructions ministérielles. Si le ministre établit un ordre de traitement pour certaines demandes par l'entremise des instructions ministérielles, ces instructions, au même titre que toute autre politique du ministre, permettront de décider de la durée normale du processus.

[43] Toutefois, l'article 87.3 ne supprime pas l'obligation du ministre de traiter les demandes dans un délai raisonnable, du moins les demandes dont le traitement est accepté. Rien dans l'article 87.3 ni dans toute autre

87.3 or any other amendment to the Act that extinguishes the longstanding, well-accepted duty to process applications in a reasonable time frame. The Minister can set instructions that permit him to return some applications without processing them at all, and thus obviously there is no further duty in respect of those applications. However, for those that are determined eligible for processing, the duty to do so in a reasonably timely manner remains, absent clear legislative language extinguishing that duty. The Ministerial Instructions inform the assessment of whether that duty is discharged in a reasonable period of time.

[44] Thus, the most principled way to approach the analysis of unreasonable delay, in light of section 87.3 and the Ministerial Instructions, is to situate the question of the length and the nature of the process in the full context of the immigration scheme. The Ministerial Instructions that apply to the application at issue are highly relevant in determining how long the process will require for that application. Also relevant are any statements by the Minister or his delegates regarding the projected processing time for that application. If, in light of this evidence, the application is still reasonably within the time frame set out by the Minister, then *mandamus* will not issue. If, however, the application has been delayed past the projected timeline, then the Minister must present some justification for the delay.

[45] This conclusion does not prevent the Minister from making policy choices that affect the processing time of applications. The Minister is free to set policies that may delay certain applications, so long as that delay arising from, or incidental to, that policy choice remains reasonable. To hold otherwise would in essence absolve the Minister of his obligation to process any application in a reasonably timely manner, an obligation which he retains under the law.

modification à la Loi ne met fin à l'obligation bien établie, de longue date, de traiter les demandes dans un délai raisonnable. Le ministre peut mettre en place des instructions qui lui permettent de retourner certaines demandes sans les traiter du tout, et évidemment ainsi, il n'y a aucune autre obligation quant à ces demandes. Toutefois, lorsque des demandes sont déclarées admissibles au traitement, l'obligation de traiter de telles demandes dans un délai raisonnable demeure, en l'absence d'une disposition législative expresse qui supprime cette obligation. Les instructions ministérielles fournissent des renseignements à la question de savoir si on s'est acquitté de cette obligation dans un délai raisonnable.

[44] Ainsi, la façon la plus structurée d'aborder l'analyse du délai déraisonnable, vu l'article 87.3 et les instructions ministérielles, est de situer la question de la durée quant à la nature du processus, dans le contexte général du schéma de l'immigration. Les instructions ministérielles qui s'appliquent à la demande en litige sont particulièrement pertinentes lorsqu'on décide combien de temps le processus durera pour cette demande. Toute déclaration du ministre ou de ses représentants relativement au délai de traitement prévu de la demande est aussi pertinente. Si, vu les présents éléments de preuve, la demande est encore raisonnablement dans le délai établi par le ministre, il n'y aura donc pas d'ordonnance de *mandamus*. Toutefois, si la demande a été retardée au-delà du délai de traitement prévu, alors le ministre doit fournir des explications pour ce retard.

[45] La présente conclusion n'empêche pas que le ministre fasse des choix politiques qui touchent le délai de traitement des demandes. Il est loisible au ministre d'adopter des politiques qui peuvent retarder certaines demandes, tant que ce retard provenant ou découlant de ce choix politique demeure raisonnable. Si la Cour en décidait autrement, cela reviendrait fondamentalement à absoudre le ministre de son obligation de traiter toute demande dans un délai raisonnable, une obligation à laquelle il est assujéti par la loi.

Application of the above principles to the Liang Application (Pre-C-50)

[46] As discussed above, Mr. Liang's application has been outstanding since 2007, and he has awaited finalization since his positive selection decision in 2010. This is *prima facie* longer than the nature of the process requires. The Ministerial Instructions cannot justify the delay, as they are inapplicable to his and other pre-C-50 applications. There is no indication that Mr. Liang is himself responsible for any part of the delay.

[47] Furthermore, I am not persuaded by the Minister's argument that Mr. Liang had an adequate alternative remedy. The Minister argues that Mr. Liang could have applied under MI1 and therefore had his application processed more quickly. The Minister notes that an applicant could have had two concurrent applications, his existing pre-C-50 application and a subsequent MI1 application.

[48] The Minister's argument is unsupported by the evidence. The Operational Policy directive prevailing at the time indicates that the Department did not know which route would in fact be faster. Submitting a new FSW application under the MI1 instructions may have been an alternative open to Mr. Liang, but it would not have been adequate.

[49] I therefore find that Mr. Liang is entitled to an order of *mandamus*. With respect to the 670 other pre-C-50 applicants, the Court has no evidence before it with respect to the factors unique to each particular application which may account for the delay. Part or all of the delay may be attributable to the conduct of the applicant or a third party over whom the government had no control. Thus, each case must be determined on a case-by-case basis, and with the exception of Mr. Liang, I make no finding save that in respect of the remaining pre-C-50 applicants, a *prima facie* case of delay has been established and the Ministerial Instructions, in light of section 120 of the *Budget Implementation Act, 2008*, above, do not constitute a satisfactory justification for that delay.

Application des principes ci-dessus à la demande Liang (antérieure au C-50)

[46] Comme la Cour l'a mentionné plus haut, la demande de M. Liang est en cours depuis 2007, et il est en attente de décision définitive depuis sa décision favorable de sélection en 2010. Il s'agit, *prima facie*, d'un délai plus long que ce que la nature du processus exige. Les instructions ministérielles ne peuvent pas justifier le délai, puisqu'elles ne sont applicables ni à la demande de M. Liang ni aux autres demandes antérieures au C-50. Il n'y a aucune indication que M. Liang soit de quelque façon que ce soit responsable du retard.

[47] En outre, la Cour n'est pas convaincue par l'argument du ministre selon lequel M. Liang avait un recours subsidiaire adéquat. Le ministre allègue que M. Liang aurait pu présenter sa demande dans le cadre des IM1, et que sa demande aurait donc été traitée plus vite. Le ministre souligne qu'un demandeur pourrait présenter deux demandes concurrentes, une demande antérieure au C-50 et une demande IM1 subséquente.

[48] L'allégation du ministre n'est pas étayée par la preuve. La directive de politique opérationnelle, en vigueur à l'époque, indique que le ministère ne savait pas quelle voie serait la plus rapide. Le fait de présenter une demande TQF dans le cadre des IM1 aurait pu être une option offerte à M. Liang, mais elle n'aurait pas été adéquate.

[49] Par conséquent, la Cour conclut que M. Liang a droit à une ordonnance de *mandamus*. En ce qui a trait aux autres 670 demandeurs antérieurs au C-50, la Cour ne dispose pas d'éléments de preuve relatifs aux facteurs particuliers à chaque demande qui pourraient entrer en ligne de compte pour le retard. Une partie ou la totalité du retard pourrait être attribuable au comportement du demandeur ou à une tierce partie sur laquelle le gouvernement n'a aucun contrôle. Ainsi, chaque cause doit être tranchée au cas par cas, et à l'exception de M. Liang, la Cour ne tire aucune conclusion, sauf quant au fait que pour le reste des demandeurs antérieurs au C-50, un cas *prima facie* de délai a été établi, et les instructions ministérielles, vu l'article 120 de la *Loi d'exécution du budget de 2008*, précitée, ne constituent pas une justification satisfaisante pour ce retard.

Ms. Gurung's application (MI1)

[50] I find that it is not necessary to apply the above framework to Ms. Gurung's application, because she has individual circumstances that would make the granting of *mandamus* of no practical value or effect. Ms. Gurung was sent a letter informing her that she may be inadmissible for misrepresentation, due to the issues regarding her language test results. She was given an opportunity to respond to this issue, and based on her response, her application may be refused or may continue to be processed. Either way, the evidence before the Court is that her application is currently being actively processed and there is thus no purpose to be served by an order for *mandamus*.

[51] The same obviously cannot be said for all the MI1 applicants. As with the pre-C-50 applicants, each case will turn on its own individual facts. In light of the fact that this is a representative case, and that the parties evidently expect some guidance on how to address the remaining MI1 applications, the Court makes the following findings: the Minister established a policy pursuant to the MI1 whereby those applications would be prioritized and would be processed within 6–12 months, and therefore the delay (ranging from 24–52 months) has *prima facie* been longer than that which might reasonably be expected to arise.

[52] Furthermore, the Minister's authority to set policy is not, in these circumstances itself a satisfactory justification for the delay—as already discussed, to accept that proposition would amount to accepting that the Minister no longer has any duty to process the MI1 applications in a reasonably timely manner. Finally, and conclusively, MI2 expressly provides [in the Overview] that the MI1 applications “shall continue to be considered for processing having regard to the first set of Ministerial Instructions.” Thus the scope of the Minister's authority to set priorities does not arise in this case. The Minister set priorities, both in relation to the pre-C-50 and MI1 applications, and it is against the

La demande de M^{me} Gurung (IM1)

[50] La Cour conclut qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer le cadre défini ci-dessus à la demande de M^{me} Gurung, parce qu'elle est dans une situation particulière, selon laquelle, l'octroi d'une ordonnance de *mandamus* n'aurait aucun effet ni aucune valeur pratique. M^{me} Gurung a reçu une lettre selon laquelle elle pourrait être interdite de territoire pour fausses déclarations, en raison de questions que posaient les résultats à son test de langue. On lui a donné l'occasion de répondre aux questions, et sur la base de sa réponse, sa demande pouvait être refusée ou le traitement de sa demande pouvait continuer. Quel qu'en soit le cas, selon les éléments de preuve dont la Cour dispose en ce moment, la demande de M^{me} Gurung est traitée de façon active, il n'y a donc pas lieu de rendre une ordonnance de *mandamus*.

[51] Il va de soi qu'on ne peut pas dire la même chose de tous les demandeurs assujettis aux IM1. Comme pour les demandeurs antérieurs au C-50, chaque cause sera tranchée au cas par cas. Vu le fait que la présente affaire est une cause type, et que les parties, de toute évidence, s'attendent à être guidées sur la façon dont le reste des demandes IM1 seront réglées, la Cour conclut ce qui suit : conformément aux IM1, le ministre a adopté une politique selon laquelle les demandes présentées dans le cadre des IM1 se verraient accorder une priorité de traitement, et seraient traitées dans un délai de 6 à 12 mois, par conséquent, le délai (qui va de 24 à 52 mois) est, *prima facie*, plus long que le délai auquel on se serait raisonnablement attendu.

[52] En outre, vu la situation, le pouvoir du ministre d'adopter des politiques n'est pas en lui-même, une explication satisfaisante pour le délai; comme la Cour l'a déjà mentionné, si elle faisait droit à une telle allégation, cela reviendrait à dire que le ministre n'a plus aucune obligation de traiter les demandes IM1 dans un délai raisonnable. En définitive, les IM2 prévoient [dans l'aperçu] expressément que les demandes IM1 « doivent toujours être considérées aux fins de traitement selon la première série d'instructions ministérielles ». Ainsi, le champ d'application du pouvoir du ministre d'établir des priorités n'est pas soulevé dans la présente affaire. Le ministre établit des priorités, tant en ce qui a trait aux

priorities established by the Minister that the question of delay was assessed.

Do the applicants have a legitimate expectation that their applications would be processed on a first-in, first-out basis?

[53] The applicants argue that they have a legitimate expectation to have their applications processed on a first-in/first-out (FIFO) basis. The Minister submits that there is nothing in the IRPA or case law to support a requirement of FIFO processing as a matter of procedural fairness. I agree. The doctrine of legitimate expectation is intended to ensure that if a decision maker makes representations that a certain procedure will be followed, it is in fact followed. This does not, in my view, include the order in which applications are processed, and the applicants have not presented any evidence or argument to persuade me otherwise.

[54] As a practical matter, an obligation to assess FSW applications on a FIFO basis would be unworkable. As indicated in the evidence of J. McNamee, applications proceed at different speeds depending, in part, on the workload pressures at each visa post, but also for reasons over which the applicant and not the government has control. If FIFO processing were required, many questions would arise. Would priority be assessed by country of origin, type of occupation, or receipt at the Central Intake Office? Would applications that are completed diligently by the applicant have to await processing while problems with other incomplete applications are resolved, because they were submitted first? Imposing a strict FIFO requirement on a complex system such as this would undoubtedly result in further delay and confusion in an already over-burdened process.

[55] The applicants also argue that they have a legitimate expectation to have their applications processed

demandes antérieurs au C-50, qu'en ce qui a trait aux demandes IM1, et la question du délai a été examinée eu égard aux priorités établies par le ministre.

Les demandeurs avaient-ils une attente raisonnable selon laquelle leurs demandes seraient traitées sur la base du premier arrivé premier servi?

[53] Les demandeurs allèguent qu'ils s'attendaient légitimement à ce que leurs demandes soient traitées sur la base de la règle du premier arrivé premier servi (PAPS). Le ministre soutient que rien dans la LIPR ni dans la jurisprudence ne permet d'appuyer l'exigence d'un traitement sur la base du PAPS, comme étant une question d'équité procédurale. La Cour est d'accord. La doctrine de l'attente légitime a pour but de s'assurer que, si un décideur présente des observations selon lesquelles une procédure précise sera suivie, dans les faits, elle est suivie. Selon la Cour, cela ne comprend pas l'ordre suivant lequel les demandes sont traitées, et les demandeurs n'ont présenté aucune preuve ni aucun argument pour convaincre la Cour du contraire.

[54] Dans la pratique, une obligation de traiter les demandes TQF, sur la base du PAPS, ne fonctionnerait pas. Comme la preuve présentée par J. McNamee l'indique, les demandes sont traitées à une vitesse différente, en partie en fonction du volume de travail à chaque point d'entrée, mais aussi pour des raisons pour lesquelles le demandeur a une emprise, et non pas le gouvernement. Si un traitement sur la base du PAPS était exigé, cela soulèverait plusieurs questions. La priorité serait-elle déterminée selon le pays d'origine, selon le type d'emploi ou bien, selon l'accusé de réception au Bureau de réception centralisée? Les demandes remplies de façon diligente par le demandeur devraient-elles attendre leur traitement pendant que les difficultés relatives aux demandes incomplètes sont résolues, parce que ces dernières ont été présentées en premier? L'instauration d'un strict traitement sur la base du PAPS, dans un système complexe comme le système actuel entraînera indubitablement d'autres retards, et de la confusion dans un processus qui est déjà surchargé.

[55] Les demandeurs allèguent aussi qu'ils avaient une attente légitime selon laquelle leurs demandes seraient

based on the selection criteria in place when their applications were submitted. The applicants appear to want the Court to pre-emptively prevent the Minister to decide in the future to change the substantive basis on which the applications will be considered. However, there is absolutely no evidence that the Minister will begin applying the new criteria retrospectively. On the contrary, the Minister has made it clear that all applications are to be processed in accordance with the criteria in place at the time the applications were submitted. Thus, there is no evidentiary foundation on which this argument can be based.

Costs

[56] Rule 22 [as am. by SOR/2002-232, s. 11] of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [as am. by SOR/2005-339, s. 1], provides that, save the existence of special reasons, no costs should be awarded in an application for judicial review arising under the IRPA. While there is some precedent for an award of costs if the Minister has been found to have unreasonably delayed processing an applicant's application (*Shapovalov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 753, 36 Admin. L.R. (4th) 163), I do not find a cost award to be justified in this case.

[57] I note that the mere finding that *mandamus* is warranted is, in and of itself, insufficient to award costs: *Subaharan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1228, 76 Imm. L.R. (3d) 16. Similarly, the importance of the issue at bar is not, in and of itself, a special reason: *Ndungu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 208, 423 N.R. 228.

[58] I also note that there were additional affidavits and interrogatories in this case. Although those are steps contemplated by the Rules, little of the information sought by the applicants was of any relevance to the disposition of this application, a point evinced by the fact that the Court was not directed to much of the evidence. Furthermore, the applicants adduced many

traitées sur la base de critères de sélection en vigueur lorsqu'ils ont présenté leurs demandes. Il appert que les demandeurs veulent que la Cour empêche, de façon préventive, le ministre de décider à l'avenir de changer la base fondamentale sur laquelle les demandes seront examinées. Toutefois, il n'y a absolument aucune preuve que le ministre appliquerait rétroactivement les nouveaux critères. Au contraire, le ministre a clairement déclaré que toutes les demandes devaient être traitées conformément aux critères en vigueur au moment où les demandes étaient présentées. Ainsi, il n'y a aucun fondement probant sur lequel une telle allégation peut être basée.

Dépens

[56] La règle 22 [mod. par DORS/2002-232, art. 11] des *Règles des cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [mod. par DORS/2005-339, art. 1], prévoit que, sauf pour des raisons spéciales, la demande de contrôle judiciaire ne donne pas lieu à des dépens en vertu de la LIPR. Bien qu'il existe des précédents pour l'adjudication de dépens, si la Cour conclut que le ministre a mis un délai déraisonnable pour le traitement de la demande d'un demandeur : *Shapovalov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 753, la Cour conclut que l'adjudication de dépens n'est pas justifiée dans la présente affaire.

[57] La Cour souligne que, la simple conclusion selon laquelle une ordonnance de *mandamus* est justifiée, est en soi, insuffisante pour l'adjudication de dépens : *Subaharan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1228. De façon similaire, l'importance de la question en litige ne constitue pas, en soi, une raison spéciale : *Ndungu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 208.

[58] La Cour souligne aussi qu'il y avait des affidavits et des interrogatoires supplémentaires dans la présente affaire. Bien qu'il s'agisse là d'étapes prévues par les Règles, peu des renseignements recherchés par les demandeurs étaient pertinents dans le prononcé de la décision dans la présente demande; cet aspect est manifesté par le fait que la Cour n'a pas été orientée vers

arguments that were of little assistance to the Court in these applications, and which required the respondent to expend resources to address them. In light of all these considerations, I find that special reasons to award costs do not exist in this case.

Certified Question

[59] Two questions were proposed for certification:

1. Having regard to the IRPA, and in particular the objectives at paragraphs 3(1)(a), 3(1)(c) and 3(1)(f), can the Minister prioritize applications within the federal skilled worker category?

2. Does the Federal Court have the jurisdiction to back-date its judgment and reasons in order to circumvent the effect of validly enacted legislation?

[60] I decline to certify either question. Question 1 is overly broad and lacking in context. The question is not whether the Minister can set priorities, either under his general responsibility for the management and direction of the department or under specific authority of section 87.3. As a matter of law, that is clear. What was in issue was whether, having set priorities, and clearly indicated how they would be applied, the delays were reasonable.

[61] Thus, the proposed question is not grounded in the legal issues in these applications, and is not and could not be determinative of them.

[62] Question 2 was proposed in response to a request by the applicants that the Court issue its decision *nunc pro tunc*. The Court's authority to do so is not in doubt. Here, however, no such order is warranted or being made. The proposed question is thus academic. It is also

beaucoup d'éléments de preuve. En outre, les demandeurs ont avancé beaucoup d'allégations qui ont peu aidé la Cour dans les présentes demandes, et leurs allégations ont amené le défendeur à avoir recours à des ressources supplémentaires pour y répondre. Vu tous les facteurs présents en l'espèce, la Cour conclut qu'il n'existe pas de raisons spéciales pour l'adjudication de dépens dans la présente affaire.

Question certifiée

[59] Deux questions ont été proposées pour certification :

1. Compte tenu de la LIPR, et en particulier des objectifs énoncés aux alinéas 3(1)a), c) et f), le ministre peut-il établir des priorités quant aux demandes dans la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés?

2. La Cour fédérale a-t-elle la compétence pour antidater ses jugements, et ses motifs dans le but de contrecarrer les effets de dispositions légales valablement adoptées?

[60] La Cour refuse de certifier l'une ou l'autre de ces questions. La première question est trop large et elle manque de contexte. La question n'est pas de savoir si le ministre peut établir des priorités, que ce soit en application de sa responsabilité générale de gestion et d'administration du ministère ou en application d'une compétence spéciale selon l'article 87.3. Cela ressort clairement en droit. La question qui se posait était de savoir si, une fois que les priorités ont été établies, et que leur application était clairement indiquée, les délais étaient raisonnables.

[61] Ainsi, la question proposée n'est pas juridiquement fondée, dans les questions juridiques des présentes demandes, et elle ne saurait être déterminante de la cause.

[62] La seconde question était proposée en réponse à une demande présentée par les demandeurs selon laquelle la Cour devait rendre sa décision de façon rétroactive. La compétence de la Cour en la matière est indéniable. Toutefois, dans la présente affaire, une telle ordonnance

vague and otherwise unacceptable for certification, assuming as it does, an unproven intention to negate the effect of an undefined legislative provision.

n'est pas justifiée, et elle ne peut pas être rendue. La question proposée est donc théorique. Elle est aussi vague, et par ailleurs, non acceptable pour certification, si on suppose comme elle le fait, une intention non prouvée de nier les effets d'une disposition législative non contestée.

A-188-11
2012 FCA 207

A-188-11
2012 CAF 207

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Peter Sommerer (*Respondent*)

Peter Sommerer (*intimé*)

INDEXED AS: SOMMERER v. CANADA

RÉPERTORIÉ : SOMMERER c. CANADA

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Létourneau and Sharlow JJ.A.—Ottawa, May 9 and July 13, 2012.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais, juges Létourneau et Sharlow, J.C.A.—Ottawa, 9 mai et 13 juillet 2012.

Income Tax — Income Calculation — Capital Gains and Losses — Trusts — Appeal from Tax Court of Canada decision allowing respondent's appeal against reassessments to include in income taxable capital gains realized by private foundation on sale of corporate shares purchased from respondent — Respondent beneficiary of foundation created under statute of Austria — Appellant arguing Income Tax Act, s. 75(2) applying because possible shares or property substituted therefor might one day be redistributed to respondent as beneficiary — Parliament not intending for same capital gain to be attributed simultaneously to more than one person — Nothing in s. 75(2) contemplates such an outcome — Such double application of s. 75(2) not avoided through discretionary use thereof — S. 75(2) not applying to beneficiary transferring property to trust by means of genuine sale — Appeal dismissed.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains et pertes en capital — Fiducies — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt d'accueillir l'appel interjeté par l'intimé à l'égard des nouvelles cotisations dans lesquelles avait été incluse la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée à la suite de la vente d'actions que cette fondation avait achetées à l'intimé — L'intimé est bénéficiaire de la fondation créée sous le régime d'une loi de l'Autriche — L'appelante a fait valoir que l'art. 75(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu s'appliquait parce qu'il était possible que les actions, ou les biens qui leur étaient substitués, puissent un jour être distribués à l'intimé en tant que bénéficiaire — Le législateur ne pouvait vouloir que le même gain en capital soit imputé simultanément à plus d'une personne — Rien à l'art. 75(2) ne prévoit une telle situation — On ne peut éviter cette double application de l'art. 75(2) en procédant à une application discrétionnaire de l'art. 75(2) — L'art. 75(2) ne s'applique pas au bénéficiaire d'une fiducie qui transfère des biens à la fiducie au moyen d'une véritable vente — Appel rejeté.

Income Tax — Non-Residents — Private foundations — Tax Court of Canada allowing appeal against reassessments to include taxable capital gains realized by private foundation in income — Convention between Canada and the Republic of Austria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital (Convention), para. 5 of Art. XIII precluding Canada from taxing respondent on capital gains realized by foundation — Convention not to be interpreted on basis of premise excluding notion that Convention not intended to avoid economic double taxation.

Impôt sur le revenu — Non-résidents — Fondations privées — La Cour canadienne de l'impôt a accueilli un appel interjeté à l'égard de nouvelles cotisations, dans lesquelles avait été incluse la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée — Le par. 5 de l'art. XIII de la Convention entre le Canada et la République d'Autriche, tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (la Convention) empêchait le Canada d'imposer entre les mains de l'intimé tout gain réalisé par la fondation — La Convention ne doit pas être interprétée sur le fondement d'un principe qui écarte l'idée que la Convention vise à éviter la double imposition économique.

This was an appeal from a Tax Court of Canada (T.C.C.) decision allowing the respondent's appeal against reassessments, made pursuant to subsection 75(2) of the *Income Tax*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) d'accueillir l'appel interjeté par l'intimé à l'égard des nouvelles cotisations, établies en vertu

Act, to include in his income the taxable portion of capital gains realized by a private foundation on the sale of corporate shares it had purchased from the respondent.

The T.C.C. concluded that subsection 75(2) did not apply to the facts of this case and even if it did, paragraph 5 of Article XIII of the *Convention between Canada and the Republic of Austria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital* (Canada-Austria Income Tax Convention or Convention) precluded Canada from taxing in the hands of the respondent any gain realized by the Austrian private foundation.

The foundation was founded by the respondent's father under a statute of the Republic of Austria for the purpose of promoting the interest of the respondent named in a supplementary founding deed from the income generated by the foundation funds. Under that deed, the respondent was named as one of the ultimate beneficiaries of the foundation. The persons named in the deed as beneficiaries or ultimate beneficiaries are entitled to receive distributions of property of the foundation if they are resident in any country except Canada. As the respondent was still resident in Canada, he was not eligible to receive any distributions. On two occasions, the respondent sold shares of companies to the foundation, which then sold those shares to realize a capital gain.

The appellant argued that subsection 75(2), which operates by attributing, *inter alia*, any gain or capital loss on the disposition of trust property to the person from whom the property was received by the trust, applied because when the respondent sold his shares to the foundation, it was possible under the constating documents of the foundation that the shares or property substituted for them might one day be distributed to the respondent as a beneficiary or an ultimate beneficiary.

The main issue was whether subsection 75(2) applied in the present case.

Held, the appeal should be dismissed.

To interpret subsection 75(2) so that it could apply to a beneficiary in respect of property that the trust acquired from the beneficiary in a *bona fide* sale transaction leads to outcomes that are absurd and could not have been intended by Parliament. Under the appellant's interpretation of subsection 75(2), the same capital gain is attributed simultaneously to more than one person. Nothing in subsection 75(2) contemplates such an outcome. This double application of subsection 75(2) cannot be avoided by a discretionary use of

du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans lesquelles avait été incluse la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée à la suite de la vente d'actions que cette fondation avait achetées à l'intimé.

La C.C.I. a conclu que le paragraphe 75(2) ne s'appliquait pas aux faits de l'affaire et que, même s'il s'appliquait, le paragraphe 5 de l'article XIII de la *Convention entre le Canada et la République d'Autriche, tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* (Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu) empêchait le Canada d'imposer entre les mains de l'intimé tout gain réalisé par la fondation privée autrichienne.

La fondation a été créée par le père de l'intimé sous le régime d'une loi de la République d'Autriche dans le but de promouvoir les intérêts des personnes désignées dans la déclaration supplémentaire à l'aide du revenu généré par les fonds de la fondation. Aux termes de cette déclaration supplémentaire, l'intimé a été désigné comme l'un des bénéficiaires ultimes de la fondation. Les personnes désignées dans la déclaration supplémentaire en tant que bénéficiaires ou bénéficiaires ultimes ont le droit de recevoir des biens distribués par la fondation s'ils résident dans tout pays, autre que le Canada. Comme l'intimé résidait encore au Canada, il n'avait pas le droit de recevoir quelque distribution que ce soit. À deux reprises, l'intimé a vendu des actions d'entreprises à la fondation, qui a ensuite vendu ces actions pour en tirer un gain en capital.

L'appelante a fait valoir que le paragraphe 75(2), qui a pour effet, entre autres, d'imputer tout gain ou perte en capital réalisé lors de la disposition des biens détenus en fiducie à la personne de laquelle les biens ont été reçus en fiducie, s'appliquait parce que lorsque l'intimé a vendu ses actions à la fondation, il était possible, aux termes des actes de la fondation, que les actions, ou les biens qui leur étaient substitués, puissent un jour lui être distribués en tant que bénéficiaire ou bénéficiaire ultime.

Il s'agissait de déterminer si le paragraphe 75(2) s'appliquait en l'espèce.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Le fait d'interpréter le paragraphe 75(2) de manière à ce qu'il s'applique à un bénéficiaire relativement aux biens que la fiducie a acquis de ce bénéficiaire lors d'une opération d'achat authentique conduit à des résultats absurdes qui ne pouvaient être voulus par le législateur. Suivant l'interprétation que l'appelante a faite du paragraphe 75(2), le même gain en capital est imputé simultanément à plus d'une personne. Rien au paragraphe 75(2) ne prévoit une telle situation. On ne peut éviter cette double application du paragraphe 75(2) en

subsection 75(2), because it is not a discretionary provision. It applies automatically to every situation it describes. For the same reason, it is no answer to say that in this particular case, subsection 75(2) could never apply to the respondent's father, the "settlor" of the trust, because he is not a resident of Canada. Because subsection 75(2) applies automatically to every situation it describes, it is not acceptable to adopt one interpretation for transactions involving only residents of Canada, and a different interpretation for transactions involving residents of other countries. The appellant's proposed interpretation was wrong because it was based on the incorrect premise that subsection 75(2) can apply to a beneficiary of a trust who transfers property to the trust by means of a genuine sale. The foundation purchased shares from the respondent using money from the original endowment from the respondent's father. The respondent had not endowed the foundation with any other money or property. Therefore, subsection 75(2) cannot apply to attribute any income or gains of the foundation to the respondent.

Finally, paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention applies to preclude Canada from taxing the respondent on the capital gains realized by the foundation. The purpose of the Convention is the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion. Paragraph 5 of Article XIII speaks only to the avoidance of double taxation. A specific income tax convention must not be interpreted on the basis of a premise that excludes, from the outset, the notion that the convention is not intended to avoid economic double taxation.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 75(2) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 55), 91 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 68; 2001, c. 17, s. 68), 248(5)(a).
Private Foundation Act, Federal Law Gazette 1993/694 (Austria).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention between Canada and the Republic of Austria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Sch. II, Arts. XIII(5), XXVIII(2).

procédant à une application discrétionnaire du paragraphe, parce que cette disposition n'est pas discrétionnaire. Elle s'applique automatiquement à chaque situation qu'elle vise. Pour la même raison, il ne suffit pas d'affirmer que, dans le cas qui nous occupe, le paragraphe 75(2) ne pourrait jamais s'appliquer au père de l'intimé, le « disposant » de la fiducie, parce qu'il ne réside pas au Canada. Étant donné que le paragraphe 75(2) s'applique automatiquement à chaque situation qu'il vise, il n'est pas acceptable d'adopter une interprétation dans le cas des transactions ne visant que des personnes qui résident au Canada et de retenir une interprétation différente dans le cas des transactions mettant en présence des personnes qui résident ailleurs. L'interprétation proposée par l'appelante était erronée parce qu'elle reposait sur la fausse prémisse suivant laquelle le paragraphe 75(2) peut s'appliquer au bénéficiaire d'une fiducie qui transfère des biens à la fiducie au moyen d'une véritable vente. La fondation a acquis des actions de l'intimé en utilisant l'argent provenant de la dotation initiale du père de celui-ci. L'intimé n'avait fait dotation d'aucune autre somme d'argent ou d'aucun autre bien à la fondation. Par conséquent, le paragraphe 75(2) ne peut s'appliquer de manière à imputer les revenus ou les gains de la fondation à l'intimé.

Enfin, le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu s'applique de manière à empêcher le Canada de prélever entre les mains de l'intimé un impôt sur les gains en capital réalisés par la fondation. Les objectifs de la Convention sont d'éviter la double imposition et d'empêcher l'évasion fiscale. Le paragraphe 5 de l'article XIII ne traite que de l'évitement de la double imposition. Une convention fiscale bien précise ne doit pas être interprétée sur le fondement d'un principe qui écarte, d'entrée de jeu, l'idée que la convention vise à éviter la double imposition économique.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 75(2) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 55), 91 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 68; 2001, ch. 17, art. 68), 248(5)a).
Private Foundation Act, Federal Law Gazette 1993/694 (Autriche).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention entre le Canada et la République d'Autriche, tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, ann. II, art. XIII(5), XXVIII(2).

AUTHORS CITED

Vogel, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1997.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2011 TCC 212, 2011 DTC 1162) allowing the respondent's appeal against reassessments, made pursuant to subsection 75(2) of the *Income Tax Act*, to include in his income the taxable portion of capital gains realized by a private foundation on the sale of corporate shares it had purchased from the respondent. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Luther P. Chambers and *Martin Beaudry* for appellant.
Roger Taylor and *Daniel Sandler* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Couzin Taylor LLP, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: The respondent Peter Sommerer was assessed under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 for the years 1996 to 2000 to include in his income, pursuant to subsection 75(2) [as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 55] of the *Income Tax Act*, the taxable portion of capital gains realized by an Austrian private foundation on the sale of corporate shares it had purchased from Mr. Sommerer. An appeal by Mr. Sommerer to the Tax Court of Canada was successful (2011 TCC 212, 2011 DTC 1162). Justice Campbell Miller concluded that subsection 75(2) of the *Income Tax Act* did not apply to the facts of this case and even if it did, paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention [*Convention between Canada and the Republic of Austria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion*

DOCTRINE CITÉE

Vogel, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3^e éd. La Haye : Kluwer Law International, 1997.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2011 CCI 212) d'accueillir l'appel interjeté par l'intimé à l'égard des nouvelles cotisations, établies en vertu du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans lesquelles avait été incluse la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée à la suite de la vente d'actions que cette fondation avait achetées à l'intimé. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Luther P. Chambers et *Martin Beaudry* pour l'appelante.
Roger Taylor et *Daniel Sandler* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Couzin Taylor, s.r.l., Ottawa, pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : L'intimé Peter Sommerer a fait l'objet, pour les années 1996 à 2000, de cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, dans lesquelles le ministre a inclus dans son revenu, en vertu du paragraphe 75(2) [mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 55] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la partie imposable des gains en capital réalisés par une fondation privée autrichienne à la suite de la vente d'actions que cette fondation avait achetées à M. Sommerer. M. Sommerer a obtenu gain de cause lors de l'appel qu'il avait interjeté devant la Cour canadienne de l'impôt (2011 CCI 212). Le juge Campbell Miller a conclu que le paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquait pas aux faits de l'affaire et que, même s'il s'appliquait, le paragraphe 5 de l'article XIII de la

with Respect to Taxes on Income and on Capital], S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Schedule II, precludes Canada from taxing in the hands of Mr. Sommerer any gain realized by the Austrian private foundation. The Crown has appealed that judgment. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

Background

[2] This case arises from certain transactions in the years 1996 to 1998 involving Peter Sommerer and the Sommerer *Privatstiftung* (the “Sommerer Private Foundation”), a private foundation established by Peter’s father, Herbert Sommerer, on October 3, 1996 under a statute of the Republic of Austria entitled “*Privatstiftungsgesetz*” (the “Austrian *Private Foundation Act*” [Federal Law Gazette 1993/694]).

[3] In lengthy and cogent reasons, Justice Miller resolved a number of factual and legal issues that are no longer in dispute between the parties. The facts that are relevant to the issues in this appeal are few and are set out below under the heading “Facts”. The facts are best understood in light of the relevant Austrian law, summarized in the next section.

Austrian private foundations

[4] The record contains a copy of the Austrian *Private Foundation Act* as enacted in German, and an English translation. The English translation is appended to Justice Miller’s reasons. Two witnesses, Dr. Hellwig Torggler and Dr. Willibald Plesser, gave evidence about the law of Austria relating to the Austrian *Private Foundation Act*. They agree on the principles of Austrian law that I consider relevant to this appeal.

Convention Canada-Autriche en matière d’impôt sur le revenu [*Convention entre le Canada et la République d’Autriche, tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*], S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, annexe II, empêchait le Canada d’imposer entre les mains de M. Sommerer tout gain réalisé par la fondation privée autrichienne. La Couronne interjette appel de ce jugement. Pour les motifs qui suivent, je rejetterais l’appel.

Contexte

[2] Le présent appel découle de certaines transactions conclues en 1996, 1997 et 1998 entre Peter Sommerer et la Sommerer *Privatstiftung* (la « Fondation privée Sommerer »), une fondation privée créée par le père de Peter, Herbert Sommerer, le 3 octobre 1996, sous le régime d’une loi de la République d’Autriche intitulée « *Privatstiftungsgesetz* » (Loi sur les fondations privées [*Private Foundation Act*, Federal Law Gazette 1993/694]).

[3] Dans les motifs fouillés et solides qu’il a rédigés, le juge Miller a tranché plusieurs questions de fait et de droit qui ne sont plus en litige entre les parties. Les faits qui se rapportent aux questions en litige dans le présent appel sont peu nombreux et sont énoncés plus loin sous la rubrique « Les faits ». Pour mieux comprendre les faits, il convient d’examiner les dispositions légales autrichiennes applicables, qui sont résumées dans la section suivante.

Les fondations privées autrichiennes

[4] On trouve au dossier une copie de la Loi sur les fondations privées autrichienne dans sa version originale allemande et une traduction anglaise. Une traduction française a été jointe aux motifs du juge Miller. Deux témoins, MM. Hellwig Torggler et Willibald Plesser, ont été entendus au sujet des règles de droit autrichiennes relatives à la Loi sur les fondations privées. Ils s’entendent sur les principes du droit autrichien que j’estime applicables dans le présent appel.

[5] A private foundation is created under the Austrian *Private Foundation Act* by a “*Stifter*” (translated as “founder”). There may be more than one founder. However, a person cannot become a founder by contributing to an existing private foundation.

[6] A private foundation is established when a founding deed is accepted for filing in the Austrian Register of Corporations. The founding deed must be executed by the founder or founders, it must be notarized, and it must contain the information required by the Austrian *Private Foundation Act*. Among the required information is proof that the founder or founders have endowed the private foundation with money in at least the amount required by the Austrian *Private Foundation Act*. In 1996, the required endowment was 1 000 000 Austrian schillings, then equal to approximately \$126 000. The required information also includes the name and address of the founder or founders, the name of the private foundation, its purpose, its intended duration, and the address of its head office, which must be in Austria.

[7] An Austrian private foundation is a juridical person, in the same category in Austrian law as a corporation. It has its own legal personality and the legal capacity to own property in its own right, which it holds and manages for the purposes stated in its constating documents.

[8] A private foundation may be established for any lawful purpose, including a charitable purpose or any purpose for the benefit of the public at large, or it may be established for the purpose of benefitting designated persons, such as the members of a family. Generally, a private foundation may engage in investment activities that are consistent with its purposes, but it may not engage in commercial activities other than as a secondary activity, assume the management of a commercial corporation, or be registered as the personally liable shareholder of a partnership or an incorporated commercial company.

[9] A private foundation must have a “*Stiftungsvorstand*” (translated sometimes as “board of

[5] Une fondation privée est créée aux termes de la Loi sur les fondations privées de l’Autriche par un « *Stifter* » (un « fondateur »). Il peut y avoir plusieurs fondateurs. Une personne ne peut toutefois devenir le fondateur d’une fondation privée déjà existante en lui affectant des actifs.

[6] Il y a constitution d’une fondation privée lorsque la déclaration constitutive est inscrite au registre des sociétés autrichien. La déclaration constitutive doit être signée par le ou les fondateurs, elle doit être passée devant notaire et elle doit renfermer les renseignements exigés par la Loi sur les fondations privées. L’un des renseignements exigés est la preuve que le ou les fondateurs ont fait à la fondation privée une dotation correspondant au montant minimal exigé par la Loi sur les fondations privées. En 1996, ce montant était d’un million de schillings autrichiens, ce qui équivalait à l’époque à environ 126 000 \$. Les renseignements exigés comprennent également le nom et l’adresse du fondateur ou des fondateurs, le nom de la fondation privée, son objet, sa durée prévue et son siège social, lequel doit se trouver en Autriche.

[7] Une fondation privée autrichienne est une personne juridique qui, en droit autrichien, fait partie de la même catégorie que les sociétés. Elle est dotée de sa propre personnalité juridique et elle peut posséder des biens, qu’elle détient et gère conformément aux objets énoncés dans ses actes.

[8] Une fondation privée peut être créée pour tout objet licite, y compris un objet caritatif ou tout autre objet au profit du grand public, ou elle peut être créée au profit de personnes désignées, comme les membres d’une famille. En général, une fondation privée peut se livrer à des activités de placement compatibles avec ses objets, mais il lui est interdit d’exercer des activités commerciales autres que de simples activités secondaires, d’assumer la gestion d’une société commerciale ou d’être inscrite à titre d’actionnaire assumant une responsabilité personnelle à l’égard d’une société de personnes ou d’une société commerciale constituée en personne morale.

[9] Une fondation privée doit avoir un « *Stiftungsvorstand* » (un « conseil exécutif » ou un

directors” and sometimes as “executive board”—in these reasons I use the term “board”). The board is responsible for conducting the affairs of the private foundation. Each member of the board must perform his or her responsibilities frugally and with the prudence of a conscientious manager.

[10] There must be at least three members of the board of a private foundation. The initial board is appointed by the founder or founders. Their successors are named as specified in the founding deed or a supplementary deed. A beneficiary, the spouse of a beneficiary, or a person related to a beneficiary within a specified degree cannot be a member of the board, and neither can any corporation. Two of the members of the board must have permanent residence in Austria.

[11] A private foundation, except one established for the benefit of the public at large, must have at least one “*Begünstigter*”, a person to whom the property of the private foundation may be distributed at the discretion of the board subject to the terms of the founding deed of the private foundation or a supplementary deed. The founding deed must either designate that person (or persons), or stipulate how and by whom they will be designated. The word “*Begünstigter*” is translated as “beneficiary”, but since the law of Austria does not recognize common law trusts, it should not be inferred that a “*Begünstigter*”, as such, necessarily has all the legal rights of the beneficiary of a common law trust.

[12] The founding deed may permit the designation of a beneficiary or beneficiaries in a supplementary deed executed by the founder or founders, or it may permit the designation of a beneficiary or beneficiaries by a “*Stelle*” (an organ of the private foundation created by the founder or founders for that purpose), failing which the board may designate the beneficiary or beneficiaries. A supplementary deed is a separate notarized document that is not necessarily required to be filed with the Austrian Register of Corporations. If a supplementary

« conseil d’administration »; dans les présents motifs, j’emploie le terme « conseil d’administration »). Le conseil d’administration est chargé de gérer la fondation privée. Les membres du conseil d’administration exercent leurs fonctions à moindres frais et avec autant de prudence que celle dont ferait preuve un gestionnaire consciencieux.

[10] Le conseil d’administration d’une fondation privée est composé d’au moins trois membres. Les membres du conseil d’administration initial sont nommés par le fondateur ou les fondateurs. Leurs successeurs sont désignés selon ce qui est précisé dans la déclaration constitutive ou une déclaration supplémentaire. Les bénéficiaires, leur époux ou épouse et les personnes liées à un bénéficiaire jusqu’à un degré de parenté déterminé ne peuvent être membres du conseil d’administration et les personnes morales ne peuvent pas en être membres. Deux des membres du conseil d’administration doivent avoir leur résidence permanente en Autriche.

[11] À l’exception de celles qui sont constituées au profit du grand public, les fondations privées doivent avoir au moins un « *Begünstigter* », c’est-à-dire une personne à qui les biens de la fondation privée peuvent être distribués à la discrétion du conseil d’administration, sous réserve de la déclaration constitutive de la fondation privée ou de toute déclaration supplémentaire. La déclaration constitutive doit désigner cette personne (ou ces personnes) ou préciser comment et par qui ces personnes seront désignées. Le terme « *Begünstigter* » se rend par « bénéficiaire », mais comme le droit autrichien ne reconnaît pas les fiducies de common law, on ne doit pas en conclure que le « *Begünstigter* » possède nécessairement tous les droits reconnus par la loi au bénéficiaire d’une fiducie de common law.

[12] La déclaration constitutive peut permettre la désignation d’un bénéficiaire ou de plusieurs bénéficiaires dans une déclaration supplémentaire signée par le fondateur ou les fondateurs ou encore permettre la désignation du bénéficiaire ou des bénéficiaires par un « *Stelle* » (un organe de la fondation privée créé par le fondateur ou les fondateurs à cette fin), à défaut de quoi le conseil d’administration peut désigner le ou les bénéficiaires. La déclaration supplémentaire est un document notarié distinct, qu’il n’est pas nécessaire de déposer au

deed is not required to be filed, its contents do not become publicly available information.

[13] The founding deed or a supplementary deed may also name a “*Letzbegünstigter*” (translated as “ultimate beneficiary”). An ultimate beneficiary is a person who is entitled to receive the property of the private foundation upon its revocation or dissolution, after the creditors of the private foundation have been satisfied. There may be more than one ultimate beneficiary. If a private foundation is dissolved and no ultimate beneficiary has been named, the assets of the private foundation become the property of the Republic of Austria.

[14] A private foundation must have a “*Stiftungsprüfer*” (translated as “auditor”). It may, and in some circumstances must, have an “*Aufsichtsrat*” (translated as “supervisory board”). It may also have other organs established for specified purposes, including a “*Beirat*” (translated as “advisory board”) to advise the board. However, an advisory board cannot replace the board or exercise any of its functions. The existence of an advisory board does not relieve the board of its legal obligation to manage the affairs of the private foundation in accordance with its stated purposes, or affect the legal standard of care imposed on members of the board.

[15] The dissolution of an Austrian private foundation may occur in a number of ways, including upon a resolution of the board, but not by a resolution of any other organ or the beneficiaries. There are circumstances in which the board must pass a dissolution resolution. If the right of revocation has been reserved by the founder or founders, the board must pass a dissolution resolution upon receiving notice of the revocation. The board must pass a dissolution resolution upon the achievement of the private foundation’s purposes, upon a determination that its purposes are no longer achievable, upon the occurrence of an event that is stipulated in the founding deed to require dissolution or, in the case of a private foundation established for a fixed term, upon the expiry of the term. In the case of a non-charitable private

registre des sociétés autrichien. S’il n’est pas nécessaire de déposer la déclaration supplémentaire, le grand public n’a pas accès à son contenu.

[13] La déclaration constitutive ou la déclaration supplémentaire peut également désigner un « *Letzbegünstigter* » (un « bénéficiaire ultime »). Le bénéficiaire ultime est la personne qui a le droit de recevoir les biens de la fondation privée lors de sa révocation ou de sa dissolution, une fois que les créanciers de la fondation privée ont été désintéressés. Il peut y avoir plusieurs bénéficiaires ultimes. Si la fondation privée est dissoute et qu’aucun bénéficiaire ultime n’a été désigné, les biens de la fondation privée sont dévolus à la République d’Autriche.

[14] Toute fondation privée doit avoir un « *Stiftungsprüfer* » (un « vérificateur »). Elle peut également avoir un « *Aufsichtsrat* » (un « conseil de supervision »); dans certaines circonstances, elle doit avoir un conseil de supervision. Elle peut également avoir d’autres organes établis à des fins précises, y compris un « *Beirat* » (un « conseil consultatif ») chargé de conseiller le conseil d’administration. Le conseil consultatif ne peut toutefois remplacer le conseil d’administration ni exercer ses fonctions. L’existence d’un conseil consultatif ne libère pas le conseil d’administration de son obligation légale de gérer la fondation privée conformément à son objet et elle n’a aucune incidence sur la norme de prudence que la loi impose aux membres du conseil d’administration.

[15] La dissolution d’une fondation privée autrichienne peut se produire de diverses façons, notamment sur résolution du conseil d’administration, mais non sur résolution de tout autre organe ou des bénéficiaires. Dans certaines circonstances, le conseil d’administration doit adopter une résolution de dissolution. Si le ou les fondateurs se sont réservé le droit de révocation, le conseil d’administration doit adopter une résolution de dissolution à la réception d’une révocation. Le conseil d’administration doit adopter une résolution de dissolution lorsque l’objet de la fondation privée a été atteint ou ne peut plus être atteint, lorsque se produit une situation qui, selon la déclaration constitutive, entraîne la dissolution de la fondation privée, ou, dans le cas où la fondation privée a été créée pour une durée déterminée,

foundation whose major purpose is for the benefit of individuals, a dissolution resolution must be passed when the private foundation has lasted for 100 years, unless all ultimate beneficiaries resolve unanimously that it should continue for another period not exceeding 100 years at a time.

[16] The founding deed of a private foundation may be amended by the founder or founders only if that right has been reserved. If an amendment is required but cannot be made because no such right has been reserved, or because the founder or founders are unable to act, the board may make any amendments necessary to achieve the purpose of the private foundation, subject to the approval of the court. An amendment to the founding deed is made by a supplementary deed, and becomes effective only when the supplementary deed is accepted for filing in the Austrian Register of Corporations.

[17] A beneficiary or an ultimate beneficiary, as such, has no right to exercise any authority vested in the board, or to manage or have a say in the management of the private foundation's affairs or in the exercise of any discretion as to the distribution of property to the beneficiaries. The legal rights of a beneficiary or ultimate beneficiary are limited to obtaining information about the affairs of the private foundation, and asking the court to take steps to ensure that the terms of the founding deed and any supplementary deeds are respected. As well, each beneficiary and ultimate beneficiary has a specific statutory right to apply to the court for dissolution of the private foundation if an event has occurred that makes dissolution mandatory and the board has not passed a dissolution resolution, or if the board has passed a dissolution resolution when no event requiring dissolution has occurred.

[18] In this appeal, the Austrian tax treatment of a private foundation is not relevant, but as it is mentioned by Justice Miller in his reasons, I will summarize the evidence presented on that point. An Austrian private

à l'expiration de ce délai. Dans le cas d'une fondation privée à but non caritatif dont le principal objet est établi au profit de particuliers, une résolution de dissolution doit être adoptée lorsque cette fondation dure depuis plus de 100 ans, à moins que les bénéficiaires ultimes ne résolvent à l'unanimité que la fondation doit être prorogée pour une période additionnelle d'au plus 100 ans.

[16] Le fondateur ou les fondateurs peuvent modifier la déclaration constitutive de la fondation uniquement s'ils l'avaient établie sous réserve de modifications. S'il faut modifier la déclaration constitutive, mais qu'il est impossible de le faire parce que la déclaration n'a pas été établie sous réserve de modifications, ou parce que les fondateurs ne sont pas en mesure d'agir, le conseil d'administration peut, aux fins de la réalisation de l'objet de la fondation, modifier la déclaration; le tribunal doit approuver la modification. Toute modification de la déclaration constitutive se fait au moyen d'une déclaration supplémentaire, et la modification ne prend effet que lorsque le registre des sociétés autrichien accepte le dépôt de la déclaration supplémentaire.

[17] Le bénéficiaire ou le bénéficiaire ultime n'a, à ce titre, aucun droit d'exercer les pouvoirs du conseil d'administration, ou de gérer la fondation privée ou de participer à sa gestion, notamment lors de la distribution discrétionnaire des actifs aux bénéficiaires. Les droits que la loi reconnaît au bénéficiaire ou au bénéficiaire ultime se limitent au droit d'obtenir des renseignements au sujet des activités de la fondation privée et de demander au tribunal de prendre des mesures pour assurer le respect des modalités de la déclaration constitutive et de toute déclaration supplémentaire. De plus, chaque bénéficiaire ou bénéficiaire ultime a, en vertu de la loi, le droit de s'adresser au tribunal pour obtenir la dissolution de la fondation privée s'il survient un événement qui rend la dissolution obligatoire et que le conseil d'administration n'a pas adopté de résolution de dissolution, ou s'il a adopté une résolution de dissolution alors qu'aucune situation emportant dissolution ne s'est produite.

[18] Dans le présent appel, le traitement fiscal des fondations privées en droit autrichien n'est pas pertinent, mais, puisque le juge Miller l'a mentionné dans ses motifs, je résumerai les éléments de preuve présentés sur

foundation generally is subject to the same income tax law as other Austrian corporations, but it may be exempted from Austrian income tax if it files certain information with the tax authorities, including a supplementary deed naming the beneficiaries. However, a private foundation is not exempt from Austrian income tax on “*Spekulationsgeschäfte*” (translated as “speculative transactions”), including a gain on the sale of corporate securities within one year of its acquisition, or a gain on the sale of real property within ten years of its acquisition. Thus, a private foundation can and is intended to provide limited shelter from Austrian income tax with respect to income from the use or disposition of its property. Generally, a distribution of the property of a private foundation is subject to Austrian income tax in the hands of the beneficiary who receives it, unless the beneficiary is entitled to an exemption (for example, under an international income tax convention). The private foundation may be obliged to withhold tax from the distribution and remit it to the tax authorities to be applied against the tax liability of the beneficiary.

Facts

[19] At all times material to this appeal, Peter Sommerer was resident in Canada. It is not alleged that he was resident in Austria or in any other country during the relevant period.

[20] Herbert Sommerer, the father of Peter Sommerer, executed the founding deed of the Sommerer Private Foundation on October 3, 1996. On the same date, he endowed the Sommerer Private Foundation with 1 000 000 Austrian schillings. The founding deed was registered with the Austrian Register of Corporations. The founding deed names three individuals unrelated to the Sommerer family as the initial members of the board.

cette question. En règle générale, les fondations privées autrichiennes sont assujetties aux mêmes lois fiscales que les autres personnes morales autrichiennes, mais peuvent être exonérées de l’impôt sur le revenu autrichien si elles produisent auprès des autorités fiscales certains renseignements, dont une déclaration supplémentaire désignant les bénéficiaires. Les fondations privées ne sont toutefois pas exonérées de l’impôt sur le revenu autrichien en ce qui concerne les « *Spekulationsgeschäfte* » (les « opérations spéculatives »), notamment sur les gains réalisés lors de la vente de valeurs mobilières de sociétés dans l’année de leur acquisition ou sur le gain réalisé lors de la vente d’un immeuble dans les 10 années de son acquisition. Ainsi, une fondation privée peut et est censée accorder un abri partiel de l’impôt sur le revenu autrichien en ce qui concerne les revenus tirés de l’utilisation ou de l’aliénation de ses biens. En règle générale, la distribution des biens d’une fondation privée est assujettie à l’impôt sur le revenu autrichien entre les mains du bénéficiaire qui les reçoit, à moins que ce bénéficiaire n’ait droit à une exemption (p. ex., en vertu d’une convention fiscale internationale). La fondation privée peut être obligée de retenir l’impôt lors de la distribution et de remettre le montant au fisc, qui l’appliquera à la dette fiscale du bénéficiaire.

Les faits

[19] À toute l’époque en cause dans le présent appel, Peter Sommerer résidait au Canada. Il n’est pas allégué qu’il résidait en Autriche ou dans un autre pays au cours de la période en cause.

[20] Herbert Sommerer, le père de Peter Sommerer, a signé la déclaration constitutive de la Fondation privée Sommerer le 3 octobre 1996. Le même jour, il a fait à la fondation privée une dotation qui s’élevait à un million de schillings autrichiens. La déclaration constitutive a été inscrite au registre des sociétés autrichien. Elle désigne trois particuliers qui n’ont aucun lien de parenté avec la famille Sommerer comme membres initiaux du conseil d’administration.

[21] The purpose of the Sommerer Private Foundation as set out in its founding deed is as follows (translated from German):

The purpose of the foundation is to promote the interests of those individuals indicated in the supplementary deed from the income generated by the foundation funds.

Engaging in investment activities, in particular the purchase of shares on credit, is also in line with this purpose.

Beneficiaries and those who may become beneficiaries based on the purpose of the foundation have no legal claim to grants from the foundation.

[22] On October 4, 1996, Herbert Sommerer executed the supplementary deed referred to in the first paragraph quoted above. The beneficiaries are named in section 2 of that supplementary deed. It reads as follows (translated from German):

The beneficiaries are Mr. Peter Sommerer, his wife, Mrs. Dawn Elizabeth Sommerer, as well as the children from their marriage, but only as of their eighteenth birthday and, in the event of their death, their offspring, provided they are resident in Austria.

[23] Dr. Torggler interpreted this provision to mean that the named persons are only potential beneficiaries unless and until they become resident in Austria. Dr. Plessner agreed. Justice Miller also agreed, and his conclusion on this point is not challenged in this appeal. Thus, the fact that Peter Sommerer was resident in Canada in October of 1996 means that he was not then eligible to receive a distribution as beneficiary, but he could become eligible by becoming resident in Austria.

[24] Under the October 4, 1996 supplementary deed, Peter Sommerer and his spouse are also named as the ultimate beneficiaries of the Sommerer Private Foundation. The provision naming them as ultimate beneficiaries contains no condition as to their place of residence.

[25] In the founding deed, Herbert Sommerer reserved the right to revoke the private foundation. He also

[21] L'objet de la Fondation privée Sommerer est énoncé dans sa déclaration constitutive (traduit de l'allemand) :

[TRADUCTION] L'objet de la Fondation est de promouvoir les intérêts des personnes désignées dans la déclaration supplémentaire à l'aide du revenu généré par les fonds de la Fondation.

La participation à des activités de placement, en particulier l'achat d'actions à crédit, est également conforme à cet objet.

Les bénéficiaires et les personnes qui pourront le devenir compte tenu de l'objet de la Fondation n'ont aucun droit à des subventions de la Fondation.

[22] Le 4 octobre 1996, Herbert Sommerer a signé la déclaration supplémentaire mentionnée au premier paragraphe qui précède. Les bénéficiaires sont désignés à l'article 2 de cette déclaration. En voici le texte (traduit de l'allemand) :

[TRADUCTION] Les bénéficiaires sont M. Peter Sommerer, son épouse, M^{me} Dawn Elizabeth Sommerer, ainsi que les enfants issus de leur mariage, jusqu'à leur dix-huitième anniversaire de naissance, et, en cas de décès, les descendants de ces derniers, à condition qu'ils résident en Autriche.

[23] Suivant M. Torggler, cette disposition signifie que les personnes qui sont désignées ne sont que des bénéficiaires éventuels aussi longtemps qu'ils ne résident pas en Autriche. M. Plessner est du même avis. Le juge Miller a abondé dans leur sens et sa conclusion sur cette question n'est pas contestée dans le présent appel. Ainsi, le fait que Peter Sommerer résidait au Canada en octobre 1996 signifie qu'il n'était pas admissible à l'époque à recevoir une part des biens en tant que bénéficiaire, mais qu'il pouvait le devenir s'il devenait résident autrichien.

[24] Aux termes de la déclaration supplémentaire du 4 octobre 1996, Peter Sommerer et son épouse sont également désignés comme bénéficiaires ultimes de la Fondation privée Sommerer. La disposition les désignant comme bénéficiaires ultimes n'est assortie d'aucune condition en ce qui concerne leur lieu de résidence.

[25] Dans la déclaration constitutive, Herbert Sommerer se réserve le droit de révoquer la fondation

reserved the right to amend the founding deed with the consent of the advisory board. The October 4, 1996 supplementary deed establishes an advisory board consisting of the founder (Herbert Sommerer) and the two oldest beneficiaries. It apparently was intended that Peter Sommerer and his spouse would be members of the advisory board, although technically that would be impossible unless they became resident in Austria.

[26] According to the English translation of the October 4, 1996 supplementary deed, the advisory board “shall advise the [board] in determining grants to beneficiaries and has the right to supervise the activities of the [board]”. The supplementary deed also provides that it (that is, the supplementary deed) may be “revoked by the [board] with unanimous approval by the advisory board, and all items may be modified or supplemented”.

[27] Dr. Torggler and Dr. Plessner did not agree on whether, as a matter of Austrian law, the advisory board was validly created on October 4, 1996 as an organ of the Sommerer Private Foundation. However, it seems to me that none of the issues in this appeal turn on that point.

[28] A supplementary deed executed in January of 1999 changed the residence requirement for beneficiaries and ultimate beneficiaries. The result of the amendment is that the persons named in the October 4, 1996 supplementary deed as beneficiaries or ultimate beneficiaries are entitled to receive distributions of property of the private foundation or distributions on dissolution, as the case may be, if they are resident in any country designated by the advisory board except Canada. As Peter Sommerer was still resident in Canada at that time, he was not then eligible to receive any distributions, but that would change if he ceased to be resident in Canada and became resident in another country designated by the advisory board. Another supplementary deed executed in 1999 removed the supervisory role of the advisory board.

privée. Il se réserve également le droit de modifier la déclaration constitutive avec le consentement du conseil consultatif. La déclaration supplémentaire du 4 octobre 1996 crée un conseil consultatif composé du fondateur (Herbert Sommerer) et des deux bénéficiaires les plus âgés. Il semble que l’intention de ce document eût été que Peter Sommerer et son épouse fassent partie du conseil consultatif bien que, strictement, cela était impossible tant qu’ils ne résidaient pas en Autriche.

[26] Suivant la traduction française de la déclaration supplémentaire du 4 octobre 1996, le comité consultatif [TRADUCTION] « conseille le conseil exécutif [le conseil d’administration] lorsqu’il s’agit de décider des subventions à accorder aux bénéficiaires; il est autorisé à superviser les activités du conseil exécutif ». La déclaration supplémentaire prévoit également que celle-ci peut être [TRADUCTION] « révoqué[e] par le conseil exécutif sur approbation unanime du conseil consultatif; des modifications ou des ajouts peuvent être apportés aux dispositions de cet acte ».

[27] MM. Torggler et Plessner ne s’entendent pas sur la question de savoir si, en droit autrichien, le conseil consultatif a été valablement créé le 4 octobre 1996 en tant qu’organe de la Fondation privée Sommerer. Il me semble toutefois que la réponse à aucune des questions en litige dans le présent appel ne dépende de cette question.

[28] Une déclaration supplémentaire signée en janvier 1999 a eu pour effet de modifier la condition de résidence des bénéficiaires et des bénéficiaires ultimes. En raison de cette modification, les personnes désignées dans la déclaration supplémentaire du 4 octobre 1996 en tant que bénéficiaires ou bénéficiaires ultimes ont le droit de recevoir des biens distribués par la fondation privée ou les biens distribués lors de la dissolution, selon le cas, s’ils résident dans tout pays, autre que le Canada, désigné par le conseil consultatif. Comme Peter Sommerer résidait encore au Canada à l’époque, il n’avait pas le droit de recevoir quelque distribution que ce soit; sa situation devait toutefois changer s’il cessait de résider au Canada et commençait à résider dans un autre pays désigné par le conseil consultatif. Une autre déclaration supplémentaire signée en 1999 a supprimé le rôle de supervision du conseil consultatif.

[29] Despite the residence requirement for beneficiaries as it existed between October of 1996 and January of 1999 that might have precluded Peter Sommerer from being a member of the advisory board during that period, the record contains a significant body of evidence indicating that Peter Sommerer was present at most if not all meetings of the board of the Sommerer Private Foundation, and offered his advice on the transactions that gave rise to this case. In my view, the fact that Peter Sommerer offered advice to the board is not relevant to any of the issues on appeal, whether or not he did so as a member of the advisory board.

[30] On October 4, 1996, Peter Sommerer sold to the Sommerer Private Foundation 1 770 000 shares of Vienna Systems Corporation (the “Vienna shares”) for their fair market value of \$1 177 050 (66.5¢ per share). The Sommerer Private Foundation paid \$117 705 of the purchase price on the date of the agreement and was legally obliged to pay the remainder at a later date, with interest. The sale was unconditional. The cash portion of the purchase price was paid using part of the initial endowment from Herbert Sommerer (paragraphs 67 and 88 of Justice Miller’s reasons).

[31] In December of 1997, the Sommerer Private Foundation sold 216 666 of the Vienna shares for \$4.50 per share to three individuals unrelated to the Sommerer family, realizing a capital gain. In December of 1998, the Sommerer Private Foundation sold the remaining Vienna shares to Nokia Corporation for \$9 per share, realizing a further capital gain.

[32] In April of 1998, Peter Sommerer sold to the Sommerer Private Foundation, unconditionally, 57 143 shares of Cambrian Systems Corporation (the “Cambrian shares”) for \$100 000 (approximately \$1.75 per share). In December of 1998, the Sommerer Private Foundation sold the Cambrian shares to Northern Telecom Limited for US\$14.97 per share, plus a further US\$4.12 per share conditional on certain milestones being met in 1999. That sale resulted in another capital gain for the Sommerer Private Foundation.

[29] Malgré l’exigence relative à la résidence des bénéficiaires qui était en vigueur d’octobre 1996 à janvier 1999 et qui aurait pu empêcher Peter Sommerer de faire partie du conseil consultatif pendant cette période, on trouve au dossier une quantité considérable d’éléments de preuve indiquant que Peter Sommerer était présent à la plupart des assemblées du conseil d’administration de la Fondation privée Sommerer, sinon à la totalité, et qu’il a donné son avis au sujet des opérations à l’origine du présent appel. À mon avis, le fait que Peter Sommerer ait donné son avis lors des réunions du conseil d’administration est sans rapport avec les questions en litige dans le présent appel, et ce, qu’il l’ait fait ou non à titre de membre du conseil consultatif.

[30] Le 4 octobre 1996, Peter Sommerer a vendu à la Fondation privée Sommerer 1 770 000 actions de la Vienna Systems Corporation (les « actions de Vienna ») à leur juste valeur marchande de 1 177 050 \$ (0,665 \$ l’action). La Fondation privée Sommerer a payé 117 705 \$ du prix d’achat le jour de l’entente et était juridiquement obligée de payer le solde à une date ultérieure, avec intérêts. La vente était inconditionnelle. La partie du prix d’achat versée en espèces a été payée grâce à une partie de la dotation initiale faite par Herbert Sommerer (paragraphes 67 et 88 des motifs du juge Miller).

[31] En décembre 1997, la Fondation privée Sommerer a vendu 216 666 actions de Vienna au prix de 4,50 \$ l’action à trois personnes qui n’avaient aucun lien avec la famille Sommerer. La Fondation privée Sommerer a réalisé un gain en capital. En décembre 1998, la Fondation privée Sommerer a vendu les actions de Vienna restantes à la société Nokia à 9 \$ l’action et a réalisé un autre gain en capital.

[32] En avril 1998, Peter Sommerer a vendu à la Fondation privée Sommerer, sans condition, 57 143 actions de la Cambrian Systems Corporation (les « actions de Cambrian ») au prix de 100 000 \$ (environ 1,75 \$ l’action). En décembre 1998, la Fondation privée Sommerer a vendu les actions de Cambrian à la Northern Telecom Limited pour 14,97 dollars américains l’action. Un montant additionnel de 4,12 dollars américains l’action devait être versé si certaines conditions étaient satisfaites en 1999. Cette vente a donné lieu à un autre gain en capital pour la Fondation privée Sommerer.

[33] The Minister took the position that the capital gains realized by the Sommerer Private Foundation on the sale of the Vienna shares and the Cambrian shares were attributable to Peter Sommerer pursuant to subsection 75(2) of the *Income Tax Act*. For reasons that are not relevant to any issues raised in this appeal, putting that conclusion into effect required income tax reassessments for the years 1996 to 2000. As mentioned above, those reassessments were successfully appealed to the Tax Court of Canada, and the Crown now appeals to this Court.

Analysis

(A) Introduction to subsection 75(2)

[34] Broadly speaking, subsection 75(2) is intended to ensure that a taxpayer cannot avoid the income tax consequences of the use or disposition of property by transferring it in trust to another person while retaining a right of reversion in respect of the property or property for which it may be substituted, or retaining the right to direct the disposition of the property or substituted property. Subsection 75(2) operates by attributing any income or loss from the use of trust property, and any gain or capital loss on the disposition of trust property, to the person from whom the property, or property for which it was substituted, was received by the trust.

[35] Subsection 75(2) reads as follows:

Trusts **75. (2)** Where, by a trust created in any manner whatever since 1934, property is held on condition

(a) that it or property substituted therefor may

(i) revert to the person from whom the property or property for which it was substituted was directly or indirectly received (in this subsection referred to as “the person”), or

[33] Le ministre a conclu que les gains en capital réalisés par la Fondation privée Sommerer lors de la vente des actions de Vienna et des actions de Cambrian étaient imputables à Peter Sommerer en vertu du paragraphe 75(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Pour des raisons qui n’ont rien à voir avec les questions en litige dans le présent appel, il a fallu, pour donner effet à cette conclusion, établir de nouvelles cotisations d’impôt sur le revenu pour les années 1996 à 2000. Comme nous l’avons déjà mentionné, ces nouvelles cotisations ont été portées en appel avec succès à la Cour canadienne de l’impôt, et la Couronne interjette maintenant appel de cette décision devant notre Cour.

Analyse

(A) Présentation du paragraphe 75(2)

[34] De façon générale, le paragraphe 75(2) vise à assurer que le contribuable ne puisse se soustraire aux conséquences fiscales de l’utilisation ou de l’aliénation de biens en les transférant en fiducie à une autre personne tout en conservant un droit réversif sur les biens ou sur ceux qui leur sont substitués ou en conservant le droit de décider de la disposition des biens ou de ceux qui leur sont substitués. Le paragraphe 75(2) a pour effet d’imputer les revenus ou les pertes découlant de l’utilisation des biens détenus en fiducie, ainsi que tout gain ou perte en capital réalisé lors de la disposition des biens détenus en fiducie, à la personne de laquelle les biens, ou les biens qui leur sont substitués, ont été reçus en fiducie.

[35] Le paragraphe 75(2) dispose :

Fiducies **75. (2)** Lorsque, en vertu d’une fiducie créée de quelque façon que ce soit depuis 1934, des biens sont détenus à condition :

a) soit que ces derniers ou des biens qui leur sont substitués puissent :

(i) ou bien revenir à la personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus directement ou indirectement (appelée « la personne » au présent paragraphe),

(ii) pass to persons to be determined by the person at a time subsequent to the creation of the trust, or

(b) that, during the existence of the person, the property shall not be disposed of except with the person's consent or in accordance with the person's direction,

any income or loss from the property or from property substituted for the property, and any taxable capital gain or allowable capital loss from the disposition of the property or of property substituted for the property, shall, during the existence of the person while the person is resident in Canada, be deemed to be income or a loss, as the case may be, or a taxable capital gain or allowable capital loss, as the case may be, of the person.

(B) The French version of subsection 75(2)

[36] There was some debate in this case as to whether the French version of subsection 75(2) of the *Income Tax Act* and the English version say the same thing, whether the French version contains a drafting error (evidenced by some obviously unintended effects), and whether the apparent differences between the English and French versions have any bearing on the issues in this case. These issues are discussed by Justice Miller in paragraphs 95 to 102 of his reasons. He found the differences between the English and French versions to be of no consequence to the issues in this case, and I agree. I mention this point only to urge the Crown to consider whether there is a drafting error in the French version of subsection 75(2), and if so to initiate corrective steps. If there is an error in that provision, the same error or a similar error may be present in a number of other provisions of the *Income Tax Act* mentioned in the submissions made in this case.

(C) Is there a trust?

[37] The Crown argued in the Tax Court that the Sommerer Private Foundation is a trust. Peter Sommerer

(ii) ou bien être transportés à des personnes devant être désignées par la personne après la création de la fiducie;

b) soit que, pendant l'existence de la personne, il ne soit disposé des biens qu'avec son consentement ou suivant ses instructions,

tout revenu ou toute perte résultant des biens ou de biens y substitués, ou tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de la disposition des biens ou de biens y substitués, est réputé, durant l'existence de la personne et pendant qu'elle réside au Canada, être un revenu ou une perte, selon le cas, ou un gain en capital imposable ou une perte en capital déductible, selon le cas, de la personne.

(B) La version française du paragraphe 75(2)

[36] La question de savoir si la version française et la version anglaise du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* disent la même chose a fait l'objet d'un certain débat en l'espèce. On s'est demandé si la version française contenait une erreur de rédaction (comme le confirment certaines conséquences manifestement imprévues) et si les différences qui semblent exister entre la version française et la version anglaise ont une incidence sur les questions en litige en l'espèce. Le juge Miller a examiné ces questions aux paragraphes 95 à 102 de ses motifs. Il a conclu que les différences constatées entre la version française et la version anglaise étaient sans conséquence pour ce qui était des questions en litige, et je suis du même avis. Je ne mentionne cette question que pour inviter la Couronne à examiner si la version française du paragraphe 75(2) comporte une erreur de rédaction et, dans l'affirmative, à prendre les mesures correctives qui s'imposent. Si cette disposition renferme une erreur, il est possible que la même erreur ou une erreur semblable se retrouve dans plusieurs autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui ont été citées dans les observations formulées dans le cas qui nous occupe.

(C) Y a-t-il une fiducie?

[37] La Couronne a fait valoir devant la Cour de l'impôt que la Fondation privée Sommerer était une

argued that it is a corporation. Justice Miller concluded that it is a corporation that holds its property in trust for Peter Sommerer and the other named beneficiaries. He went on to conclude that subsection 75(2) of the *Income Tax Act* does not apply to attribute to Peter Sommerer the capital gains realized by the Sommerer Private Foundation on the sale of the Vienna shares and the Cambrian shares. He held in the alternative that paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention precludes Canada from taxing Peter Sommerer on the capital gains realized by the Sommerer Private Foundation.

[38] The Crown's appeal assumes that Justice Miller was correct when he concluded that the Sommerer Private Foundation holds its property in trust. The Crown challenges only Justice Miller's conclusions on the application of subsection 75(2) of the *Income Tax Act* and paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention. Peter Sommerer does not agree that the Sommerer Private Foundation holds its property in trust, but as respondent in this appeal he has chosen not to argue that point. He has concentrated instead on defending Justice Miller's conclusions on the application of subsection 75(2) of the *Income Tax Act* and paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention. Because of the manner in which this appeal was argued, the proposition that the Sommerer Private Foundation holds its property in trust was not the subject of submissions, and I will express no final opinion on whether it is correct. However, I will say that in my view, it is a doubtful proposition.

[39] According to the undisputed evidence of Dr. Torggler, the law of Austria does not recognize trusts as understood in Canadian law. However, it is evident that as a practical matter (and putting aside for the moment any income tax considerations), Herbert Sommerer may well have achieved many of the objectives that could have been achieved in a common law jurisdiction by settling a trust for Peter Sommerer, his spouse and their children. He did so by creating and

fiducie. Peter Sommerer soutenait pour sa part qu'il s'agissait d'une société. Le juge Miller a conclu qu'il s'agissait d'une société qui détenait des biens en fiducie pour Peter Sommerer et pour les autres bénéficiaires nommément désignés. Il a poursuivi en concluant que le paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquait pas de manière à imputer à Peter Sommerer les gains en capital réalisés par la Fondation privée Sommerer lors de la vente des actions de Vienna et de Cambrian. Il a jugé à titre subsidiaire que le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu empêchait le Canada d'exiger de Peter Sommerer de l'impôt sur les gains en capital réalisés par la Fondation privée Sommerer.

[38] Dans son appel, la Couronne part du principe que le juge Miller a eu raison de conclure que la Fondation privée Sommerer détenait ses biens en fiducie. La Couronne ne conteste que les conclusions tirées par le juge Miller au sujet de l'application du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu. Peter Sommerer n'est pas d'accord pour dire que la Fondation privée Sommerer détient ses biens en fiducie, mais, en tant qu'intimé dans le présent appel, il a choisi de ne pas plaider cette question. Il a plutôt défendu les conclusions tirées par le juge Miller au sujet de l'application du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu. En raison de la façon dont le présent appel a été débattu, l'affirmation voulant que la Fondation privée Sommerer détienne ses biens en fiducie n'a pas fait l'objet d'observations et je n'exprimerai donc aucun avis final sur le bien-fondé de cette conclusion. Je tiens toutefois à dire que cette proposition m'apparaît douteuse.

[39] Suivant le témoignage non contredit de M. Torggler, le droit autrichien ne reconnaît pas la fiducie telle qu'on la conçoit en droit canadien. Il est toutefois évident qu'en pratique, et en faisant abstraction pour le moment de toute considération d'ordre fiscal, Herbert Sommerer peut fort bien avoir atteint bon nombre des objectifs qu'on aurait pu atteindre dans un régime de common law en constituant une fiducie au profit de Peter Sommerer, de son épouse et de leurs

endowing the Sommerer Private Foundation under the Austrian *Private Foundation Act* and naming Peter Sommerer, his spouse, and their children as beneficiaries and ultimate beneficiaries. But that does not mean as a matter of law that the creation and endowment of the Sommerer Private Foundation was the settlement of a trust, or that a trust existed or came into existence when the Sommerer Private Foundation bought the Vienna shares or the Cambrian shares from Peter Sommerer.

[40] As mentioned above, an Austrian private foundation is a juridical person with the legal capacity to own property in its own right and to deal with its property on its own account. The legal right of an Austrian private foundation to deal with its own property is the same as the legal right of a Canadian corporation to deal with its own property. That is so despite the fact that the board of an Austrian private foundation must manage its affairs in furtherance of the purposes stipulated in its constating documents. The board of directors of a corporation is similarly constrained, in the sense that it must manage the affairs of the corporation in its best interests, subject to any terms and conditions in its constating documents.

[41] A corporation does not hold its property in trust for its shareholders or members, except to the extent that a trust deed or an analogous legal instrument imposes the legal and equitable obligations of a trustee on the corporation with respect to specific corporate property. Assuming it is theoretically possible for an Austrian private foundation to hold its property in trust (that is, subject to conditions that are analogous to the legal and equitable obligations of a trustee in a common law jurisdiction), that possibility cannot be realized unless those conditions are formally established. Nothing in the constating documents of the Sommerer Private Foundation or the law of Austria, as reflected in the record of this case, supports the conclusion that the right of the Sommerer Private Foundation to deal with its property is constrained by any legal or equitable obligations analogous to those of a common law trustee.

enfants. Il l'a fait en créant la Fondation privée Sommerer et en lui faisant dotation d'une somme d'argent sous le régime de la Loi sur les fondations privées de l'Autriche et en désignant Peter Sommerer, son épouse et leurs enfants à titre de bénéficiaires et de bénéficiaires ultimes. Mais il ne s'ensuit pas pour autant, en droit, que la création de la Fondation privée Sommerer et le fait de lui faire une dotation emportaient constitution d'une fiducie, ou encore qu'il existait une fiducie ou qu'une fiducie est née lorsque la Fondation privée Sommerer a acheté les actions de Vienna ou les actions de Cambrian à Peter Sommerer.

[40] Comme nous l'avons déjà mentionné, une fondation privée autrichienne est une personne juridique ayant la capacité légale de détenir des biens et d'en disposer pour son propre compte. Le droit que la loi reconnaît aux fondations privées autrichiennes de disposer de leurs propres biens est identique à la faculté reconnue en droit canadien à une société d'avoir ses propres biens. Il en est ainsi malgré le fait que le conseil d'administration d'une fondation privée autrichienne doit la gérer conformément aux objets précisés dans ses actes. Le conseil d'administration d'une société a les mêmes contraintes, en ce sens qu'il doit gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, sous réserve de toute condition stipulée dans ses actes constitutifs.

[41] Une société ne détient pas ses biens en fiducie pour ses actionnaires ou ses membres, sauf si un acte de fiducie ou un instrument juridique analogue impose à la société, à l'égard de biens précis, des obligations semblables à celles qu'a un fiduciaire en vertu de la common law et de l'equity. En supposant qu'il soit théoriquement possible pour une fondation privée autrichienne de détenir ses biens en fiducie (c.-à-d. sous réserve de conditions analogues aux obligations qu'a un fiduciaire en vertu de la common law et de l'equity dans les régimes de common law), cette possibilité ne peut se réaliser que si les conditions en question sont en fait satisfaites. Rien dans les actes de la Fondation privée Sommerer ou dans les lois de l'Autriche, suivant le dossier en l'espèce, n'appuie la conclusion que le droit de la Fondation privée Sommerer d'avoir des biens est limité par des obligations de common law ou d'equity analogues à celles auxquelles sont assujettis les fiduciaires en common law.

[42] Looking at the situation from another point of view, a shareholder or member of a corporation, as such, is not the beneficial owner of any property or the corporation, and has no legal or equitable claim to the corporate property (unless such a claim arises upon the declaration by the board of directors of a dividend, or when the dissolution of the corporation is imminent). Unless and until such an event occurs, a shareholder or member has only an inchoate right to receive distributions of corporate property from time to time at the discretion of the board of directors, and to share in the distribution of the corporate property upon its dissolution. The same can be said of the interest of a beneficiary or an ultimate beneficiary in the property of an Austrian private foundation. Nothing in the Austrian *Private Foundation Act* or the constating documents of the Sommerer Private Foundation gives Peter Sommerer a legal or equitable claim to the corporate property that is different from that of a shareholder or member of a corporation.

[43] For these reasons, I doubt that the Sommerer Private Foundation holds any of its property in trust for Peter Sommerer. However, in the remainder of these reasons I set aside my doubts about whether the Sommerer Private Foundation holds its property in trust, and I assume without deciding that in October of 1996 when Herbert Sommerer created the Sommerer Private Foundation and endowed it with the equivalent of \$126 000, he settled a trust for the benefit of Peter Sommerer, his spouse and their children, with the Sommerer Private Foundation as trustee.

(D) Does subsection 75(2) apply?

[44] The Sommerer Private Foundation used part of the money it received from Herbert Sommerer as an endowment to pay Peter Sommerer part of the purchase price of the Vienna shares. The Sommerer Private Foundation later sold the shares and realized a capital gain. The position of the Crown is that subsection 75(2) applies to attribute that capital gain to Peter Sommerer.

[42] Si l'on envisage la situation d'un autre point de vue, l'actionnaire ou le membre d'une société n'est pas en tant que tel propriétaire bénéficiaire des biens de cette société et n'a pas de droit, en common law ou en equity, aux biens de la société (sauf si ce droit fait suite à une déclaration de dividende faite par le conseil d'administration ou lorsque la dissolution de la société est imminente). À moins qu'un tel fait ne survienne, l'actionnaire ou le membre n'a qu'un droit incomplet de recevoir une partie des biens de la société lorsque le conseil d'administration le décide, et de recevoir une partie des biens de la société lors de sa dissolution. On peut dire la même chose du droit du bénéficiaire ou du bénéficiaire ultime en ce qui concerne les biens d'une fondation privée autrichienne. Rien dans la Loi sur les fondations privées de l'Autriche ou dans les actes de la Fondation privée Sommerer ne confère à Peter Sommerer, en common law ou en equity, des droits sur les biens de la société différents de ceux qu'ont les actionnaires ou les membres d'une société sur les biens de celle-ci.

[43] Pour ces motifs, je doute que la Fondation privée Sommerer détienne une partie de ses biens en fiducie pour Peter Sommerer. Toutefois, dans le reste des présents motifs, je fais abstraction de mes doutes quant à la question de savoir si la Fondation privée Sommerer détient ses biens en fiducie et je pars de l'hypothèse, sans pour autant trancher la question, qu'en octobre 1996, lorsque Herbert Sommerer a créé la Fondation privée Sommerer et lui a fait une dotation d'un montant correspondant à 126 000 \$, il a créé une fiducie au profit de Peter Sommerer, de son épouse et de leurs enfants et qu'il a désigné la Fondation privée Sommerer comme fiduciaire.

(D) Le paragraphe 75(2) s'applique-t-il?

[44] La Fondation privée Sommerer a utilisé une partie de l'argent qu'elle avait reçu de Herbert Sommerer à titre de dotation pour payer à Peter Sommerer une partie du prix d'achat des actions de Vienna. La Fondation privée Sommerer a par la suite vendu les actions en question et réalisé un gain en capital. La thèse de la Couronne est que le paragraphe 75(2) s'applique de telle sorte que le gain en capital doit être imputé à Peter Sommerer.

[45] I reproduce here the parts of subsection 75(2) upon which the Crown relies:

Trusts **75. (2)** Where, by a trust created in any manner whatever since 1934, property is held on condition

(a) that it or property substituted therefor may

(i) revert to the person from whom the property or property for which it was substituted was ... received (in this subsection referred to as “the person”), ...

...

... any taxable capital gain ... from the disposition of the property ... shall, during the existence of the person while the person is resident in Canada, be deemed to be ... a taxable capital gain ... of the person.

[46] This provision must be read together with paragraph 248(5)(a) of the *Income Tax Act*, which provides, broadly speaking, that for the purposes of most provisions of the *Income Tax Act*, the notion of the substitution of property contemplates any number of substitutions. It reads in relevant part as follows:

248. ...

Substituted property (5) For the purposes of this Act ...,

(a) where a person has disposed of or exchanged a particular property and acquired other property in substitution therefor and subsequently, by one or more further transactions, has effected one or more further substitutions, the property acquired by any such transaction shall be deemed to have been substituted for the particular property...

[47] The Crown argues that subsection 75(2) applies to this case because when Peter Sommerer sold the Vienna shares to the Sommerer Private Foundation in October of 1996, it was possible under the constating documents of the Sommerer Private Foundation that the Vienna shares or property substituted for them (including the proceeds of their sale, any property that might be acquired with the proceeds of their sale, and so on), might one day be distributed to Peter Sommerer as a

[45] Je reproduis ici les passages du paragraphe 75(2) sur lesquels la Couronne se fonde :

75. (2) Lorsque, en vertu d’une fiducie créée de quelque façon que ce soit depuis 1934, des biens sont détenus à condition : Fiducies

a) soit que ces derniers ou des biens qui leur sont substitués puissent :

(i) ou bien revenir à la personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus [...] (appelée « la personne » au présent paragraphe),

[...]

[...] tout gain en capital imposable [...] provenant de la disposition des biens [...] est réputé, durant l’existence de la personne et pendant qu’elle réside au Canada, être [...] un gain en capital imposable [...] de la personne.

[46] Il convient de rapprocher cette disposition de l’alinéa 248(5)a) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui prévoit, de façon générale, que, pour l’application de la plupart des dispositions de la Loi, la substitution de biens comprend aussi plusieurs substitutions. Voici les passages pertinents en question :

248. [...]

(5) Pour l’application de la présente loi [...] : Bien substitué

a) lorsqu’une personne dispose d’un bien donné ou l’échange et acquiert un autre bien en remplacement et que par la suite, par une ou plusieurs autres opérations, elle effectue une ou plusieurs autres substitutions, le bien acquis par cette opération est réputé substitué au bien donné;

[47] La Couronne soutient que le paragraphe 75(2) s’applique dans le cas qui nous occupe parce que, lorsque Peter Sommerer a vendu les actions de Vienna à la Fondation privée Sommerer en octobre 1996, il était possible, aux termes des actes de la Fondation privée Sommerer, que les actions, ou les biens qui leur étaient substitués (y compris le produit de leur vente, tout bien qui peut être acquis à même le produit de leur vente, et ainsi de suite), puissent un jour être distribués à Peter

beneficiary or an ultimate beneficiary. I agree that Peter Sommerer may one day be entitled to a distribution from the Sommerer Private Foundation of property that, by virtue of paragraph 248(5)(a), would be property substituted for the Vienna shares. However, Justice Miller found that to be an insufficient basis for the application of subsection 75(2). I agree.

[48] Subsection 75(2) must be interpreted and applied to give effect to its language, read in its proper context and with a view to giving effect to its intended purpose. As mentioned above, subsection 75(2) generally is intended to ensure that a taxpayer cannot avoid the income tax consequences of the use or disposition of property by transferring it to another person in trust while retaining a right of reversion or a right of disposition with respect to the property or property for which it may be substituted. A common example of the application of subsection 75(2) is the settlement of a trust where the settlor is also a beneficiary with an immediate or contingent right to a distribution of the trust property. In that situation, and in many other situations contemplated by paragraphs 75(2)(a) and (b), subsection 75(2) achieves its intended purpose.

[49] In this case, the Crown contends that the application of subsection 75(2) applies also in respect of property that has been *purchased* by a trustee from a beneficiary at fair market value and held subject to the terms of the trust. In my view, to interpret subsection 75(2) so that it could apply to a beneficiary in respect of property that the trust acquired from the beneficiary in a *bona fide* sale transaction leads to outcomes that are absurd and could not have been intended by Parliament.

[50] A series of examples will illustrate this point. (For the sake of simplicity, assume that to the extent the trust in these examples earns any income from the use of its property, the income is distributed to the beneficiaries on a current basis, so that no property of the trust represents retained income or property substituted for retained income.)

Sommerer en tant que bénéficiaire ou bénéficiaire ultime. Je suis d'accord pour dire que Peter Sommerer peut un jour avoir droit à des biens qui seraient distribués par la Fondation privée Sommerer et qui, par application de l'alinéa 248(5)a), constitueraient des biens se substituant aux actions de Vienna. Toutefois, le juge Miller a conclu que cela ne suffisait pas pour justifier l'application du paragraphe 75(2). Je suis du même avis.

[48] Il faut interpréter et appliquer le paragraphe 75(2) de manière à donner effet à son libellé, en tenant compte de son contexte et en cherchant à donner effet à l'objectif visé. Comme nous l'avons déjà mentionné, le paragraphe 75(2) vise de façon générale à assurer qu'un contribuable ne se soustrait pas aux conséquences fiscales de l'utilisation ou de la disposition de biens en les transférant à une autre personne en fiducie tout en conservant un droit réversif ou un droit de disposition sur les biens en question ou sur ceux qui leur sont substitués. Un exemple courant de l'application du paragraphe 75(2) est la fiducie aux termes de laquelle le disposant est également bénéficiaire et possède un droit immédiat ou éventuel de recevoir une part des biens de la fiducie. En pareil cas, ainsi que dans de nombreuses autres situations visées par les alinéas 75(2)a) et 75(2)b), le paragraphe 75(2) atteint l'objectif visé.

[49] Dans le cas qui nous occupe, la Couronne affirme que le paragraphe 75(2) s'applique également aux biens qui ont été *achetés* par un fiduciaire à un bénéficiaire à leur juste valeur marchande et qui sont détenus sous réserve des conditions de la fiducie. À mon avis, interpréter le paragraphe 75(2) de manière à ce qu'il s'applique au bénéficiaire relativement aux biens que la fiducie a acquis de ce bénéficiaire lors d'une opération d'achat authentique conduit à des résultats absurdes qui ne pouvaient être voulus par le législateur.

[50] Une série d'exemples me permettront d'illustrer ce que je veux dire. (Par souci de simplicité, supposons que si, dans les exemples en question, la fiducie tire des revenus de l'utilisation de ses biens, les revenus sont régulièrement distribués aux bénéficiaires, de sorte qu'aucun des biens de la fiducie ne soit des revenus non distribués ou des biens qui remplacent des revenus non distribués.)

[51] An individual, Mary, settles a \$10 000 trust for her children, naming them all as beneficiaries who are to share equally in all distributions of property of the trust, and naming herself as the sole beneficiary in the event that all of the children predecease her. In this case, subsection 75(2) would apply to attribute to Mary all of the income and losses of the trust from the use of its property, and all of the capital gains and losses realized by the trust on the disposition of its property (during her lifetime as long as she is resident in Canada).

[52] Now a complication is added. One of Mary's children, Jack, donates a painting to the trust, stipulating that it is to be held subject to the existing terms of the trust except that if the painting is still held by the trust in ten years' time, the painting would revert to Jack. The trust sells the painting five years later, realizing a capital gain on the sale. The capital gain is attributed to Jack pursuant to subsection 75(2) because it was realized on the disposition of property that the trust acquired from Jack subject to the terms of the existing trust, and also subject to the condition that the property could revert to him. It is important to observe that, because the painting was donated to the trust by Jack and the trust gave nothing to Jack in return, it cannot be said that the painting is property substituted for any property that the trust received from Mary, so there could be no attribution to Mary of any gain on the sale of the painting, or any income or gains associated with property substituted for the painting.

[53] Now suppose that Jack, instead of donating the painting to the trust, sells it to the trust for its fair market value with no conditions attached. The painting is sold by the trust at a time when Jack is the only child of Mary still alive. The trust realizes a capital gain on the sale. At that point, either Mary or Jack could become entitled to receive all of the property of the trust, depending upon which of them dies first.

[54] Under the conventional understanding of subsection 75(2), the painting would be considered property substituted for money that the trust received from Mary. That is because all of the property of the trust can be

[51] Une personne physique, Marie, constitue une fiducie de 10 000 \$ au profit de ses enfants. Elle les désigne tous comme bénéficiaires en parts égales de tous les biens distribués par la fiducie et elle se désigne comme bénéficiaire unique si tous ses enfants meurent avant elle. Dans ce cas, le paragraphe 75(2) s'appliquerait et donnerait ainsi lieu à l'imputation à Marie de tous les revenus et de toutes les pertes de la fiducie résultant des biens de la fiducie ainsi que de la totalité des gains en capital et des pertes en capital de la fiducie provenant de la disposition des biens en question (du vivant de Marie et tant qu'elle réside au Canada).

[52] Mais compliquons un peu la situation. L'un des enfants de Marie, Jacques, fait don d'un tableau à la fiducie en précisant qu'il doit être détenu sous réserve des conditions existantes de la fiducie, mais que, cependant, s'il est toujours détenu par la fiducie dans 10 ans, le tableau doit être remis à Jacques. Cinq ans plus tard, la fiducie vend le tableau et réalise un gain en capital lors de la vente. Le gain en capital est imputé à Jacques suivant le paragraphe 75(2) parce qu'il provient de la disposition du bien que la fiducie a obtenu de Jacques sous réserve des conditions existantes de la fiducie et de la condition que le bien pourrait lui être remis. Il importe de signaler que, comme Jacques a fait don du tableau à la fiducie et qu'il n'a rien reçu de celle-ci en contrepartie, on ne peut dire que le tableau constitue un bien qui se substitue à tout autre bien que la fiducie a reçu de Marie, de sorte que le gain réalisé lors de la vente du tableau ne pourrait être imputé à Marie, pas plus que tout revenu ou gain résultant de biens se substituant au tableau.

[53] Supposons maintenant que Jacques, au lieu de faire don du tableau à la fiducie, le vende à la fiducie à sa juste valeur marchande, sans condition. La fiducie vend le tableau à un moment où Jacques est le seul enfant toujours vivant de Marie. La fiducie réalise un gain en capital lors de la vente. À ce moment-là, aussi bien Marie que Jacques pourrait avoir le droit de recevoir la totalité des biens de la fiducie, selon que l'un meurt avant l'autre.

[54] Suivant l'interprétation la plus courante du paragraphe 75(2), le tableau serait considéré comme un bien se substituant à l'argent que la fiducie a reçu de Marie. Cette situation tient au fait que tous les biens de la

traced, through the substituted property rule, to whatever property Mary donated to the trust when it was settled. Because the painting and any property substituted for the painting could revert to Mary, subsection 75(2) would apply to attribute to Mary the capital gain on the sale of the painting. However, if the Crown's interpretation is correct, it would be equally valid to say that because the trust received the painting from Jack when the terms of the trust were such that the painting could revert to him, subsection 75(2) attributes to Jack the capital gain on the sale of the painting.

[55] Thus, under the Crown's interpretation of subsection 75(2), the same capital gain is attributed simultaneously to Mary and Jack. That cannot be. Nothing in subsection 75(2) contemplates an outcome involving the attribution of the same gain to more than one person. This double application of subsection 75(2) cannot be avoided by a discretionary use of subsection 75(2), because it is not a discretionary provision. It applies automatically to every situation it describes.

[56] For the same reason, it is no answer to say that in this particular case, subsection 75(2) could never apply to Herbert Sommerer, the "settlor" of the trust, because he is not a resident of Canada. Again, because subsection 75(2) applies automatically to every situation it describes, it is not acceptable to adopt one interpretation for transactions involving only residents of Canada, and a different interpretation for transactions involving residents of other countries.

[57] I conclude that the Crown's proposed interpretation is wrong because it is based on the incorrect premise that subsection 75(2) can apply to a beneficiary of a trust who transfers property to the trust by means of a genuine sale. Justice Miller reached the same conclusion through a comprehensive application of the principles of statutory interpretation to specific words and phrases in

fiducie peuvent être considérés, par application de la règle des biens de remplacement, comme étant des biens substitués aux biens que Marie a donnés à la fiducie au moment de sa constitution. Comme le tableau et tout bien se substituant au tableau sont susceptibles d'être remis à Marie, le paragraphe 75(2) s'appliquerait de manière à imputer à Marie le gain en capital provenant de la vente du tableau. Toutefois, si l'interprétation proposée par la Couronne est juste, on pourrait tout aussi valablement affirmer que, comme la fiducie a reçu le tableau de Jacques alors que les conditions de la fiducie stipulaient que le tableau pouvait lui être remis, le paragraphe 75(2) impute alors à Jacques le gain en capital provenant de la vente du tableau.

[55] Ainsi, suivant l'interprétation que la Couronne fait du paragraphe 75(2), le même gain en capital est imputé simultanément à Marie et à Jacques. Or, cela est impossible. Rien au paragraphe 75(2) ne prévoit une situation permettant d'imputer le même gain à plusieurs personnes. On ne peut éviter une pareille double application du paragraphe 75(2) en procédant à une application discrétionnaire du paragraphe, parce que cette disposition n'est pas discrétionnaire : elle s'applique automatiquement à chaque situation qu'elle vise.

[56] Pour la même raison, il ne suffit pas d'affirmer que, dans le cas qui nous occupe, le paragraphe 75(2) ne pourrait jamais s'appliquer à Herbert Sommerer, le « disposant » de la fiducie, parce qu'il ne réside pas au Canada. Là encore, étant donné que le paragraphe 75(2) s'applique automatiquement à chaque situation qu'il vise, il n'est pas acceptable d'adopter une interprétation dans le cas des transactions ne visant que des personnes qui résident au Canada et de retenir une interprétation différente dans le cas des transactions mettant en présence des personnes qui résident ailleurs.

[57] Je conclus que l'interprétation proposée par la Couronne est erronée parce qu'elle repose sur la fausse prémisse suivant laquelle le paragraphe 75(2) peut s'appliquer au bénéficiaire d'une fiducie qui transfère des biens à la fiducie au moyen d'une véritable vente. Le juge Miller en est arrivé à la même conclusion grâce à une application détaillée des principes d'interprétation

subsection 75(2). His main conclusion is stated succinctly at paragraph 91 of his reasons:

... once properly unravelled and viewed grammatically and logically, the only interpretation is that only a settlor, or a subsequent contributor who could be seen as a settlor, can be the “the person” for purposes of subsection 75(2) of the *Act*.

[58] It remains only to apply this conclusion to the present case. The Sommerer Private Foundation purchased the Vienna shares from Peter Sommerer using money from the original endowment from Herbert Sommerer. Peter Sommerer has not endowed the Sommerer Private Foundation with any other money or property. Therefore, subsection 75(2) cannot apply to attribute any income or gains of the Sommerer Private Foundation to Peter Sommerer.

[59] That is a sufficient basis for dismissing this appeal. However, since Justice Miller dealt with paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention, I will comment on that issue as well.

(E) Does the Canada-Austria Income Tax Convention apply?

[60] Justice Miller concluded that if subsection 75(2) were to apply to attribute to Peter Sommerer the capital gain realized by the Sommerer Private Foundation on the sale of the shares it purchased from Peter Sommerer, Canada nevertheless is precluded by paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention from taxing the gain in his hands.

[61] Paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention reads as follows:

légale au libellé du paragraphe 75(2). Sa principale conclusion est énoncée de façon succincte au paragraphe 91 de ses motifs :

Une fois que le sens de ces termes est démêlé d'une façon appropriée et considéré sur le plan grammatical et logique, la seule interprétation possible est que seul le constituant, ou un disposant subséquent qui pourrait être considéré comme un constituant, peut être la « personne » en question pour l'application du paragraphe 75(2) de la Loi.

[58] Il ne nous reste qu'à appliquer cette conclusion au cas qui nous occupe. La Fondation privée Sommerer a acquis les actions de Vienna de Peter Sommerer en utilisant l'argent provenant de la dotation initiale de Herbert Sommerer. Peter Sommerer n'a fait dotation d'aucune autre somme d'argent ou d'aucun autre bien à la Fondation privée Sommerer. Par conséquent, le paragraphe 75(2) ne peut s'appliquer de manière à imputer les revenus ou les gains de la Fondation privée Sommerer à Peter Sommerer.

[59] Cela suffit pour motiver le rejet du présent appel. Toutefois, comme le juge Miller a abordé le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu, je commenterai également cette question.

(E) La Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu s'applique-t-elle?

[60] Le juge Miller a conclu que, si le paragraphe 75(2) devait s'appliquer de manière à imputer à Peter Sommerer le gain en capital réalisé par la Fondation privée Sommerer lors de la vente des actions achetées par la fondation à Peter Sommerer, le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu empêcherait néanmoins le Canada d'imposer le gain entre les mains de Peter Sommerer.

[61] Le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu est ainsi libellé :

Article XIII

...

5. Gains from the alienation of any property, other than those mentioned in paragraphs 1, 2, 3 and 4 shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident.

[62] Justice Miller reasoned that the gain in issue falls squarely within the language of paragraph 5 of Article XIII. After considering the relevant principles of the interpretation of income tax conventions and the commentaries of the Organization for Economic Cooperation and Development (the OECD), he found nothing in the context of the Canada-Austria Income Tax Convention to suggest that paragraph 5 of Article XIII was not intended to apply literally.

[63] The Crown argues that even though the gains attributed to Peter Sommerer pursuant to subsection 75(2) are gains from the alienation of property by a person who is resident in Austria, and are thus within the scope of paragraph 5 of Article XIII, the only consequence is that Canada cannot tax the alienator—the Sommerer Private Foundation—on the gain. According to the Crown, Peter Sommerer can obtain no relief from Canadian tax under paragraph 5 of Article XIII because he is not resident in Austria, and also because the tax in issue is not imposed on the basis that Peter Sommerer is the alienator of the shares, but by the operation of the attribution rule in subsection 75(2).

[64] Justice Miller rejected that argument because he considered it inconsistent with the language of paragraph 5 of Article XIII, and the apparent premise for another provision of the Canada-Austria Income Tax Convention, paragraph 2 of Article XXVIII. In that provision, Canada reserves the right to tax residents of Canada on income and gains attributed to them pursuant to section 91 [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 68; 2001, c. 17, s. 68] of the *Income Tax Act* (the foreign accrual property rules). The existence of that reservation suggests that an underlying premise of the Canada-Austria Income Tax Convention is that tax on attributed income generally is within its scope. There

Article XIII

[...]

5. Les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux qui sont mentionnés aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident.

[62] Le juge Miller a conclu que le gain en litige était nettement visé par le libellé du paragraphe 5 de l'article XIII. Après avoir examiné les principes d'interprétation applicables en matière de conventions fiscales ainsi que les commentaires de l'Organisation de coopération et de développement économiques (l'OCDE), il a conclu que rien dans le contexte de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu ne permettait de penser que le paragraphe 5 de l'article XIII ne devait pas s'appliquer de façon littérale.

[63] La Couronne affirme que, même si les gains imputés à Peter Sommerer par application du paragraphe 75(2) sont des gains provenant de l'aliénation de biens par une personne qui réside en Autriche et qu'ils sont donc visés par le paragraphe 5 de l'article XIII, la seule conséquence est que le Canada ne peut exiger de l'impôt du cédant — la Fondation privée Sommerer — sur ce gain. Suivant la Couronne, Peter Sommerer ne peut être exonéré de l'impôt canadien en vertu du paragraphe 5 de l'article XIII parce qu'il ne réside pas en Autriche, et également parce que l'impôt n'est pas prélevé en raison du fait que Peter Sommerer est le cédant des actions, mais bien par application de la règle d'imputation prévue au paragraphe 75(2).

[64] Le juge Miller a rejeté cet argument au motif qu'il estimait qu'il contredisait le libellé du le paragraphe 5 de l'article XIII et la prémisse sur laquelle une autre disposition de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu, le paragraphe 2 de l'article XXVIII, semblait reposer. Aux termes de cette disposition, le Canada se réserve le droit d'exiger des personnes qui résident au Canada qu'elles paient de l'impôt sur les revenus et les gains qui leur sont imputés par application de l'article 91 [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 68; 2001, ch. 17, art. 68] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (les règles régissant le revenu étranger accumulé, tiré de biens). L'existence de cette réserve permet de

is no similar reservation relating to the attribution of income and gains under subsection 75(2), which means that Canada has not reserved the right to tax residents of Canada on income and gains attributed to them under subsection 75(2).

[65] The Crown argues that the reservation clause in relation to the attribution of income and gains under the foreign accrual property rules is not necessary but was included only for greater certainty, and that foreign jurisprudence establishes that domestic attribution rules do not conflict with international tax conventions based on the OECD model. However, having reviewed all of the foreign cases and learned commentary to which the parties referred, I am unable to accept the Crown's argument.

[66] The OECD model conventions, including the Canada-Austria Income Tax Convention, generally have two purposes—the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion. Paragraph 5 of Article XIII of the Canada-Austria Income Tax Convention speaks only to the avoidance of double taxation. “Double taxation” may mean either juridical double taxation (for example, imposing on a person Canadian and foreign tax on the same income) or economic double taxation (for example, imposing Canadian tax on a Canadian taxpayer for the attributed income of a foreign taxpayer, where the economic burden of foreign tax on that income is also borne indirectly by the Canadian taxpayer). By definition, an attribution rule may be expected to result only in economic double taxation.

[67] The Crown's argument requires the interpretation of a specific income tax convention to be approached on the basis of a premise that excludes, from the outset,

penser qu'un principe fondamental de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu veut que l'impôt sur le revenu imputé relève en principe de son champ d'application. On ne trouve aucune réserve semblable en ce qui concerne l'imputation des revenus et des gains en vertu du paragraphe 75(2), ce qui signifie que le Canada ne s'est pas réservé le droit d'exiger des personnes qui résident au Canada qu'elles paient de l'impôt sur les revenus et les gains qui leur sont imputés par application du paragraphe 75(2).

[65] La Couronne fait valoir que la réserve prévue en ce qui concerne l'imputation des revenus et des gains suivant le régime du revenu étranger accumulé, tiré de biens, n'était pas nécessaire, mais qu'elle a été formulée par souci de précision, ajoutant que, suivant la jurisprudence étrangère, les règles d'imputation internes n'entrent pas en conflit avec les conventions fiscales internationales s'inspirant du modèle de l'OCDE. Toutefois, après avoir examiné l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine auxquelles les parties se sont référées, il m'est impossible d'accepter la thèse de la Couronne.

[66] Les conventions inspirées du modèle de l'OCDE, dont la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu, visent en général deux objectifs : éviter la double imposition et empêcher l'évasion fiscale. Le paragraphe 5 de l'article XIII de la Convention Canada-Autriche en matière d'impôt sur le revenu ne traite que de l'évitement de la double imposition. Par « double imposition », on entend soit la double imposition juridique (p. ex., prélever un impôt canadien et un impôt étranger sur le même revenu de la même personne), soit la double imposition économique (p. ex., imposer un impôt canadien à un contribuable canadien relativement au revenu imputé d'un contribuable étranger alors que le fardeau économique de l'impôt étranger frappant ce revenu est également supporté indirectement par le contribuable canadien). Par définition, une règle d'imputation ne devrait donner lieu qu'à une double imposition économique.

[67] L'argument de la Couronne nous oblige à interpréter une convention fiscale bien précise en partant d'un principe qui écarte, d'entrée de jeu, l'idée que la

the notion that the convention is not intended to avoid economic double taxation. That approach was rejected by Justice Miller, correctly in my view. There is considerable merit in the opinion of Klaus Vogel, who says that the meaning of “double taxation” in a particular income tax convention is a matter that must be determined on the basis of an interpretation of that convention (*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3rd ed. (The Hague: Kluwer Law International, 1997)).

[68] I see no error of law or principle in the conclusion of Justice Miller that paragraph 5 of Article XIII applies to preclude Canada from taxing Peter Sommerer on the capital gains realized by the Sommerer Private Foundation.

Conclusion

[69] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

BLAIS C.J.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

convention ne vise pas à éviter la double imposition économique. Cette approche a été, à bon droit selon moi, écartée par le juge Miller. Je trouve parfaitement justifiée l’opinion de Klaus Vogel, qui affirme que le sens de l’expression « double imposition » dans une convention fiscale déterminée est une question à trancher en fonction de l’interprétation de cette convention (*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3^e éd. (La Haye : Kluwer Law International, 1997)).

[68] Je ne décèle aucune erreur de droit ou de principe dans la conclusion du juge Miller suivant laquelle le paragraphe 5 de l’article XIII s’applique de manière à empêcher le Canada de prélever entre les mains de Peter Sommerer un impôt sur les gains en capital réalisés par la Fondation privée Sommerer.

Dispositif

[69] Pour ces motifs, je rejeterais l’appel avec dépens.

LE JUGE EN CHEF BLAIS : Je suis d’accord.

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

IMM-8165-11
2012 FC 993

IMM-8165-11
2012 CF 993

Xin Cai Hou (a.k.a. Xincai Hou) (Applicant)

Xin Cai Hou (aussi appelé Xincai Hou) (demandeur)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (défendeur)

INDEXED AS: HOU v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : HOU c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Gleason J. —Toronto, June 11; Ottawa, August 14, 2012.

Cour fédérale, juge Gleason—Toronto, 11 juin; Ottawa, 14 août 2012.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision dismissing applicant's claim for refugee protection — RPD finding applicant not credible, lacking in his knowledge of Falun Gong — RPD disbelieving applicant Falun Gong practitioner in China, determining practice in Canada undertaken solely for purpose of supporting fraudulent refugee claim — RPD's credibility findings reasonable — RPD not denying applicant procedural fairness — RPD's assessment of applicant's knowledge of Falun Gong supported by evidence — RPD not erring in considering applicant's motive for engaging in practice of Falun Gong in Canada — Canadian case law recognizing that motive for engaging in religious practice in Canada may be considered by RPD in appropriate cases — RPD's assessment, conclusion herein reasonable — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur — La SPR a conclu que le demandeur n'était pas crédible et que sa connaissance du Falun Gong était insuffisante — La SPR n'a pas cru que le demandeur avait été un adepte du Falun Gong en Chine et a établi que sa pratique au Canada avait été entreprise uniquement aux fins d'appuyer une demande d'asile frauduleuse — L'évaluation de la crédibilité qu'a faite la SPR était raisonnable — La SPR n'a pas privé le demandeur de son droit à l'équité procédurale — L'évaluation par la SPR de la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong reposait sur des preuves — La SPR n'a pas commis d'erreur dans son examen des motivations du demandeur à se livrer à la pratique du Falun Gong au Canada — La jurisprudence canadienne reconnaît que la motivation de l'engagement dans une pratique religieuse au Canada peut être examinée par la SPR dans une affaire pertinente — En l'espèce, l'évaluation et la conclusion de la SPR étaient raisonnables — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board denying the refugee claim of the applicant, a citizen of China. The applicant alleged that he was a Falun Gong practitioner, that his fellow Falun Gong members were arrested for having distributed pamphlets and that he was fearful that he would also be arrested.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur, un citoyen de la Chine. Le demandeur a déclaré être adepte du Falun Gong, que les membres de son groupe du Falun Gong avaient été arrêtés pour avoir distribué des feuillets et qu'il craignait d'être arrêté lui aussi.

The RPD disbelieved that the applicant had been a Falun Gong practitioner in China and determined that his practice of Falun Gong in Canada was undertaken solely for the purpose of supporting a fraudulent refugee claim. The RPD therefore concluded that if the applicant were returned to China he

La SPR n'a pas cru que le demandeur avait été un adepte du Falun Gong en Chine et a établi que sa pratique du Falun Gong au Canada avait été entreprise uniquement aux fins d'appuyer une demande d'asile frauduleuse. La SPR a donc conclu que si le demandeur était renvoyé en Chine, il ne serait

would not be perceived to be a genuine practitioner and thus that he was not a Convention refugee.

The principal issues were whether any of the impugned credibility findings were sufficiently erroneous to warrant the decision being set aside, whether the RPD denied procedural fairness in making the impugned comments regarding the applicant's knowledge of the faith, whether the RPD committed a reviewable error in its assessment of the degree of the applicant's knowledge of Falun Gong, and whether the RPD committed a reviewable error in its consideration of the applicant's motives for engaging in the practice of Falun Gong in Canada.

Held, the application should be dismissed.

The RPD's credibility findings were reasonable. Given the inconsistencies in the applicant's testimony, the Board's credibility findings provided it with a sound underpinning to determine that the applicant was not a genuine Falun Gong practitioner. As to the alleged breach of procedural fairness, the impugned comments made by the member, while unfortunate, did not amount to a violation of procedural fairness because all parties, through their subsequent behaviour, recognized that the RPD member was not satisfied as to the sufficiency of the applicant's responses. The RPD also did not commit a reviewable error in its assessment of the applicant's knowledge of Falun Gong as there was evidence to support the RPD's finding.

The applicant's motives for engaging in the practice of Falun Gong in Canada were not irrelevant. Canadian case law recognizes that motive for engaging in a religious practice in Canada may be considered by the RPD in an appropriate case. The sincerity of those beliefs will be an issue in cases, like the present, where continuing the religious practice in the country of origin might place the claimant at risk. A *sur place* claim cannot be rejected solely due to lack of credibility or improper motive. The RPD must assess the genuineness of the applicant's religious practice to determine if he or she will be at risk if returned to the country of origin. In the present case, the RPD conducted such an assessment and its conclusion was reasonable.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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

pas perçu comme un véritable adepte et qu'il n'avait donc pas la qualité de réfugié au sens de la Convention.

Il s'agissait de déterminer si l'une ou l'autre des conclusions reprochées en ce qui concerne la crédibilité du demandeur était assez erronée pour justifier l'annulation de la décision, si la SPR avait privé le demandeur de son droit à l'équité procédurale par les observations reprochées au sujet de la connaissance qu'il avait de la religion, si la SPR avait commis une erreur susceptible de révision dans son évaluation de la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong, et si elle avait commis une erreur susceptible de révision dans son examen des motivations du demandeur à se livrer à la pratique du Falun Gong au Canada.

Jugement : la demande doit être rejetée.

L'évaluation de la crédibilité qu'a faite la Commission était raisonnable. Compte tenu des incohérences dans le témoignage du demandeur, les conclusions de la Commission relatives à la crédibilité lui donnaient une base solide pour établir que le demandeur n'était pas un véritable adepte du Falun Gong. Pour ce qui est du manquement allégué au devoir d'équité procédurale, les observations reprochées au commissaire, bien que malencontreuses, ne constituaient pas une violation du principe d'équité procédurale, car toutes les parties, par leur comportement subséquent, ont reconnu que le commissaire n'était pas satisfait du niveau d'exhaustivité des réponses données par le demandeur. De plus, la SPR n'a pas commis d'erreur susceptible de révision dans son évaluation de la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong puisqu'elle disposait de preuves à l'appui de sa conclusion.

Les motivations du demandeur à se livrer à la pratique du Falun Gong au Canada étaient pertinentes. La jurisprudence canadienne reconnaît bel et bien que la motivation de l'engagement dans une pratique religieuse au Canada peut être examinée par la SPR dans une affaire pertinente. La sincérité de ces croyances est un enjeu dans des affaires où, comme en l'espèce, la poursuite de la pratique religieuse dans le pays d'origine pourrait exposer le demandeur à un risque. On ne peut rejeter une revendication sur place uniquement à cause d'un manque de crédibilité ou d'un motif illégitime. La SPR doit évaluer la sincérité de la pratique religieuse du demandeur afin de déterminer si la personne s'exposera à un risque en retournant dans son pays d'origine. En l'espèce, la SPR a effectué une telle évaluation et sa conclusion était donc raisonnable.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74, 96, 97.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74, 96, 97.
Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, r. 5(1).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)d) (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règle. 5(1).

CASES CITED

APPLIED:

Jin v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FC 595; *Wang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 614.

DISTINGUISHED:

Ejtehadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FC 158; *El Aoudie v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 450, 408 F.T.R. 126; *Hannoon v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 408, 408 F.T.R. 118; *Yin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 544; *Nadarasa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 752.

CONSIDERED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392; *Re HB*, Refugee Appeal No. 2254/94 (N.Z.R.A.A.); *Velauthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 141 N.R. 239 (F.C.A.); *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1109 (T.D.) (QL); *Haji v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 528; *Ghazizadeh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 154 N.R. 236 (F.C.A.); *Huang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 205, 405 F.T.R. 215; *Chen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1176.

REFERRED TO:

Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.); *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 169 N.R. 107 (F.C.A.); *Cetinkaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 8, 403 F.T.R. 46; *Cao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1436; *Cao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1174; *Huang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 346, 69 Imm. L.R. (3d) 286; *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 270; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 503, 409 F.T.R. 264; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*,

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Jin c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 595; *Wang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 614.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Ejtehadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CF 158; *El Aoudie c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 450; *Hannoon c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 408; *Yin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 544; *Nadarasa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 752.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Re HB*, Refugee Appeal n° 2254/94 (N.Z.R.A.A.); *Velauthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 425 (C.A.) (QL); *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1109 (1^{re} inst.) (QL); *Haji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 528; *Ghazizadeh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 154 N.R. 236 (C.A.F.); *Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 205; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2011 CF 1176.

DÉCISIONS CITÉES :

Aguebor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL); *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 486 (C.A.) (QL); *Cetinkaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 8; *Cao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1436; *Cao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1174; *Huang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 346; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 270; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 503; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Rohm & Haas Canada Ltd.*

2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal, Re* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (F.C.A.); *Buttar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1281; *Turner v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 159, [2013] CLLC 230-006; *Ke v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 862; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Jia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 444; *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 677, 84 Imm. L.R. (3d) 112.

AUTHORS CITED

Hathaway, James. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.
 Hongzhi, Li. *The Great Way of Spiritual Perfection*, 3rd translated ed., July 2006, online: <http://www.falundafa.org/book/eng/pdf/dymf_2006.pdf>.
 Hongzhi, Li. *Zhuan Falun*, 3rd translated ed. New York: Universe Pub. Co., 1999, online: <<http://www.falundafa.org/book/eng/doc/zflus.doc>>.

APPLICATION for judicial review of a decision made by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board dismissing the applicant's claim for refugee protection. Application dismissed.

APPEARANCES

Michael Korman for applicant.
Ildiko Erdei for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Otis & Korman, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] GLEASON J.: The applicant is a citizen of China, who claims to be a Falun Gong practitioner. He came to Canada with the aid of a smuggler in 2009 and made a refugee claim. The Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (RPD or the Board) dismissed his claim in a decision dated October 18,

et Tribunal antidumping, Re, [1978] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL); *Buttar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1281; *Turner c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 159; *Ke c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 862; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Jia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 444; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 677.

DOCTRINE CITÉE

Hathaway, James. *The Law of Refugee Status*. Toronto : Butterworths, 1991.
 Hongzhi, Li. *The Great Way of Spiritual Perfection*, 3^e éd. traduite, juillet 2006, en ligne : <http://www.falundafa.org/book/eng/pdf/dymf_2006.pdf>.
 Hongzhi, Li. *Zhuan Falun*, 3^e éd. traduite. New York : Universe Pub. Co., 1999, en ligne : <<http://www.falundafa.org/book/eng/doc/zflus.doc>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Michael Korman pour le demandeur.
Ildiko Erdei pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Otis & Korman, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE GLEASON : Le demandeur, un citoyen chinois, affirme être un adepte du Falun Gong. Il est entré au Canada avec l'aide d'un passeur en 2009 et y a revendiqué le statut de réfugié. La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la SPR ou la

2011. In this application for judicial review, the applicant seeks to set aside the RPD's decision.

[2] The RPD dismissed the applicant's claim for two reasons. First, it found the applicant to lack credibility due to numerous inconsistencies in his testimony before the Board, several additional inconsistencies between what he stated during his testimony and what he wrote in the Personal Information Form (PIF) he was required to complete by virtue of subrule 5(1) of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228 and to the way in which he answered questions from the RPD panel member who conducted the hearing. Second, the Board held that the applicant's knowledge of Falun Gong was inconsistent with someone who claimed to have engaged in 17 years of continuous practice and extensive study of *Zhuan Falun* [3rd translated ed., New York: Universe Pub. Co., 1999], the central text of Falun Gong. In assessing the genuineness of the applicant's beliefs, the RPD gave little weight to the letters of support and petitions the applicant filed regarding his alleged practice of Falun Gong in Canada.

[3] Based on these factors, the Board disbelieved that the applicant had been a Falun Gong practitioner in China and determined that his practice of Falun Gong in Canada was undertaken solely for the purpose of supporting a fraudulent refugee claim. The RPD therefore concluded that if the applicant were returned to China he would not be perceived to be a genuine practitioner and thus that he was not a Convention refugee within the meaning of section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA or the Act) nor a person in need of protection within the meaning of section 97 of the Act.

[4] The applicant argues that the RPD committed four reviewable errors in its decision. He argues first that the Board made numerous errors in its credibility determinations. Second, the applicant asserts that the RPD erred in finding him to have limited knowledge of Falun Gong because it imposed an erroneously high standard of knowledge and premised its finding in large part on a

Commission) a rejeté sa revendication dans une décision rendue en date du 18 octobre 2011. Dans sa demande de contrôle judiciaire, le demandeur cherche à obtenir l'annulation de la décision de la SPR.

[2] La SPR a rejeté la revendication du demandeur pour deux raisons. Premièrement, elle a constaté que le demandeur manquait de crédibilité en raison des nombreuses incohérences de son témoignage devant la Commission, de plusieurs incohérences supplémentaires entre ce qu'il a déclaré dans son témoignage et ce qu'il a écrit dans le formulaire sur les renseignements personnels (FRP) qu'il était tenu de remplir en vertu du paragraphe 5(1) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, et de sa façon de répondre aux questions du commissaire de la SPR qui a procédé à l'audience. Deuxièmement, la Commission a soutenu que la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong ne cadrait pas avec quelqu'un qui affirmait s'être livré à 17 ans de pratique continue et d'étude exhaustive du *Zhuan Falun* [3^e éd. traduite. New York : Universe Pub. Co., 1999], le texte central du Falun Gong. En évaluant la sincérité des croyances du demandeur, la SPR n'a guère accordé de poids aux lettres d'appui et aux pétitions déposées par le demandeur concernant sa pratique alléguée du Falun Gong au Canada.

[3] Se fondant sur ces facteurs, la Commission n'a pas cru que le demandeur avait été un adepte du Falun Gong en Chine et a établi que sa pratique du Falun Gong au Canada avait été entreprise uniquement aux fins d'appuyer une demande d'asile frauduleuse. La SPR a donc conclu que si le demandeur était renvoyé en Chine, il ne serait pas perçu comme un véritable adepte et qu'il n'avait donc pas la qualité de réfugié au sens de la Convention, au sens de l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR ou la Loi), ni celle de personne à protéger au sens de l'article 97 de la Loi.

[4] Le demandeur soutient que la SPR a commis quatre erreurs susceptibles de révision dans sa décision. Il soutient premièrement que la Commission a commis plusieurs erreurs dans l'évaluation de sa crédibilité. Deuxièmement, le demandeur affirme que la SPR a fait erreur en concluant qu'il avait une connaissance limitée du Falun Gong parce qu'elle a imposé une norme de

misunderstanding of Falun Gong. Third, the applicant claims that the RPD panel member who decided the case violated the principles of procedural fairness in indicating during the hearing that the applicant's knowledge of the Third "Talk" in the *Zhuan Falun* was "pretty good" but then basing his decision in part on the applicant's lack of knowledge of this "Talk". Finally, the applicant argues that the RPD erred in considering his motivations for engaging in the practice of Falun Gong in Canada, which the applicant asserts are irrelevant to the assessment of whether he can advance a valid *sur place* refugee claim or a claim based on his activities in Canada. The applicant argues in this regard that the authorities relied upon by the RPD are not valid and that the presence or absence of a good faith motive for engaging in activities that may give rise to a *sur place* claim is not a relevant consideration in Canadian law.

[5] The following issues, therefore, arise in this case:

1. What standard of review is applicable to assessment of each of the errors alleged by the applicant;
2. Are any of the impugned credibility findings sufficiently erroneous so as to warrant the decision's being set aside;
3. Did the panel member deny procedural fairness to the applicant in making the impugned comments regarding the applicant's knowledge of the Third "Talk" in the *Zhuan Falun*;
4. Did the RPD commit a reviewable error in its assessment of the applicant's knowledge of Falun Gong; and
5. Did the RPD commit a reviewable error in its consideration of the applicant's motives for engaging in the practice of Falun Gong in Canada?

Each of these issues is examined below.

connaissance anormalement élevée et fondé sa conclusion en grande partie sur une interprétation erronée du Falun Gong. Troisièmement, le demandeur prétend que le commissaire de la SPR qui a rendu la décision a violé les principes d'équité procédurale en indiquant au cours de l'audience que le demandeur avait une « assez bonne » connaissance de la troisième leçon du *Zhuan Falun*, mais en fondant ensuite sa décision en partie sur le manque de connaissance qu'avait le demandeur de cette leçon. Enfin, le demandeur soutient que la SPR s'est trompée en examinant les motivations de sa pratique du Falun Gong au Canada, lesquelles n'ont selon lui aucune pertinence lorsqu'il s'agit d'évaluer s'il peut revendiquer valablement le statut de réfugié sur place ou sur la base de ses activités au Canada. Le demandeur soutient à cet égard que les autorités sur lesquelles s'appuie la SPR ne sont pas valables et que la présence ou l'absence d'une motivation de bonne foi pour se livrer à des activités susceptibles de donner lieu à une revendication sur place n'est pas un critère pertinent en droit canadien.

[5] En l'occurrence, les questions suivantes se posent donc :

1. Quelle norme de contrôle s'applique à l'évaluation de chacune des erreurs alléguées par le demandeur?
2. Est-ce que l'une ou l'autre des conclusions reprochées en ce qui concerne la crédibilité du demandeur est assez erronée pour justifier l'annulation de la décision?
3. Le commissaire a-t-il privé le demandeur de son droit à l'équité procédurale par les observations reprochées au sujet de la connaissance qu'il avait de la troisième « leçon » du *Zhuan Falun*?
4. La SPR a-t-elle commis une erreur susceptible de révision dans son évaluation de la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong?
5. La SPR a-t-elle commis une erreur susceptible de révision dans son examen des motivations du demandeur à se livrer à la pratique du Falun Gong au Canada?

Chacune de ces questions est traitée ci-dessous.

What standard of review is applicable to assessment of each of the errors alleged by the applicant?

[6] Turning, first, to consideration of the applicable standard of review, the deferential reasonableness standard applies to the Board's credibility findings, to its assessment of the applicant's knowledge of Falun Gong and to its consideration of the applicant's motives for engaging in the practice of that religion in Canada. However, consideration of the alleged violation of procedural fairness attracts no deference.

[7] In terms of review of credibility findings, it is well established that significant deference is due to the findings of a tribunal, including the RPD, in matters of credibility (see e.g. *Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.) (*Aguebor*), at paragraph 4; *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 169 N.R. 107 (F.C.A.) (*Singh*), at paragraph 3; and *Cetinkaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 8, 403 F.T.R. 46, at paragraph 17).

[8] The reasonableness standard of review is likewise applicable to the Board's assessment of the applicant's knowledge of Falun Gong, the matter being one of fact. In this regard, it is noteworthy that the applicant does not argue that the Board committed an error of law in considering and testing the degree of the applicant's knowledge of Falun Gong but, rather, asserts that the conclusion reached was erroneous. In most—but not all—of the cases where it has examined the issue, this Court has applied a reasonableness standard to the review of the RPD's assessment of a claimant's religious knowledge (see e.g. *Jin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 595 (*Jin*), at paragraphs 5 and 17 (Pinard J.); *Cao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1436 (*Cao II*), at paragraph 19 (Zinn J.); *Chen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1176 (*Chen III*), at paragraphs 28–30 (Russell J.); *Wang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 614, at paragraphs 13 and 20 (Near J.); *Cao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1174 (*Cao I*), at paragraphs 20–24 (Mosley J.); *Huang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 346, 69 Imm.

Quelle norme de contrôle s'applique à l'évaluation de chacune des erreurs alléguées par le demandeur?

[6] Premièrement, pour ce qui est de la norme de contrôle applicable, la norme déferente de la raisonabilité s'applique aux conclusions de la Commission en matière de crédibilité, à son évaluation de la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong et à sa prise en considération des motivations du demandeur à pratiquer cette religion au Canada. Cependant, l'examen de l'allégation de violation du principe d'équité procédurale ne fait l'objet d'aucune déférence.

[7] Pour ce qui est de l'examen des conclusions relatives à la crédibilité, il est bien établi qu'une certaine déférence s'impose à l'égard des conclusions auxquelles arrive un tribunal, y compris la SPR, en matière de crédibilité (voir p. ex. *Aguebor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL) (*Aguebor*), au paragraphe 4; *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 486 (C.A.) (QL) (*Singh*), au paragraphe 3; *Cetinkaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 8, au paragraphe 17).

[8] La norme de la décision raisonnable est également applicable à l'évaluation par la Commission de la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong, puisqu'il s'agit d'une question de fait. À cet égard, il convient de noter que le demandeur n'allègue pas que la Commission a commis une erreur de droit en prenant en considération et en mettant à l'épreuve le niveau de connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong, affirmant plutôt que la conclusion à laquelle elle est arrivée était erronée. Dans la plupart des cas — mais pas tous — où elle a examiné cette question, cette Cour a appliqué la norme de la raisonabilité à l'examen de l'évaluation faite par la SPR des connaissances religieuses d'un demandeur (voir p. ex. *Jin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 595 (*Jin*), aux paragraphes 5 et 17 (le juge Pinard); *Cao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1436 (*Cao II*), au paragraphe 19 (le juge Zinn); *Chen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1176 (*Chen III*), aux paragraphes 28 à 30 (le juge Russell); *Wang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 614, aux paragraphes 13 et 20 (le juge Near); *Cao c. Canada*

L.R. (3d) 286 (*Huang I*), at paragraphs 7 and 11 (Mosley J.); *Chen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 270 (*Chen I*), at paragraph 9 (Barnes J.)). Although Justice Campbell appears to have recently applied the correctness standard in *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 503, 409 F.T.R. 264, at paragraph 17, in my view, the approach taken in the majority of cases is the correct one because the issue is one of fact and it is firmly established that factual determinations of inferior tribunals are reviewable on the reasonableness standard (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 51; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 25 and 46).

[9] Insofar as concerns the standard of review applicable to the RPD's consideration of the applicant's motives for engaging in the practice of Falun Gong in Canada, the standard is likewise reasonableness as in this case the Board's consideration of the applicant's motives involves a question of mixed fact and law, and such issues are reviewable on the reasonableness standard (*Dunsmuir*, at paragraph 51). In this case, the Board needed to assess the sincerity of the applicant's beliefs to determine if he would be likely to continue the practice of Falun Gong if he were returned to China because on these facts it is continued practice which might have placed the applicant at risk. Motive is a relevant consideration in gauging the sincerity of the applicant's beliefs.

[10] This case must be distinguished from those where the alleged risk depends not on whether the applicants are likely to continue practice of a faith in their home country, but rather, on the mere fact of having been known to engage in a particular activity in Canada which in and of itself might expose them to the risk of persecution (see e.g. *Ejtehadian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 158 (*Ejtehadian*), addressed in more detail below in paragraph 64). In such circumstances, considering an applicant's motivation for his or her behaviour in Canada might amount to an error

(*Citoyenneté et Immigration*), 2008 CF 1174 (*Cao I*), aux paragraphes 20 à 24 (le juge Mosley); *Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 346 (*Huang I*), aux paragraphes 7 et 11 (le juge Mosley); *Chen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 270 (*Chen I*), au paragraphe 9 (le juge Barnes)). Bien que monsieur le juge Campbell semble avoir appliqué récemment la norme de la décision correcte dans *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 503, au paragraphe 17, à mon sens l'approche adoptée dans la majorité des cas est la bonne, parce qu'il s'agit d'une question de fait et qu'il est fermement établi que les décisions factuelles rendues par les tribunaux inférieurs sont susceptibles de révision suivant la norme de la raisonabilité (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 51; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 25 et 46).

[9] En ce qui concerne la norme de contrôle applicable à l'examen par la SPR des motivations du demandeur à se livrer à la pratique du Falun Gong au Canada, là aussi, c'est la norme de la raisonabilité qui s'applique, car, en l'occurrence, l'examen par la Commission des motivations du demandeur est une question mixte de droit et de fait; or, ces questions sont susceptibles de révision suivant la norme de la raisonabilité (*Dunsmuir*, au paragraphe 51). En l'occurrence, la Commission devait évaluer la sincérité des convictions du demandeur afin de déterminer s'il était vraisemblable qu'il continue la pratique du Falun Gong s'il était renvoyé en Chine, car, sur la base de ces faits, c'est la poursuite de cette pratique qui aurait exposé le demandeur à un risque. La motivation est une considération pertinente pour jauger la sincérité des convictions du demandeur.

[10] Il faut distinguer la présente cause de celles où le risque allégué dépend non pas du fait que le demandeur est susceptible ou non de poursuivre la pratique d'une religion dans son pays d'origine, mais plutôt du simple fait de s'être notoirement livré au Canada à une activité particulière qui, en elle-même, pourrait l'exposer au risque de persécution (voir p. ex. *Ejtehadian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 158 (*Ejtehadian*), traité plus en détail au paragraphe 64 ci-dessous). Dans de telles circonstances, il est permis de penser que l'examen de ce qui motive le comportement

of law, arguably of the sort that would give rise to the standard of correctness (see *Ejtehadian*, at paragraph 12). That is so because in such a case—unlike the present—the likelihood of engaging in the practice if returned to the home country is irrelevant to the risk faced by the applicant. Such risk flows merely from having engaged in certain activities while in Canada. Here, on the other hand, the alleged risk flows from the likelihood that the applicant would engage in the practice of Falun Gong if returned to China because the Chinese authorities do not persecute former Falun Gong practitioners. Thus, it was necessary for the RPD to determine whether the applicant was a sincere practitioner of that faith.

[11] The circumstances of this case must also be distinguished from much of the Court's jurisprudence in this area, which has involved situations where the Board has failed to even consider the *sur place* aspect of a claim and dismissed refugee claims solely due to its determination that an applicant began practicing a religion to buttress a fraudulent refugee claim (see e.g. *El Aoudie v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 450, 408 F.T.R. 126 (*El Aoudie*); *Hannoon v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 448, 408 F.T.R. 118 (*Hannoon*); *Yin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 544 (*Yin*)). These cases have in effect held that the RPD's failure to assess a key aspect of a claim constitutes a reviewable error upon which it is owed no deference (as was recently reasoned by Justice Phelan in another immigration context in *Nadarasa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 752, at paragraph 26). In contrast, here I am reviewing the Board's consideration of the applicant's motives in the context of the analysis it undertook of the *sur place* claim. As mentioned, this is a question of mixed fact and law and as such, warrants review on the reasonableness standard.

[12] The reasonableness standard is an exacting one and requires the reviewing court afford deference to the tribunal's decision; a court cannot intervene unless it is

d'un demandeur au Canada pourrait s'avérer un type d'erreur de droit susceptible de révision suivant la norme de la décision correcte (voir *Ejtehadian*, au paragraphe 12). En effet, dans ce cas — contrairement à la présente affaire — la probabilité que le demandeur pratique sa religion s'il retourne dans son pays d'origine est sans rapport avec le risque auquel il s'expose. Ce risque découle du simple fait de s'être livré à certaines activités pendant son séjour au Canada. Ici, en revanche, le risque allégué découle de la probabilité que le demandeur se livrerait à la pratique du Falun Gong s'il était renvoyé en Chine, parce que les autorités chinoises ne persécutent pas les anciens adeptes du Falun Gong. Ainsi, il était nécessaire pour la SPR de déterminer si le demandeur était un adepte sincère de cette religion.

[11] Il faut également distinguer les circonstances en l'espèce d'une grande partie de la jurisprudence du tribunal dans ce domaine, laquelle porte sur des situations où la Commission est allée jusqu'à omettre de prendre en considération le fait qu'une revendication avait été présentée sur place et a rejeté des demandes d'asile en se fondant uniquement sur sa conclusion qu'un demandeur avait commencé à pratiquer une religion pour soutenir une demande d'asile frauduleuse (voir p. ex. *El Aoudie c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 450 (*El Aoudie*); *Hannoon c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 448 (*Hannoon*); *Yin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 544 (*Yin*)). Dans ces affaires, il a en effet été statué que l'omission par la SPR d'évaluer un aspect essentiel d'une revendication constitue une erreur susceptible de révision à l'égard de laquelle aucune déférence ne s'impose (comme l'a récemment dit le juge Phelan dans un autre contexte lié à l'immigration, dans la décision *Nadarasa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 752, au paragraphe 26). En revanche, dans la présente affaire, j'examine l'évaluation par la Commission des motivations du demandeur dans le contexte de l'analyse qu'elle a réalisée de la revendication présentée sur place. Tel qu'il a été mentionné, il s'agit en l'espèce d'une question mixte de fait et de droit qui, à ce titre, justifie une révision suivant la norme de la raisonabilité.

[12] La norme de la raisonabilité est très exigeante; elle oblige l'instance révisionnelle à faire preuve de déférence face à la décision du tribunal; une instance ne

satisfied that the reasons of the tribunal are not “justifie[d], transparen[t] [or] intelligi[ble]” and that the result does not fall “within [the] range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of facts and law” (*Dunsmuir*, at paragraph 47, cited above at paragraph 8). In applying this deferential standard, it matters not whether the reviewing court agrees with the tribunal’s conclusion, would have reached a different result or might have reasoned differently. So long as the reasons are understandable and the result is one that is rational and supportable in light of the facts and the applicable law, a court should not overturn an inferior tribunal’s decision under the reasonableness standard of review.

[13] In assessing the reasonableness of a tribunal’s factual findings, it is firmly settled that the reviewing court cannot and should not reweigh the evidence (*Khosa*, at paragraph 61, cited above at paragraph 8). Indeed, the yardstick for determining the reasonableness of the RPD’s factual determinations, including credibility findings, is set out in paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as *am. idem*, s. 14)], which provides that the impugned finding must meet three criteria for relief to be granted: first, the finding must be truly erroneous; second, it must be made capriciously, perversely or without regard to the evidence; and, finally, the tribunal’s decision must be based on the erroneous finding (*Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal, Re* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (F.C.A.) (*Rohm & Haas*), at pages 214–215; *Buttar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1281, at paragraph 12).

[14] Turning, finally, to the claimed violation of the principles of procedural fairness, it is for the reviewing court to determine whether the RPD violated principles of procedural fairness. The Board is owed no deference in this regard (see e.g. *Turner v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 159, [2013] CLLC 230-006, at paragraph 43; *Ke v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 862, at paragraph 36). As the

peut intervenir que si elle estime que les motifs du tribunal ne sont pas « justifi[és] [...], transparen[ts] et [...] intelligi[bles] » et que le résultat n’appartient pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, au paragraphe 47, précité au paragraphe 8). Dans l’application de cette norme de déférence, peu importe que l’instance révisionnelle soit d’accord ou non avec la conclusion du tribunal, qu’elle fût arrivée à un résultat différent ou qu’elle eût pu avoir un raisonnement différent. Tant que les motifs sont compréhensibles et que le résultat est rationnel et soutenable à la lumière des faits et du droit applicable, une instance ne doit pas infirmer la décision d’un tribunal inférieur suivant la norme de contrôle de la raisonabilité.

[13] Dans l’évaluation de la raisonabilité des conclusions factuelles d’un tribunal, il est fermement établi que l’instance révisionnelle ne peut ni ne doit soupeser à nouveau les éléments de preuve (*Khosa*, au paragraphe 61, précité au paragraphe 8). De fait, le critère qui permet de déterminer la raisonabilité des conclusions factuelles de la SPR, y compris ses conclusions relatives à la crédibilité, est énoncé à l’alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], qui dispose que la conclusion reprochée doit répondre à trois critères pour accueillir une demande de contrôle judiciaire : premièrement, la conclusion de fait doit être vraiment erronée; deuxièmement, elle doit avoir été tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont le tribunal dispose; enfin, la décision du tribunal doit être fondée sur cette conclusion erronée (*Rohm & Haas Canada Ltd. et Tribunal antidumping, Re*, [1978] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL) (*Rohm & Haas*), au paragraphe 5; *Buttar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1281, au paragraphe 12).

[14] Enfin, pour ce qui est de la violation alléguée des principes d’équité procédurale, c’est à l’instance révisionnelle qu’il revient d’établir si la SPR a violé ces principes. Aucune déférence ne s’impose à la Commission à cet égard (voir p. ex. *Turner c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 159, au paragraphe 43; *Ke c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 862, au paragraphe 36). Comme l’a dit la Cour d’appel

Federal Court of Appeal stated in *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, at paragraph 53:

The decision maker has either complied with the content of the duty of fairness appropriate for the particular circumstances, or has breached this duty.

[15] Thus, to summarize, the reasonableness standard of review applies to the Board's credibility findings, to its assessment of the applicant's religious knowledge and to its consideration of the applicant's motives for practicing Falun Gong in Canada, whereas the panel member's conduct that is alleged to violate the principles of procedural fairness is to be assessed to determine whether a violation occurred.

Are any of the impugned credibility findings sufficiently erroneous so as to warrant the decision's being set aside?

[16] Prior to analysing the reasonableness of the impugned credibility findings, it is necessary to summarize the various reasons the RPD offered for disbelieving the applicant because the applicant attacks virtually every finding made by the RPD.

[17] In this regard, the Board first considered the discrepancy between the applicant's testimony and the statements made in the two versions of his PIF regarding the reason for the alleged arrest of fellow Falun Gong members and basis for the applicant's flight from China. In his testimony before the RPD, the applicant stated that the arrest occurred because the members of his Falun Gong group were distributing pamphlets and he feared he would also be arrested because he had likewise distributed Falun Gong flyers. However, he neglected to mention these facts in either his original PIF, which he completed shortly after making his refugee claim, or in his amended PIF, which he filed shortly prior to the hearing. When questioned about the inconsistency, the applicant stated that he "didn't dare to disclose" the distribution of flyers, because he was uncertain of the situation in Canada and feared the possible presence of Chinese spies. The Board did not accept this explanation because the applicant had participated in a pro-Falun Gong demonstration in front of the Chinese embassy

fédérale dans l'arrêt *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392, au paragraphe 53 :

Soit le décideur a respecté l'obligation d'équité dans les circonstances propres à l'affaire, soit il a manqué à cette obligation.

[15] Ainsi, pour résumer, la norme de la décision raisonnable s'applique aux conclusions de la Commission relatives à la crédibilité, à son évaluation des connaissances religieuses du demandeur et à son examen des motivations de la pratique du Falun Gong par le demandeur au Canada, tandis qu'il y a lieu d'évaluer si, par sa conduite, le commissaire a violé les principes d'équité procédurale comme l'allègue le demandeur.

Est-ce que l'une ou l'autre des conclusions reprochées en ce qui concerne la crédibilité du demandeur est assez erronée pour justifier l'annulation de la décision?

[16] Avant d'analyser la raisonabilité des conclusions reprochées en ce qui a trait à la crédibilité, il est nécessaire de résumer les divers motifs invoqués par la SPR pour ne pas croire le demandeur, car le demandeur attaque pratiquement chacune des conclusions de la SPR.

[17] À ce chapitre, la Commission a d'abord examiné les disparités entre le témoignage du demandeur et les déclarations qu'il avait faites dans les deux versions de son FRP concernant les motifs de l'arrestation alléguée d'autres membres du Falun Gong et les fondements de sa fuite hors de la Chine. Dans son témoignage à la SPR, le demandeur a déclaré que l'arrestation est survenue parce que les membres de son groupe du Falun Gong distribuaient des feuillets et qu'il craignait d'être arrêté lui aussi parce qu'il en avait également distribué. Cependant, il a négligé de mentionner ces faits dans son FRP initial, qu'il a rempli peu de temps après avoir revendiqué le statut de réfugié, et dans son FRP modifié, qu'il a rempli peu de temps avant l'audience. Interrogé sur cette incohérence, le demandeur a déclaré qu'il n'avait pas [TRADUCTION] « osé mentionner » la distribution de dépliants, parce qu'il n'était pas certain de la situation au Canada et qu'il craignait la présence d'espions chinois. La Commission n'a pas accepté cette explication parce que le demandeur avait participé à une

in Toronto, just days before completing his first PIF. It reasoned that it was neither plausible nor credible that the applicant would have been too frightened to complete his PIF, a critical document in support of his refugee claim, and yet have engaged in a very public demonstration at virtually the same time.

[18] Next, the Board commented on another contradiction in the applicant's testimony. When questioned about why he protested in front of the Chinese embassy, the applicant said that he was not afraid to protest because he only later learned that the embassy had cameras. Later in his testimony, however, he stated that at the time he demonstrated he was aware there was a likelihood he would be identified if he chose to participate in the demonstration. The RPD noted this inconsistency and also noted that the applicant's statement that he was not afraid to protest contradicted the reason he had given for omitting his role in leafleting from his PIFs. The Board drew negative inferences from these contradictions.

[19] The Board then commented on an obvious inconsistency between the applicant's testimony and his PIFs and on the efforts the applicant made to try and explain away the inconsistency. In his testimony, the applicant claimed that there were eight members in his Falun Gong group in China, that four of them had been arrested and that one of them had been "persecuted to death". In his PIFs, however, the applicant only mentioned one individual being arrested. When asked to name the individuals he claimed were arrested, the applicant provided four names, but not that of the person he had named in his PIFs. When the RPD pointed this out to the claimant, he responded that the four individuals he had named during his testimony belonged to a second Falun Gong group that he also belonged to. The RPD rejected this explanation and found that the applicant's "testimony evolved in an effort to explain away an obvious inconsistency". This also caused the Board to draw a negative inference.

manifestation en faveur du Falun Gong devant l'ambassade de Chine à Toronto, quelques jours à peine avant de remplir son premier FRP. Elle a estimé qu'il n'était ni plausible ni crédible que le demandeur ait eu trop peur pour remplir son FRP, un document essentiel à l'appui de sa demande d'asile, alors qu'il avait participé à une manifestation très publique pratiquement au même moment.

[18] Ensuite, la Commission a commenté une autre contradiction dans le témoignage du demandeur. Interrogé sur la raison pour laquelle il avait manifesté devant l'ambassade de Chine, le demandeur a déclaré qu'il n'avait pas craint de manifester parce qu'il n'avait appris que par la suite que l'ambassade était équipée de caméras. Plus tard au cours de témoignage, cependant, il a déclaré qu'au moment de la manifestation, il était conscient de la possibilité d'être identifié s'il choisissait de participer à cette manifestation. La SPR a noté cette incohérence et souligné aussi que la déclaration du demandeur à savoir qu'il n'avait pas peur de manifester contredisait le motif qu'il avait invoqué pour passer sous silence, dans ses FRP, son rôle dans la distribution des feuillets. La Commission a tiré des inférences défavorables de ces contradictions.

[19] La Commission a ensuite commenté une incohérence évidente entre le témoignage du demandeur et ses FRP, ainsi que les efforts qu'il a déployés pour tenter d'expliquer cette incohérence. Dans son témoignage, le demandeur a affirmé que son groupe du Falun Gong en Chine comptait huit membres, que quatre d'entre eux avaient été arrêtés et que l'un d'entre eux avait été [TRADUCTION] « persécuté à mort ». Dans ses FRP, toutefois, le demandeur n'a mentionné l'arrestation que d'une seule personne. Quand on lui a demandé de nommer les personnes qui, selon ses dires, avaient été arrêtées, le demandeur a donné quatre noms, mais pas celui de la personne qu'il avait nommée dans ses FRP. Quand la SPR a signalé ce détail au demandeur, il a répondu que les quatre personnes dont il avait donné le nom dans son témoignage appartenaient à un second groupe du Falun Gong dont il était également membre. La SPR a rejeté cette explication et conclu que le demandeur « a modifié son témoignage en vue de dissiper une incohérence manifeste ». Ce fait a également amené la Commission à tirer une inférence défavorable.

[20] Next, the Board commented on its questioning of the applicant as to why he had omitted any mention of the four individuals' arrests and one of their deaths from his PIFs. The applicant claimed he had done so because he did not know "the specific details of the persecution" and he did not want to mention it because he would have trouble explaining himself at the hearing. The Board rejected this explanation as being not credible.

[21] The Board then moved to consider a further discrepancy between the applicant's testimony and his PIFs, namely that the applicant claimed in his testimony that his wife had received threats from the Chinese Public Security Bureau (PSB) but neglected to mention this in his PIFs. The RPD once again drew a negative inference due to this inconsistency. The RPD also drew a negative inference from the fact that, apart from the alleged threats, the applicant's wife and son in China had experienced no problems, noting that the country documentation before the Board indicated that "Chinese authorities use the family of absconding [Falun Gong] practitioners as hostages to force the practitioner to give up the practice". The RPD reasoned that it was implausible that the Chinese authorities would have merely threatened the applicant's wife with arrest if they knew of the applicant's practice of Falun Gong.

[22] The Board then considered a further inconsistency in the applicant's testimony, noting that at one point he stated that the PSB was unaware of his Falun Gong activities in China, and yet claimed the authorities would have been able to identify him on a Falun Gong website protesting against the Chinese government. The Board also noted that the applicant had offered no evidence to prove that the Chinese authorities were aware of any alleged Falun Gong practice by the applicant.

[23] Based on the foregoing, the RPD held that the applicant's testimony that members of his Falun Gong groups in China were arrested was not credible and that the applicant was not being pursued by the Chinese authorities for his alleged Falun Gong activities in China.

[20] La Commission a ensuite commenté son interrogatoire du demandeur sur les raisons pour lesquelles il avait omis de mentionner, dans ses FRP, l'arrestation des quatre personnes et la mort de l'une d'elles. Le demandeur a allégué qu'il avait agi ainsi parce qu'il ne connaissait pas « tous les détails de ladite persécution » et qu'il ne voulait pas en faire mention parce qu'il aurait du mal à s'expliquer à l'audience. La Commission a rejeté cette explication, l'estimant non crédible.

[21] La Commission s'est ensuite penchée sur une autre contradiction entre le témoignage du demandeur et ses FRP, à savoir que le demandeur avait affirmé dans son témoignage que son épouse avait reçu des menaces du Bureau de la sécurité publique (PSB) de la Chine, mais avait négligé d'en faire mention dans ses FRP. La SPR a une fois de plus tiré une inférence défavorable de cette incohérence. La SPR a également tiré une inférence défavorable du fait que, hormis les menaces alléguées, l'épouse et le fils du demandeur, en Chine, n'avaient eu aucun problème, notant que la documentation sur ce pays que la Commission avait en main indiquait que « les autorités chinoises utilisent en outre les membres de la famille de l'adepte en fuite comme otages afin de forcer les adeptes à quitter le mouvement du Falun Gong ». La SPR a estimé qu'il était peu plausible que les autorités chinoises se soient bornées à menacer d'arrestation l'épouse du demandeur si elles savaient que le demandeur était un adepte du Falun Gong.

[22] La Commission a ensuite examiné une autre incohérence dans le témoignage du demandeur, notant qu'à un moment, il avait affirmé que le PSB n'était pas au courant de ses activités avec le Falun Gong en Chine, mais qu'il avait pourtant affirmé que les autorités auraient été en mesure de l'identifier dans un site Web du Falun Gong comme un participant à une manifestation contre le gouvernement chinois. La Commission a également noté que le demandeur n'avait mis de l'avant aucun élément prouvant que les autorités chinoises étaient au courant de sa pratique alléguée du Falun Gong.

[23] Sur la base de ce qui précède, la SPR a conclu que le témoignage du demandeur relativement à l'arrestation de membres de ses groupes du Falun Gong en Chine n'était pas crédible et que le demandeur ne faisait pas l'objet de poursuites par les autorités chinoises pour

[24] The Board then moved on to consider the applicant's knowledge of Falun Gong. The Board held that the applicant did not display a level of knowledge consistent with someone who claimed to have practiced Falun Gong for nearly 17 years and who claimed to have read one of the "Talks" of the *Zhuan Falun* each week since 1994 while in China and to have continued to read the *Zhuan Falun* daily in Canada. In terms of examples, the RPD noted that the applicant identified "Talk" three as his favourite, but was not able to provide significant detail on the contents of the "Talk" and that the applicant was unable to name more than one of the eight major distinguishing characteristics of Falun Gong as described by Master Li in *Zhuan Falun*.

[25] The RPD then considered the letters of support and petitions the applicant filed regarding his alleged practice of Falun Gong in Canada. One of these was from Joel Chipkar, the vice president of the Falun Dafa Association. The applicant claims that the RPD ought to have accorded significant weight to this letter, as Mr. Chipkar had been accepted as an expert witness by the RPD in other cases and his letter stated that the Falun Dafa Association only provided letters of support in cases where the Association was convinced of the genuineness of the claimant's practice of Falun Gong. The RPD, however, accorded little weight to Mr. Chipkar's letter and the other documents the applicant filed to support his claim that he was a genuine Falun Gong practitioner in Canada.

[26] In terms of Mr. Chipkar's letter, the RPD noted it did not provide any information as to how Mr. Chipkar met the applicant, whether he had personally observed the applicant's practice of Falun Gong nor whether he had conducted a personal assessment of the genuineness of the applicant's beliefs. The RPD also noted that Mr. Chipkar's letter was a photocopy and that Mr. Chipkar had not been called to testify, even though counsel had indicated that he was present and intended to call him to give evidence. The RPD also noted that the letter and the other documents from purported Falun

ses prétendues activités en lien avec le Falun Gong en Chine.

[24] La Commission s'est ensuite penchée sur la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong. La Commission a conclu que le demandeur ne manifestait pas un niveau de connaissance correspondant à celui d'une personne qui affirmait pratiquer le Falun Gong depuis près de 17 ans et qui prétendait avoir lu une des leçons du *Zhuan Falun* chaque semaine depuis 1994 quand il vivait en Chine et avoir continué de lire le *Zhuan Falun* quotidiennement au Canada. À titre d'exemple, la SPR a noté que le demandeur déclarait que la troisième leçon était sa préférée, mais qu'il était incapable de donner des détails significatifs sur le contenu de cette leçon, et que le demandeur était incapable de nommer plus d'une des huit principales caractéristiques particulières du Falun Gong décrites par le Maître Li dans le *Zhuan Falun*.

[25] La SPR a ensuite pris en considération les lettres d'appui et les pétitions déposées par le demandeur en lien avec sa pratique alléguée du Falun Gong au Canada. L'une de ces lettres était de Joel Chipkar, vice-président de la Falun Dafa Association. Le demandeur affirme que la SPR aurait dû donner beaucoup de poids à cette lettre, car M. Chipkar avait été accepté à titre de témoin expert par la SPR dans d'autres affaires et cette lettre précisait que la Falun Dafa Association ne fournissait des lettres d'appui que dans les cas où elle était convaincue de la sincérité de la pratique du Falun Gong par le demandeur. Toutefois, la SPR n'a guère attribué de poids à la lettre de M. Chipkar et aux autres documents déposés par le demandeur à l'appui de l'allégation selon laquelle il était un véritable adepte du Falun Gong au Canada.

[26] En ce qui concerne la lettre de M. Chipkar, la SPR a noté que cette lettre ne donnait aucune information sur la façon dont M. Chipkar avait rencontré le demandeur, qu'elle ne précisait pas s'il avait personnellement observé la pratique du Falun Gong par le demandeur et qu'elle n'indiquait pas non plus s'il avait procédé à une appréciation personnelle de la sincérité des croyances du demandeur. La SPR a également noté que la lettre de M. Chipkar était une photocopie et que M. Chipkar n'avait pas été appelé à témoigner, même si l'avocate avait indiqué qu'il était présent et avait l'intention de

Gong practitioners only attested to the applicant's Falun Gong practice and did not speak to the genuineness of the applicant's beliefs, which was the matter that the Board was required to determine.

[27] In light of the foregoing, the Board concluded that the applicant's allegation that he was a genuine Falun Gong practitioner in China was not credible and, further, that the applicant had not become a genuine practitioner in Canada.

[28] In reaching the latter conclusion, the RPD first quoted from a 1994 appeal case [*Re HB*, Refugee Appeal No. 2254/94] of the Refugee Status Appeals Authority of New Zealand, where the chairman of the panel stated:

(c) If there is no good faith requirement in the *sur place* situation, it places in the hands of the appellant for refugee status means of unilaterally determining the grant to him or her of refugee status.

[29] The RPD then purported to cite from James C. Hathaway's *The Law of Refugee Status* (Toronto: Butterworths, 1991), claiming that Professor Hathaway had stated the following with regard to *sur place* claims: "An individual who as a strat[a]gem deliberately manipulates circumstances to create a real chance of persecution which did not exist cannot be said to belong to this category [i.e. of a *sur place* refugee claimant]". As noted below, however, this quote is not from Professor Hathaway's book.

[30] Finally, the RPD held that the applicant's claim had not been made in good faith and concluded as follows at paragraphs 32 and 33 of the decision:

Having found that the claimant was not a genuine Falun Gong practitioner in China and having found that this claim has not been made in good faith, the panel finds, on a balance of probabilities, and in the context of the findings noted above, that the claimant's participation in Falun Gong activities in Canada was only for the purpose of supporting a fraudulent refugee claim.

l'appeler à la barre. La SPR a noté en outre que la lettre et les autres documents de pratiquants présumés du Falun Gong se bornaient à attester que le demandeur était adepte du Falun Gong, sans donner de précision sur la sincérité de ses croyances, question que la Commission devait trancher.

[27] Vu ce qui précède, la Commission a conclu que l'allégation faite par le demandeur qu'il était un véritable adepte du Falun Gong en Chine n'était pas crédible et, de plus, que le demandeur n'était pas devenu un véritable adepte au Canada.

[28] En arrivant à cette dernière conclusion, la SPR a d'abord cité un dossier de 1994 [*Re HB*, Refugee Appeal n° 2254/94] de l'Autorité d'appel en matière de statut de réfugié de la Nouvelle-Zélande, où le président du conseil écrit :

[TRADUCTION] (c) S'il n'y avait pas d'exigence relative à la bonne foi dans une situation de demande d'asile sur place, l'appelant d'une décision sur le statut de réfugié aurait alors le moyen de déterminer unilatéralement s'il y a lieu de s'accorder le statut de réfugié.

[29] La SPR a ensuite censément cité James C. Hathaway, dans *The Law of Refugee Status* (Toronto : Butterworths, 1991), affirmant que le professeur Hathaway avait écrit ce qui suit au sujet des revendications sur place : [TRADUCTION] « Une personne qui, en guise de stratagème, manipule délibérément les circonstances dans le but de créer un véritable risque de persécution qui n'existe pas au préalable, ne peut être réputée appartenir à cette catégorie » (c.-à-d. celle des demandeurs d'asile sur place). Comme il est mentionné plus bas, cependant, cette citation ne se trouve pas dans le livre du professeur Hathaway.

[30] Enfin, la SPR a estimé que la revendication du demandeur n'avait pas été faite de bonne foi et elle a conclu comme suit, aux paragraphes 32 et 33 de la décision :

Ayant conclu que le demandeur d'asile n'était pas un véritable adepte du mouvement du Falun Gong quand il vivait en Chine, et que sa demande d'asile n'a pas été présentée de bonne foi, le tribunal estime que, selon la prépondérance des probabilités, et à la lumière des constatations qui précèdent, le demandeur d'asile est devenu membre dudit mouvement au Canada dans

The panel finds on the balance of probabilities that the claimant engaged in Falun Gong activities in Canada only to create the circumstance in which he could file a refugee protection claim.

In the context as noted above, as well as in the context of the cumulative findings and negative inferences noted above, the panel finds, on a balance of probabilities, that the claimant is not a genuine Falun Gong practitioner nor would he be perceived to be in China.

On the basis of the totality of the evidence and the cumulative findings, the panel finds that the claimant has not satisfied his burden of establishing a serious possibility that he would be persecuted or that he would be personally subjected to a risk to his life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment or danger of torture by any authority in the People's Republic of China.

[31] The applicant alleges that the RPD committed eight reviewable errors in its credibility assessment, arguing that:

1. The finding of an inconsistency between the applicant's testimony and his PIFs due to the failure to mention the leafleting in the PIFs is unreasonable because these events were "peripheral detail";
2. The finding that it was neither plausible nor credible for the applicant to have been too fearful to properly complete his PIF yet chose to engage in a public demonstration at the same time is "speculative and unreasonable" because practitioners of Falun Gong typically protest even if they are uncertain about their safety;
3. The Board unreasonably rejected the applicant's reasons for not mentioning his other Falun Gong group in his PIFs because the RPD did not say why it rejected the applicant's explanation;
4. The Board unreasonably speculated that if the applicant's story were true his family would have faced adverse consequences, ignoring the fact that the alleged repeated PSB visits and warnings were adverse consequences;

l'unique but de soutenir une demande d'asile frauduleuse. Le tribunal conclut que, selon la prépondérance des probabilités, le demandeur d'asile a pris part aux activités du Falun Gong au Canada seulement pour se ménager une situation lui permettant de déposer une demande d'asile.

À la lumière de ce qui précède, ainsi que de l'ensemble des constatations et inférences défavorables susmentionnées, le tribunal conclut que, selon la prépondérance des probabilités, le demandeur d'asile n'est pas un véritable adepte du Falun Gong et qu'il ne serait pas non plus perçu comme tel en Chine.

En se fondant sur l'ensemble de la preuve et sur ce qui se dégage de l'ensemble de ses constatations, le tribunal conclut que le demandeur d'asile ne s'est pas acquitté du fardeau d'établir qu'il est exposé à un risque sérieux de persécution ou qu'il y a un risque sérieux qu'il soit personnellement exposé à une menace à sa vie, au risque de traitements ou de peines cruels et inusités ou au risque d'être soumis à la torture par des autorités de la République populaire de Chine.

[31] Le demandeur allègue que la SPR a commis huit erreurs susceptibles de révision dans son évaluation de la crédibilité et avance les arguments suivants :

1. La conclusion quant à une incohérence entre le témoignage du demandeur et ses FRP en raison de l'omission de mentionner la distribution de feuillets dans les FRP est déraisonnable parce que ces événements constituent un [TRADUCTION] « détail secondaire ».
2. La conclusion qu'il n'était ni plausible ni crédible pour le demandeur d'avoir été trop effrayé pour remplir correctement sa FRP, alors qu'il avait pourtant choisi de participer à une manifestation publique au même moment est [TRADUCTION] « hypothétique et déraisonnable » parce qu'il est habituel pour les adeptes du Falun Gong de manifester même s'ils craignent pour leur sécurité.
3. La Commission a déraisonnablement rejeté les motifs invoqués par le demandeur pour ne pas avoir mentionné son autre groupe du Falun Gong dans ses FRP, car la SPR n'a pas indiqué pourquoi elle rejetait l'explication du demandeur.
4. La Commission a formulé une hypothèse déraisonnable en affirmant que si le récit du demandeur était vrai, sa famille se serait exposée à des conséquences négatives, sans tenir compte du fait que les visites et

5. The RPD's finding regarding the PSB not being aware of the applicant's Falun Gong practice in China was speculative because there was no basis for the finding;

6. The RPD's failure to accord appropriate weight to Joel Chipkar's letter due to its being a photocopy was unreasonable because this is irrelevant to the letter's probative value;

7. The RPD's reliance on the failure to call Mr. Chipkar is unreasonable because the Board knew he had limited availability to testify; and

8. It was unreasonable for the Board to reject the other documentary evidence, purporting to confirm the applicant's Falun Gong practice in Canada, because the RPD failed to assess the documents and state why they were not corroborative of the applicant's identity as a Falun Gong practitioner.

[32] Each of these assertions invites this Court to engage in precisely the type of analysis that has time and again been determined to be inappropriate in the context of a judicial review application. In short, the applicant is inviting me to reweigh the evidence. As noted, it is well settled that this cannot and should not be done in an application such as the present. Furthermore, the applicant's arguments are unconvincing. For these reasons, the applicant's challenges to the Board's credibility findings must fail.

[33] With regard to the first two arguments, contrary to what the applicant asserts, the allegation that he had been engaged in leafleting is not a "peripheral detail" in the applicant's version of events. As the RPD noted, this event was offered by the applicant in his testimony as the central reason why the PSB was allegedly seeking to arrest him. It was therefore a key element in the applicant's story and its omission from the PIFs was a factor

avertissements répétés allégués du PSB étaient des conséquences négatives.

5. La conclusion de la SPR à savoir que le PSB n'était pas au courant que le demandeur était un adepte du Falun Gong en Chine était hypothétique, parce qu'elle était dénuée de fondement.

6. Le refus de la SPR d'accorder un poids approprié à la lettre de Joel Chipkar parce qu'il s'agissait d'une photocopie était déraisonnable, car ce détail est non pertinent pour la valeur probante de la lettre.

7. Le fait que la SPR s'est appuyée sur l'omission d'appeler M. Chipkar à témoigner est déraisonnable, car la Commission savait que sa disponibilité pour témoigner était limitée.

8. Enfin, il était déraisonnable que la Commission rejette les autres preuves documentaires censées confirmer la pratique du Falun Gong par le demandeur au Canada, car la SPR a omis d'évaluer les documents et d'indiquer pourquoi ils ne corroboraient pas l'identité du demandeur en tant qu'adepte du Falun Gong.

[32] Chacune de ces assertions invite la Cour fédérale à entreprendre précisément le type d'analyse qui a été maintes et maintes fois jugé inapproprié dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire. Bref, le demandeur m'invite à soupeser à nouveau les éléments de preuve. Comme il a été mentionné, il est bien établi que cela ne peut ni ne doit se faire dans le contexte d'une demande comme celle-ci. Qui plus est, les arguments du demandeur ne sont pas convaincants. Pour ces motifs, les éléments de la contestation par le demandeur des conclusions de la Commission relatives à la crédibilité doivent être rejetés.

[33] En ce qui a trait aux deux premiers arguments, contrairement à ce qu'affirme le demandeur, l'allégation relative à la distribution de feuillets n'est pas un « détail secondaire » dans la version des faits du demandeur. Comme l'a noté la SPR, cet événement a été présenté par le demandeur dans son témoignage comme le motif central pour lequel le PSB cherchait présumément à l'arrêter. Il constituait donc un élément clé du récit du

that the RPD could reasonably consider in impugning the applicant's credibility.

[34] The assertion that it was somehow unreasonable for the RPD to have found implausibility in the applicant's explanation as to the reason he omitted this detail from his PIFs is similarly without merit. In stating that practitioners of Falun Gong often protest when they might be in danger, the applicant misses the point of the Board's reasoning. It found the applicant's explanation to lack credibility not because it is unbelievable that a Falun Gong adherent might incur risks through protesting but, rather, because the applicant's willingness to protest publicly is inconsistent with his refusal by reason of an alleged fear to include a key element of his claim in his PIF, a written form. The Board's implausibility finding flows directly from the evidence and, moreover, falls well within the scope of the RPD's expertise in assessing the likely behaviour of refugee claimants.

[35] The third of the above arguments advanced by the applicant similarly lacks merit. There was no need for the Board to belabour why it rejected the applicant's evolving story of belonging to a second Falun Gong group when the panel member pointed out the fundamental inconsistency between the number and identities of those the applicant claimed were arrested in his PIFs and in his testimony. The explanation offered by the applicant in response was unconvincing and does appear to have been made up on the spot.

[36] It was likewise reasonably open to the Board to find the applicant's version of events to be implausible, due to the inconsistency between his story and the common pattern of behaviour of the PSB toward Falun Gong practitioners' families reported in the country documentation. In this regard, the documentary evidence indicates that supporters and family members of Falun Gong practitioners are harassed, and in some cases arrested,

demandeur, et son omission dans les FRP était un facteur que la SPR pouvait raisonnablement considérer dans sa mise en doute de la crédibilité du demandeur.

[34] De même, l'assertion selon laquelle il était plutôt déraisonnable que la SPR n'ait pas trouvé plausible l'explication donnée par le demandeur pour justifier l'omission de ce détail dans ses FRP est dénuée de fondement. En déclarant qu'il arrive souvent que les adeptes du Falun Gong manifestent alors que cela pourrait les mettre en danger, le demandeur méconnaît le but du raisonnement de la Commission. Celle-ci a conclu que l'explication donnée par le demandeur manquait de crédibilité, non parce qu'il est incroyable qu'un adepte du Falun Gong puisse courir des risques en manifestant, mais plutôt parce que la volonté qu'avait le demandeur de manifester publiquement est incompatible avec son refus, motivé par une prétendue crainte, d'inclure un élément clé de sa revendication à son FRP, qui est un formulaire écrit. La conclusion de la Commission concernant l'in vraisemblance de cette explication découle directement de la preuve et, de plus, cadre bien avec la portée de l'expertise de la SPR en ce qui concerne le comportement vraisemblable des demandeurs d'asile.

[35] De même, le troisième des arguments ci-dessus invoqués par le demandeur n'est pas fondé. Il n'était pas nécessaire que la Commission insiste inutilement sur ses raisons de rejeter le récit changeant du demandeur concernant son appartenance à un second groupe du Falun Gong, alors que le commissaire avait mis en évidence la discordance fondamentale entre les FRP du demandeur et son témoignage quant au nombre et à l'identité des personnes qui avaient censément été arrêtées. L'explication donnée par le demandeur en réponse à cette constatation n'était pas convaincante et semble effectivement avoir été improvisée.

[36] De même, la Commission pouvait raisonnablement considérer peu plausible la version des faits donnée par le demandeur, en raison de la discordance entre son récit et le comportement habituel du PSB à l'égard des membres de la famille d'adeptes du Falun Gong, tel qu'il ressort de la documentation relative au pays. À ce chapitre, la preuve documentaire indique que les partisans et les membres de la famille d'adeptes du Falun

by Chinese authorities. This was reasonably noted and relied upon by the Board.

[37] In terms of the applicant's fifth argument, the applicant again misses the point of the Board's decision. The RPD found that there was no evidence of the PSB being aware of the applicant because none was provided other than the applicant's own claim, based on hearsay from his wife, that it was so aware. In light of the numerous inconsistencies in the applicant's testimony, it was reasonable for the Board to reject the applicant's assertion and to require independent evidence to corroborate the claim that the PSB was aware of the applicant's Falun Gong activities. In the absence of any such evidence, the Board's conclusion that the PSB was not aware of the applicant's activities is certainly not speculative and its finding that there was no evidence to support the claim is reasonable.

[38] As concerns the treatment afforded by the RPD to Joel Chipkar's letter, the applicant once again fails to accurately characterize the Board's reasoning on this point. As noted above, the Board's decision to afford the letter little weight turned principally on the lack of detail contained in the letter concerning the genuineness of the applicant's beliefs and practice of Falun Gong. While the applicant is correct in noting that the fact that the document was a photocopy is not probative of its reliability because copies are often tendered in evidence before the RPD and the Board is not required to strictly apply the rules of evidence, the RPD's assessment of the weight to be given to the letter did not turn on its being a photocopy. It turned rather on the letter's contents. While its contents purported to affirm the applicant's beliefs and practices, the letter contained no indication of the basis for this information and, in particular, does not specify that its author had any personal knowledge of the applicant's religious involvement. It was accordingly reasonable for the Board to have given it little weight.

Gong font l'objet de harcèlement et, dans certains cas, d'arrestation par les autorités chinoises. La Commission a noté ce fait et y a ajouté foi raisonnablement.

[37] En ce qui concerne le cinquième argument invoqué par le demandeur, une fois de plus, le motif de la décision de la Commission échappe au demandeur. La SPR a conclu que rien ne prouvait que le PSB était au courant des activités du demandeur, parce qu'aucune preuve n'en a été soumise si ce n'est sa propre affirmation, fondée sur les oui-dire de son épouse, à savoir que le PSB était au courant de ses activités. À la lumière des nombreuses incohérences qui émaillent le témoignage du demandeur, il était raisonnable que la Commission rejette cette affirmation et exige une preuve indépendante pour corroborer l'affirmation selon laquelle le PSB avait connaissance des activités du demandeur en lien avec le Falun Gong. En l'absence de tout élément de preuve sur ce sujet, la conclusion de la Commission à savoir que le PSB n'était pas au courant des activités du demandeur n'est certes pas conjecturale, et sa conclusion à savoir que cette affirmation ne s'appuie sur aucune preuve est raisonnable.

[38] Pour ce qui est de la façon dont la SPR a traité la lettre de Joel Chipkar, le raisonnement précis de la Commission sur ce point échappe encore une fois au demandeur. Comme il a été mentionné plus haut, la décision de la Commission d'accorder peu de poids à cette lettre se fonde principalement sur l'absence de détails dans la lettre en ce qui a trait à la sincérité des croyances du demandeur et de sa pratique du Falun Gong. Certes, le demandeur a raison de noter que le fait qu'il s'agit d'une photocopie n'est pas un élément probant pour apprécier la fiabilité du document, car il arrive souvent que des copies soient soumises en preuve à la SPR et la Commission n'est pas tenue d'appliquer de façon stricte les règles de la preuve, mais l'appréciation faite par la SPR du poids à accorder à la lettre ne se fondait pas principalement sur le fait qu'il s'agissait d'une photocopie. Elle se fondait plutôt sur la teneur de la lettre. Bien que sa teneur soit censée confirmer les croyances et les pratiques du demandeur, la lettre ne contient aucune indication quant aux fondements de cette information et, en particulier, ne précise pas que son auteur avait

[39] Regarding Mr. Chipkar's failure to testify, it was open to the Board to comment on this point in its decision. While it is true that counsel advised the RPD of Mr. Chipkar's limited availability, this does not change the fact that it is the applicant who bears the burden of making out his or her case. As such, it was incumbent on counsel to ensure that necessary witnesses were available. If this was not possible, counsel could have sought an adjournment from the RPD. This did not happen. Accordingly, it was fair for the Board to comment on the failure to have Mr. Chipkar testify as being an additional reason to afford his letter little weight.

[40] In terms of the other documents that the Board gave little weight, contrary to what the applicant asserts, the RPD did provide a reason for its determinations in this regard, and, as noted, stated that the other documents did not speak to the genuineness of the applicant's beliefs but rather merely attested to his practice of Falun Gong in Canada. Given this, and in light of the many problems with the applicant's credibility on other points, these determinations were reasonable.

[41] For these reasons, the Board's credibility assessment is reasonable. Moreover, given the inconsistencies in the applicant's testimony, the Board's credibility findings provided it with a sound underpinning to determine that the applicant was not a genuine Falun Gong practitioner—either in China or in Canada.

Did the panel member deny procedural fairness to the applicant in making the impugned comments regarding the applicant's knowledge of the Third Talk in the *Zhuan Falun*?

[42] Turning next, to the alleged breach of procedural fairness, as noted, the RPD held that the applicant's knowledge of Falun Gong was not consistent with what the Board would have expected from a practitioner with

personnellement été témoin de l'engagement religieux du demandeur. Il était donc raisonnable que la Commission lui accorde peu de poids.

[39] En ce qui concerne l'omission de faire témoigner M. Chipkar, la Commission avait la possibilité de commenter cet aspect dans sa décision. Certes, l'avocate a informé la SPR de la disponibilité limitée de M. Chipkar, mais cela ne change rien au fait que c'est au demandeur qu'incombe le fardeau de prouver ce qu'il avance. À ce titre, il incombait à l'avocate de veiller à ce que les témoins nécessaires soient disponibles. Si cela n'était pas possible, l'avocate aurait pu demander un ajournement à la SPR. Or, tel n'a pas été le cas. Par conséquent, il était juste que la Commission considère l'omission de faire témoigner M. Chipkar comme un motif supplémentaire d'accorder peu de poids à cette lettre.

[40] Pour ce qui est des autres documents auxquels la Commission a accordé peu de poids, contrairement à ce qu'affirme le demandeur, la SPR a bel et bien motivé sa décision à ce sujet et, comme il a été noté, a déclaré que les autres documents n'attestaient pas de la sincérité des croyances du demandeur, mais simplement de sa pratique du Falun Gong au Canada. Cela étant, et à la lumière des nombreux problèmes qui entachent la crédibilité du demandeur sur d'autres aspects, ces conclusions étaient raisonnables.

[41] Pour ces motifs, l'évaluation de la crédibilité qu'a faite la Commission est raisonnable. De plus, compte tenu des incohérences dans le témoignage du demandeur, les conclusions de la Commission relatives à la crédibilité lui donnaient une base solide pour établir que le demandeur n'était pas un véritable adepte du Falun Gong, ni en Chine, ni au Canada.

Le commissaire a-t-il privé le demandeur de son droit à l'équité procédurale par les observations reprochées au sujet de la connaissance qu'il avait de la troisième leçon du *Zhuan Falun*?

[42] Pour ce qui est du manquement allégué au devoir d'équité procédurale, comme il a été mentionné, la SPR a conclu que la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong ne concordait pas avec les attentes de la

the length of experience in the practice that the applicant claimed to possess. In assessing the applicant's knowledge, the RPD panel member posed a series of questions about Falun Gong and the applicant's claimed practice. Some of these questions related to "Talk" three of the *Zhuan Falun*, of which the Board found the applicant to have limited knowledge.

[43] The applicant argues that certain comments made by the panel member during the hearing essentially amounted to a breach of the duty of procedural fairness because the panel member expressed satisfaction with the applicant's knowledge of "Talk" three but then found such knowledge to be lacking in the decision. The relevant exchange between the panel member and the applicant was as follows (certified tribunal record (CTR), at pages 243–244):

MEMBER: What's your favourite talk?

CLAIMANT: I like them all.

MEMBER: Okay. Do you have a favourite though?

CLAIMANT: The third talk, in that talk, the master says that he takes all of us as his disciples.

MEMBER: What else does he say in talk number 3?

CLAIMANT: He says he's taking all students as his disciples.

MEMBER: Is that the only thing the third talk is about?

CLAIMANT: No.

MEMBER: So tell me the other things that the third talk is about.

CLAIMANT: It talks about spiritual possession. It also talks about cosmic language.

MEMBER: Anything else?

Commission de la part d'un adepte ayant une expérience de la pratique depuis aussi longtemps que ce que prétendait le demandeur. Pour évaluer la connaissance qu'avait le demandeur, le commissaire de la SPR lui a posé une série de questions sur le Falun Gong et sa pratique alléguée de ce culte. Certaines de ces questions avaient trait à la troisième leçon du *Zhuan Falun*, dont la Commission a constaté que le demandeur avait une connaissance limitée.

[43] Le demandeur soutient que certaines observations faites par le commissaire pendant l'audience équivalaient, pour l'essentiel, à un manquement au devoir d'équité procédurale; en effet, le commissaire s'est dit satisfait de la connaissance qu'avait le demandeur de la troisième leçon, mais il a ensuite estimé dans sa décision que cette connaissance était lacunaire. L'échange pertinent entre le commissaire et le demandeur s'est déroulé comme suit (dossier certifié du tribunal (DCT), aux pages 243 et 244) :

[TRADUCTION]

COMMISSAIRE : Quelle est votre leçon préférée?

DEMANDEUR : Je les aime toutes.

COMMISSAIRE : D'accord. Mais y en a-t-il une que vous préférez?

DEMANDEUR : La troisième leçon; dans cette leçon, le Maître dit qu'il nous considère tous comme ses disciples.

COMMISSAIRE : Que dit-il d'autre dans la troisième leçon?

DEMANDEUR : Il dit qu'il considère tous les étudiants comme ses disciples.

COMMISSAIRE : Est-ce la seule chose dont il est question dans la troisième leçon?

DEMANDEUR : Non.

COMMISSAIRE : Alors dites-moi de quoi d'autre il est question dans la troisième leçon.

DEMANDEUR : Il est question de la possession spirituelle. Il est aussi question du langage cosmique.

COMMISSAIRE : Autre chose?

CLAIMANT: Yes, how Falun Dafa disciples should spread the practice.

MEMBER: Yes.

CLAIMANT: I'm sorry, I can't recall more.

MEMBER: That's it, eh?

CLAIMANT: There are 10 sections — 10 subtitles.

MEMBER: That's pretty good though. You did a pretty good job. What is the purpose of exercise Number 3?

[44] The member then went on to ask a number of other questions regarding “Talk” number three and other of the “Talks” in the *Zhuan Falun*, to which the applicant gave very limited answers.

[45] Counsel for the respondent argues that is difficult to assess the foregoing passage as it conveys nothing about the tone of the conversation. She moreover notes that the Board member was obviously not satisfied with the applicant's answers regarding “Talk” three as he went on to pose several more questions about the “Talk”. She also asserts that the extent of the applicant's knowledge was clearly an issue throughout the hearing, given the Board's definition of issues at the outset of the hearing and the fact that counsel for the applicant made submissions on the depth of the applicant's knowledge in her closing remarks. In my view, there is considerable force in these arguments.

[46] The impugned comments made by the member, while unfortunate, do not amount to a violation of procedural fairness because all parties, through their subsequent behaviour, recognized that the Board member was not satisfied as to the sufficiency of the responses the applicant had given regarding “Talk” three and the applicant's religious knowledge: the Board member continued to ask questions regarding “Talk” three and counsel made submissions regarding the adequacy of the applicant's knowledge in her closing remarks.

[47] The assessment of the requirements of procedural fairness depends very much on the circumstances

DEMANDEUR : Oui, le fait que les disciples du Falun Dafa doivent répandre la pratique.

COMMISSAIRE : Oui.

DEMANDEUR : Je suis désolé, je ne me rappelle rien d'autre.

COMMISSAIRE : C'est tout, hein?

DEMANDEUR : Il y a 10 sections — 10 sous-titres.

COMMISSAIRE : Mais c'est très bien. Vous avez très bien fait. Quel est le but du troisième exercice?

[44] Le commissaire a ensuite posé un certain nombre d'autres questions au sujet de la troisième leçon et d'autres leçons du *Zhuan Falun*; les réponses données par le demandeur à ces questions étaient très limitées.

[45] L'avocate du défendeur affirme qu'il est difficile d'évaluer le passage qui précède, parce qu'il n'indique rien du ton de la conversation. Elle note en outre que le commissaire n'était de toute évidence pas satisfait des réponses du demandeur au sujet de la troisième leçon, car il a poursuivi son interrogatoire en posant plusieurs autres questions au sujet de cette leçon. L'avocate affirme également que l'étendue de la connaissance qu'avait le demandeur était clairement une question en litige pendant toute l'audience, compte tenu de l'énoncé des questions en litige par la Commission au début de l'audience et du fait que l'avocate du demandeur a présenté des arguments sur l'étendue de la connaissance qu'avait le demandeur dans ses observations finales. À mon sens, ces arguments ont un poids considérable.

[46] Les observations reprochées au commissaire, bien que malencontreuses, ne constituent pas une violation du principe d'équité procédurale, car toutes les parties, par leur comportement subséquent, ont reconnu que le commissaire n'était pas satisfait du niveau d'exhaustivité des réponses données par le demandeur au sujet de la troisième leçon et de ses connaissances religieuses : le commissaire a continué de poser des questions au sujet de la troisième leçon, et l'avocate a présenté des arguments au sujet de l'adéquation de la connaissance qu'avait le demandeur dans ses observations finales.

[47] L'évaluation des exigences relatives à l'équité procédurale dépend en grande partie des circonstances

of each case and is influenced by factors such as the nature of the decision in question and the process followed making it, and, in particular, the degree to which the decision-making process resembles that followed by a court; the statutory scheme applicable to the tribunal; the importance of the decision to the affected parties; the legitimate expectations of the parties; and the procedural choices made by the tribunal (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 21–28). The case law of this Court indicates that in circumstances like the present a violation of procedural fairness will occur if the parties did not realize that an issue was under debate, but that it will not occur where the Board makes inept comments but the parties are given an indication that the issue is of concern and are afforded the opportunity to make submissions on the matter.

[48] For instance, in *Velauthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 141 N.R. 239 (F.C.A.) (*Velauthar*), the panel member instructed counsel to prepare written submissions on a single issue—whether the claimant satisfied the definition of refugee—and then proceeded to refuse his claim on the basis of credibility. The Federal Court of Appeal found that, having stipulated that only one point was at issue, the principles of natural justice were violated by the panel deciding on another issue.

[49] In similar vein, in *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1109 (T.D.) (QL), Justice Reed found there to have been a breach of natural justice because the Board discouraged the applicant from explaining a situation, and then relied upon the lack of explanation in its refusal of his claim.

[50] On the other hand, in *Haji v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 528 (*Haji*), the Court found the *Velauthar* decision to be inapplicable because the panel had indicated at the outset of the hearing that the issue in question was one the Board needed to determine and gave the claimant's lawyer the

de chaque affaire et dépend de facteurs tels que : la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir et, plus particulièrement, la mesure dans laquelle le processus administratif s'approche du processus judiciaire; la nature du régime législatif en vertu duquel agit le tribunal; l'importance de la décision pour les personnes visées; les attentes légitimes des parties; enfin, le choix de procédure que le tribunal fait (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 21 à 28). La jurisprudence de cette Cour indique que dans des circonstances comme celles-ci, il y a violation de l'équité procédurale lorsque les parties n'ont pas eu conscience qu'une question était en litige, mais il n'y pas de telle violation lorsque la Commission fait des observations ineptes, mais que les parties ont une indication que la question est préoccupante et qu'elles ont la possibilité de présenter des arguments à ce sujet.

[48] Par exemple, dans l'arrêt *Velauthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 425 (C.A.) (QL) (*Velauthar*), le commissaire avait donné à l'avocat l'instruction de préparer des arguments écrits sur une seule question — à savoir si le demandeur répondait à la définition de réfugié — pour ensuite rejeter sa demande en se fondant sur la crédibilité. La Cour d'appel fédérale a conclu que, puisque le tribunal avait précisé qu'une seule question serait en litige, les principes de justice naturelle avaient été violés par le commissaire qui avait rendu sa décision sur la base d'une autre question.

[49] Dans la même veine, dans la décision *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1109 (1^{re} inst.) (QL), madame la juge Reed a conclu qu'il y avait eu violation des principes de justice naturelle parce que la Commission avait dissuadé le demandeur d'expliquer une situation, puis s'était fondée sur l'absence d'explication pour rejeter sa revendication.

[50] En revanche, dans la décision *Haji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 528 (*Haji*), la Cour a conclu que l'arrêt *Velauthar* était inapplicable parce que le commissaire avait indiqué au début de l'audience que la question en litige devait être tranchée par la Commission et avait donné à

opportunity to make submissions on it at the close of the case (see paragraph 14). This finding was made even though the panel member’s conduct during the hearing was consistent with the claimant being successful on the issue. Even though the Board ruled against the claimant on the issue, there was no violation of procedural fairness because the issue was clearly delineated as being at play and an opportunity to make submissions on it was afforded to the claimant.

[51] This situation here is quite similar to that in *Haji*. In both cases, the issue in question—here, the degree of the applicant’s religious knowledge—was clearly defined at the outset of the hearing as being at play and counsel made submissions on it. Moreover, in terms of the applicant’s knowledge of “Talk” three of the *Zhuan Falun*, the member’s subsequent conduct in continuing to ask questions about the “Talk” after making the impugned comment demonstrated that he was not satisfied with the applicant’s answers. Thus, in these circumstances, it should have been clear to the applicant and his counsel that the applicant’s religious knowledge in general and his knowledge of “Talk” three in particular were at issue. Accordingly, the RPD panel member did not commit a breach of procedural fairness in making the impugned comments.

Did the RPD commit a reviewable error in its assessment of the applicant’s knowledge of Falun Gong?

[52] In addition to the breach of procedural fairness alleged by the applicant, counsel for the applicant argues that the RPD required an unreasonably high degree of knowledge from the applicant, claiming that “[t]he Federal Court jurisprudence has imposed a very low standard on refugee claimants to demonstrate the religious knowledge requirement in proving religious identity”, citing in this regard *Chen I* and *Huang I* (applicant’s memorandum, at paragraphs 11–12, both cited above at paragraph 8). He also argues that the RPD’s

l’avocate du demandeur la possibilité de présenter des arguments à ce sujet une fois la preuve close (voir le paragraphe 14). Cette constatation a été faite même si la conduite du commissaire pendant l’audience laissait présumer que le demandeur avait réussi à faire valoir ses arguments. Même si la Commission a débouté le demandeur sur cette question, il n’y a pas eu de violation de l’équité procédurale parce que la question était clairement définie comme étant en litige et que le demandeur avait eu la possibilité de présenter des arguments sur la question.

[51] La situation en l’espèce est très semblable à celle de la décision *Haji*. Dans les deux cas, la question en litige—en l’espèce, le niveau des connaissances religieuses du demandeur— a clairement été définie au début de l’audience comme étant en jeu, et l’avocate a présenté des arguments sur cette question. De plus, pour ce qui est de la connaissance qu’avait le demandeur de la troisième leçon du *Zhuan Falun*, la conduite subséquente du commissaire, qui a continué de poser des questions au sujet de la leçon après avoir fait le commentaire reproché, démontrait qu’il n’était pas satisfait des réponses du demandeur. Ainsi, dans ces circonstances, il aurait dû être clair pour le demandeur et son avocate que les connaissances religieuses du demandeur en général et sa connaissance de la troisième leçon en particulier étaient en litige. En conséquence, le commissaire de la SPR n’a pas commis un manquement à l’équité procédurale en faisant les observations qui lui sont reprochées.

La SPR a-t-elle commis une erreur susceptible de révision dans son évaluation de la connaissance qu’avait le demandeur du Falun Gong?

[52] Outre la violation de l’équité procédurale alléguée par le demandeur, l’avocat du demandeur soutient que la SPR exigeait un niveau de connaissance déraisonnablement élevé de la part du demandeur, affirmant que [TRADUCTION] « [d]ans la jurisprudence de la Cour fédérale, le critère auquel doivent répondre les demandeurs d’asile pour démontrer leurs connaissances religieuses en vue d’établir leur identité religieuse est très peu exigeant », citant à ce sujet les décisions *Chen I* et *Huang I* (mémoire du demandeur, aux paragraphes 11 et

finding that the applicant could not identify any of the eight distinguishing characteristics of Falun Gong described by Master Li in *Zhuan Falun* is unreasonable because the characteristics are contained in Master Li's *The Great Way of Spiritual Perfection* [3rd. translated ed., July 2006] and not the *Zhuan Falun* and that asking a Falun Gong practitioner to identify the eight characteristics would be confusing to a Falun Gong practitioner as Master Li asks that they not mechanically classify his teachings. In support of these assertions, he relies on an affidavit from Mr. Chipkar, filed in support of this judicial review application, in which Mr. Chipkar makes the two foregoing points.

[53] Counsel for the respondent did not object to the admissibility of this affidavit, but argues that the RPD's finding on the eight characteristics was reasonable even though the panel member erred in attributing it to *Zhuan Falun* as opposed to the *The Great Way of Spiritual Perfection*. She notes in this regard that the error was made only in the decision and that the member in his questioning did not attribute the discussion of the characteristics to the *Zhuan Falun* and so did not confuse the applicant (see CTR, at page 245). She also relies on *Chen III*, at paragraph 21 (cited above at paragraph 8), where Justice Russell noted similar questions were asked by the Board member and went on to uphold the reasonableness of the Board's decision. She finally asserts that the applicant has mischaracterized the decisions of this Court on religious knowledge and noted other decisions where inability to answer questions like those posed in this case was found to be a reasonable basis for the Board to conclude that the claimant's beliefs were not genuine (citing *Wang* and *Cao II*, both cited above at paragraph 8).

[54] Each case in this area turns very much on its own facts, and the reasonableness of the conclusions drawn regarding answers given to questions on religious knowledge will depend on an applicant's circumstances, the questions posed and the answers given. In addition,

12, toutes les deux précitées au paragraphe 8). Il soutient également que la conclusion de la SPR à savoir que le demandeur n'était capable de citer aucune des huit caractéristiques distinctives du Falun Gong décrites par Maître Li dans le *Zhuan Falun* est déraisonnable parce que ces caractéristiques sont contenues dans l'ouvrage *The Great Way of Spiritual Perfection* [3^e éd. traduite, juillet 2006] de Maître Li et non dans le *Zhuan Falun*, et que le fait de se faire demander de citer les huit caractéristiques serait source de confusion pour un adepte du Falun Gong, car Maître Li demande aux adeptes de ne pas classer mécaniquement ses enseignements. En appui à ces assertions, l'avocat se fonde sur un affidavit de M. Chipkar, déposé en appui à la présente demande de contrôle judiciaire, dans lequel M. Chipkar présente les deux arguments susmentionnés.

[53] L'avocate du défendeur ne s'est pas opposée à l'admissibilité de cet affidavit, mais elle soutient que la conclusion de la SPR au sujet des huit caractéristiques était raisonnable même si le commissaire a fait erreur en les attribuant au *Zhuan Falun* plutôt qu'à *The Great Way of Spiritual Perfection*. Elle note à ce sujet que l'erreur a été commise uniquement dans la décision et que dans son interrogatoire, le commissaire n'a pas attribué la discussion sur les caractéristiques au *Zhuan Falun* et n'a donc pas semé la confusion chez le demandeur (voir le DCT, à la page 245). Elle se fonde également sur la décision *Chen III*, au paragraphe 21 (précité, au paragraphe 8), où monsieur le juge Russell a noté que des questions similaires avaient été posées par le commissaire pour ensuite confirmer la raisonnable de la décision de la Commission. Elle affirme enfin que le demandeur a mal interprété les décisions de cette Cour en matière de connaissances religieuses et elle cite d'autres décisions où l'on a conclu que l'inaptitude à répondre à des questions comme celles qui ont été posées dans la présente affaire était un motif raisonnable de conclure à l'absence de sincérité des croyances du demandeur (citant les décisions *Wang* et *Cao II*, toutes les deux précitées au paragraphe 8).

[54] Dans ce domaine, chaque affaire repose essentiellement sur ses propres faits, et la raisonnable des conclusions tirées de réponses données à des questions sur les connaissances religieuses dépend de la situation du demandeur, des questions qu'on lui pose et des

the reasonableness of a decision will often depend on the credibility determinations the Board makes with respect to other aspects of the applicant's claim as Justice Mosley held in *Cao I*, at paragraphs 27–29 (cited above at paragraph 8). Where, like here, the applicant's version of events in his or her home country is devoid of credibility, and where, like here, the applicant has not undergone a conversion experience in Canada nor provided any strong evidence in support of the genuineness of his or her claimed beliefs, the Board should be afforded considerable leeway in its assessment of a claimant's religious knowledge.

[55] Indeed, in all cases—and especially in cases like the present where the applicant's credibility is found to be wanting—the Court should not be too hasty to substitute its opinion for that of the RPD, which has developed expertise regarding the dictates of a number of religions. As Justice Near noted in *Wang* (cited above at paragraph 8), assessing the genuineness of the claimant's religious beliefs is a difficult task and “[t]his challenging job has been delegated to the Board as the finder-of-fact and this Court cannot, on judicial review, decide to, in effect, reweigh the results of what can look like a round of bible-trivia” (at paragraph 18). In my view, in *Wang*, at paragraph 20, Justice Near set out the proper approach to be adopted by this Court in assessing the reasonableness of the RPD's assessment of the genuineness of a claimant's religious beliefs. After reviewing an awkward set of questions the Board had posed regarding what Jesus was like, he stated:

... this line of questioning illustrates the difficulty of the assessment the Board is required to make. It does not represent an error for which the Board's decision should be over-turned. Absent a showing of disregard for the evidence, or a misapprehension of the facts, I am unwilling to disturb the Board's conclusion in this regard – again deference is warranted. The Board did not make the determination of the genuineness of the Applicant's faith based solely on the Applicant's inability to attribute some human characteristics to Jesus. Answers to other questions regarding the Pentecostal faith were vague and lacking in detail. As the Respondent submits, testimony lacking in detail that would

réponses qu'il donne. En outre, la raisonabilité d'une décision dépend souvent des constats faits par la Commission sur la crédibilité à l'égard d'autres aspects de la revendication du demandeur, comme l'a dit monsieur le juge Mosley dans la décision *Cao I*, aux paragraphes 27 à 29 (précitée au paragraphe 8). Lorsque, comme en l'espèce, la version des faits donnée par le demandeur dans son pays d'origine n'a aucune crédibilité, et que, comme en l'espèce, le demandeur n'a ni vécu une expérience de conversion au Canada, ni donné la moindre preuve solide de la sincérité de ses présumées croyances, la Commission devrait avoir une latitude considérable dans son appréciation des connaissances religieuses du demandeur.

[55] De fait, dans toutes les affaires — et particulièrement celles où, comme dans la présente, on constate que le demandeur manque de crédibilité —, la Cour ne doit pas trop se hâter de substituer son opinion à celle de la SPR, qui a acquis une expertise en ce qui concerne les préceptes de diverses religions. Comme l'a noté monsieur le juge Near dans la décision *Wang* (précitée au paragraphe 8), l'évaluation de la sincérité des croyances religieuses du demandeur est une tâche difficile, et la Commission « est chargée de cette tâche délicate en qualité de juge des faits, et la Cour ne peut décider, lors du contrôle judiciaire, de revoir en fait les résultats de ce qui peut commencer à ressembler à une ronde de jeu-questionnaire biblique » (au paragraphe 18). À mon avis, dans la décision *Wang*, au paragraphe 20, monsieur le juge Near a établi la bonne approche à adopter par la Cour pour évaluer la raisonabilité de l'évaluation faite par la SPR de la sincérité des croyances religieuses d'un demandeur. Après avoir examiné une série de questions maladroites que la Commission avait posées sur la description de Jésus comme personne, il écrit :

[...] cette série de questions illustre [...] la difficulté de l'évaluation à laquelle la Commission doit se livrer. Elle ne laisse voir aucune erreur qui justifierait d'infirmer sa décision. Tant qu'il n'est pas établi que la preuve a été ignorée ou qu'il y a eu un malentendu sur les faits, je ne suis pas disposé à revenir sur la conclusion de la Commission à cet égard – encore une fois, la déférence est de mise. La Commission ne s'est pas prononcée sur la sincérité de la foi du demandeur en se fiant uniquement à son incapacité à évoquer les attributs humains de Jésus. Les réponses à d'autres questions touchant la foi pentecôtiste étaient vagues et pauvres en détail. Comme le fait

reasonably be expected of a person in the claimant's position is a basis for rejecting claims as non-credible even if the Applicant was able to answer some other questions, and with great detail.

[56] Application of this reasoning in the present case results in the determination that the Board's assessment of the applicant's knowledge of Falun Gong was reasonable. More specifically, it was reasonable for the Board to have questioned the applicant as to his beliefs and the conclusion it drew was likewise reasonable.

[57] Dealing first with the nature of the Board's questioning, on the facts of this case, the Board had good reason to question the applicant's sincerity, given his utter lack of credibility with respect to what he claimed had transpired in China and the unconvincing explanations he gave when he tried to explain the inconsistencies that the Board drew to his attention. In light of the problems with the applicant's credibility, it was reasonable for the Board to carefully scrutinize the applicant's *sur place* claim. In addition, the applicant made specific allegations with regard to the way in which he practiced his faith and claimed to have read *Zhuan Falun* on a weekly basis for several years in China, and then on a daily basis since having arrived in Canada. Given this level of alleged study and the other aspects of the applicant's evidence, the Board's questioning of the applicant regarding his knowledge of Falun Gong was appropriate.

[58] As mentioned, the applicant filed an affidavit from Joel Chipkar in support of his argument that certain of the questions posed were unreasonable. However, neither the applicant nor his counsel objected to the Board's questioning regarding the eight characteristics of Falun Gong during the hearing and they did not make the arguments before the Board that they make here. In my view, it is inappropriate for the applicant, in the context of a judicial review application, to in effect seek to have this Court rule that the questions posed by the panel member were inappropriate by arguing that the

valoir le défendeur, un témoignage privé des détails qu'il est raisonnable d'attendre de la part d'une personne se trouvant dans la situation du demandeur d'asile justifie la conclusion que la demande n'est pas crédible, même si le demandeur a su répondre correctement et très précisément à d'autres questions.

[56] L'application de ce raisonnement dans la présente affaire m'amène à conclure que l'évaluation faite par la Commission de la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong était raisonnable. Plus précisément, il était raisonnable pour la Commission d'interroger le demandeur sur ses croyances, et la conclusion qu'elle en a tirée était elle aussi raisonnable.

[57] Pour ce qui est, premièrement, de la nature des questions posées par la Commission, sur la base des faits de la présente affaire, la Commission avait de bonnes raisons de mettre en doute la sincérité du demandeur, compte tenu de son manque total de crédibilité en ce qui concerne les faits qui, d'après lui, avaient été connus en Chine et les explications peu convaincantes qu'il avait données pour tenter de justifier les incohérences que la Commission portait à son attention. Vu les problèmes que soulevait la crédibilité du demandeur, il était raisonnable que la Commission examine avec soin la revendication présentée sur place par le demandeur. De plus, le demandeur a fait des allégations précises quant à sa façon de pratiquer sa foi et a affirmé avoir lu le *Zhuan Falun* sur une base hebdomadaire pendant plusieurs années en Chine, puis sur une base quotidienne depuis son arrivée au Canada. Compte tenu de ce niveau d'étude allégué et des autres aspects des éléments soumis en preuve par le demandeur, il était approprié que la Commission interroge le demandeur au sujet de sa connaissance du Falun Gong.

[58] Comme il a été mentionné, le demandeur a déposé un affidavit de Joel Chipkar en appui à son argument selon lequel certaines des questions qu'on lui avait posées étaient déraisonnables. Cependant, ni le demandeur ni son avocate ne se sont opposés aux questions posées par la Commission au sujet des huit caractéristiques du Falun Gong lors de l'audience, et ils n'ont pas présenté à la Commission les arguments qu'ils invoquent ici. À mon avis, il est inapproprié que le demandeur, dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire, cherche en fait à faire établir par notre Cour que les

Board's reliance on the answers given to the questions is unreasonable. If a claimant or his counsel believes a question is unfair, the place to make that argument is before the RPD and not before the Court. Thus, I am placing no weight on Joel Chipkar's affidavit and find that the questions posed by the RPD regarding the applicant's knowledge of Falun Gong were reasonable. This finding is supported by the decision of Justice Russell in *Chen III*, relied on by the respondent.

[59] Turning, then, to the conclusion drawn regarding the applicant's lack of knowledge of Falun Gong, in my view, the Board's assessment of the applicant's knowledge was reasonable. The answers given by the applicant to most of the questions he was asked were cursory and, as noted by counsel for the respondent, the panel member did not misattribute the source of the eight characteristics of Falun Gong in his questioning of the applicant. The fact that the Board noted the wrong work as the source of the characteristics in the decision is not enough to render the Board's determination regarding the paucity of the applicant's knowledge unreasonable since both the *The Great Way of Spiritual Perfection* and the *Zhuan Falun* are texts setting out precepts of Falun Gong. More importantly, there was evidence before the Board to support its finding that the applicant's knowledge was insufficient to prove he was a sincere practitioner, given the perfunctory nature of the applicant's responses to the questions posed and his inability to answer other questions, including the question on the eight characteristics. Thus, in accordance with the approach to evaluating the reasonableness of the assessment set out in *Wang* (as discussed above in paragraph 55), the Board's finding should not be disturbed. In short, there is evidence to support the finding and it is therefore reasonable.

questions posées par le commissaire étaient inappropriées, en soutenant que la Commission s'est fiée déraisonnablement aux réponses données à ces questions. Si un demandeur ou son avocat estime qu'une question est inéquitable, c'est à la SPR et non à la Cour qu'il doit présenter cet argument. En conséquence, je n'accorde aucun poids à l'affidavit de Joel Chipkar et je conclus que les questions posées par la SPR au sujet de la connaissance qu'avait le demandeur du Falun Gong étaient raisonnables. Cette conclusion est confirmée par la décision de monsieur le juge Russell dans la décision *Chen III*, sur laquelle s'appuie le défendeur.

[59] Ensuite, en ce qui a trait à la conclusion relative au manque de connaissance du Falun Gong par le demandeur, à mon avis, l'évaluation faite par la Commission de la connaissance qu'avait le demandeur était raisonnable. Les réponses données par le demandeur à la plupart des questions qu'on lui a posées étaient sommaires et, comme l'a noté l'avocate du défendeur, le commissaire n'a pas attribué de façon erronée la source des huit caractéristiques du Falun Gong dans son interrogatoire du demandeur. Le fait que la Commission n'a pas noté le bon ouvrage comme étant la source des caractéristiques dans sa décision ne suffit pas à rendre déraisonnable sa conclusion quant au caractère lacunaire de la connaissance du demandeur, car *The Great Way of Spiritual Perfection* et le *Zhuan Falun* sont tous les deux des textes qui énoncent les préceptes du Falun Gong. Et surtout, la Commission disposait de preuves à l'appui de sa conclusion à savoir que la connaissance qu'avait le demandeur était insuffisante pour prouver qu'il était un adepte sincère, compte tenu du caractère superficiel des réponses données par le demandeur aux questions qu'on lui posait et de son inaptitude à répondre à certaines autres questions, notamment celle qui portait sur les huit caractéristiques. En conséquence, conformément à l'approche préconisée pour l'appréciation de la raisonabilité dans la décision *Wang* (et décrite plus haut au paragraphe 55), il n'y a pas lieu de contester la conclusion de la Commission. Bref, cette conclusion s'appuie sur des faits probants et est donc raisonnable.

Did the RPD commit a reviewable error in its consideration of the applicant's motives for engaging in the practice of Falun Gong in Canada?

[60] The applicant finally argues, as noted, that the Board erred in considering the motives for the applicant's practice of Falun Gong in Canada because Canadian case law establishes that motive is irrelevant to the assessment of a *sur place* claim.

[61] I disagree with the applicant's assertion; contrary to what the applicant claims, Canadian case law *does* recognize that motive for engaging in a religious practice in Canada may be considered by the RPD in an appropriate case. However, a finding that a claimant was motivated to practice a religion in Canada to buttress a fraudulent refugee claim cannot be used, in and of itself, as a basis to reject the claim. Rather, the finding that the claimant has been motivated by a desire to buttress his or her refugee claim is one factor that may be considered by the RPD in assessing the sincerity of a claimant's religious beliefs.

[62] The sincerity of those beliefs will be an issue in cases, like the present, where continuing the religious practice in the country of origin might place the claimant at risk. If the beliefs are not genuine, then there is no risk, as a claimant would not practice his or her newly acquired religion in the country of origin if adherence to the religion is motivated solely by a desire to support a refugee claim. On the other hand, there may well be situations where a claimant might initially have been motivated to join a religion due to these types of motivations, but along the route, may have developed faith and become a true adherent of the religion. This appears to be what occurred in *Ejtehadian* (cited above at paragraph 10), where the claimant originally began practicing Christianity to fuel his refugee claim, but later went on to join the priesthood in the Mormon church.

La SPR a-t-elle commis une erreur susceptible de révision dans son examen des motivations du demandeur à se livrer à la pratique du Falun Gong au Canada?

[60] Le demandeur soutient enfin, comme il a été noté, que la Commission a commis une erreur en considérant les motifs qui l'ont poussé à pratiquer le Falun Gong au Canada, car la jurisprudence canadienne établit que la motivation n'est pas pertinente pour l'évaluation d'une revendication présentée sur place.

[61] Je ne suis pas d'accord avec cette assertion du demandeur; contrairement à ce que celui-ci affirme, la jurisprudence canadienne reconnaît *bel et bien* que la motivation de l'engagement dans une pratique religieuse au Canada peut être examinée par la SPR dans une affaire pertinente. Cependant, la conclusion portant qu'un demandeur a été motivé à pratiquer une religion au Canada pour soutenir une demande d'asile frauduleuse ne peut servir, à elle seule, de fondement pour rejeter la demande. La conclusion que le demandeur a été motivé par la volonté d'étayer sa demande d'asile est plutôt un facteur que la SPR peut prendre en considération dans son évaluation de la sincérité des croyances religieuses d'un demandeur.

[62] La sincérité de ces croyances est un enjeu dans des affaires où, comme en l'espèce, la poursuite de la pratique religieuse dans le pays d'origine pourrait exposer le demandeur à un risque. Si ses croyances ne sont pas authentiques, alors il n'y a pas de risque, car le demandeur ne pratiquerait pas sa religion nouvellement acquise dans son pays d'origine si son adhésion à cette religion était motivée uniquement par la volonté d'étayer une demande d'asile. En revanche, il peut fort bien y avoir des situations où le demandeur, initialement incité à se convertir à une religion par ce type de motivation, acquiert cependant la foi en cours de route et devient un véritable adepte de la religion. Cela semble avoir été le cas dans la décision *Ejtehadian* (précitée au paragraphe 10), où le demandeur, qui avait d'abord commencé à pratiquer le christianisme pour alimenter sa demande d'asile, a fini par être ordonné prêtre de la confession mormone.

[63] The starting point for the discussion of the notion of a *sur place* claim in Canadian law is the decision of the Federal Court of Appeal in *Ghazizadeh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 154 N.R. 236, where the Court held that the “concept of a refugee ‘sur place’ requires an assessment of the situation in the applicant’s country of origin after he or she has left it”. The Court accordingly set aside the decision of the Board, which had focused on the fact that the applicant had obtained an exit visa from Iran, as opposed to the risk that subsequent events in the country had created for him if he returned.

[64] This Court has assessed the requirements of religion-based *sur place* claims in a series of recent cases. The first of these, *Ejtehadian*, arose in the context of a claimant who became a Christian after he left Iran. The Board dismissed his claim because it determined that his conversion was not genuine, finding that he had become a Christian in order to obtain a means of remaining in Canada by claiming refugee status. Importantly, in that case, unlike the present, there was evidence before the Board that apostates were persecuted and executed in Iran and thus that the mere fact of apostasy (as opposed to ongoing practice of religion) might have given rise to persecution. In addition, it appears that the claimant underwent a conversion experience and became a sincere practitioner because, as noted, he went on to join the Mormon priesthood. Justice Blanchard overturned the RPD’s decision, noting that the Board had misarticulated the test in a *sur place* claim and held that on the facts of that case [at paragraph 11]:

In assessing the Applicant’s risks of return, in the context of a *sur-place* claim, it is necessary to consider the credible evidence of [the applicant’s] activities while in Canada, independently from his motives for conversion.

[65] In a series of recent cases involving claimants from China, this Court has applied the holding in *Ejtehadian* and held that the Board cannot reject a *sur place* claim due solely to lack of credibility or improper motive but, rather, must assess the genuineness of the

[63] Le point de départ de l’analyse de la notion d’une revendication sur place en droit canadien est l’arrêt de la Cour d’appel fédérale dans *Ghazizadeh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 154 N.R. 236, où la Cour a statué que le [TRADUCTION] « concept de réfugié “sur place” exige d’évaluer la situation dans le pays d’origine du requérant après qu’il l’a quitté ». En conséquence, la Cour a annulé la décision de la Commission, laquelle était centrée sur le fait que le demandeur avait obtenu un visa de sortie de l’Iran, par opposition aux risques auxquels les événements survenus par la suite dans ce pays l’auraient exposé s’il y était retourné.

[64] Notre Cour a été appelée, dans une série d’affaires récentes, à apprécier les exigences associées aux revendications sur place fondées sur la religion. La première, la décision *Ejtehadian*, avait pour contexte un demandeur converti au christianisme après avoir quitté l’Iran. La Commission a rejeté sa revendication parce qu’elle a établi que sa conversion n’était pas sincère et conclu qu’il s’était converti au christianisme afin d’obtenir un moyen de demeurer au Canada en revendiquant le statut de réfugié. Fait important, dans cette cause, contrairement à la présente affaire, il a été démontré à la Commission que les apostats sont persécutés et exécutés en Iran et, donc, que le simple fait de l’apostasie (par opposition à la pratique continue de la religion) aurait pu donner lieu à la persécution. En outre, il semble que le demandeur ait vécu une expérience de conversion et soit devenu un pratiquant sincère, car, comme il a été noté, il a été ordonné prêtre mormon. Monsieur le juge Blanchard a annulé la décision de la SPR et noté que la Commission avait formulé le critère de façon incorrecte dans le cas d’une revendication sur place et estimé qu’au regard des faits de cette cause [au paragraphe 11] :

En évaluant les risques auxquels le demandeur pourrait faire face à son retour, dans le cadre d’une demande d’asile sur place, il est nécessaire de tenir compte de la preuve crédible de ses activités au Canada, indépendamment des motifs derrière sa conversion.

[65] Dans une série d’affaires récentes mettant en cause des demandeurs d’origine chinoise, notre Cour a appliqué la décision *Ejtehadian* et conclu que la Commission ne peut rejeter une revendication sur place uniquement à cause d’un manque de crédibilité ou d’un

applicant's religious practice to determine if he or she will be at risk if returned to the country of origin (see *Jin*, cited above at paragraph 8; *El Aoudie*, cited above at paragraph 11; *Hannoon*, cited above at paragraph 11; *Jia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 444; *Huang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 205, 405 F.T.R. 215 (*Huang II*); *Yin*, cited above at paragraph 11; *Chen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 677, 84 Imm. L.R. (3d) 112 (*Chen II*). In many of those cases, the RPD's holdings were set aside because no analysis was undertaken of the genuineness of the applicant's religious practice and the RPD simply rejected the claims out of hand based purely on improper motive (see *El Aoudie*; *Hannoon*; *Yin*; *Chen II*). In *Jin* and *Wang* (cited above at paragraph 8), on the other hand, the Board noted the questionable motive for conversion but then went on to assess the genuineness of the applicant's conversion and found it to be lacking. The Board based its findings on the claimants' lack of credibility, the fact that they had fabricated stories about being Christians in China and their lack of knowledge of the details of the religion they claimed to practice. Because the claimants were found to not be genuine practitioners, the RPD held they would not practice their claimed religions if returned to China and thus were determined to face no risk. And this Court upheld the Board's findings in those cases. In short, in circumstances very much like the present, the RPD's decisions were upheld.

[66] Thus, the statement from the 1994 appeal case of the Refugee Status Appeals Authority of New Zealand, that the RPD relied on, does not reflect the law in Canada nor does the assertion that "[a]n individual who, as a stratagem, deliberately manipulates circumstances to create a real chance of persecution which did not previously exist cannot be said to belong" to the category of *sur place* refugee claimants (which the RPD misattributed to James Hathaway, as noted above in paragraph 29).

motif illégitime, mais qu'elle doit plutôt évaluer la sincérité de la pratique religieuse du demandeur afin de déterminer si la personne s'exposera à un risque en retournant dans son pays d'origine (voir *Jin*, précitée au paragraphe 8; *El Aoudie*, précitée au paragraphe 11; *Hannoon*, précitée au paragraphe 11; *Jia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 444; *Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 205 (*Huang II*); *Yin*, précitée au paragraphe 11; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 677 (*Chen II*). Dans plusieurs de ces affaires, les décisions de la SPR ont été annulées parce qu'aucune analyse de la sincérité de la pratique religieuse du demandeur n'avait été entreprise et que la SPR avait simplement rejeté les revendications au départ, sur la base d'une motivation illégitime (voir *El Aoudie*; *Hannoon*; *Yin*; *Chen II*). Dans les décisions *Jin* et *Wang* (précitées au paragraphe 8), en revanche, la Commission a mentionné le caractère douteux de la motivation de la conversion, mais elle a ensuite évalué la sincérité de la conversion du demandeur et l'a trouvée lacunaire. La Commission a fondé ses conclusions sur le manque de crédibilité des demandeurs d'asile, sur le fait qu'ils avaient forgé des histoires au sujet de leur statut de chrétiens en Chine et sur leur manque de connaissance des détails de la religion qu'ils prétendaient pratiquer. Comme il a été conclu que les demandeurs n'étaient pas de véritables adeptes, la SPR a conclu qu'ils ne pratiqueraient pas leur religion alléguée s'ils retournaient en Chine et, par conséquent, qu'ils ne s'exposaient à aucun risque. Et notre Cour a confirmé les conclusions de la Commission dans ces affaires. Bref, dans des circonstances très semblables aux présentes, les décisions de la SPR ont été confirmées.

[66] Ainsi, l'énoncé tiré de la décision de 1994 de l'Autorité d'appel en matière de statut de réfugié de la Nouvelle-Zélande, sur laquelle la SPR se fonde, ne reflète pas le droit au Canada, non plus que l'assertion selon laquelle [TRADUCTION] « [u]ne personne qui, en guise de stratagème, manipule délibérément les circonstances dans le but de créer un véritable risque de persécution qui n'existe pas au préalable, ne peut être réputée appartenir » à la catégorie des demandeurs d'asile sur place (assertion que la SPR a attribuée par erreur à James Hathaway, comme il est mentionné plus haut au paragraphe 29).

[67] In fact, as Justice Zinn noted in *Huang II* (cited above at paragraph 65), far from taking the position a bad faith motive invalidates a refugee claim, Mr. Hathaway instead endorses the analysis set out above. He writes in this regard [at paragraph 29]:

It does not follow, however, that all persons whose activities abroad are not genuinely demonstrative of oppositional political opinion are outside the refugee definition. Even when it is evident that the voluntary statement or action was fraudulent in that it was prompted primarily by an intention to secure asylum, the consequential imputation to the claimant of a negative political opinion by authorities in her home state may nonetheless bring her within the scope of the Convention definition. Since refugee law is fundamentally concerned with the provision of protection against unconscionable state action, an assessment should be made of any potential harm to be faced upon return because of the fact of the non-genuine political activity engaged in while abroad.

This issue is most poignantly raised when it is alleged that the fact of having made an unfounded asylum claim may *per se* give rise to a serious risk of persecution. While these cases provide perhaps the most obvious potential for “bootstrapping”, there must nonetheless be a clear acknowledgment and assessment of any risk to basic human rights upon return which may follow from the state’s imputation of an unacceptable political opinion to the claimant. The mere fact that the claimant might suffer some form of penalty may not be sufficiently serious to constitute persecution, but there are clearly situations where the consequence of return may be said to give rise to a well-founded fear of persecution. For example, in *Slawomir Krzysztof Hubicki* evidence was adduced that under then-prevailing Polish criminal law, the claimant would face imprisonment of up to eight years because he had made a refugee claim in Canada. In such situations, the basis of claim is not the fraudulent activity or assertion itself, but is rather the political opinion or disloyalty imputed to the claimant by her state. Where such an imputation exists, the gravity of consequential harm and other definitional criteria should be assessed to determine whether refugee status is warranted.

[67] En fait, comme l’a noté monsieur le juge Zinn dans la décision *Huang II* (précitée au paragraphe 65), loin d’adopter la position selon laquelle une motivation de mauvaise foi invalide une demande d’asile, M. Hathaway endosse au contraire l’analyse élaborée plus haut. À cet égard, il écrit [au paragraphe 29] :

[TRADUCTION]

Il ne s’ensuit pas toutefois que toutes les personnes se livrant à l’étranger à des activités qui ne mettent pas véritablement en évidence une opinion politique oppositionnelle sont exclues de la définition de réfugié. Même s’il est évident que la déclaration ou l’acte délibéré était frauduleux, en ce sens qu’il s’expliquait principalement par la volonté d’obtenir l’asile, le fait que la demandeur d’asile se soit vu imputer conséquemment une opinion politique négative par les autorités de son pays d’origine peut néanmoins faire en sorte qu’elle soit visée par la définition de réfugié au sens de la Convention. Étant donné que le droit des réfugiés vise essentiellement l’octroi d’une protection contre des actes déraisonnables de l’État, il devrait être procédé à une analyse des risques de préjudice en cas de retour, en raison des activités politiques effectuées de façon non sincère à l’étranger.

Cette question se pose particulièrement lorsqu’il est allégué que le fait d’avoir présenté une demande d’asile non fondée peut en soi poser un risque sérieux de persécution. Même si ces cas constituent peut-être les exemples les plus évidents d’une tentative « d’arriver à ses fins », le tribunal doit néanmoins prendre clairement acte des risques à l’égard des droits de la personne fondamentaux en cas de retour, qui peuvent découler du fait que l’État a imputé une opinion politique répréhensible à la demandeur d’asile, et il doit évaluer ces risques. Le simple fait que la demandeur d’asile puisse subir une certaine forme de sanction peut ne pas être suffisamment important pour constituer de la persécution, mais il existe clairement des situations où les conséquences du retour peuvent être considérées comme donnant naissance à une crainte bien fondée de persécution. Par exemple, dans *Slawomir Krzysztof Hubicki*, la preuve démontrait que, en vertu du droit criminel polonais de l’époque, le demandeur d’asile était passible d’une peine d’emprisonnement d’une durée maximale de huit ans parce qu’il avait présenté une demande d’asile au Canada. En pareille situation, le fondement de la demande n’est pas l’activité frauduleuse ou l’assertion elle-même, mais plutôt l’opinion politique ou la déloyauté imputée à la demandeur d’asile par l’État d’origine. Dans un tel cas, la gravité de l’atteinte conséquente et les autres critères définitionnels devraient être évalués pour déterminer si le statut de réfugié est justifié.

[68] In light of the foregoing, the mere fact that the Board considered and relied on the applicant's motive for practicing Falun Gong in Canada does not invalidate its decision. Rather, the question which must be answered is whether the RPD reached a reasonable conclusion in determining that the applicant's practice of Falun Gong in Canada was not motivated by genuine faith. As in *Jin* and *Wang*, I believe this conclusion is reasonable.

[69] The burden of establishing the sincerity of his beliefs rested with the applicant. The Board's determination that he had not discharged that burden was reasonable because it was based on the Board's assessment of the applicant's credibility, the fact that he had obviously fabricated a story about what occurred in China, his limited knowledge of the precepts of Falun Gong (when considered in light of the other factors and the length of time the claimant asserted he had practiced) and the unconvincing nature of the statements offered in support of his practice in Canada. There was ample evidence before the Board from which it could reasonably draw the conclusion that the applicant's practice of Falun Gong in Canada was not sincere and, in this context, the fact that the Board mis-cited authorities, while certainly undesirable, does not render its decision unreasonable. The conclusion it reached is defensible in light of the facts and applicable law and, under the formulation of the reasonableness standard of review set out by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir* (cited above at paragraph 8) and subsequent cases, the RPD's decision is accordingly reasonable.

[70] Therefore, for these reasons, the Board did not violate the principles of procedural fairness and its decision is reasonable. This application for judicial review will thus be dismissed.

[71] No question for certification under section 74 of IRPA was presented and none arises in this case.

[68] À la lumière de ce qui précède, le simple fait que la Commission a examiné la motivation qu'avait le demandeur à pratiquer le Falun Gong au Canada et s'est fiée à cette motivation n'invalide pas sa décision. La question à laquelle il faut répondre est plutôt de savoir si la SPR est arrivée à une conclusion raisonnable en établissant que la pratique du Falun Gong par le demandeur au Canada n'était pas motivée par une foi sincère. Comme dans les décisions *Jin* et *Wang*, j'estime que cette conclusion est raisonnable.

[69] C'est au demandeur qu'incombait le fardeau d'établir la sincérité de ses croyances. La conclusion de la Commission, à savoir qu'il ne s'était pas déchargé de ce fardeau, était raisonnable, car elle était fondée sur l'évaluation de la crédibilité du demandeur, sur le fait qu'il avait de toute évidence forgé une histoire sur ce qui était arrivé en Chine, sur sa connaissance limitée des préceptes du Falun Gong (compte tenu des autres facteurs et de la durée depuis laquelle le demandeur affirmait être un adepte) et sur le caractère peu convaincant des déclarations présentées en appui à sa pratique au Canada. La Commission avait d'abondants éléments probants desquels elle pouvait raisonnablement tirer la conclusion que la pratique du Falun Gong par le demandeur au Canada n'était pas sincère; dans ce contexte, le fait que la Commission a mal cité les autorités, bien qu'assurément non souhaitable, ne rend pas sa décision déraisonnable. La conclusion à laquelle elle est arrivée est défendable à la lumière des faits et du droit applicable et, selon la formulation de la norme de contrôle de la raisonabilité établie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dunsmuir* (précité au paragraphe 8) et dans des affaires subséquentes, la décision de la SPR est par conséquent raisonnable.

[70] Donc, pour ces motifs, la Commission n'a pas violé les principes d'équité procédurale et sa décision est raisonnable. La présente demande de contrôle judiciaire est donc rejetée.

[71] Les parties n'ont pas soumis de question à certifier en vertu de l'article 74 de la LIPR, et aucune n'est soulevée en l'espèce.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application for judicial review is dismissed;
2. No question of general importance is certified; and
3. There is no order as to costs.

JUGEMENT

LA COUR STATUE QUE :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Aucune question de portée générale n'est certifiée.
3. Aucuns dépens ne sont adjugés.

T-110-12
2012 FC 893

T-110-12
2012 CF 893

Daniel Turp (*Applicant*)

Daniel Turp (*demandeur*)

v.

c.

Minister of Justice and Attorney General of Canada
(*Respondent*)

Ministre de la Justice et Procureur général du Canada
(*défendeur*)

INDEXED AS: TURP v. CANADA (JUSTICE)

RÉPERTORIÉ : TURP c. CANADA (JUSTICE)

Federal Court, Noël J.—Montréal, June 6; Ottawa, July 17, 2012.

Cour fédérale, juge Noël—Montréal, 6 juin; Ottawa, 17 juillet 2012.

Environment — Judicial Review — Judicial review of Government of Canada's decision to withdraw from Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change — Protocol, ratified by Canada, setting out targets — Conservatives establishing new targets after taking power — Kyoto Protocol Implementation Act (KPIA) passed with support of opposition parties to ensure Canada's respect of obligations under Protocol — Government subsequently authorizing Minister of Foreign Affairs, on behalf of Canada, to withdraw from Protocol in accordance with Protocol, Art. 27 — Whether withdrawal violating KPIA, rule of law, principle of separation of powers, democratic principle — Under royal prerogative, conduct of foreign affairs, international relations, including conclusion or withdrawal from treaty, falling exclusively under executive branch of government — Such decisions not justiciable — Government's decision to withdraw from Kyoto Protocol not violating KPIA, rule of law — Executive branch's decision to withdraw also not violating separation of powers — As to democratic principle, motion to ratify Protocol not binding — Government under no obligation to ratify it — Government not having to consult House of Commons — Democratic principle thus not violated — Application dismissed.

Environnement — Contrôle judiciaire — Contrôle judiciaire de la décision du gouvernement du Canada de se retirer du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques — Le Protocole, ratifié par le Canada, établissait des cibles de réduction — Les conservateurs ont établi de nouvelles cibles lorsqu'ils ont pris le pouvoir — La Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto (LMOPK) a été adoptée avec l'appui des partis d'opposition pour honorer les engagements que le Canada a pris en vertu du Protocole — Le gouvernement a par la suite autorisé le ministre des Affaires étrangères à dénoncer, au nom du Canada, le Protocole de Kyoto conformément à l'art. 27 — Il s'agissait de savoir si la dénonciation du Protocole contrevient à la LMOPK, au principe de la primauté du droit, au principe de la séparation des pouvoirs et au principe démocratique — En vertu de la prérogative royale, la conduite des affaires étrangères et des relations internationales, dont le pouvoir de conclure ou de se retirer d'un traité, relève en exclusivité de la branche exécutive du gouvernement — Ces décisions ne sont pas justiciables — La décision du gouvernement de dénoncer le Protocole de Kyoto n'a pas enfreint la LMOPK ni le principe de la primauté du droit — La décision de l'exécutif de dénoncer le traité n'a pas enfreint non plus le principe de séparation des pouvoirs — Quant au principe démocratique, la motion adoptée pour ratifier le Protocole était non contraignante — Le gouvernement n'était pas obligé de ratifier le Protocole — Le gouvernement n'était pas obligé de consulter la Chambre des communes — Le principe démocratique n'a pas été enfreint — Demande rejetée.

Federal Court Jurisdiction — Whether Court having jurisdiction to declare Canada's withdrawal from Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change of no force and effect — Where evidence that government breaking law, declaration of illegality meeting public interest that law be respected by all.

Compétence de la Cour fédérale — Il s'agissait de savoir si la Cour avait compétence pour déclarer sans effet la dénonciation par le Canada du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques — Dans les cas où il est démontré que le gouvernement a enfreint la loi, une déclaration d'illégalité répond à l'intérêt public que la loi soit respectée par tous.

Crown — Prerogatives — Canada deciding to withdraw from Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change — Whether such withdrawal violating Kyoto Protocol Implementation Act (KPIA), rule of law — Under royal prerogative, conduct of foreign affairs, international relations, including conclusion or withdrawal from treaty, falling exclusively under executive branch of government — Such decisions not justiciable — KPIA containing no provision, condition or restriction limiting government's royal prerogative to withdraw from Protocol.

This was an application for judicial review of the Government of Canada's decision to withdraw from the *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change* (Protocol) adopted under the *United Nations Framework Convention on Climate Change* (Convention). The Convention set as an objective the stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere within a certain time frame. The Convention did not have specific targets. The Protocol set out the first official targets. Canada signed the Protocol and committed to reduce its emissions of gases. Before ratifying the Protocol, the government presented a motion to the House of Commons calling upon the government to ratify the Kyoto Protocol on climate change. The motion was non-binding. The House voted in favour of it and the Canadian government subsequently ratified the Protocol. After the Conservative Party took power, they established new targets, having stated earlier that Canada would not comply with the Protocol targets. Nevertheless, with the support of the opposition parties, a private member's bill was passed by the House of Commons and the *Kyoto Protocol Implementation Act* (KPIA) came into force. The purpose of the KPIA was to "ensure Canada meets its global climate change obligations under the Kyoto Protocol". Later, during the United Nations Conference on climate change, the Governor in Council authorized the Minister of Foreign Affairs to withdraw, on behalf of Canada, from the Kyoto Protocol pursuant to Article 27 of the Protocol. The applicant filed an application for judicial review of this decision.

The issues were whether the Federal Court had jurisdiction to declare the withdrawal from the Protocol of no force and effect, whether the withdrawal from the Protocol violated the KPIA and the rule of law, the principle of separation of powers, and the democratic principle.

Held, the application should be dismissed.

Couronne — Prérogatives — Le Canada a décidé de dénoncer le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques — Il s'agissait de savoir si cette dénonciation contrevient à la Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto (LMOPK) et donc au principe de la primauté du droit — En vertu de la prérogative royale, la conduite des affaires étrangères et des relations internationales, dont le pouvoir de conclure ou de se retirer d'un traité, relève en exclusivité de la branche exécutive du gouvernement — Ces décisions ne sont pas justiciables — La LMOPK ne contient aucune disposition, condition ou restriction qui viendrait limiter la prérogative royale du gouvernement de se retirer du Protocole.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouvernement du Canada de se retirer du *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques* (le Protocole) adopté en vertu de la *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques* (la Convention). La Convention établissait comme objectif de stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère dans un certain délai. Elle ne contenait pas de cibles spécifiques. Le Protocole précisait les premières cibles officielles. Le Canada a signé le Protocole, s'engageant à réduire ses propres émissions. Avant de ratifier le Protocole, le gouvernement a choisi de présenter une motion à la Chambre des communes demandant au gouvernement de ratifier le Protocole de Kyoto sur les changements climatiques. La motion était non contraignante. La Chambre s'est prononcée en faveur de la motion, puis le gouvernement canadien a ratifié le Protocole. Après que le Parti conservateur eut pris le pouvoir, il a établi de nouvelles cibles, ayant déclaré précédemment que le Canada ne se conformerait pas aux cibles du Protocole. Néanmoins, avec l'appui des partis d'opposition, un projet de loi d'initiative parlementaire a été adopté par la Chambre des communes et la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto* (LMOPK) est entrée en vigueur. L'objet de la LMOPK visait à « assurer le respect des engagements du Canada en matière de changements climatiques en vertu du Protocole de Kyoto ». Plus tard, durant la Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques, le gouverneur en conseil a autorisé le ministre des Affaires étrangères à dénoncer, au nom du Canada, le Protocole de Kyoto conformément à l'article 27 du Protocole. Le demandeur a déposé une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

Il s'agissait de savoir si la Cour a compétence pour déclarer sans effet la dénonciation par le Canada du Protocole et si la dénonciation du Protocole contrevient à la LMOPK, au principe de la primauté du droit, au principe de la séparation des pouvoirs et au principe démocratique.

Jugement : la demande doit être rejetée.

The Federal Court had jurisdiction herein. Where there is evidence the government has broken a law, a declaration of illegality is not useless, but on the contrary meets the public interest that the law be respected by all.

The government's decision to withdraw from the Kyoto Protocol did not violate the KPIA nor the principle of the rule of law. Under the royal prerogative, the conduct of foreign affairs and international relations falls exclusively under the executive branch of government. This includes the decision to conclude or withdraw from a treaty. In the absence of a Charter challenge, a decision made in the exercise of prerogative powers is not justiciable. The KPIA contains no provision, condition or restriction that would limit the royal prerogative of the government to withdraw from the Protocol. In fact, the government's decision to withdraw was clearly provided for by Article 27 of the Protocol. If Parliament had intended to impose a justiciable duty upon the government to comply with Canada's Kyoto commitments it could easily have said so in clear and simple language.

By withdrawing of its own initiative from the Protocol, the executive branch did not violate the principle of separation of powers. The KPIA did not limit the government's ability to withdraw from the Protocol. The executive branch maintains the prerogative to withdraw from the Protocol. This application of the prerogative is not justiciable.

With respect to the democratic principle, the motion for the ratification of the Protocol was not binding and acknowledged in its content that the power to conclude or withdraw still lay with the executive branch. The government was only asked to ratify the Protocol. This does not mean that the government was obliged to ratify it or that the government was bound by it in any way. It follows that the government did not have to consult the House of Commons before withdrawing from the Protocol. It was up to Parliament to pass a law that would have forced it to consult the House of Commons before the ratification or the withdrawal of a treaty, but that was never done.

La Cour fédérale avait compétence en l'espèce. Dans les cas où il est démontré que le gouvernement a enfreint la loi, une déclaration d'illégalité n'est pas inutile, mais répond au contraire à l'intérêt public que la loi soit respectée par tous.

La décision du gouvernement de dénoncer le Protocole de Kyoto n'a pas enfreint la LMOPK ni le principe de la primauté du droit. En vertu de la prérogative royale, la conduite des affaires étrangères et des relations internationales relève en exclusivité de la branche exécutive du gouvernement. Cela inclut le pouvoir de conclure ou de se retirer d'un traité. En l'absence d'une contestation fondée sur la Charte, une décision prise en vertu d'une prérogative royale n'est pas justiciable. La LMOPK ne contient aucune disposition, condition ou restriction qui viendrait limiter la prérogative royale du gouvernement de se retirer du Protocole. La décision du gouvernement de dénoncer le Protocole est justement prévue par ce même Protocole à l'article 27. Si le Parlement avait voulu imposer au gouvernement une obligation, dont on peut saisir les tribunaux, de restreindre la prérogative royale de l'exécutif de se retirer du Protocole, il lui aurait été facile de le dire en des mots clairs et simples.

En dénonçant de sa propre initiative le Protocole, l'exécutif n'a pas enfreint le principe de la séparation des pouvoirs. La LMOPK n'avait pas pour effet de limiter la capacité du gouvernement de dénoncer le Protocole. L'exécutif détient toujours la prérogative de se retirer du Protocole. Cette application de la prérogative n'est pas justiciable.

Quant au principe démocratique, la motion visant la ratification du Protocole était non contraignante et reconnaissait par son contenu même que le pouvoir de conclure ou de dénoncer ce traité appartenait toujours à l'exécutif. La motion ne faisait que demander au gouvernement de ratifier le Protocole. Cela ne signifie pas que le gouvernement était obligé de ratifier le Protocole ou qu'il était lié par celui-ci. Il suit que le gouvernement n'était pas obligé de consulter la Chambre des communes avant de pouvoir dénoncer ce Protocole. Il revenait au Parlement d'édicter une loi qui forcerait la consultation de la Chambre des communes avant de pouvoir ratifier ou dénoncer un traité, mais cela n'a jamais été fait.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-38, *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*, 1st Sess., 41st Parl., 2012.
- Bill C-288, *An Act to ensure Canada meets its global climate change obligations under the Kyoto Protocol*, 1st Sess., 39th Parl., 2007

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- Décret C.P. 2011-1524.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 54.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400 (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F); 2010-176, s. 11).

Kyoto Protocol Implementation Act, S.C. 2007, c. 30, ss. 3, 4, 5, 7, 8, 9.

Order in Council P.C. 2011-1524.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 54.

Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto, L.C. 2007, ch. 30, art. 3, 4, 5, 7, 8, 9.

Projet de loi C-38, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d'autres mesures*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2012.

Projet de loi C-288, *Loi visant à assurer le respect des engagements du Canada en matière de changements climatiques en vertu du Protocole de Kyoto*, 1^{re} sess., 39^e lég., 2007.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F); 2010-176, art. 11).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 11 December 1997, 2303 U.N.T.S. 148, Arts. 3, 27, Annex B.

United Nations Framework Convention on Climate Change, 9 May 1992, [1994] Can. T.S. No.7, Art. 2.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 9 mai 1992, [1994] R.T. Can. n° 7, art. 2.

Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 11 décembre 1997, 2303 R.T.N.U. 148, art. 3, 27, annexe B.

CASES CITED

APPLIED:

Friends of the Earth v. Canada (Governor in Council), 2008 FC 1183, [2009] 3 F.C.R. 201, aff'd 2009 FCA 297, 313 D.L.R. (4th) 767, leave to appeal to S.C.C. refused, [2010] 1 S.C.R. ix; *Ross River Dena Council Band v. Canada*, 2002 SCC 54, [2002] 2 S.C.R. 816.

CONSIDERED:

Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd., [1920] UKHL 1, [1920] A.C. 508 (H.L.).

REFERRED TO:

Friends of the Canadian Wheat Board v. Canada (Attorney General), 2012 FCA 183, [2014] 1 F.C.R. 518; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *Blanco v. Canada*, 2003 FCT 263, 231 F.T.R. 3; *Turp v. Canada (Prime Minister)*, 2003 FCT 301, 111 C.R.R. (2d) 184; *Turp c. Chrétien*, 2003 CanLII 4256 (Que. Sup. Ct.); *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ami(e)s de la Terre c. Canada (Gouverneur en conseil), 2008 CF 1183, [2009] 3 R.C.F. 201, conf. par 2009 CAF 297, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2010] 1 R.C.S. ix; *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, 2002 CSC 54, [2002] 2 R.C.S. 816.

DÉCISION EXAMINÉE :

Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd., [1920] UKHL 1, [1920] A.C. 580 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES :

Friends of the Canadian Wheat Board c. Canada (Procureur général), 2012 CAF 183, [2014] 1 R.C.F. 518; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Blanco c. Canada*, 2003 CFPI 263; *Turp c. Canada (Premier ministre)*, 2003 CFPI 301; *Turp c. Chrétien*, 2003 CanLII 4256 (C.S. Qué.); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

AUTHORS CITED

Brun, Henri. *Droit constitutionnel*, 5th ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2008.
 Currie, John H. *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*. Toronto: Irwin Law, 2007.
 Gotlieb, A. E. *Canadian Treaty-Making*. Toronto: Butterworths, 1968.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Government of Canada to withdraw from the *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, which was communicated to the Secretary General of the United Nations on December 15, 2011. Application dismissed.

APPEARANCES

Julius Grey and Isabelle Turgeon for applicant.
Bernard Letarte and Michèle Lavergne for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Grey Casgrain, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] NOËL J.: This is an application for judicial review of a decision by the Government of Canada to withdraw from the *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change* [11 December 1997, 2303 U.N.T.S. 148] (the Protocol), which was communicated to the Secretary General of the United Nations (UN) on December 15, 2011.

I. Background

[2] The *United Nations Framework Convention on Climate Change*, [[1994] Can. T.S.No. 7] (the Convention), adopted at the Earth Summit in Rio de Janeiro on May 9, 1992, was intended to be a first step toward an international action plan to deal with the

DOCTRINE CITÉE

Brun, Henri. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qc : Yvon Blais, 2008.
 Currie, John H. *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*. Toronto : Irwin Law, 2007.
 Gotlieb, A. E. *Canadian Treaty-Making*. Toronto : Butterworths, 1968.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du gouvernement du Canada de se retirer du *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, telle que communiquée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le 15 décembre 2011. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Julius Grey et Isabelle Turgeon pour le demandeur.
Bernard Letarte et Michèle Lavergne pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Grey Casgrain, Montréal, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs du jugement et du jugement rendus en français par

[1] LE JUGE NOËL : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouvernement du Canada de se retirer du *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques* [11 décembre 1997, 2303 R.T.N.U. 148] (le Protocole), telle que communiquée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (l'ONU) le 15 décembre 2011.

I. Le contexte

[2] La *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques* [[1994] R.T. Can n° 7] (la Convention), adoptée lors du Sommet de la Terre à Rio de Janeiro le 9 mai 1992, se voulait un premier pas vers un plan d'action international pour affronter le défi posé

challenges of climate change. The Convention set as an objective the “stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system ... within a time-frame sufficient to allow ecosystems to adapt naturally to climate change, to ensure that food production is not threatened and to enable economic development to proceed in a sustainable manner” (Article 2 of the Convention). The first principle of the Convention asked that developed country parties to the Convention, including Canada, “take the lead in combating climate change and the adverse effects thereof” (paragraph 1 of Article 3 of the Convention).

[3] However, the Convention did not have specific targets or binding measures, hence the reason for the Protocol’s existence. Adopted on December 11, 1997 after two and a half years of negotiations, the Protocol set out the first official targets for reducing greenhouse gas emissions at an international level. During the commitment period of 2008 to 2012, industrialized countries were supposed to reduce their overall emissions of such gases by at least 5 percent below 1990 levels (Article 3 of the Protocol).

[4] The Government of Canada signed the Protocol on April 29, 1998, with a commitment to reduce its emissions by 6 percent below 1990 levels (Annex B of the Protocol). Before ratifying the Protocol, the government chose to present the following non-binding motion to the House of Commons: “That this House call upon the government to ratify the Kyoto Protocol on climate change.” On December 10, 2002, by a vote of 196 in favour and 77 opposed (the Canadian Alliance and Progressive Conservative Party being the parties opposed), the House voted in favour of the motion. Backed by this political support, the Canadian government ratified the Protocol on December 17, 2002.

[5] Nonetheless, the Protocol only came into effect on February 16, 2005, after it was ratified by the Russian Federation. In 2006, the Conservative Party took power as a minority government. Having earlier stated that Canada would not comply with the Protocol targets, the

par les changements climatiques. La Convention établissait comme objectif « de stabiliser [...] les concentrations de gaz à effet de serre dans l’atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique [...] dans un délai suffisant pour que les écosystèmes puissent s’adapter naturellement aux changements climatiques, que la production alimentaire ne soit pas menacée et que le développement économique puisse se poursuivre d’une manière durable » (article 2 de la Convention). Le premier principe de la Convention demandait aux pays développés parties à la Convention, dont le Canada, « d’être à l’avant-garde de la lutte contre les changements climatiques et leurs effets néfastes » (article 3, paragraphe 1 de la Convention).

[3] La Convention ne contenait toutefois pas de cibles spécifiques ni de mesures contraignantes, d’où la raison d’être du Protocole. Adopté le 11 décembre 1997 après deux ans et demi de négociation, le Protocole précisait les premières cibles officielles de réduction d’émission de gaz à effet de serre au plan international. Durant la période d’engagement de 2008 à 2012, les pays industrialisés devaient réduire leurs émissions d’au moins 5 p. 100 par rapport aux niveaux de 1990 (article 3 du Protocole).

[4] Le gouvernement du Canada a signé le Protocole le 29 avril 1998, s’engageant à réduire ses propres émissions de 6 p. 100 de ses niveaux de 1990 (annexe B du Protocole). Avant de ratifier le Protocole, le gouvernement a choisi de présenter la motion non contraignante suivante à la Chambre des communes: « Que la chambre demande au gouvernement de ratifier le Protocole de Kyoto sur les changements climatiques ». Le 10 décembre 2002, par un vote de 196 voix pour et 77 voix contre (l’Alliance canadienne et le Parti conservateur étant les partis à s’y opposer), la chambre s’est prononcée en faveur de la motion. Armé de cet appui politique, le gouvernement canadien a ratifié le Protocole le 17 décembre 2002.

[5] Le Protocole n’est toutefois entré en vigueur que le 16 février 2005 après avoir été ratifié par la Fédération de la Russie. En 2006, le Parti conservateur prit le pouvoir au sein d’un gouvernement minoritaire. Ayant déjà déclaré précédemment que le Canada ne se conformerait

government published a plan in 2007 that established a new target to reduce greenhouse gas emissions that was 34 percent higher than the target established by the Protocol.

[6] In an attempt to force the government's hand, Liberal MP Pablo Rodriguez, a member of the Standing Committee on the Environment and Sustainable Development, introduced private-member's Bill C-288: "An Act to ensure Canada meets its global climate change obligations under the Kyoto Protocol". Without the support of the government, however, the Bill could not authorize the expenditure of public funds, as set out in section 54 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item I [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] (*Constitution Act, 1867*). Nevertheless, with the support of the opposition parties, the Bill was passed by the House of Commons on February 14, 2007 and the *Kyoto Protocol Implementation Act*, S.C. 2007, c. 30 (KPIA) entered into force on June 22, 2007.

[7] This Court first reviewed the KPIA in 2008, in three applications for judicial review filed by the non-profit organization: Friends of the Earth — Les Ami(e)s de la Terre. The organization alleged that the Minister of the Environment and the Governor in Council failed to comply with the duties imposed upon them under sections 5, 7, 8, and 9 of the KPIA. At the time, the Court looked at whether these sections imposed justiciable duties (*Friends of the Earth v. Canada (Governor in Council)*, 2008 FC 1183, [2009] 3 F.C.R. 201 (*Friends of the Earth*), at paragraphs 27, 28 and 31):

The question presented by FoE's first application is whether, under section 5 of the KPIA, the Minister is permitted as a matter of law to tender a Climate Change Plan that, on its face, is non-compliant with Canada's Kyoto obligations. In other words, does the KPIA contemplate judicial review in a situation like this where the government declares to Parliament and to Canadians that it will not, for reasons of public policy, meet or attempt to meet the emissions targets established by the Kyoto Protocol.

pas aux cibles du Protocole, le gouvernement publia un plan en 2007 qui établissait une nouvelle cible de réduction des gaz à effet de serre de 34 p. 100 plus élevée que celle visée par le Protocole.

[6] Pour tenter de forcer la main du gouvernement, le député libéral Pablo Rodriguez, membre du comité permanent de l'Environnement et du développement durable, présenta le projet de loi privé C-288: « Loi visant à assurer le respect des engagements du Canada en matière de changements climatiques en vertu du Protocole de Kyoto ». Sans l'appui du gouvernement, ce projet de loi ne pouvait toutefois entraîner des dépenses de fonds publics, tel que prescrit à l'article 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] (*Loi constitutionnelle de 1867*). Néanmoins, avec l'appui des partis d'oppositions, le projet de loi a été adopté par la Chambre des Communes le 14 février 2007 et la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto*, L.C. 2007, ch. 30 (LMOPK) est entrée en vigueur le 22 juin 2007.

[7] Cette Cour a déjà examiné la LMOPK une première fois en 2008, dans le cadre de trois demandes de contrôle judiciaire déposées par l'organisation à but non lucratif Les Ami(e)s de la Terre — Friends of the Earth. L'organisation alléguait que le ministre de l'Environnement et le gouverneur en conseil ne s'étaient pas conformés à leurs obligations prévues aux articles 5, 7, 8 et 9 de la LMOPK. La Cour a alors examiné si ces articles imposaient en effet des obligations dont on pouvait saisir les tribunaux (*Ami(e)s de la Terre c. Canada (Gouverneur en conseil)*, 2008 CF 1183, [2009] 3 R.C.F. 201 (*Ami(e)s de la Terre*), aux paragraphes 27, 28 et 31) :

La question soulevée par la première demande de FOE est de savoir si, selon l'article 5 de la LMOPK, le ministre est autorisé en droit à présenter un Plan sur les changements climatiques qui, à première vue, ne s'accorde pas avec les engagements du Canada aux termes du Protocole de Kyoto. Autrement dit, la LMOPK envisage-t-elle un contrôle judiciaire dans un cas comme celui-ci, où le gouvernement déclare au Parlement et à la population canadienne que, pour des raisons de politique générale, il n'atteindra pas, ou ne tentera pas d'atteindre, les cibles de réduction établies dans le Protocole de Kyoto.

The question posed by FoE's second and third applications concerns the right of the Court to involve itself in the regulatory business of the executive branch of government.

...

The justiciability of all of these issues is a matter of statutory interpretation directed at identifying Parliamentary intent: in particular, whether Parliament intended that the statutory duties imposed upon the Minister and upon the GIC by the KPIA be subjected to judicial scrutiny and remediation. [Emphasis added.]

[8] My colleague Justice Robert Barnes reviewed the relevant sections of the KPIA before making the following determination (*Friends of the Earth*, above, at paragraphs 42, 44 and 46):

The issue of justiciability must also be assessed in the context of the other mechanisms adopted by the Act for ensuring Kyoto compliance. In this case, the Act creates rather elaborate reporting and review mechanisms within the Parliamentary sphere. On this point I agree with the counsel for the respondents that, with respect to matters of substantive compliance with Kyoto, the Act clearly contemplates Parliamentary and public accountability. While such a scheme will not always displace an enforcement role for the Court, in the overall context of this case, I think it does. If Parliament had intended to impose a justiciable duty upon the government to comply with Canada's Kyoto commitments, it could easily have said so in clear and simple language.

...

Considering the scope of the review mechanisms established by the Act alongside of the statutory construction issues noted above, the statutory scheme must be interpreted as excluding judicial review over issues of substantive Kyoto compliance including the regulatory function. Parliament has, with the KPIA, created a comprehensive system of public and Parliamentary accountability as a substitute for judicial review. The practical significance of Parliamentary oversight and political accountability should not, however, be underestimated, particularly in the context of a minority government: see *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, above, at paragraph 71.

...

La question posée par les deuxième et troisième demandes de FOE concerne le droit de la Cour de s'interposer dans les activités de réglementation exercées par la branche exécutive du gouvernement.

[...]

La justiciabilité de toutes ces questions relève de l'exercice d'interprétation des lois, un exercice dont l'objet est de définir l'intention du législateur : plus précisément, le législateur voulait-il que les obligations imposées au ministre et au gouverneur en conseil par la LMOPK soient soumises à l'examen des tribunaux et à des recours judiciaires? [Je souligne.]

[8] Mon collègue le juge Robert Barnes a procédé à un examen des articles pertinents de la LMOPK avant de conclure comme suit (*Ami(e)s de la Terre*, précité, aux paragraphes 42, 44 et 46) :

La question de la justiciabilité doit également être appréciée dans le contexte des autres mécanismes adoptés par la Loi pour assurer le respect du Protocole de Kyoto. En l'espèce, la Loi établit des mécanismes assez détaillés de notification et d'examen à l'intérieur de la sphère parlementaire. Sur ce point, je me range à l'avis des avocats des défendeurs pour qui, s'agissant des questions de conformité de fond au Protocole de Kyoto, la Loi envisage clairement une responsabilité envers le Parlement et envers le public. Un tel régime ne privera pas toujours la Cour de son rôle d'exécution, mais, dans le contexte général de la présente affaire, je crois que tel est le résultat. Si le Parlement avait voulu imposer au gouvernement une obligation, dont on peut saisir les tribunaux, de respecter les engagements pris par le Canada dans le Protocole de Kyoto, il lui aurait été facile de le dire en des mots clairs et simples.

[...]

Compte tenu de la portée des mécanismes d'examen établis par la Loi, ce à quoi s'ajoutent les questions susmentionnées d'interprétation des lois, le texte législatif doit être interprété d'une manière qui exclut tout contrôle judiciaire sur les questions touchant le respect du Protocole de Kyoto, y compris sur la fonction de réglementation. En promulguant la LMOPK, le Parlement a établi un système détaillé de responsabilité devant le public et devant le Parlement, un système qui remplace le contrôle judiciaire. L'importance pratique de la surveillance parlementaire et de la responsabilité politique ne devrait pas cependant être sous-estimée, en particulier dans le contexte d'un gouvernement minoritaire : voir l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, précité, paragraphe 71.

[...]

I have concluded that the Court has no role to play reviewing the reasonableness of the government's response to Canada's Kyoto commitments within the four corners of the KPIA. While there may be a limited role for the Court in the enforcement of the clearly mandatory elements of the Act such as those requiring the preparation and publication of Climate Change Plans, statements and reports, those are not matters which are at issue in these applications. [Emphasis added; endnotes omitted.]

[9] In a unanimous judgment delivered from the bench, the Federal Court of Appeal upheld Justice Barnes' decision (*Friends of the Earth v. Canada (Governor in Council)*, 2009 FCA 297, 313 D.L.R. (4th) 767) and an application for leave to appeal to the Supreme Court was dismissed with costs (*Friends of the Earth v. Minister of the Environment*, [2010] 1 S.C.R. ix).

[10] On December 6, 2011, while the United Nations Conference on climate change was being held in Durban, South Africa, pursuant to Article 27 of the Protocol (see paragraph 11 below for the text of the article), the Governor in Council enacted Order In Council P.C. 2011-1524 (applicant's record, at pages 101–102):

His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Foreign Affairs, hereby authorizes the Minister of Foreign Affairs to take actions necessary to withdraw, on behalf of Canada, from the *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*.

[11] On December 15, 2011, the Minister of Foreign Affairs wrote to the UN Secretary-General, as the Depositary of the Protocol, to give notice of the decision of the Canadian government to withdraw from the Protocol (applicant's record, at page 105). In a reply dated December 16, 2011 (applicant's record, at page 108), the UN Secretary-General acknowledged receipt of the notice and indicated that Canada's withdrawal would take effect on December 15, 2012, in accordance with Article 27 of the Protocol:

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change

Article 27

Je suis arrivé à la conclusion que la Cour n'a pas à se demander si la réponse du gouvernement aux engagements du Canada selon le Protocole de Kyoto est ou non raisonnable dans le cadre de la LMOPK. Sans doute la Cour est-elle investie d'un certain rôle pour ce qui concerne l'application des dispositions clairement impératives de la Loi, par exemple celles qui imposent la préparation et la publication de Plans sur les changements climatiques, de déclarations et de rapports, mais ce ne sont pas là des aspects qui sont en cause dans les présentes demandes. [Je souligne; notes en fin de texte omises.]

[9] Dans un jugement unanime rendu oralement, la Cour d'appel fédérale a maintenu cette décision du juge Barnes (*Les Ami(e)s de la Terre c. Canada (Gouverneur en conseil)*, 2009 CAF 297) et une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême a été rejetée avec dépens (*Les Ami(e)s de la Terre c. Ministre de l'Environnement*, [2010] 1 R.C.S. ix).

[10] Le 6 décembre 2011, pendant que la Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques se tenait à Durban en Afrique du Sud, conformément à l'article 27 du Protocole (voir paragraphe 11 ci-après pour le texte de l'article) le gouverneur en conseil prenait le décret C.P. 2011-1524 (dossier du demandeur, aux pages 101 et 102):

Sur recommandation du ministre des Affaires étrangères, Son Excellence le Gouverneur général en conseil autorise celui-ci à prendre les mesures nécessaires pour dénoncer, au nom du Canada, le *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*.

[11] Le 15 décembre 2011, le ministre des Affaires étrangères écrivait au Secrétaire général de l'ONU, en sa qualité de Dépositaire du Protocole, afin de notifier la décision du gouvernement canadien de dénoncer le Protocole (dossier du demandeur, à la page 105). Dans une réponse datée le 16 décembre 2011 (dossier du demandeur, à la page 108), le Secrétaire général confirma réception de la notification et indiqua que le retrait du Canada prendrait effet le 15 décembre 2012, le tout en conformité avec l'article 27 du Protocole :

Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques

Article 27

1. At any time after three years from the date on which this Protocol has entered into force for a Party, that Party may withdraw from this Protocol by giving written notification to the Depositary.

2. Any such withdrawal shall take effect upon expiry of one year from the date of receipt by the Depositary of the notification of withdrawal, or on such later date as may be specified in the notification of withdrawal.

3. Any Party that withdraws from the Convention shall be considered as also having withdrawn from this Protocol.

[12] Opposed to the Government of Canada's decision to withdraw from the Protocol, the applicant filed this application for judicial review on January 13, 2012 and a hearing was held in Montréal on June 6, 2012. The KPIA has since been repealed with Bill C-38 receiving royal assent on June 29, 2012.

II. Position of the Parties

[13] The applicant states that the withdrawal from the Protocol is illegal, null, and void as it is in violation of the KPIA, the principle of the rule of law, the principle of the separation of powers, and the democratic principle. With regard to the last two principles, the applicant is of the opinion that they obliged the government to consult the House of Commons and the provinces before withdrawing from the Protocol.

[14] In reply, the Attorney General of Canada (the Attorney General) argues that the conduct of foreign affairs, including the decision to conclude or withdraw from an international treaty, is a matter falling within the royal prerogative and thus the executive branch of the government. The Attorney General rejects the idea that the KPIA removed the executive power to withdraw from the Protocol, a power set out in Article 27 of the Protocol. The Attorney General also challenges the idea that unwritten constitutional principles could force the executive branch to consult the House of Commons and the provinces before sending the notice of withdrawal to the UN Secretary-General. The Attorney General recalls that the conduct of foreign affairs and the *Constitution Act, 1867* have coexisted for about 135 years and that

1. À l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Protocole à l'égard d'une Partie, cette Partie peut, à tout moment, le dénoncer par notification écrite adressée au Dépositaire.

2. Cette dénonciation prend effet à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date à laquelle le Dépositaire en reçoit notification ou à toute autre date ultérieure spécifiée dans ladite notification.

3. Toute Partie qui dénonce la Convention est réputée dénoncer également le présent Protocole.

[12] Opposé à la décision du gouvernement de se retirer du Protocole, le demandeur déposa la présente demande de contrôle judiciaire le 13 janvier 2012 et une audience a eu lieu à Montréal le 6 juin 2012. Depuis, la LMOPK a été abrogée le 29 juin 2012, lorsque le projet de loi C-38 reçut la sanction royale.

II. La position des parties

[13] Le demandeur affirme que la dénonciation du Protocole est illégale, nulle et sans effet comme étant en violation de la LMOPK, du principe de la primauté du droit, du principe de la séparation des pouvoirs et du principe démocratique. Pour ce qui est des deux derniers principes, le demandeur est d'avis qu'ils obligeaient le gouvernement à consulter la Chambre des communes et les provinces avant de pouvoir dénoncer le Protocole.

[14] En réplique, le procureur général du Canada (le procureur) souligne que la conduite des affaires étrangères, dont la décision de conclure ou de se retirer d'un traité international, relève de la prérogative royale et donc de la branche exécutive du gouvernement. Le procureur rejette la notion que la LMOPK aurait retiré le pouvoir de l'exécutif de dénoncer le Protocole, un pouvoir prévu à l'article 27 du Protocole. Le procureur conteste également l'idée que des principes constitutionnels non écrits forçaient l'exécutif à consulter la Chambre des communes et les provinces avant d'envoyer la dénonciation au Secrétaire général de l'ONU. Le procureur rappelle que la conduite des affaires étrangères et la *Loi constitutionnelle de 1867* coexistent depuis près de 135 ans et qu'il n'a jamais été question

there has never before been a question as to whether the exercise of the royal prerogative is subject to a duty to consult Parliament or the provinces.

III. Issues and Standard of Review

[15] The issues raised by the applicant may be summarized as follows:

1. Does the withdrawal from the Protocol violate the KPIA and thus the rule of law?
2. Does the withdrawal from the Protocol violate the principle of separation of powers?
3. Does the withdrawal from the Protocol violate the democratic principle?

[16] When determining whether the government acted in accordance with a law, the standard of review is correctness (*Friends of the Canadian Wheat Board v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 183, [2014] 1 F.C.R. 518) and that same standard applies to the constitutional questions raised by the applicant (*Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraph 26).

IV. Analysis

[17] On a preliminary point, the respondent argues that this Court does not have jurisdiction to declare the withdrawal from the Protocol to be of no force and effect. As a consequence, he says that it must refuse to rule on this case as the only order it could issue—a statement of illegality—would not have any useful effect. This Court does not share the Attorney General’s opinion and is of the view that where there is evidence the government has broken a law, a declaration of illegality is not useless, but on the contrary meets the public interest that the law be respected by all.

auparavant que l’exercice de la prérogative soit assujéti à une obligation de consulter préalablement le Parlement ou les provinces.

III. Les questions en litige et la norme de contrôle applicable

[15] Les questions soulevées par le demandeur peuvent se résumer ainsi:

1. La dénonciation du Protocole contrevient-elle à la LMOPK et donc au principe de la primauté du droit?
2. La dénonciation du Protocole contrevient-elle au principe de la séparation des pouvoirs?
3. La dénonciation du Protocole contrevient-elle au principe démocratique?

[16] Lorsqu’il est question de déterminer si le gouvernement a agi en conformité avec une loi, la norme de contrôle est celle de la décision correcte (*Friends of the Canadian Wheat Board c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 183, [2014] 1 R.C.F. 518) et cette même norme s’applique aux questions constitutionnelles soulevées par le demandeur (*Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, au paragraphe 26).

IV. L’analyse

[17] À titre préliminaire, le défendeur prend position que cette Cour n’a pas compétence pour déclarer sans effet la dénonciation du Protocole. En conséquence, il affirme qu’elle doit refuser de se prononcer sur l’affaire car la seule ordonnance qu’elle pourrait rendre — une déclaration d’illégalité — n’aurait pas d’effet utile. Cette Cour ne partage pas l’opinion du procureur et est d’avis que dans les cas où il est démontré que le gouvernement a enfreint la loi, une déclaration d’illégalité n’est pas inutile, mais répond au contraire à l’intérêt public que la loi soit respectée par tous.

A. *Does the withdrawal from the Protocol violate the KPIA and thus the rule of law?*

[18] Under the royal prerogative, the conduct of foreign affairs and international relations, including the decision to conclude or withdraw from a treaty, falls exclusively under the executive branch of government (A. E. Gotlieb, *Canadian Treaty-Making*, Toronto: Butterworths, 1968, at pages 4 and 14; John H. Currie, Craig Forcese and Valerie Oosterveld, *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, Toronto: Irwin Law, 2007 (*International Law: Doctrine, Practice, and Theory*), at pages 54–56). In the absence of a Charter challenge [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], it appears that a decision made in the exercise of prerogative powers would not be justiciable (*Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441 (*Operation Dismantle*); *Blanco v. Canada*, 2003 FCT 263, 231 F.T.R. 3 (*Blanco*), at paragraph 15; *Turp v. Canada (Prime Minister)*, 2003 FCT 301, 111 C.R.R. (2d) 184 (*Turp*), at paragraphs 19–21; *Turp c. Chrétien*, 2003 CanLII 4256 (Que. Sup. Ct.) (*Chrétien*), at paragraph 11).

[19] That said, the applicant asserts that the passing of the KPIA had the effect of limiting the royal prerogative and preventing the government from unilaterally withdrawing from the Protocol. The applicant relies here on *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd*, [1920] UKHL 1, [1920] A.C. 508 (H.L.), in which the court recognized that the royal prerogative power could be abolished or limited by a legislative provision. Having considered the case law submitted by the parties, the Court acknowledges the possibility that the KPIA could abolish or limit the executive power to withdraw from the Protocol, but it remains to be determined whether this was the case.

[20] In his written submissions, the applicant suggested that the royal prerogative was limited by necessary implication (applicant's memorandum, at paragraph 27). At the hearing, the applicant was invited to explain in what way or under which provisions the KPIA has

A. *La dénonciation du Protocole contrevient-elle à la LMOPK et donc au principe de la primauté du droit?*

[18] En vertu de la prérogative royale, la conduite des affaires étrangères et des relations internationales, dont le pouvoir de conclure ou de se retirer d'un traité, relève en exclusivité de la branche exécutive du gouvernement (A. E. Gotlieb, *Canadian Treaty-Making*, Toronto : Butterworths, 1968, aux pages 4 et 14; John H. Currie, Craig Forcese et Valerie Oosterveld, *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, Toronto : Irwin Law, 2007 (*International Law: Doctrine, Practice, and Theory*), aux pages 54 à 56). En l'absence d'une contestation fondée sur la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], il semblerait qu'une décision prise en vertu d'une prérogative royale n'est pas justiciable (*Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441 (*Operation Dismantle*); *Blanco c. Canada*, 2003 CFPI 263 (*Blanco*), au paragraphe 15; *Turp c. Canada (Premier ministre)*, 2003 CFPI 301 (*Turp*), aux paragraphes 19 à 21; *Turp c. Chrétien*, 2003 CanLII 4256 (C.S. Qué.) (*Chrétien*), au paragraphe 11).

[19] Cela étant dit, le demandeur affirme que l'adoption de la LMOPK a eu pour effet de limiter la prérogative royale et d'empêcher le gouvernement de dénoncer unilatéralement le Protocole. Le demandeur s'appuie à ce titre sur la décision *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd*, [1920] UKHL 1, [1920] A.C. 508 (H.L.), où il a été reconnu qu'un pouvoir de prérogative royale peut être aboli ou restreint par une disposition législative. Ayant examiné la jurisprudence soumise par les parties, cette Cour reconnaît la possibilité que la LMOPK puisse abolir ou restreindre le pouvoir de l'exécutif de se retirer du Protocole, mais il reste à déterminer si tel a été le cas.

[20] Dans ses soumissions écrites, le demandeur a suggéré que la prérogative royale a été limitée par implication nécessaire (mémoire du demandeur, au paragraphe 27). Le demandeur a été invité à préciser lors de l'audience de quelle manière ou par quelles

limited the royal prerogative. He essentially argued that the KPIA occupied the entire field of the Protocol and that, as a result, it implicitly withdrew royal prerogative. First, he raised sections 3 and 4, the first setting out the purpose of the KPIA and the other confirming that the Act is binding on the government:

Kyoto Protocol Implementation Act, S.C. 2007, c. 30

PURPOSE

Purpose

3. The purpose of this Act is to ensure that Canada takes effective and timely action to meet its obligations under the Kyoto Protocol and help address the problem of global climate change.

HER MAJESTY

Binding on Her Majesty

4. This Act is binding on Her Majesty in Right of Canada.

[21] The relevant obligations imposed on the government under the KPIA can be found in sections 5, 7 and 9. The government must prepare and publish a climate change plan (section 5 of the KPIA), make, amend or repeal the necessary regulations to ensure that Canada fully meets its obligations under Article 3, paragraph 1, of the Protocol, i.e. the 6 percent reduction target (section 7 of the KPIA), and the government shall prepare a statement setting out the greenhouse gas emission reductions that are reasonably expected to result for each year up to and including 2012 (section 9 of the KPIA).

[22] However, as we have seen, it has been determined that the KPIA must be interpreted “as excluding judicial review over issues of substantive Kyoto compliance” and that this Court “has no role to play reviewing the reasonableness of the government’s response to Canada’s Kyoto commitments within the four corners of the KPIA” (*Friends of the Earth*, above, at paragraphs 44 and 46). At the most, the Court acknowledged that there may be a limited role for the Court in the enforcement of a clearly mandatory provision, but the

dispositions la LMOPK venait limiter la prérogative royale. Essentiellement, il argumente que la LMOPK est venue occuper tout le champ lié au Protocole et qu’elle a ainsi retiré la prérogative royale de manière implicite. Il a tout d’abord souligné les articles 3 et 4, le premier précisant l’objet de la LMOPK et l’autre confirmant que la loi lie le gouvernement :

Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto, L.C. 2007, ch. 30

OBJET

Objet

3. La présente loi a pour objet d’assurer la prise de mesures efficaces et rapides par le Canada afin qu’il honore ses engagements dans le cadre du Protocole de Kyoto et aide à combattre le problème des changements climatiques mondiaux.

SA MAJESTÉ

4. La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada.

Obligation de Sa Majesté

[21] Les obligations pertinentes imposées au gouvernement en vertu de la LMOPK se retrouvent aux articles 5, 7 et 9. Le gouvernement doit établir et publier un plan sur les changements climatiques (article 5 de la LMOPK), prendre, modifier ou abroger les règlements appropriés pour honorer les engagements que le Canada a pris en vertu du paragraphe 3(1) du Protocole, soit la cible de réduction de 6 p. 100 (article 7 de la LMOPK) et le gouvernement doit déclarer les réductions d’émissions de gaz à effet de serre auxquelles il est raisonnable de s’attendre chaque année au cours de la période se terminant en 2012 (article 9 de la LMOPK).

[22] Cependant, comme nous l’avons vu, il a été jugé que la LMOPK devait être interprétée « d’une manière qui exclut tout contrôle judiciaire sur les questions touchant le respect du Protocole de Kyoto » et que cette Cour « n’a pas à se demander si la réponse du gouvernement aux engagements du Canada selon le Protocole de Kyoto est ou non raisonnable dans le cadre de la LMOPK » (*Ami(e)s de la Terre*, précité, aux paragraphes 44 et 46). Au plus, on reconnaissait un certain rôle pour la Cour lorsqu’il était question de dispositions

applicant in this case did not submit that the royal prerogative was expressly limited or withdrawn and the Court cannot identify any mandatory provision that would have withdrawn or limited the royal prerogative or otherwise prevented the government from withdrawing from the Protocol.

[23] Turning back to the possibility of an implied limit on the royal prerogative, as an example of the analysis required, the Supreme Court discussed whether a legislative provision restricted the royal prerogative to create reserves in *Ross River Dena Council Band v. Canada*, 2002 SCC 54, [2002] 2 S.C.R. 816 (*Ross River*). Justice LeBel stated the following regarding this possibility (*Ross River*, at paragraph 54):

The extent of its authority can be abolished or limited by statute: “once a statute has occupied the ground formerly occupied by the prerogative, the Crown [has to] comply with the terms of the statute”. (See P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 17; see also, Hogg, *supra*, at pp. 1:15-1:16; P. Lordon, Q.C., *Crown Law* (1991), at pp. 66-67.) In *Attorney-General v. De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.), Lord Dunedin described the interplay of royal prerogative and statute, at p. 526:

Inasmuch as the Crown is a party to every Act of Parliament it is logical enough to consider that when the Act deals with something which before the Act could be effected by the prerogative, and specially empowers the Crown to do the same thing, but subject to conditions, the Crown assents to that, and by that Act, to the prerogative being curtailed.

Lord Parmoor added, at p. 568: “The Royal Prerogative has of necessity been gradually curtailed, as a settled rule of law has taken the place of an uncertain and arbitrary administrative discretion”. In summary, then, as statute law expands and encroaches upon the purview of the royal prerogative, to that extent the royal prerogative contracts. However, this displacement occurs only to the extent that the statute does so explicitly or by necessary implication: see *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17; Hogg and Monahan, *supra*, at p. 17; Lordon, *supra*, at p. 66. [Emphasis added.]

clairement impératives, mais le demandeur n’a pas argumenté en l’espèce que la prérogative royale a été limitée ou retirée de manière expresse et la Cour ne peut identifier aucune disposition impérative qui aurait retiré ou restreint la prérogative ou empêché autrement le gouvernement de se retirer du Protocole.

[23] Pour revenir à la possibilité d’une restriction implicite de la prérogative royale, à titre d’exemple de l’analyse à effectuer, la Cour suprême a examiné si une disposition législative venait restreindre la prérogative royale de créer des réserves dans l’arrêt *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, 2002 CSC 54, [2002] 2 R.C.S. 816 (*Ross River*). Le juge LeBel a livré les propos suivants quant à cette possibilité (*Ross River*, au paragraphe 54) :

Il est possible, au moyen d’une loi, d’abolir la prérogative ou de restreindre la portée de celle-ci : [TRADUCTION] « dès qu’une loi régit un domaine qui relevait jusque-là d’une prérogative, l’État est tenu de se conformer à ses dispositions ». (Voir P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3e éd. 2000), p. 17; voir aussi Hogg, *op. cit.*, p. 1:15-1:16; P. Lordon, c.r., *La Couronne en droit canadien* (1992), p. 75-76). Dans l’arrêt *Attorney-General [v.] De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.), lord Dunedin a décrit ainsi l’interaction de la prérogative royale et des textes de loi, à la p. 526 :

[TRADUCTION] Dans la mesure où la Couronne est partie à chaque loi fédérale, il est logique d’affirmer que, dans les cas où la loi porte sur quelque chose qui, avant cette loi, pouvait être effectué au moyen de la prérogative, et qu’elle a particulièrement pour effet d’habiliter la Couronne à accomplir la même chose, sous réserve de certaines conditions, la Couronne consent à cette situation et, par cette loi, à ce que la prérogative soit restreinte.

Lord Parmoor a ajouté, à la p. 568, que [TRADUCTION] « [l]a prérogative royale est nécessairement réduite de façon graduelle, au fur et à [page 845] mesure qu’une règle de droit bien établie remplace un pouvoir discrétionnaire administratif de nature arbitraire et incertaine ». En résumé, donc, à mesure que le droit d’origine législative s’élargit et empiète sur la prérogative, celle-ci se contracte de façon correspondante. Toutefois, un tel remplacement ne se produit que lorsque la loi le dit explicitement ou lorsque ce remplacement ressort de celle-ci par implication nécessaire : voir *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17; Hogg et Monahan, *op. cit.*, p. 17; Lordon, *op. cit.*, p. 75-76. [Je souligne.]

[24] However, the Supreme Court was not unanimous regarding the concept of necessary implication (*Ross River*, above, at paragraph 4):

There is no doubt that a royal prerogative can be abolished or limited by clear and express statutory provision: see *R. v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745, at p. 780, aff'd [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 464. It is less certain whether in Canada the prerogative may be abolished or limited by necessary implication. Although this doctrine seems well established in the English courts (see *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), this Court has questioned its application as an exception to Crown immunity (see *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, at p. 558; *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015, at pp. 1022-23). Assuming that prerogative powers may be removed or curtailed by necessary implication, what is meant by "necessary implication"? H. V. Evatt explains the doctrine as follows:

Where Parliament provides by statute for powers previously within the Prerogative being exercised subject to conditions and limitations contained in the statute, there is an implied intention on the part of Parliament that those powers can only be exercised in accordance with the statute. "Otherwise," says Swinfen-Eady M.R., "what use would there be in imposing limitations if the Crown could at its pleasure disregard them and fall back on Prerogative?" [Emphasis in original.]

(H. V. Evatt, *The Royal Prerogative* (1987), at p. 44) [Emphasis added.]

Using the wording of H. V. Evatt, Justices Bastarache, McLachlin, and L'Heureux-Dubé were not of the view that Parliament had specified that powers previously within the prerogative being exercised were now subject to conditions and limitations contained in the statute at issue. However, Justices Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour, and LeBel found otherwise, a disagreement that reflects the difficulties that can stem from this type of analysis.

[25] Nevertheless, in applying the analysis to the case at bar, this Court is of the opinion that the KPIA contains no provision, condition or restriction that would limit the royal prerogative of the government to withdraw from the Protocol. The applicant relied in particular on the title and purpose [section 3] of the KPIA: "An Act

[24] La Cour suprême n'était toutefois pas unanime quant au concept de l'implication nécessaire (*Ross River*, précité, au paragraphe 4) :

Il ne fait aucun doute qu'une prérogative royale peut être abolie ou restreinte par une disposition législative claire ou explicite : voir *R. c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745, p. 780, conf. par [1985] 1 R.C.S. 441, p. 464. Il est toutefois moins certain que, au Canada, la prérogative puisse être abolie ou restreinte par implication nécessaire. Bien que cette doctrine semble bien établie dans la jurisprudence britannique (voir *Attorney-General [v.] De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), notre Cour a mis en doute son application en tant qu'exception à l'immunité de la Couronne (voir *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, p. 558; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015, p. 1022-1023). En supposant que les pouvoirs de prérogative puissent être éliminés ou réduits par implication nécessaire, qu'entend-on par « implication nécessaire »? Voici comment H. V. Evatt explique cette doctrine :

[TRADUCTION] Lorsque le Parlement précise dans une loi que l'exercice de pouvoirs relevant jusque-là de la prérogative est assujéti aux conditions et restrictions prévues par cette loi, il entend implicitement que ces pouvoirs ne puissent être exercés qu'en conformité avec la loi. « Sinon », comme l'affirme le maître des rôles Swinfen-Eady, « quelle serait l'utilité d'imposer des restrictions, si la Couronne pouvait en faire fi à son gré et continuer d'avoir recours à la prérogative? » [Souligné dans l'original.]

(H. V. Evatt, *The Royal Prerogative* (1987), p. 44) [Je souligne.]

Reprenant les mots employés par H. V. Evatt, les juges Bastarache, McLachlin et L'Heureux-Dubé n'étaient pas d'avis que le Parlement avait précisé que l'exercice de pouvoirs relevant jusque-là de la prérogative était maintenant assujéti aux conditions et restrictions prévues par la loi en question. Toutefois, les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel ont conclu autrement, un désaccord qui reflète d'ailleurs les difficultés que peut entraîner ce type d'analyse.

[25] Néanmoins, en appliquant l'analyse au cas en l'espèce, cette Cour est d'avis que la LMOPK ne contient aucune disposition, condition ou restriction qui viendrait limiter la prérogative royale du gouvernement de se retirer du Protocole. Le demandeur s'est appuyé particulièrement sur le titre et l'objet [article 3] de la

to ensure Canada meets its global climate change obligations under the Kyoto Protocol” (emphasis added) and “to ensure that Canada takes effective and timely action to meet its obligations under the Kyoto Protocol” (emphasis added). However, the government’s decision to withdraw from the Protocol is clearly provided by Article 27 of that Protocol and thus the government was in compliance with it.

[26] As for determining whether this decision complies with the KPIA, to reiterate the words of Justice Barnes in *Friends of the Earth*, above, at paragraph 42, “If Parliament had intended to impose a justiciable duty upon the government to comply with Canada’s Kyoto commitments, it could easily have said so in clear and simple language.” It did not do so. This Court is of the opinion that the KPIA does not expressly alter the royal prerogative and that no provision or condition of the Act does so by necessary implication. For this reason, the government’s decision to withdraw from the Kyoto Protocol did not violate the KPIA nor the principle of the rule of law.

B. *Does the withdrawal from the Protocol violate the principle of separation of powers?*

[27] The applicant submits that the government violated the principle of separation of powers by withdrawing of its own initiative from the Protocol without regard for the KPIA. He accuses the executive branch of interfering in matters of Parliament’s jurisdiction and unilaterally taking over the power to implicitly repeal the KPIA.

[28] Having concluded that the government’s decision to withdraw from the Protocol was not limited by the KPIA, the Court must reject this argument. The executive branch maintains the prerogative to withdraw from the Protocol, this application of the prerogative is not justiciable (*Operation Dismantle*, above; *Blanco*, above, at paragraph 15; *Turp*, above, at paragraphs 19–21; *Chrétien*, above, at paragraph 11) nor are issues regarding

LMOPK: « Loi visant à assurer le respect des engagements du Canada en matière de changements climatiques en vertu du Protocole de Kyoto » (je souligne) et « d’assurer la prise de mesures efficaces et rapides par le Canada afin qu’il honore ses engagements dans le cadre du Protocole de Kyoto » (je souligne). Toutefois, la décision du gouvernement de dénoncer le Protocole est justement prévue par ce même Protocole à l’article 27 et le gouvernement a ainsi agi conformément à ce dernier.

[26] Quant à savoir si cette décision était conforme à la LMOPK, pour reprendre en partie les mots du juge Barnes dans la décision *Ami(e)s de la Terre*, précité, au paragraphe 42, « si le Parlement avait voulu imposer au gouvernement une obligation, dont on peut saisir les tribunaux », de restreindre la prérogative royale de l’exécutif de se retirer du Protocole, « il lui aurait été facile de le dire en des mots clairs et simples ». Il ne l’a pas fait. Cette Cour est d’avis que la LMOPK ne modifie pas la prérogative royale de manière expresse et qu’aucune disposition ou condition de la loi ne vient le faire par implication nécessaire. Pour cette raison, la décision du gouvernement de dénoncer le Protocole de Kyoto n’a pas enfreint la LMOPK ni le principe de la primauté du droit.

B. *La dénonciation du Protocole contrevient-elle au principe de la séparation des pouvoirs?*

[27] Le demandeur avance que le gouvernement a violé le principe de la séparation des pouvoirs en dénonçant de sa propre initiative le Protocole sans tenir compte de la LMOPK. Il accuse l’exécutif de s’être ainsi immiscé dans les compétences du Parlement et de s’être accaparé unilatéralement le pouvoir d’abroger implicitement la LMOPK.

[28] Ayant conclu que la décision du gouvernement de dénoncer le Protocole n’avait pas été restreinte par la LMOPK, la Cour se doit de rejeter cet argument. L’exécutif détient toujours la prérogative de se retirer du Protocole, cette application de la prérogative n’est pas justiciable (*Operation Dismantle*, précitée; *Blanco*, précité, au paragraphe 15; *Turp*, précitée, aux paragraphes 19 à 21; *Chrétien*, précitée, au paragraphe 11)

compliance with the Protocol (*Friends of the Earth*, above, at paragraph 44). Furthermore, it should be noted that the KPIA has since been repealed by Parliament on June 29, 2012.

C. Does the withdrawal from the Protocol violate the democratic principle?

[29] The applicant relies on the democratic principle identified by the Supreme Court in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paragraphs 61–69. He believes that this principle includes [TRANSLATION] “an obligation to encourage public discussion on all issues of public interest and consult the House of Commons as it is an essential element of our system of representative government” (applicant’s memorandum, at paragraph 48) and states that the withdrawal from the Protocol is illegal because of the lack of consultation of the House of Commons and the provinces.

[30] On the issue of the need to consult the House of Commons, the applicant notes that the ratification of the Protocol led to a public discussion in the House of Commons, which ended with the passing of a motion in favour of the ratification. He argues that in such circumstances, the government had to consult the House of Commons again before doing the contrary.

[31] The motion passed by the House of Commons was not binding and acknowledged in its content that the power to conclude or withdraw from this treaty still lay with the executive branch. The motion only asked the government to ratify the Protocol and this vote could not oblige it to ratify the Protocol nor bind it in any way (see the comments regarding parliamentary resolutions by Henri Brun, Guy Tremblay and Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5th ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2008, at page 36). It follows that the government did not have to consult the House of Commons before withdrawing from this Protocol. As noted by Currie, Forcese, and Oosterveld, it is up to Parliament to pass a law that would force the House of Commons to be consulted before a treaty is ratified or withdrawn from, but that

ni le sont d’ailleurs les questions touchant le respect du Protocole (*Ami(e)s de la Terre*, précité, au paragraphe 44). De plus, il est à noter que la LMOPK a maintenant été abrogée par le Parlement ce 29 juin dernier.

C. La dénonciation du Protocole contrevient-elle au principe démocratique?

[29] Le demandeur s’appuie sur le principe de la démocratie identifié par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, aux paragraphes 61 à 69. Il est d’avis que ce principe comprend « une obligation de favoriser la discussion publique sur toute question d’intérêt public et de consulter la Chambre des communes qui constitue un élément essentiel du système de gouvernement représentatif » (mémoire du demandeur, au paragraphe 48) et affirme que la dénonciation du Protocole est illégale en raison de l’absence de consultation de la Chambre des communes et des provinces.

[30] Sur la question d’un besoin de consulter la Chambre des communes, le demandeur souligne que la ratification du Protocole a donné lieu à une discussion publique à la Chambre des communes, culminant en l’adoption d’une motion en faveur de la ratification. Il argumente que dans une telle circonstance, le gouvernement se doit de consulter la Chambre des communes à nouveau avant d’agir dans le sens inverse.

[31] La motion adoptée par la Chambre des communes était non contraignante et reconnaissait par son contenu même que le pouvoir de conclure ou de dénoncer ce traité appartenait toujours à l’exécutif. La motion ne faisait que demander au gouvernement de ratifier le Protocole et ce vote ne pouvait l’obliger à ratifier le Protocole ni le lier autrement (voir les commentaires concernant les résolutions parlementaires des auteurs Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qc. : Yvon Blais, 2008, à la page 36). Il suit que le gouvernement n’était pas obligé de consulter la Chambre des communes avant de pouvoir dénoncer ce même Protocole. Comme le soulignent les auteurs Currie, Forcese et Oosterveld, il revient au Parlement d’édicter une loi qui forcerait la

was never done (*International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, above, at pages 55–56).

[32] Regarding the need to consult the provinces, this Court agrees with the respondent that the provinces would have been in a better position to submit this argument and that the applicant thus cannot do this for them in this public interest case.

[33] Since the issue is in the public interest, raised significant questions of law, and given the discretion conferred to the hearing judge under rule 400 [as am. by SOR/2002-417, s. 25(F); 2010-176, s. 11] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], costs will not be awarded.

[34] Consequently, the application for judicial review is dismissed, without costs.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that the application for judicial review of the government's decision to withdraw from the Kyoto Protocol is dismissed without costs.

consultation de la Chambre des communes avant de pouvoir ratifier ou dénoncer un traité, mais cela n'a jamais été fait (*International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, précité, aux pages 55 et 56).

[32] Pour ce qui est d'un besoin de consulter les provinces, cette Cour partage l'avis du défendeur selon lequel les provinces auraient été les mieux placées pour avancer cet argument et que le demandeur ne peut donc le faire pour eux dans le cadre de ce recours d'intérêt public.

[33] Étant donné que la question en jeu est d'intérêt public, qu'elle soulevait des questions de droit importantes et tenant compte de la discrétion accordée au juge de l'audition selon la règle 400 [mod. par DORS/2002-417, art. 25(F); 2010-176, art. 11] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], les dépens ne seront pas accordés.

[34] En conséquence, la demande de contrôle judiciaire est rejetée, sans dépens.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la demande de contrôle judiciaire de la décision du gouvernement de dénoncer le Protocole de Kyoto est rejetée sans dépens.

DES-7-08
2012 FC 669

DES-7-08
2012 CF 669

IN THE MATTER OF a Certificate Signed Pursuant to Subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*;

AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR)*;

IN THE MATTER OF the Referral of a Certificate to the Federal Court of Canada Pursuant to Subsection 77(1) of the IRPA;

ET le dépôt de ce certificat à la Cour fédérale conformément au paragraphe 77(1) de la LIPR;

AND IN THE MATTER of Mohamed Zeki Mahjoub

ET Mohamed Zeki Mahjoub

INDEXED AS: MAHJOUB (RE)

RÉPERTORIÉ : MAHJOUB (RE)

Federal Court, Blanchard J.—Toronto, April 23, 24; Ottawa, May 31, 2012.

Cour fédérale, juge Blanchard—Toronto, 23 et 24 avril; Ottawa, 31 mai 2012.

* Editor's Note: Please note that despite an error in paragraph numbering in the decision beginning at paragraph 139, no paragraphs are missing.

* Note de l'arrêtiste: Veuillez noter que malgré une erreur de numérotation de paragraphes à partir du paragraphe 139, il n'y a aucun paragraphe manquant.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Motion for, inter alia, permanent stay of proceedings in conformity with Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(1), Federal Courts Act, s. 50 — Respondent (Mahjoub) stating, in particular, that Department of Justice (DOJ) breaching his right to retain, instruct legal counsel in private, rights to solicitor-client privilege, to litigation privilege by seizure, possession of all confidential material from file — Respondent's file left in confidential breakout room at Federal Court in Toronto by public counsel — ministers arguing applicant not establishing materials at issue privileged or not losing their privileged status — DOJ office sealed off when co-mingling of some documents becoming obvious — Order issued to have documents separated, returned to respective parties — Respondent claiming that all documents covered by solicitor-client and/or litigation privilege; claiming breach of Charter, s. 7 rights resulting from violation of solicitor-client privilege, abuse of process within residual category — Whether respondent establishing that confidential information attributable to solicitor-client relationship or to litigation privilege in ministers' possession; if so, whether ministers rebutting presumption of risk that privileged material belonging to respondent, held by ministers, would be used to respondent's prejudice should proceedings continue; whether ministers' conduct connoting unfairness or vexatiousness to degree of contravening fundamental notions of justice, undermining integrity of judicial process; if so, what remedy considered appropriate — ministers indisputably taking documents from respondent's breakout room — Prothonotary's report

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Requête en vue d'obtenir, entre autres, la suspension permanente de l'instance conformément aux art. 7, 8 et 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés et à l'art. 50 de la Loi sur les Cours fédérales — Le défendeur (Mahjoub) a déclaré, en particulier, que le ministère de la Justice (MJ) avait porté atteinte à son droit de recourir à l'assistance d'avocats et de leur donner ses instructions en privé, à son droit à la protection du secret professionnel des avocats, à son droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès par la saisie et la prise de possession de la totalité des documents confidentiels — Le dossier du défendeur a été laissé dans la salle de travail privée de la Cour fédérale à Toronto par les avocats publics — Les ministres ont soutenu que le demandeur n'a pas démontré que les documents en cause étaient des documents confidentiels ou que ces documents n'avaient pas perdu cet attribut — Le bureau du MJ a été scellé lorsque l'amalgame de certains documents est devenu manifeste — Une ordonnance a été rendue pour que les documents soient séparés et remis à chacune des parties — Le défendeur a allégué que tous ses documents étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès, et que les droits que lui reconnaît l'art. 7 de la Charte ont été violés sous deux aspects, soit la violation du secret professionnel de l'avocat et un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle — Il s'agissait de savoir si le défendeur a démontré que des renseignements confidentiels qui auraient été protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des

confirming that materials seized including solicitor work product, solicitor-client privileged material, litigation privileged material — Therefore, respondent meeting onus, establishing that ministers' counsel having possession of confidential information attributable to solicitor-client relationship; however, ministers rebutting presumption of prejudice — Respondent's contention that permanent stay of proceedings needed on basis of abuse of process that fell within residual category rejected — ministers' conduct, although negligent, unintentional, not affecting fairness of underlying proceeding — While ministers' conduct not impacting fairness of proceeding or prejudicing respondent, circumstances in present case leading to conclusion that appearance of fairness compromised — Consequently, abuse of process in residual category existing in this case — Remedy warranted to ensure that ministers' conduct not undermining society's expectation in administration of justice — Given circumstances herein, not clearest of cases that would warrant permanent stay of proceedings — Rather, lesser remedy available to ensure that any affront to appearance of fairness would not be manifested, perpetuated or aggravated through conduct of proceedings or by outcome — In interest of ensuring public confidence in administration of justice, certain members of ministers' team who accessed respondent's documents permanently removed from file — Although taking of respondent's documents constituting Charter, s. 8 "seizure", permanent stay of proceedings not appropriate remedy herein — Motion allowed in part.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — In motion for, inter alia, permanent stay of proceedings in conformity with Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1), respondent (Mahjoub) claiming

communications échangées dans le cadre du procès se trouvaient en la possession des ministres et dans l'affirmative, si les ministres ont réfuté la présomption qu'il existait un risque que les documents protégés appartenant au défendeur qui se trouvaient en la possession des ministres soient utilisés au détriment du défendeur si l'instance se poursuivait; si la conduite des ministres traduisait un comportement inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de porter ainsi atteinte à l'intégrité du processus judiciaire et dans l'affirmative, quelle était la réparation appropriée — Il a été acquis aux débats que les ministres ont pris des documents se trouvant dans la salle de travail du défendeur — Le rapport du protonotaire confirmait qu'on trouvait, au nombre des documents saisis, le produit du travail des avocats, des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et des documents protégés par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès — Par conséquent, le défendeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombait et il a démontré que les avocats des ministres avaient en leur possession des renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat; cependant, les ministres ont réfuté la présomption de préjudice — La prétention du défendeur selon laquelle la Cour devait suspendre définitivement les procédures pour cause d'abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été rejetée — Bien que négligente, la conduite des ministres n'était pas intentionnelle et elle n'a pas entaché l'équité de la procédure sous-jacente — Malgré le fait que la conduite des ministres n'a pas eu d'incidence sur l'équité de la procédure et qu'elle n'a pas causé de préjudice au défendeur, les circonstances de l'espèce permettaient de conclure que l'apparence d'équité a été compromise — Par conséquent, un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été commis en l'espèce — Il convenait d'accorder une réparation pour faire en sorte que la conduite des ministres ne mine pas les attentes de la société envers l'administration de la justice — Vu les circonstances de l'espèce, il ne s'agissait pas d'une situation claire qui aurait justifié une suspension permanente des procédures — Une réparation moindre pouvait être accordée en l'espèce pour faire en sorte que toute atteinte à l'apparence d'équité ne sera pas manifestée, perpétuée ou aggravée lors du déroulement de l'instance ou en raison de l'issue de la demande — Pour assurer la confiance du public dans l'administration de la justice, certains membres de l'équipe des ministres qui ont eu accès aux documents du défendeur ont dû se retirer de façon permanente du dossier — Bien qu'en s'emparant des documents du défendeur, les ministres aient procédé à une « saisie » au sens de l'art. 8 de la Charte, la suspension permanente des procédures n'était pas appropriée dans les circonstances — Requête accueillie en partie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Dans le cadre de sa requête en vue d'obtenir, entre autres, la suspension permanente de l'instance conformément aux art. 7 et 24(1) de la Charte canadienne des droits

that Department of Justice breaching his rights resulting from violation of solicitor-client privilege, abuse of process within residual category — Respondent meeting onus of establishing that ministers' counsel possessing confidential information attributable to solicitor-client relationship relevant to matter at hand but ministers rebutting presumption of prejudice — Based on evidence, reasonably informed person would be satisfied, in circumstances, that no real risk existing that respondent's privileged materials would be used to respondent's prejudice should proceeding continue — Nonetheless, circumstances herein leading to conclusion that appearance of fairness compromised; consequently, abuse of process in residual category existing — Therefore, remedy warranted to ensure that ministers' conduct not undermining society's expectation in administration of justice — Although permanent stay of proceedings not warranted herein, lesser remedy available, granted.

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — In motion for, inter alia, permanent stay of proceedings in conformity with Canadian Charter of Rights and Freedoms ss. 7, 8, 24(1), respondent (Mahjoub) claiming that Department of Justice breaching his rights to retain, instruct legal counsel in private, rights to solicitor-client privilege, to litigation privilege by seizure, possession of all confidential material from file — Taking by ministers of respondent's documents constituting "seizure" under Charter, s. 8 — Although lesser remedy than permanent stay of proceedings provided herein, would nonetheless be appropriate for Federal Court to consider violation of respondent's Charter, s. 8 rights, significant delay caused thereby as factors in respondent's underlying motion for abuse of process.

This was a motion, *inter alia*, for a permanent stay of proceedings in conformity with sections 7, 8 and subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and section 50 of the *Federal Courts Act*, an order releasing the respondent without conditions, an order reserving the parties' right to present further submissions for the retrieval, sealing or destruction of the co-mingled material, or, in the alternative, another appropriate remedy. In support of his motion, the respondent (Mahjoub) stated, in particular, that the Department of Justice (DOJ) breached his right to retain and instruct legal counsel in private, his rights to solicitor-client

et libertés, le défendeur (Mahjoub) a déclaré que le ministère de la Justice avait porté atteinte à ses droits résultant de la violation du secret professionnel de l'avocat et d'un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle — Le défendeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que les avocats des ministres avaient en leur possession des renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat et que ces renseignements étaient pertinents en l'espèce, mais les ministres ont réfuté la présomption de préjudice — Sur le fondement de la preuve, une personne raisonnablement informée serait convaincue, dans les circonstances, qu'il n'y avait aucun risque véritable que les documents confidentiels du défendeur soient utilisés à son détriment si l'instance devait se poursuivre — Néanmoins, les circonstances de l'espèce permettaient de conclure que l'apparence d'équité a été compromise; par conséquent, un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été commis — Il convenait d'accorder une réparation pour faire en sorte que la conduite des ministres ne mine pas les attentes de la société envers l'administration de la justice — Bien qu'une suspension permanente n'était pas justifiée en l'espèce, une réparation moindre pouvait être accordée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Dans le cadre de sa requête en vue d'obtenir, entre autres, la suspension permanente de l'instance conformément aux art. 7, 8 et 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés, le défendeur (Mahjoub) a allégué que le ministère de la Justice avait porté atteinte à son droit de recourir à l'assistance d'avocats et de leur donner ses instructions en privé, à son droit à la protection du secret professionnel des avocats, à son droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès par la saisie et la prise de possession de la totalité des documents confidentiels — La prise de possession des documents du défendeur par les ministres constituait une « saisie » au sens de l'art. 8 de la Charte — Bien qu'une réparation moindre qu'une suspension permanente des procédures pouvait être accordée en l'espèce, il convenait néanmoins que la Cour se penche sur la question de la violation des droits garantis au défendeur par l'art. 8 de la Charte et sur les retards importants occasionnés par cette violation comme facteurs invoqués au soutien de la requête en abus de procédure du défendeur.

Il s'agissait d'une requête en vue d'obtenir, entre autres, la suspension permanente de l'instance conformément aux articles 7 et 8 et au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, une ordonnance remettant en liberté le défendeur sans condition, une ordonnance accordant aux parties le droit de présenter d'autres observations relativement à la récupération, à la mise sous scellés ou à la destruction des documents amalgamés, ou, à titre subsidiaire, toute autre réparation jugée convenable. À l'appui de sa requête, le défendeur (Mahjoub) a déclaré, en particulier, que le ministère de la Justice (MJ)

privilege and to litigation privilege by the seizure and possession of all the confidential material from his file which was left in the confidential break out room at the Federal Court in Toronto by public counsel. The ministers argued in particular that the respondent did not establish that the materials at issue were privileged or that they did not lose their privileged status by virtue of the privileged information now being in the public domain.

After the public portion of the reasonableness hearing in this case was adjourned, the parties were advised to remove their materials from the courtroom. Some of the ministers' legal assistants attended the court where they moved documents belong to the ministers from the ministers' breakout room into the respondent's breakout room. The ministers' litigation team (ministers' team) working on the respondent's file discussed the retrieval and organization of the materials still at the courthouse. It was decided that some DOJ staff members would arrange for the return of the materials and organize them once they arrived. All of the boxes at the court were eventually transported to the offices of the DOJ. The material was sorted and organized into categories by a DOJ staff member. During the review of the material contained in the boxes, it was noted that some of the materials therein did not belong to the ministers' team but rather to public counsel, which was notified of this situation. Members of public counsel attended the DOJ's office to sort things out and both parties noticed that some of the loose documents were comingled. When the co-mingling of some of the documents became apparent, the office was sealed off and security measures were taken. No one was allowed to enter the room which housed the boxes until further notice. All members of the ministers' team who had entered the DOJ's office housing the documents at issue before it was sealed off were removed or temporarily removed from the ministers' litigation team pending a final determination of the respondent's motion.

After the hearing on the motions took place, it was ordered that to determine the proper remedy, if any, it was necessary to have the documents separated and returned to their respective parties to give them an opportunity to make submissions on the nature and extent of the alleged prejudice. The separation process of the documents took place overseen by a Prothonotary who then filed his report with respect thereto. The report noted that the types of documents found to belong

avait porté atteinte à son droit de recourir à l'assistance d'avocats et de leur donner ses instructions en privé, à son droit à la protection du secret professionnel des avocats et à son droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès par la saisie et la prise de possession de la totalité des documents confidentiels se trouvant dans son dossier, que les avocats publics avaient laissés dans la salle de travail privée de la Cour fédérale à Toronto. Les ministres ont soutenu que le défendeur n'avait pas démontré que les documents en cause sont des documents confidentiels ou que ces documents n'ont pas perdu cet attribut du fait qu'ils font maintenant partie du domaine public.

Après que le volet public de l'audience tenue sur le caractère raisonnable du certificat eut été ajourné, les parties ont été informées qu'elles devaient passer prendre leurs documents à la salle d'audience. Certaines assistantes juridiques des ministres se sont présentées à la Cour, où elles ont transféré dans la salle de réunion du défendeur les documents de ces derniers qui se trouvaient dans la salle de réunion des ministres. L'équipe du contentieux des ministres (l'équipe des ministres) qui s'occupait du dossier du défendeur a discuté de la récupération et du classement des documents se trouvant encore au palais de justice. On a décidé que certains membres du personnel du MJ prendraient des mesures pour récupérer les documents et les classeraient une fois reçus. Toutes les boîtes qui se trouvaient au palais de justice ont été finalement transportées aux bureaux du MJ. Un membre du personnel du MJ a procédé au tri et au classement des documents en créant des catégories. Durant l'examen des documents contenus dans les boîtes, on a constaté que certains des documents qui se trouvaient dans ces boîtes n'appartenaient pas à l'équipe des ministres, mais plutôt aux avocats publics qui ont été informés de la situation. Certains membres des avocats publics se sont présentés au bureau du MJ pour trier les documents s'y trouvant et les deux parties ont constaté que certains documents épars avaient été amalgamés. Après s'être rendu compte que certains des documents avaient été amalgamés, les avocats ont convenu de sceller le bureau et des mesures de sécurité ont été prises. Personne n'a été autorisé à entrer dans la pièce où se trouvaient les boîtes jusqu'à nouvel ordre. Tous les membres de l'équipe des ministres qui sont entrés dans la pièce du MJ où avaient été placés les documents en litige avant qu'elle ne soit scellée ont dû se retirer de façon temporaire ou définitive de l'équipe du contentieux des ministres en attendant le sort final de la requête du défendeur.

Après l'audition sur la requête, la Cour a expliqué que, pour être en mesure de déterminer la réparation qu'il convenait, le cas échéant, d'accorder dans les circonstances, il était nécessaire de séparer les documents et de les remettre à chacune des parties pour leur donner la possibilité de faire valoir leur point de vue sur la nature et la portée du présumé préjudice. Un protonotaire s'est chargé du déroulement et de l'exécution du processus de séparation des documents et a

to the respondent included solicitor-work product, solicitor-client privileged material and litigation privileged material. The respondent alleged that all of his documents were covered by solicitor-client and/or litigation privilege

The respondent claimed a breach of his section 7 rights resulting from a violation of his solicitor-client privilege and abuse of process. In this case, the violation of solicitor-client privilege focussed on the right to a fair trial affected by the Crown's conduct.

The issues were whether the respondent established that confidential information attributable to a solicitor-client relationship or to litigation privilege was in the ministers' possession; if so, whether the ministers rebutted the presumption that there was a risk that privileged material belonging to the respondent and held by the ministers would be used to the prejudice of the respondent should the proceedings continue; and whether the ministers' conduct connoted unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravened fundamental notions of justice and thus undermined the integrity of the judicial process; and, if so, what was the appropriate remedy in this case.

Held, the motion should be granted in part.

While the ministers did not dispute that some of the documents in their possession might contain privileged information, they argued that the respondent's evidence lacked the sufficient detail or the identification of specific documents to discharge his evidentiary burden. The ministers indisputably took documents from the respondent's breakout room located in immediate proximity to the courtroom after an adjournment late in the proceedings. The Prothonotary's report confirmed that materials seized included solicitor-work product, solicitor-client privileged material and litigation privileged material. The Prothonotary was well-suited to make such determinations. As a motions judge, he is routinely tasked with determining whether solicitor-client privilege attaches to contested documents during the disclosure stage of a proceeding. Such decisions determine the content of the record that is before the hearing judge. Therefore, the respondent met his onus and established that the ministers' counsel had possession of confidential information attributable to a solicitor-client relationship which was relevant to the matter at hand. The ministers thus bore the onus of rebutting the

ensuite déposé un rapport à cet effet. Le rapport notait que parmi les types de documents qui ont été attribués au défendeur, on trouvait le produit du travail des avocats, des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et des documents protégés par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès. Le défendeur a allégué que tous ses documents étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès.

Le défendeur a affirmé que la violation des droits que lui reconnaît l'article 7 résultait de la violation du secret professionnel de l'avocat et d'un abus de procédure. En l'espèce, la violation du secret professionnel de l'avocat visait le droit à un procès équitable que la conduite de la Couronne aurait compromis.

Il s'agissait de savoir si le défendeur a démontré que des renseignements confidentiels qui seraient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès se trouvaient en la possession des ministres; dans l'affirmative, si les ministres ont réfuté la présomption qu'il existait un risque que les documents protégés appartenant au défendeur qui se trouvaient en la possession des ministres soient utilisés au détriment du défendeur si l'instance se poursuivait; et si la conduite des ministres traduisait un comportement inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de porter ainsi atteinte à l'intégrité du processus judiciaire; et dans l'affirmative, quelle était la réparation appropriée en l'espèce.

Jugement : la requête doit être accueillie en partie.

Bien que les ministres n'aient pas contesté que certains des documents se trouvant en leur possession pouvaient contenir des renseignements confidentiels, ils ont fait valoir que la preuve présentée par le défendeur n'était pas suffisamment détaillée et n'identifiait pas de document précis, pour qu'il soit en mesure de s'acquitter de son fardeau de la preuve. Il a été acquis aux débats que les ministres ont pris des documents se trouvant dans la salle de travail du défendeur située juste à côté de la salle d'audience après que l'audience eut été ajournée à un stade avancé de l'instance. Le rapport du protonotaire a confirmé qu'on trouvait, au nombre des documents saisis, le produit du travail des avocats, des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et des documents protégés par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès. Le protonotaire est bien placé pour parvenir à de telles conclusions. En tant que juge des requêtes, il lui revient normalement de décider si les documents contestés sont protégés ou non par le secret professionnel de l'avocat, à l'étape de la divulgation de l'instance. Ces décisions ont pour effet de circonscrire le contenu du dossier qui sera soumis au juge

legal presumption that there was a risk that such confidences would be used to the respondent's prejudice.

Following public counsel's visit to the DOJ's office, the office was locked and a yellow caution tape was affixed to the entrance to the office. Keys of the office were secured and the office remained sealed until the materials were ordered back to the courthouse. All members of the ministers' litigation team who had entered the office before it was sealed were temporarily removed from the team pending final determination of the motion. Further, certain ethical walls were set up to ensure that the removed members of the team would not discuss what they saw, if anything, of the documents in the office in question nor did they have access to the files relating to the case. The ethical walls put in place were rigidly applied and were respected since their implementation. The measures put in place by the ministers after public counsel's visit of the office in question to secure that office and the materials therein were appropriate and effective in the circumstances. The evidence adduced by the ministers established that the members of the respondent's team who accessed the respondent's documents performed only a cursory and superficial review of the said documents. No member of the respondent's team reviewed the documents belonging to the respondent. As well, based on the evidence, representatives of departmental clients involved did not enter the office in question at the DOJ in Toronto; thus, they did not have access to the respondent's privileged materials. In the result, no prejudice to the respondent's fair trial rights resulted from the office in question remaining unlocked prior to public counsel's visit thereof. Furthermore, the proceeding mandated by the court order led by the Prothonotary was meticulously carried out and did not in any way further contribute to any prejudice the taking of the documents may have caused. No prejudice to the respondent resulted from the separation process conducted by the Prothonotary pursuant to the court order. Based on the evidence, the ministers rebutted the presumption of prejudice. A reasonably informed person would be satisfied, in the circumstances, that there was no real risk that the respondent's privileged materials, which were in the possession of the ministers, would be used to his prejudice should the proceeding continue. The fairness of the trial was not in question.

qui présidera l'audience. Par conséquent, le défendeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombait et il a démontré que les avocats des ministres avaient en leur possession des renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat et que ces renseignements étaient pertinents en l'espèce. Il incombait ainsi aux ministres de réfuter la présomption légale suivant laquelle il existait un risque que les renseignements confidentiels qu'ils avaient obtenus soient utilisés au détriment du défendeur.

À la suite de la visite des avocats publics au bureau du MJ, le bureau a été verrouillé et sécurisé au moyen d'un ruban jaune installé dans l'entrée du bureau. On a alors confisqué les clés du bureau, qui est demeuré scellé jusqu'à ce que les documents soient retournés au palais de justice. Tous les membres de l'équipe du contentieux des ministres qui avaient eu accès à la pièce avant qu'elle ne soit scellée ont dû se retirer temporairement de l'équipe en attendant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de la requête. De plus, certains murs éthiques ont été érigés pour faire en sorte que les membres de l'équipe qui avaient dû se retirer ne discutent pas de ce qu'ils avaient vu, le cas échéant, au sujet des documents se trouvant dans la pièce et pour s'assurer qu'ils n'aient pas accès aux dossiers relatifs à l'affaire. Les murs éthiques qui ont été érigés ont été scrupuleusement respectés depuis leur mise en œuvre. Les mesures prises par les ministres après la visite des avocats publics dans la pièce visée pour sécuriser cette pièce et protéger les documents s'y trouvant étaient appropriées et efficaces dans les circonstances. Les éléments de preuve présentés par les ministres ont démontré que les membres de l'équipe du défendeur qui ont eu accès aux documents de ce dernier ont procédé seulement à un examen sommaire et superficiel des documents en question. Aucun des membres de l'équipe du défendeur n'a examiné les documents appartenant au défendeur. De plus, au vu de la preuve, les représentants des ministères clients visés ne sont pas entrés à l'intérieur de la pièce du MJ à Toronto; il s'ensuit qu'ils n'ont pas eu accès aux documents confidentiels du défendeur. Par conséquent, aucune atteinte n'a été portée au droit du défendeur à un procès équitable du fait que la pièce n'était pas verrouillée avant la visite des avocats publics. En outre, la procédure prescrite aux termes de l'ordonnance de la Cour a été méticuleusement suivie par le protonotaire et cette procédure n'a aucunement contribué à aggraver le préjudice que la prise de possession des documents aurait pu causer. Aucun préjudice n'a été causé au défendeur en raison du processus de séparation suivi par le protonotaire conformément à l'ordonnance judiciaire. Sur le fondement de la preuve produite, les ministres ont réfuté la présomption de préjudice. Une personne raisonnablement informée serait convaincue, dans les circonstances, qu'il n'y a eu aucun risque véritable que les documents confidentiels du défendeur qui se sont retrouvés en la possession des ministres soient utilisés à son détriment si l'instance devait se poursuivre. L'équité du procès n'était pas en cause.

The respondent contended that a permanent stay of proceedings should be granted on the basis of an abuse of process that fell within the residual category. It had to be determined whether the taking and co-mingling of the documents undermined society's expectations of fairness in the administration of justice to the point that the carrying forward of the prosecution would offend society's sense of justice. Based on the evidence, the ministers' conduct, although negligent, was unintentional and did not affect the fairness of the underlying proceeding. The privileges in play on this motion are central to the administration of justice in an adversarial system. Notwithstanding the determination that the ministers' conduct did not impact on the fairness of the proceeding or prejudice the respondent, the appearance of fairness in the judicial process is of utmost importance. The circumstances in this case led to the conclusion that the appearance of fairness was compromised. Consequently, there was an abuse of process in the residual category. A remedy was warranted to ensure that the ministers' conduct did not undermine society's expectation in the administration of justice. In the circumstances, this was not the clearest of cases that would warrant a permanent stay of proceedings. Rather, a lesser remedy was available to ensure that any affront to the appearance of fairness would not be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the proceedings or by their outcome. An essential balancing exercise is required where an abuse of process is found in the residual category of cases which involves weighing the interests that would be served in granting a stay of proceedings against society's interest in having a final decision on the merits. The affront to fair play and decency caused by the ministers' taking and co-mingling of the respondent's privileged documents in this case was not disproportionate to the societal interest of having the underlying proceeding continue and be ultimately decided on the merits. In the interest of ensuring public confidence in the administration of justice, certain members of the ministers' team who accessed the respondent's documents were permanently removed from the file and barred from having access to any of the materials or information relating to the file. Permanently removing those members of the ministers' team constituted a lesser remedy that was reasonably capable of removing the prejudice found to arise by reason of the abuse of process in the residual category. A person reasonably informed of the totality of the circumstances would be satisfied that the proceedings could continue without a loss of confidence in the integrity of the administration of justice.

Le défendeur a prétendu que la Cour devrait suspendre définitivement les procédures pour cause d'abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle. Il s'agissait de déterminer si les circonstances dans lesquelles les documents ont été saisis et amalgamés avaient eu pour effet de miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice au point où la poursuite des procédures choquerait le sens de la justice de la société. Selon la preuve, bien que négligente, la conduite des ministres n'était pas intentionnelle et elle n'a pas entaché l'équité de la procédure sous-jacente. Les privilèges en jeu dans la présente requête ont constitué un aspect central de l'administration de la justice dans un système fondé sur le principe du débat contradictoire. Malgré la conclusion que la conduite des ministres n'a pas eu d'incidence sur l'équité de la procédure et qu'elle n'a pas causé de préjudice au défendeur, l'apparence d'équité du processus judiciaire revêt une importance capitale. Les circonstances de l'espèce ont permis de conclure que l'apparence d'équité a été compromise. En conséquence, un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été commis en l'espèce. Il convenait d'accorder une réparation pour faire en sorte que la conduite des ministres ne mine pas les attentes de la société envers l'administration de la justice. Dans les circonstances, il ne s'agissait pas d'une situation claire qui aurait justifié une suspension permanente des procédures. Une réparation moindre pouvait être accordée pour faire en sorte que toute atteinte à l'apparence d'équité ne serait pas manifestée, perpétuée ou aggravée lors du déroulement de l'instance ou en raison de l'issue de la demande. Il est essentiel de chercher à atteindre un équilibre lorsqu'un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle de cas est commis. Pour ce faire, il faut sopeser les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond. L'atteinte au franc jeu et à la décence causée par la saisie et par l'amalgame, par les ministres, des documents confidentiels du défendeur, n'était pas disproportionnée par rapport à l'intérêt de la société de faire en sorte que l'instance sous-jacente se poursuive et qu'une décision définitive soit rendue sur le fond. Pour assurer la confiance du public dans l'administration de la justice, certains membres de l'équipe des ministres qui ont eu accès aux documents du défendeur ont été retirés de façon permanente du dossier et il leur a été interdit d'avoir accès aux documents ou renseignements se rapportant au dossier. Ordonner à ces membres de l'équipe des ministres de se retirer du dossier de façon permanente constituait une réparation moindre qui était raisonnablement susceptible d'éviter le préjudice dont l'existence a été constatée en raison de l'abus de procédure commis en l'espèce et qui relève de la catégorie résiduelle. Une personne raisonnable informée de l'ensemble des circonstances serait convaincue que l'instance pouvait se poursuivre sans perte de confiance à l'égard de l'intégrité de l'administration de la justice.

The taking by the ministers of the respondent's documents constituted a "seizure" under section 8 of the Charter. The permanent stay of proceeding sought by the respondent was not appropriate in the circumstances but a lesser remedy was available and to be provided. It would nonetheless be appropriate for the Federal Court to consider the violation of the respondent's section 8 Charter rights and the significant delay caused thereby as factors in the respondent's underlying motion for abuse of process.

En s'emparant des documents du défendeur, les ministres ont procédé à une saisie au sens de l'article 8 de la Charte. La suspension permanente des procédures réclamée par le défendeur n'était pas appropriée dans les circonstances, mais il était possible en l'espèce d'accorder une réparation moindre et c'est ce qui a été fait. Il conviendrait néanmoins que la Cour fédérale se penche sur la question de la violation des droits garantis au défendeur par l'article 8 de la Charte et sur les retards importants occasionnés par cette violation comme facteurs invoqués au soutien de la requête en abus de procédure du défendeur.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8, 24.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 24.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

CASES CITED

APPLIED:

MacDonald Estate v. Martin, [1990] 3 S.C.R. 1235, (1990), 77 D.L.R. (4th) 249, [1991] 1 W.W.R. 705; *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189, 269 D.L.R. (4th) 193, 30 C.P.C. (6th) 193; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, 502 A.R. 18, 335 D.L.R. (4th) 565.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Succession MacDonald c. Martin, [1990] 3 R.C.S. 1235; *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566.

CONSIDERED:

Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, 312 A.R. 201, 216 D.L.R. (4th) 257; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, 232 D.L.R. (4th) 14, 178 C.C.C. (3d) 321; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, 195 D.L.R. (4th) 513; *Jaballah (Re)*, 2010 FC 1084, [2012] 2 F.C.R. 179; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, (1995), 130 D.L.R. (4th) 235, [1996] 2 W.W.R. 153; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, 201 N.S.R. (2d) 63, 209 D.L.R. (4th) 41; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119, 1 Admin. L.R. (3d) 1; *R. v. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 O.R. (3d) 721; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, (1997), 200 A.R. 81, 148 D.L.R. (4th) 608; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, 1999 CanLII 9120, 179 F.T.R. 125 (F.C.T.D.), revd in part 2000 CanLII 15247, 187 D.L.R. (4th) 127, 21 Admin. L.R. (3d) 1, 256 N.R. 162 (F.C.A.);

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Solosky c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 821; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Jaballah (Re)*, 2010 CF 1084, [2012] 2 R.C.F. 179; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. v. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 R.J.O. (3^e) 721; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 1999 CanLII 9120 (C.F. 1^{re} inst.), inf. en partie 2000 CanLII 15247 (C.A.F.); *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

R. v. Grant, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, 309 D.L.R. (4th) 1, 245 C.C.C. (3d) 1.

REFERRED TO:

Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FCA 294, [2013] 3 F.C.R. 36, 341 D.L.R. (4th) 681, 4 Imm. L.R. (4th) 1; *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 322; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, (1994), 113 D.L.R. (4th) 461, 89 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, (1996), 131 D.L.R. (4th) 654, 69 B.C.A.C. 81; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, (1987), 38 D.L.R. (4th) 508, [1987] 3 W.W.R. 699; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, 270 D.L.R. (4th) 257, 47 Admin. L.R. (4th) 84; *R. v. Bruce Power Inc.*, 2009 ONCA 573, 98 O.R. (3d) 272; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, 297 D.L.R. (4th) 193, [2008] 11 W.W.R. 414; *Al Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 482; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1243, 224 C.R.R. (2d) 167, 95 Imm. L.R. (3d) 1, 380 F.T.R. 255, revd 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, 349 D.L.R. (4th) 519, 260 C.R.R. (2d) 290.

MOTION, in particular, for a permanent stay of proceedings involving the reasonableness of a security certificate, in conformity with sections 7, 8 and subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and section 50 of the *Federal Courts Act* or another appropriate remedy in the circumstances. Motion granted in part.

APPEARANCES

Donald MacIntosh, Ian Hicks and Kevin Doyle for applicants.
Paul Slansky and Johanne Doyon for respondent.
Anil Kapoor as special advocate.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicants.
Doyon & Associés Inc., Montréal, and *Paul Slansky*, Toronto, for respondent.
Anil Kapoor, Toronto, as special advocate.

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

DÉCISIONS CITÉES :

Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CAF 294, [2013] 3 R.C.F. 36; *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2011 CAF 322; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *R. v. Bruce Power Inc.*, 2009 ONCA 573, 98 R.J.O. (3^e) 272; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Al Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 482; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1243, inf. par 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635.

REQUÊTE en vue d'obtenir, en particulier, la suspension permanente de l'instance portant sur le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité conformément aux articles 7 et 8 et au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* ou toute autre réparation jugée convenable. Requête accordée en partie.

ONT COMPARU

Donald MacIntosh, Ian Hicks et Kevin Doyle pour les demandeurs.
Paul Slansky et Johanne Doyon pour le défendeur.
Anil Kapoor comme avocat spécial.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour les demandeurs.
Doyon & Associés Inc., Montréal, et *Paul Slansky*, Toronto, pour le défendeur.
Anil Kapoor, Toronto, comme avocat spécial.

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

[1] BLANCHARD J.: By notice of motion dated September 16, 2011, Mr. Mahjoub seeks:

(i) A permanent stay of proceedings in conformity with sections 7, 8 and [subsection] 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, [Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c. 11] (hereinafter the *Charter*) and section 50 of the *Federal Courts Act* [R.S.C. 1985, c. F-7];

(ii) An order for the release without conditions of the Applicant;

(iii) An order reserving the right of the parties to present further submissions for the retrieval, sealing or destruction of the co-mingled material;

(iv) in the alternative, such further and other remedy as this Honourable Court considers appropriate and just in the circumstances including the removal of [Department of Justice] DOJ counsel and legal staff on record and CBSA [Canadian Border Services Agency]/ CSIS [Canadian Security Intelligence Service] staff.

[2] Mr. Mahjoub states the following grounds in support of his motion:

1. The Department of Justice (DOJ) breached Mr. Mahjoub's right to retain and instruct legal counsel in private, his rights to solicitor-client privilege and to litigation privilege by:

(i) The seizure and the possession, on or about July 20 and 21, 2011, of the entirety of confidential material from Mr. Mahjoub's file, which was left in the confidential break out room at the Federal Court in Toronto by Public Counsel;

(ii) The manipulation of the confidential material from Mr. Mahjoub's file by DOJ staff members and/or legal counsel between July 20-21 and September 1, 2011;

(iii) The co-mingling of confidential material from Mr. Mahjoub's file by DOJ staff members and/or legal counsel with material from the DOJ's file;

[1] LE JUGE BLANCHARD : Par avis de requête daté du 16 septembre 2011, M. Mahjoub sollicite les réparations suivantes :

[TRADUCTION] i. la suspension permanente des procédures en vertu des articles 7 et 8 et du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11] (ci-après la *Charte*) et de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. 1985, ch. F-7];

ii. une ordonnance le remettant en liberté sans condition;

iii. une ordonnance accordant aux parties le droit de présenter d'autres observations relativement à la récupération, à la mise sous scellés ou à la destruction des documents amalgamés;

iv. à titre subsidiaire, toute autre réparation que la Cour estimera convenable et juste d'accorder dans les circonstances, dont le retrait du dossier des avocats et du personnel juridique du ministère de la Justice qui se sont occupés du dossier et du personnel de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) et du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS);

[2] Monsieur Mahjoub invoque les moyens suivants à l'appui de sa requête :

[TRADUCTION] 1. Le ministère de la Justice a porté atteinte au droit de M. Mahjoub de recourir à l'assistance d'avocats et de leur donner ses instructions en privé, à son droit à la protection du secret professionnel des avocats et à son droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès en prenant les mesures suivantes :

(i) la saisie et la prise de possession, les 20 et 21 juillet 2011 ou vers ces dates, de la totalité des documents confidentiels se trouvant dans le dossier de M. Mahjoub, que les avocats publics avaient laissés dans la salle de travail privée de la Cour fédérale à Toronto;

(ii) la manipulation des documents confidentiels qui se trouvaient dans le dossier de M. Mahjoub par des membres du personnel et/ou par des avocats du ministère de la Justice entre les 20 et 21 juillet et le 1^{er} septembre 2011;

(iii) l'amalgame, par des membres du personnel et/ou par des avocats du ministère de la Justice, des documents confidentiels se trouvant dans le dossier de M. Mahjoub avec des documents se trouvant dans le dossier du ministère de la Justice;

(iv) The review of confidential material from Mr. Mahjoub's file by DOJ staff and one or more litigation counsel;

II. The separation and retrieval of the co-mingled documents would necessarily imply reading a part of the documents by both parties in order to assess what belongs to whom and it is therefore impossible to do without a risk of breach of solicitor-client privilege and/or litigation privilege and a risk of favouring the ministers.

III. This breach of Mr. Mahjoub's right to solicitor-client privilege and litigation privilege is aggravated by the fact that the Applicant's right to retain and communicate in private with his lawyers has already been systematically violated by CSIS, since 1996, during the investigation by the application of OPS-211 and during the Court proceedings.

[3] In essence, Mr. Mahjoub argues that there has been a violation of his section 7 and section 8 Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] rights as a result of the ministers taking possession of his documents and that the only appropriate remedy is a permanent stay of proceedings.

[4] In response, the ministers argue that Mr. Mahjoub has not established that the materials at issue are privileged, or that the materials have not lost their privileged status by virtue of the privileged information now being in the public domain. They contend that, should the Court find that privilege is established, they have rebutted the legal presumption. They argue that there is no risk that the information will be used to prejudice Mr. Mahjoub should the proceedings continue because no one from the ministers' team read Mr. Mahjoub's documents. Finally, the ministers argue that, were the Court to find that they have not rebutted the legal presumption of risk, a stay of proceedings is not the appropriate remedy in the circumstances.

(iv) l'examen des documents confidentiels se trouvant dans le dossier de M. Mahjoub par des membres du personnel du ministère de la Justice par un ou plusieurs avocats plaidants;

II. Pour séparer et récupérer les documents amalgamés, il faudrait nécessairement que les deux parties prennent connaissance d'une partie des documents pour déterminer à qui ils appartiennent, de sorte qu'il serait impossible de le faire sans risquer de porter atteinte au droit à la protection du secret professionnel des avocats et/ou au droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès et sans risquer de favoriser les ministres.

III. Cette atteinte au droit de M. Mahjoub à la protection du secret professionnel des avocats et des communications échangées dans le cadre du procès est aggravée par le fait que le droit du demandeur de recourir à l'assistance d'avocats et de leur donner ses instructions en privé a déjà été systématiquement violé par le SCRS depuis 1996 au cours de l'enquête menée en vertu de la politique OPS-211 du SCRS et au cours des instances qui se sont déroulées devant la Cour.

[3] Monsieur Mahjoub soutient essentiellement que les droits que les articles 7 et 8 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] lui reconnaissent ont été violés par suite de la prise de possession par les ministres de ses documents et que la seule réparation qui convient consiste à suspendre définitivement les procédures.

[4] En réponse, les ministres soutiennent que M. Mahjoub n'a pas démontré que les documents en cause sont des documents confidentiels ou que ces documents n'ont pas perdu cet attribut du fait qu'ils font maintenant partie du domaine public. Les ministres soutiennent qu'advenant le cas où la Cour conclurait que l'existence du privilège en question était démontrée, ils ont réfuté cette présomption légale. Ils font valoir qu'il n'y a aucun risque que les renseignements soient utilisés de façon préjudiciable à M. Mahjoub si l'instance devait se poursuivre étant donné qu'aucun des membres de l'équipe des ministres n'a pris connaissance des documents de M. Mahjoub. Enfin, les ministres soutiennent qu'advenant le cas où la Cour conclurait qu'ils n'ont pas réfuté la présomption légale de risque, la suspension des procédures ne constitue pas la réparation appropriée dans les circonstances.

FACTS

[5] The following events give rise to this motion.

[6] On July 14, 2011, the public portion of the reasonableness hearing in Toronto was adjourned. At this time, there remained four witnesses to be called. Although no dates for their testimony had been set, the reasonableness hearing was to resume in late August or early September 2011.

[7] On July 15, 2011, the designated Registry officer advised the parties to remove their materials from the courtroom with the following email:

Just to let you all know that while Courtroom 6-D needs to be cleaned out by the end of next week you can continue to store any material in your respective breakout rooms until we reconvene in late August early September here in Toronto.

[8] On the same day, the ministers advised the designated Registry officer by email that two legal assistants would arrive at the Court at approximately 2.00 p.m. to assess the situation and to possibly take some or all of the materials back to the DOJ. The designated Registry officer replied advising that the commissioners on the 6th floor would be expecting them.

[9] The ministers' legal assistants Ms. Kamal Dean and Ms. Irena Krakowska attended the Court on that afternoon. A commissioner unlocked courtroom 6-D as well as the adjacent breakout rooms 6013 (the ministers' breakout room) and 6011 (Mr. Mahjoub's breakout room).

[10] In her affidavit, Ms. Dean claims that the commissioner asked them to move the documents from breakout room 6013 to breakout room 6011, as the former was going to be used before the resumption of Mr. Mahjoub's case. A report by the Registry requested by the Court and provided to the parties revealed that the commissioner denies having given such instructions.

LES FAITS

[5] Voici les faits à l'origine de la présente requête.

[6] Le 14 juillet 2011, le volet public de l'audience tenue à Toronto sur le caractère raisonnable du certificat a été ajourné. Il restait alors quatre témoins à entendre. Même si la date de leur témoignage n'avait pas encore été fixée, l'audience sur le caractère raisonnable du certificat devait reprendre à la fin d'août ou au début de septembre 2011.

[7] Le 15 juillet 2011, l'agent du greffe désigné a informé les parties, par le courriel suivant, qu'elles devaient passer prendre leurs documents à la salle d'audience :

[TRADUCTION] La présente vise simplement à vous informer que, comme la salle d'audience 6-D doit être nettoyée d'ici la fin de la semaine prochaine, vous pouvez continuer à entreposer vos documents dans vos salles de réunion respectives jusqu'à la reprise de l'audience à la fin d'août ou au début de septembre, ici à Toronto.

[8] Le même jour, les ministres ont informé par courriel l'agent du greffe désigné que deux assistantes juridiques se présenteraient à la Cour vers 14 h pour évaluer la situation et pour ramener probablement une partie ou la totalité des documents dans les bureaux du ministère de la Justice. L'agent du greffe désigné a répondu en expliquant que les commissionnaires du 6^e étage attendraient les assistantes juridiques en question.

[9] Les assistantes juridiques des ministres, M^{mes} Kamal Dean et Irena Krakowska, se sont présentées à la Cour au cours de l'après-midi. Un commissionnaire a déverrouillé la salle d'audience 6-D ainsi que les salles de réunion adjacentes 6013 (la salle de réunion des ministres) et 6011 (la salle de réunion de M. Mahjoub).

[10] Dans son affidavit, M^{me} Dean affirme que le commissionnaire leur a demandé de transférer les documents de la salle de réunion 6013 à la salle de réunion 6011, étant donné que la première allait servir avant la reprise de l'audience relative à M. Mahjoub. Suivant le rapport du greffe qui a été demandé par la Cour et qui a été transmis aux parties, le commissionnaire n'aurait pas donné de telles instructions. Les parties n'ont finalement

Ultimately, the parties have not disputed the findings of the report nor have they pursued this issue.

[11] The evidence establishes that the ministers' legal assistants moved documents belonging to the ministers from the courtroom and the ministers' breakout room into Mr. Mahjoub's breakout room. Loose papers on the ministers' counsel table in the courtroom and on the tables in the breakout rooms were packed in several boxes.

[12] Upon their return to the DOJ on the same day, July 15, 2011, Ms. Dean sent an email to the ministers' litigation team working on the Mahjoub file (Mahjoub team) advising that she and Ms. Krakowska had "emptied courtroom 6D & prep room 6013 [and] moved everything to prep room 6011 for now". The record does not establish who was on the Mahjoub team but the team includes legal counsel, legal assistants and a paralegal. The record also indicates that no one from the Mahjoub team responded to the email.

[13] On July 19, 2011, the Mahjoub team met and discussed the retrieval and organization of the materials still at the courthouse. It was decided that Ms. Dean would arrange for the return of the materials and Ms. Jillian Schneider, a paralegal at the DOJ, would organize the materials once they arrived.

[14] On July 20, 2011, Ms. Dean returned to the Court with legal assistants for the ministers Larissa Goodyear, Janet Lewicki and Geneviève Rondeau. They collected some of the boxes that were now in Mr. Mahjoub's breakout room and brought them to office 916 at the DOJ in Toronto. Ms. Dean and Ms. Goodyear collected the remainder of the boxes on July 21, 2011. Ms. Dean attests that all of the documents were packed in boxes, which remained closed during transportation. Also on July 21, 2011, Ms. Dean emailed the Mahjoub team advising that all of the boxes from the Court were now in office 916 at the DOJ.

pas contesté les conclusions du rapport et n'ont pas donné suite à la question.

[11] Suivant la preuve, les assistantes juridiques des ministres ont transféré dans la salle de réunion de M. Mahjoub les documents de ces derniers qui se trouvaient dans la salle d'audience et dans la salle de réunion des ministres. Les feuilles volantes se trouvant sur la table des avocats des ministres, dans la salle d'audience ainsi que sur les tables des salles de réunion ont été placées dans diverses boîtes.

[12] À leur retour aux bureaux du ministère de la Justice le même jour, le 15 juillet 2011, M^{me} Dean a envoyé un courriel à l'équipe du contentieux des ministres qui s'occupe du dossier de M. Mahjoub (l'équipe Mahjoub) pour l'informer que M^{me} Krakowska et elle avaient [TRADUCTION] « vidé la salle d'audience 6D et la salle de réunion 6013 [et] tout transféré à la salle de réunion 6011 pour le moment ». Le dossier ne permet pas de savoir qui faisait partie de l'équipe Mahjoub, mais il est certain que cette équipe comprenait des avocats, des assistants juridiques et des techniciens juridiques. Il ressort également du dossier qu'aucun des membres de l'équipe Mahjoub n'a répondu à ce courriel.

[13] Le 19 juillet 2011, l'équipe Mahjoub a tenu une réunion au cours de laquelle on a discuté de la récupération et du classement des documents se trouvant encore au palais de justice. On a décidé que M^{me} Dean prendrait des mesures pour récupérer les documents et que M^{me} Jillian Schneider, une technicienne juridique du ministère de la Justice, classerait les documents une fois qu'on les aurait reçus.

[14] Le 20 juillet 2011, M^{me} Dean est retournée au palais de justice en compagnie des assistantes juridiques des ministres Larissa Goodyear, Janet Lewicki et Geneviève Rondeau. Elles ont récupéré certaines des boîtes qui se trouvaient alors dans la salle de réunion de M. Mahjoub pour les transporter dans la pièce 916 du ministère de la Justice à Toronto. Mesdames Dean et Goodyear ont récupéré les autres boîtes le 21 juillet 2011. Madame Dean affirme que tous les documents ont été placés dans des boîtes qui sont demeurées fermées au cours du transport. Toujours le 21 juillet 2011, M^{me} Dean a envoyé à l'équipe Mahjoub un courriel

[15] During the mornings of July 25 to 27, 2011, Ms. Dean assisted Ms. Schneider in sorting documents in boxes stored in office 916. Ms. Dean helped Ms. Schneider verify that the boxes contained a complete copy of each exhibit, as established by an exhibit list. Ms. Dean only looked at the title page and back page of the documents and did not notice any handwritten annotations. Ms. Dean had no further involvement with the materials at issue after July 27, 2011. Ms. Schneider worked alone in office 916 for one to two hours in each of the afternoons of July 25–27, 2011.

[16] On August 8, 2011, Ms. Schneider met with Mr. Daniel Engel, counsel employed by DOJ and a member of the Mahjoub team, for approximately 10 minutes in office 916 for further instructions as to which materials needed to return to the Court for the eventual resumption of the hearing. Together, they opened two or three boxes and “flipped through the material”. “It became immediately clear that the contents of the boxes needed to be organized into categories” before further review could take place. Upon giving these instructions to Ms. Schneider, Mr. Engel left office 916 and had no further contact with the materials at issue. He does not recall having seen any materials belonging to Mr. Mahjoub.

[17] During the week of August 8, 2011, Ms. Schneider proceeded with the sorting and organization of the materials into categories on her own. Motion records filed by Mr. Mahjoub were filed in boxes labeled “Mahjoub Documents”; motion records filed by the ministers were filed in boxes labeled “Ministers’ Documents”; exhibits filed in the open court were filed in boxes labeled “Exhibits” according to the exhibit list kept by the Court. Other boxes were labeled “Court orders and directions”, “SIRS”, and “Transcripts and summaries”.

l’informant que toutes les boîtes récupérées à la Cour se trouvaient maintenant dans la pièce 916 du ministère de la Justice.

[15] Le matin des 25, 26 et 27 juillet 2011, M^{me} Dean a aidé M^{me} Schneider à trier les documents se trouvant dans des boîtes entreposées dans la pièce 916. Madame Dean a aidé M^{me} Schneider à s’assurer que les boîtes contenaient une copie complète de chaque pièce conformément à la liste des pièces. Madame Dean se contentait d’examiner la page titre et la dernière page des documents et n’a remarqué aucune annotation manuscrite. Madame Dean ne s’est plus occupée des documents en cause après le 27 juillet 2011. Madame Schneider a travaillé seule, à la pièce 916, pendant une heure ou deux l’après-midi des 25, 26 et 27 juillet 2011.

[16] Le 8 août 2011, M^{me} Schneider a rencontré M. Daniel Engel, avocat travaillant au ministère de la Justice qui faisait partie de l’équipe Mahjoub. Cette rencontre, qui a duré une dizaine de minutes et qui s’est déroulée dans la pièce 916, visait à obtenir des instructions complémentaires au sujet des documents qui devaient être retournés à la Cour en vue de l’éventuelle reprise de l’audience. Ils ont tous les deux ouvert deux ou trois boîtes et [TRADUCTION] « feuilleté les documents ». [TRADUCTION] « Il est immédiatement devenu évident qu’il était nécessaire de classer le contenu des boîtes en deux catégories » avant de poursuivre l’examen. Après avoir reçu ces instructions de M^{me} Schneider, M. Engel a quitté la pièce 916 et ne s’est plus occupé des documents en cause. Il ne se souvient pas avoir vu des documents appartenant à M. Mahjoub.

[17] Au cours de la semaine du 8 août 2011, M^{me} Schneider a procédé au tri et au classement des documents en créant ses propres catégories. Les dossiers de requête qui avaient été déposés par M. Mahjoub ont été placés dans des boîtes étiquetées [TRADUCTION] « Documents de M. Mahjoub »; les dossiers de requête déposés par les ministres ont été placés dans des boîtes portant la mention [TRADUCTION] « Documents des ministres »; les pièces déposées en séance publique ont été placées dans des boîtes portant la mention [TRADUCTION] « Pièces » suivant la liste de pièces tenues par la Cour. D’autres boîtes ont été étiquetées [TRADUCTION]

[18] In organizing the materials, Ms. Schneider looked at the title and the back page of documents to identify them. She did not read or look at the content of the documents and does not recall seeing handwritten notations on the documents that she looked at. She had received instruction from ministers' counsel to ensure that there be three copies of the exhibits — one to return to the Court, one to remain in the DOJ's offices and a third copy to be kept by the assistant to the lead counsel on the file. To that end, Ms. Schneider photocopied certain exhibits. In her estimation, she photocopied less than 100 pages. She also sent a small number of lengthy documents to be photocopied by Legal Print & Copy Inc., a bonded photocopying service used by the DOJ. The receipt the ministers believe to be related to the documents sent to Legal Print & Copy Inc. by Ms. Schneider indicates that 1 151 letter sized pages and 2 legal sized pages were photocopied.

[19] Ms. Schneider removed duplicates of documents and placed them on the floor in office 916. She also set aside eight boxes that contained "miscellaneous documents" (correspondence, handwritten notes and case law) for which she required further instructions as to their organization.

[20] On August 12, 2011, Ms. Schneider sent an email to the Mahjoub team explaining how she had organized the materials and asking whether a counsel could "go into office 916 during [her] vacation the following week to review the eight boxes of miscellaneous documents and advise how these documents were to be organized".

[21] Upon Ms. Schneider's return to work on August 22, 2011, she noticed that the eight boxes of miscellaneous documents had not been touched during her absence. She sent another email to the ministers' team requesting assistance from counsel. Ms. Sharon Stewart Guthrie, counsel of record and member of the

« Ordonnances et directives de la Cour », « RRS » et « Transcriptions et résumés ».

[18] Pour classer les documents, M^{me} Schneider examinait le titre et la dernière page des documents pour les identifier. Elle ne prenait pas connaissance du contenu des documents et ne se rappelle pas avoir vu des annotations manuscrites sur les documents qu'elle a examinés. Elle avait reçu pour instruction de la part des avocats des ministres de s'assurer qu'il y ait trois copies des pièces : une à retourner à la Cour, la deuxième devant être conservée aux bureaux du ministère de la Justice et la troisième à conserver par l'adjoint de l'avocat principal inscrit au dossier. À cette fin, M^{me} Schneider a photocopie certaines pièces. Elle estime avoir photocopie moins d'une centaine de pages. Elle a également envoyé une petite quantité de documents plus longs à photocopier chez Legal Print & Copy Inc., un service de photocopies et de reliure dont le ministère de Justice se servait. Suivant le reçu qui, suivant les ministres, se rapporterait aux documents envoyés par M^{me} Schneider à Legal Print & Copy Inc., 1 151 pages de format lettre et 2 pages de format légal ont été photocopiées.

[19] Madame Schneider a retiré les doubles des documents et les a déposés sur le plancher de la pièce 916. Elle a également mis à part huit boîtes contenant [TRADUCTION] « divers documents » (correspondance, notes manuscrites et jurisprudence) pour lesquels elle a réclamé des instructions complémentaires au sujet de leur classement.

[20] Le 12 août 2011, M^{me} Schneider a envoyé à l'équipe Mahjoub un courriel expliquant comment elle avait classé les documents et pour demander si un avocat pouvait [TRADUCTION] « se rendre à la pièce 916 pendant [qu'elle serait en] vacances, la semaine suivante, pour examiner les huit boîtes contenant divers documents et préciser comment les classer ».

[21] À son retour de vacances le 22 août 2011, M^{me} Schneider a constaté que huit des boîtes contenant des documents divers n'avaient pas été touchées pendant son absence. Elle a envoyé un autre courriel à l'équipe des ministres pour demander l'aide des avocats. Madame Sharon Stewart Guthrie, avocate inscrite au

Mahjoub team, responded and met Ms. Schneider in office 916 for approximately 10-15 minutes to provide further instructions on organizing the eight boxes containing miscellaneous documents that had been set aside. Ms. Stewart Guthrie opened three of the boxes. In the first box, she saw file folders with French handwritten labels, which she did not open. She then closed the box. In the second box, she saw the first pages of publicly available reports before closing the box. In the third box, she saw printed copies of jurisprudence referred to by both parties during the proceedings, a printed copy of an email between two members of the ministers' litigation team, and a single handwritten page in handwriting she did not recognize with the name "Tyndale" on the left of the page. As she believed that no one from the ministers' litigation team would refer to lead counsel Mr. David Tyndale as "Tyndale", she believed that some of the materials in those boxes did not belong to the Mahjoub team. Ms. Stewart Guthrie attests she did not read anything else on the page other than the name "Tyndale". She closed the third box.

[22] After leaving office 916, Ms. Stewart Guthrie spoke with Ms. Nimanthika Kaneira, counsel employed by DOJ and member of the Mahjoub team, as well as with Ms. Dean. Ms. Stewart Guthrie then advised Mr. Tyndale, Senior Counsel of record for DOJ on the Mahjoub team, of the situation. Mr. Tyndale directed Ms. Stewart Guthrie to label and set aside those eight boxes "To be reviewed by Public counsel", and draft an email to public counsel advising them of the situation and proposing that the parties meet to separate the materials.

[23] Ms. Schneider continued to work in office 916 and to organize the material contained in the boxes that had not been set aside for most of each day for the remainder of the week of August 22, 2011.

dossier et membre de l'équipe Mahjoub, a répondu et a rencontré M^{me} Schneider à la pièce 916 pendant une dizaine ou une quinzaine de minutes pour lui donner d'autres instructions sur le classement des huit boîtes contenant des documents divers qui avaient été mis de côté. Madame Stewart Guthrie a ouvert trois des boîtes. Dans la première, elle a vu cinq chemises portant des étiquettes écrites à la main en français. Elle ne les a pas ouvertes. Elle a ensuite fermé la boîte. Dans la deuxième, elle a vu les premières pages d'un rapport public, puis a refermé la boîte. Dans la troisième, elle a vu des extraits de jurisprudence cités par les deux parties au cours de l'instance, une copie imprimée d'un courriel échangé entre deux membres de l'équipe du contentieux des ministres et une page manuscrite qu'elle n'a pas reconnue et sur laquelle le nom « Tyndale » était inscrit à gauche. Comme elle croyait qu'aucun des membres de l'équipe du contentieux des ministres ne mentionnerait le nom de l'avocat principal, M. David Tyndale, en l'appelant « Tyndale », elle a estimé que certains des documents se trouvant dans ces boîtes n'appartenaient pas à l'équipe Mahjoub. Madame Stewart Guthrie affirme qu'elle n'a rien vu d'autre sur cette page à part le nom « Tyndale ». Elle a refermé la troisième boîte.

[22] Après avoir quitté la pièce 916, M^{me} Stewart Guthrie a parlé avec M^{me} Nimanthika Kaneira, avocate du ministère de la Justice et membre de l'équipe Mahjoub, ainsi qu'avec M^{me} Dean. M^{me} Stewart Guthrie a alors informé M. Tyndale de la situation, avocat principal inscrit au dossier du ministère de la Justice faisant partie de l'équipe Mahjoub. Monsieur Tyndale a donné pour instruction à M^{me} Stewart Guthrie d'étiqueter et de mettre de côté les huit boîtes en question en vue de leur examen ultérieur par les avocats publics et lui a demandé d'écrire un courriel aux avocats publics pour les informer de la situation et pour proposer que les parties se rencontrent pour séparer les documents.

[23] Madame Schneider a continué à travailler à la pièce 916 et à classer des documents se trouvant dans les boîtes qui n'avaient pas été mises de côté pendant la plus grande partie de chacune des autres journées du reste de la semaine du 22 août 2011.

[24] On August 23, 2011, Mr. Tyndale sent the following email to public counsel:

In our review of the material that was returned to our office from the courtroom and our breakout room after we last adjourned, it came to our attention yesterday that some boxes may contain some documents that belong to you. We immediately put those boxes aside and have not read or reviewed these documents. In order to ensure that your materials are returned to you, I suggest we meet at our offices to review (separately, but in the same room) the contents of these boxes. Please let me know if this suggestion is acceptable to you and if so, when one (or more) of you might be available to review the materials.

[25] On August 30, 2011, Ms. Teresa Martins, an administration officer with the DOJ in Toronto, accompanied two movers to office 916 with boxes belonging to Ms. Amy Lambiris, a DOJ employee who had been on maternity leave and was to use that office upon her return. To make room for the boxes, the movers moved some stacks of documents from the floor to the desk. Ms. Martins did not read any of the documents in office 916 and did not see the movers read any of the documents.

[26] On September 1, 2011, public counsel Ms. Johanne Doyon and Ms. Salma El-Khodari, an assistant in the law office of public counsel Mr. Yavar Hameed, attended office 916 at the DOJ in Toronto. Ms. Jocelyn Espejo-Clarke, counsel and member of the Mahjoub team, and Ms. Kaneira accompanied them to office 916.

[27] At the time, Ms. El-Khodari estimated that office 916 contained approximately:

a. 24 boxes of documents that were marked as the ministers' boxes against one wall;

b. a dozen additional boxes along the other wall;

[24] Le 23 août 2011, M. Tyndale a envoyé le courriel suivant aux avocats publics :

[TRADUCTION] À la suite de notre examen des documents qui ont été retournés à nos bureaux et qui provenaient de la salle d'audience et de notre salle de réunion après le dernier ajournement, nous avons constaté hier que certaines boîtes pouvaient contenir certains des documents qui vous appartenaient. Nous avons immédiatement mis ces boîtes de côté sans prendre connaissance du contenu des documents. Pour nous assurer que les documents qui vous appartiennent vous soient remis, je suggère que nous nous rencontrions dans nos bureaux pour examiner (séparément, mais dans la même pièce) le contenu des boîtes en question. Dites-moi si ma suggestion vous convient et, dans l'affirmative, à quel moment un ou plusieurs d'entre vous pourraient être disponibles pour examiner les documents.

[25] Le 30 août 2011, M^{me} Teresa Martins, agente d'administration du ministère de la Justice à Toronto, accompagnée de deux déménageurs, s'est rendue à la pièce 916 avec des boîtes appartenant à M^{me} Amy Lambiris, une employée du ministère de la Justice qui était en congé de maternité et qui devait occuper ce bureau à son retour au travail. Pour faire de la place pour les boîtes, les déménageurs ont déplacé certaines piles de documents du plancher et les ont déposées sur le bureau. Madame Martins n'a lu aucun des documents se trouvant dans la pièce 916 et elle n'a pas vu les déménageurs les lire.

[26] Le 1^{er} septembre 2011, les avocates publiques Johanne Doyon et Salma El-Khodari ainsi qu'un adjoint du cabinet des avocats publics, M. Yavar Hameed, se sont présentés à la pièce 916 du ministère de la Justice à Toronto. Madame Jocelyn Espejo-Clarke, avocate et membre de l'équipe Mahjoub, et M^{me} Kaneira les ont accompagnés jusqu'à la pièce 916.

[27] À ce moment-là, M^{me} El-Khodari a estimé que la pièce 916 contenait environ :

a. 24 boîtes de documents placés le long d'un mur et portant la mention [TRADUCTION] « documents des ministres »;

b. une douzaine d'autres boîtes placées le long d'un autre mur;

c. 5 boxes on a table in front of the window;

c. cinq boîtes se trouvant sur une table devant la fenêtre;

d. 8 boxes of material in a corner that were marked “to be reviewed by counsel”;

d. huit boîtes de documents dans un coin portant la mention [TRADUCTION] « à examiner par les avocats »;

e. piles of unboxed and loose documents on a table in the middle of the room.

e. des piles de documents épars sur la table au milieu de la pièce.

[28] It has now been established that once the loose documents were placed in boxes, office 916 contained 60 boxes of materials, in addition to the 15 boxes brought by the movers belonging to Ms. Lambiris who had been on maternity leave.

[28] Il est maintenant acquis aux débats qu’après que les documents épars eurent été déposés dans des boîtes, il y avait, dans la pièce 916, 60 boîtes de documents, en plus des 15 boîtes apportées par les déménageurs qui appartenaient à M^{me} Lambiris, qui avait été en congé de maternité.

[29] Ms. El-Khodari and Ms. Doyon noticed that some of the loose documents on the table in office 916 appeared to belong to public counsel. Ms. Espejo-Clarke also noticed that some of those documents appeared to belong to the ministers.

[29] Mesdames El-Khodari et Doyon ont remarqué que certains des documents épars sur la table de la pièce 916 semblaient appartenir aux avocats publics. Madame Espejo-Clarke a également remarqué que certains de ces documents semblaient appartenir aux ministres.

[30] Upon realizing that some of the documents on the table were co-mingled and that the co-mingling went beyond the 8 boxes that had been set aside, counsel agreed to seal the office. Ms. Espejo-Clarke provided an undertaking that no one would enter the office.

[30] Après s’être rendu compte que certains des documents se trouvant sur la table avaient été amalgamés et que l’on n’avait pas mélangé seulement le contenu des huit boîtes qui avaient été mises de côté, les avocats ont convenu de sceller le bureau. Madame Espejo-Clarke s’est engagée à ce que personne ne pénètre à l’intérieur du bureau.

[31] All keys for office 916, except for those of the DOJ security office and of the landlord, were collected and put in the safe of the Regional Director General of the Ontario Regional Office of the DOJ. The security office and the landlord were instructed that no one could enter the room until further notice. The ministers claim that no one has entered office 916 after September 1, 2011, until the boxes were eventually ordered returned to the courthouse by Prothonotary Aalto.

[31] Toutes les clés de la pièce 916, à l’exception de celle du bureau de la sécurité du ministère de la Justice et du propriétaire de l’immeuble, ont été récupérées et déposées dans un coffre-fort aux bureaux du directeur général régional du bureau régional de l’Ontario du ministère de la Justice. Le bureau de la sécurité et le propriétaire ont reçu pour instructions de ne laisser entrer personne dans la pièce jusqu’à nouvel ordre. Les ministres affirment que personne n’a pénétré à l’intérieur de la pièce 916 après le 1^{er} septembre 2011, jusqu’à ce que le protonotaire Aalto ordonne que les documents soient retournés au palais de justice.

[32] Ms. Rhonda Marquis, Deputy Regional Director and Senior Counsel in the Immigration Law Division of the DOJ in Toronto, states in her affidavit:

[32] Madame Rhonda Marquis, directrice régionale adjointe et avocate principale à la Section du droit de l’immigration du ministère de la Justice à Toronto, déclare dans son affidavit :

Following the securing of office 916, I communicated with every member of the Mahjoub team including the two legal assistants who had originally boxed the materials for their return to our office and to the paralegal who had the most access to the materials. All members of the litigation team, both legal assistants and the paralegal have advised me that they did not review opposing counsel's materials.

[33] Ms. Marquis also attests:

I have been advised by CSIS counsel, and do verily believe, that they have not entered office 916 at any time since July 15, 2011. I have also been advised and verily believe that no CBSA personnel assigned to the Mahjoub mater [*sic*] have entered office 916 at any time since July 15, 2011.

[34] On September 2, 2011, Mr. Tyndale emailed public counsel to advise them that the amount of public counsel's material from the breakout rooms delivered to DOJ's office was more than originally thought.

[35] On September 8, 2011, Mr. Tyndale emailed public counsel explaining how the events leading to the co-mingling of the documents unfolded. On the same day, Mr. Tyndale sent a similar letter to the Court.

[36] All members of the Mahjoub team who entered office 916 prior to it being sealed have been removed or temporarily removed from the ministers' litigation team pending a final determination of this motion. Ethical walls were put in place to ensure that the members of the litigation team who were removed received no further information on the litigation, as well as to ensure that the removed members would not discuss what they saw, if anything, of Mr. Mahjoub's documents, except for purposes of providing affidavits or clarification to counsel representing the ministers on this motion. The record does not indicate the number of individuals belonging to the Mahjoub team nor does it identify its members. The record also does not indicate when members of the team were removed or when the ethical

[TRADUCTION] Après que la pièce 916 eut été sécurisée, j'ai communiqué avec chacun des membres de l'équipe Mahjoub, y compris les deux assistantes juridiques qui avaient à l'origine placé les documents dans les boîtes en vue de nous les remettre, ainsi qu'avec le technicien juridique qui avait eu accès aux documents en question. Tous les membres de l'équipe du contentieux, les deux assistantes juridiques et le technicien juridique m'ont informée qu'ils n'avaient pas pris connaissance des documents des avocats de la partie adverse.

[33] Madame Marquis atteste également ce qui suit dans son affidavit :

[TRADUCTION] J'ai été informée par les avocats du SCRS, et j'ai toutes les raisons de croire, que personne n'est entré à l'intérieur de la pièce 916 depuis le 15 juillet 2011. J'ai également été informée, et j'ai toutes les raisons de croire, qu'aucun des membres du personnel de l'ASFC chargé du dossier Mahjoub n'est entré à l'intérieur de la pièce 916 à quelque moment que ce soit depuis le 15 juillet 2011.

[34] Le 2 septembre 2011, M. Tyndale a envoyé aux avocats publics un courriel pour les informer que la quantité de documents des avocats publics qui se trouvaient à l'origine dans les salles de travail et qui avaient été par la suite livrés aux bureaux du ministère de la Justice était plus élevée que ce que l'on avait d'abord cru.

[35] Le 8 septembre 2011, M. Tyndale a écrit un courriel aux avocats publics pour leur expliquer le déroulement des événements ayant conduit à l'amalgame des documents. Le même jour, M. Tyndale a envoyé la même lettre à la Cour.

[36] Tous les membres de l'équipe Mahjoub qui sont entrés dans la pièce 916 avant qu'elle ne soit scellée ont dû se retirer de façon temporaire ou définitive de l'équipe du contentieux des ministres en attendant le sort final de la présente requête. Des murs éthiques ont été érigés pour s'assurer que les membres de l'équipe du contentieux qui s'étaient retirés ne prennent connaissance d'aucun autre renseignement au sujet du litige et pour s'assurer qu'ils ne discutent pas de ce qu'ils avaient vu, le cas échéant, au sujet des documents de M. Mahjoub, sauf dans le but de souscrire des affidavits ou de fournir des éclaircissements aux avocats représentant les ministres dans le cadre de la présente requête. Le dossier ne précise pas le nombre de personnes qui faisaient partie de l'équipe Mahjoub et il n'en identifie

walls were put in place. It appears from the record this would have occurred after September 1, 2011.

[37] Mr. Mahjoub served and filed his motion record for a permanent stay on September 20, 2011. The ministers' responding record was served and filed on September 23, 2011, accompanied with a motion to strike portions of certain affidavits. Mr. Mahjoub filed his reply on September 27, 2011. The parties were heard on the motions on October 3, 2011, in Toronto, and the Court reserved its judgment.

[38] On October 4, 2011, the Court ordered that to determine the proper remedy, if any, that may be appropriate in the circumstances, it was necessary to have the documents separated and returned to the respective parties for the purpose of affording them an opportunity to make submissions on the nature and extent of the alleged prejudice. The order is annexed to these reasons as Schedule A.

[39] Mr. Mahjoub's appeal to the Federal Court of Appeal of the October 4, 2011 order of the Federal Court was dismissed on October 24, 2011 (*Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*), 2011 FCA 294, [2013] 3 F.C.R. 36. His subsequent motion to the Federal Court of Appeal for a stay of the October 4, 2011 order pending application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed by Madam Justice Gauthier on November 21, 2011 (2011 FCA 322).

[40] Pursuant to the October 4, 2011 order, Prothonotary Aalto oversaw the development and execution of the separation process, which began with an initial case management conference on October 5, 2011. A full description of the process can be found in the Prothonotary's Report filed with the Court on February 10, 2012, which is annexed to these reasons as Schedule B (Aalto Report [Report to Justice Blanchard Regarding the Separation of Documents]). For convenience, I

pas les membres. Le dossier n'indique pas non plus quand les membres de l'équipe se sont retirés ou à quel moment les murs éthiques ont été érigés. Il ressort du dossier que ces mesures auraient été prises après le 1^{er} septembre 2011.

[37] Le 20 septembre 2011, M. Mahjoub a signifié et déposé son dossier de requête en vue d'obtenir une suspension permanente. Le dossier de réponse des ministres a été signifié et déposé le 23 septembre 2011, accompagné d'une requête en radiation d'extraits de certains affidavits. M. Mahjoub a déposé sa réponse le 27 septembre 2011. Les parties ont été entendues au sujet des requêtes le 3 octobre 2011 à Toronto et la Cour a sursis au prononcé de son jugement.

[38] Le 4 octobre 2011, la Cour a expliqué que, pour être en mesure de déterminer la réparation qu'il convenait, le cas échéant, d'accorder dans les circonstances, il était nécessaire de séparer les documents et de les remettre à chacune des parties pour leur donner la possibilité de faire valoir leur point de vue sur la nature et la portée du présumé préjudice. Cette ordonnance est annexée aux présents motifs à l'annexe A.

[39] M. Mahjoub a été débouté le 24 octobre 2011 (*Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*), 2011 CAF 294, [2013] 3 R.C.F. 36) de l'appel qu'il avait interjeté devant la Cour d'appel fédérale de l'ordonnance rendue par la Cour fédérale le 4 octobre 2011. La requête dont il a par la suite saisi la Cour d'appel fédérale en vue d'obtenir un sursis à l'exécution de l'ordonnance du 4 octobre 2011 en attendant que la Cour suprême du Canada se prononce sur sa demande d'autorisation de pourvoi a été rejetée par la juge Gauthier le 21 novembre 2011 (2011 CAF 322).

[40] Conformément à l'ordonnance qui avait été rendue le 4 octobre 2011, le protonotaire Aalto s'est chargé du déroulement et de l'exécution du processus de séparation des documents, qui a débuté par une conférence de gestion de l'instance initiale le 5 octobre 2011. On trouve une description complète du processus dans le rapport que le protonotaire a déposé devant la Cour le 10 février 2012, annexé aux présents motifs à l'annexe B (le rapport Aalto [Rapport soumis au juge Blanchard

summarize the process and the main findings of Prothonotary Aalto's Report below.

Summary of Prothonotary Aalto's Report

[41] With input from the parties, Prothonotary Aalto developed a separation protocol that ensured the integrity of the process, and included preserving the chain of continuity of the documents. Delegates designated by the parties who signed undertakings not to divulge any solicitor-client information to which they might be exposed during the process undertook the actual separation of the documents.

[42] The documents were separated into five categories: neutral documents, Mahjoub documents, ministers' documents, contentious documents, solicitor-client intercept motion documents. Neutral documents are public documents such as motion records and affidavits that have no indicia of ownership, such as original initials or handwriting. Contentious documents are documents that have highlighting, tabs, stickies, underlining or markings but whose ownership could not be determined. As a result of the separation process, there were 32 boxes of neutral documents; 12 boxes of ministers' documents; 12 boxes of Mahjoub documents; and 3 boxes containing 66 contentious documents. While Mr. Mahjoub concedes that these contentious documents will not affect his fair trial rights, he contends, nonetheless, that a lesser prejudice results from an incomplete separation process.

[43] The documents were moved from the DOJ to the courthouse on November 10, 2011, and the separation process commenced shortly thereafter. Following a November 24, 2011 case management conference, the Court ordered that the arguments relating to the alleged prejudice be heard on January 9 and 10, 2012. At case management conferences on January 3, January 19, and

concernant la séparation des documents]). Par souci de commodité, je résume le processus suivi et les principales conclusions tirées par le protonotaire Aalto dans son rapport.

Résumé du rapport du protonotaire Aalto

[41] Après avoir consulté les parties, le protonotaire Aalto a élaboré un protocole visant à séparer les documents et à assurer l'intégrité du processus tout en protégeant la chaîne de continuité des documents. Ce sont des représentants désignés par les parties qui ont signé des engagements de non-divulgence des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat dont ils auraient pu prendre connaissance au cours du processus qui se sont concrètement chargés de la séparation des documents.

[42] Les documents ont été répartis en cinq catégories : documents neutres, documents de M. Mahjoub, documents des ministres, documents litigieux, documents concernant la requête relative aux communications avocat-client interceptées. Les documents neutres sont des documents publics tels que des dossiers de requête et des affidavits dont il est impossible de déterminer le propriétaire au moyen d'initiales ou de notes manuscrites originales. Les documents litigieux sont des documents qui ont des parties en surbrillance, des onglets, des papillons adhésifs ou des marques, mais dont on ne peut déterminer le propriétaire. À la suite du processus de séparation, on s'est retrouvé avec 32 boîtes de documents neutres, 12 boîtes de documents des ministres, 12 boîtes de documents de M. Mahjoub et 3 boîtes contenant 66 documents litigieux. M. Mahjoub admet que les documents litigieux en question ne porteront pas atteinte à son droit à un procès équitable, mais il fait néanmoins valoir qu'un processus de séparation incomplet lui cause un préjudice moins grave.

[43] Les documents ont été transportés des bureaux du ministère de la Justice au palais de justice le 10 novembre 2011 et le processus de séparation a commencé peu de temps après. À la suite de la conférence de gestion de l'instance du 24 novembre 2011, la Cour a ordonné que les arguments relatifs au présumé préjudice soient entendus les 9 et 10 janvier 2012. Lors des conférences de

February 13, 2012, the parties informed the Court that the process was taking longer than anticipated and scheduled hearings dates were progressively pushed back. On January 18, 2012, Mr. Mahjoub started the review of his documents with the view of preparing descriptions as contemplated by the October 4, 2011 order:

The parties may make further argument on the nature and extent of any alleged prejudice before the designated judge. To that end, Mr. Mahjoub may prepare a description of any of the returned documents relied upon to demonstrate that prejudice, which description shall not disclose any substantive information that would be subject to solicitor-client or litigation privilege.

[44] At the February 20, 2012 case management conference, public counsel informed the Court that they estimated needing an additional four to five weeks to review the documents, and prepare descriptions and arguments.

[45] Consequently, the Court adjourned the hearing until April 10-12, 2012, affording the parties an additional six weeks to prepare. These dates were ultimately changed to April 23 and 24, 2012, given a scheduling conflict on the part of ministers' counsel.

[46] In preparation for the hearing, Mr. Mahjoub prepared charts containing the descriptions for Prothonotary Aalto's approval of the documents he would rely upon to show prejudice. The descriptions were then redacted to ensure that the designated judge would not have access to any privileged information.

[47] In addition to the descriptions, Mr. Mahjoub developed the following categories to describe the nature of the alleged prejudice in the chart:

1. Strategy relating to (a) theory of the case (b) implementation of the theory (such as challenging evidence, presentation of new evidence or argument);

2. Tactics;

gestion de l'instance du 3 janvier, du 19 janvier et du 13 février 2012, les parties ont informé la Cour que le processus prenait plus de temps que prévu et les dates d'audience qui avaient été fixées ont été progressivement reportées à plus tard. Le 18 janvier 2012, M. Mahjoub a commencé l'examen de ses documents en vue de dresser une liste descriptive des documents conformément à l'ordonnance du 4 octobre 2011 :

Les parties peuvent formuler d'autres observations au sujet de la nature et de l'ampleur de tout présumé préjudice devant le juge désigné. À cette fin, M. Mahjoub peut fournir une description des documents qui lui ont été remis et sur lesquels il se fonde pour faire la preuve de ce préjudice en s'assurant de ne révéler aucun renseignement de fond qui serait protégé par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès.

[44] Lors de la conférence de gestion de l'instance du 20 février 2012, les avocats publics ont informé la Cour qu'ils estimaient avoir besoin de quatre à cinq semaines de plus pour examiner les documents et pour fournir les descriptions demandées et préparer leurs arguments.

[45] Par conséquent, la Cour a ajourné l'audience aux 10 et 12 avril 2012, accordant ainsi aux parties six semaines de plus pour se préparer. Ces dates ont ultimement été reportées au 23 et au 24 avril 2012 en raison d'un conflit d'horaire des avocats des ministres.

[46] En vue de se préparer pour l'audience, M. Mahjoub a dressé des tableaux contenant les descriptions demandées pour que le protonotaire Aalto approuve les documents qu'il comptait invoquer pour démontrer le préjudice. Les descriptions en question ont par la suite été expurgées pour faire en sorte que le juge désigné ne puisse prendre connaissance des renseignements protégés.

[47] Outre les descriptions, M. Mahjoub a établi les catégories suivantes pour décrire la nature du présumé préjudice dans son tableau :

[TRADUCTION] 1. Stratégie relative à : a) thèse; b) mise en application de la thèse (au moyen notamment d'une contestation de la preuve ou de la présentation de nouveaux arguments ou de nouveaux éléments de preuve);

2. Tactiques;

3. Questions (a) whether applicable to witness; (b) content of questions to be asked; (c) content of questions challenging evidence;

4. Assessment of the Evidence (a) value (b) knowledge (c) credibility;

5. Confidential information, which may not otherwise fit into 1 to 4 and 6;

6. Overview in terms of approach, knowledge and/or thought process of public counsel revealed, a) revealing approach and knowledge of public counsel by virtue of certain elements b) reveals though[t] process in general terms.

[48] Mr. Mahjoub also developed the following scale to codify the extent of the alleged prejudice for documents described in the chart:

Code 1 – low privileged documents, difficult to articulate prejudice;

Code 2 – moderate privileged documents, generally public documents with highlighting, side bar, underlining or writing where the impact is functionally no different than a side bar or highlight;

Code 3 – high: privileged documents, created by Mr. Mahjoub or not disclosed in public, that could give or give an advantage to other side for cross-examination or submissions;

Code 4 – extreme: privileged documents created by Mr. Mahjoub or not disclosed in public, highly advantageous to other side;

Code 5 – highest prejudice: solicitor-client or litigation privileged communications that undermines Mr. Mahjoub's case or that could affect the outcome of the case. [Examples cited by Mr. Mahjoub are omitted.]

[49] As a result of the above exercise, Prothonotary Aalto was presented with charts containing descriptions of the documents or parts of documents, which were individually categorized in one or more of the above-noted categories and assigned a code of prejudice, 1 of 5, as described above. Prothonotary Aalto was then presented with a version of the charts where the privileged information contained in the descriptions had been

3. Questions : a) applicabilité aux témoins; b) teneur des questions à poser; c) contenu des questions contestant des éléments de preuve;

4. Appréciation de la preuve : a) valeur; b) connaissance; c) crédibilité;

5. Renseignements confidentiels qui n'entrent par ailleurs pas dans les catégories 1 à 4 ou dans la catégorie 6;

6. Vue d'ensemble en ce qui concerne l'approche, les connaissances et/ou le raisonnement suivi par les avocats publics : a) révéler le raisonnement et les connaissances des avocats publics en vertu de certains éléments; b) révéler le raisonnement suivi de façon générale.

[48] M. Mahjoub a également proposé l'échelle suivante pour mesurer l'ampleur du présumé préjudice dans le cas des documents décrits dans son tableau :

[TRADUCTION] Code 1 – documents peu confidentiels : préjudice difficile à évaluer;

Code 2 – documents moyennement confidentiels : en règle générale, documents publics avec parties en surbrillance, menu latéral, soulignements ou mentions dont les incidences ne sont pas différentes, sur le plan fonctionnel, de celles d'un menu latéral ou d'une mise en surbrillance;

Code 3 – documents très confidentiels créés par M. Mahjoub ou qui n'ont pas été révélés au public et qui pourraient conférer un avantage à la partie adverse lors du contre-interrogatoire ou de l'argumentation;

Code 4 – documents extrêmement secrets créés par M. Mahjoub ou qui n'ont pas été révélés au public et qui pourraient conférer un avantage important à la partie adverse;

Code 5 – préjudice le plus élevé : renseignements importants protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès qui nuisent à la cause de M. Mahjoub ou qui pourraient avoir une incidence sur l'issue du procès. [Les exemples cités par M. Mahjoub sont omis.]

[49] Par suite de cet exercice, le protonotaire Aalto s'est vu soumettre des tableaux contenant des descriptions des documents ou de parties des documents qui avaient été individuellement classés dans une ou plusieurs des catégories susmentionnées et auxquels les codes de préjudice 1 à 5 décrits ci-dessus avaient été attribués. On a ensuite présenté au protonotaire Aalto une version des tableaux dans lesquels les renseignements

redacted. These redacted charts were filed with the Court. See Schedule C as an example.

[50] Prothonotary Aalto approved the descriptions found in the charts and found that the codes and the descriptions were “reasonable”. He wrote at page 8 of the addendum to his Report that:

[t]he coding is a subjective exercise by public counsel based on their approaches and strategy in conducting the case. Public counsel articulated to the Court why a particular code was selected for a particular document and such was based on counsel’s assessment of how the document would be used in the proceedings. The Court’s acceptance of a particular code is not final and binding on the designated judge. They are also not a finding of actual or any prejudice. Such findings are for the designated judge. . . . It may be that the designated judge will require access to these [unredacted] charts in order to finally determine the nature and extent of any prejudice.

[51] Prothonotary Aalto also wrote at page 29 of his Report that “[t]he types of documents that were found to belong to Mr. Mahjoub included . . . solicitor work product; solicitor-client privileged material; and litigation privileged material.”

[52] Mr. Mahjoub alleges that all of his documents were covered by solicitor-client and/or litigation privilege. He contends that approximately one third of the documents from the Mahjoub boxes have been included in the charts. He contends that all of the documents listed in the charts are prejudicial, regardless of their coding. He lists over 50 discrete pieces of information categorized as code 5, which is the most prejudicial category.

[53] The Court heard the parties’ submissions on April 23 and 24, 2012, on the nature and extent of the alleged prejudice and appropriate remedy, if any, in the circumstances.

privilegiés contenus dans les listes en question avaient été expurgés. Ces tableaux expurgés ont été déposés à la Cour (voir l’annexe C à titre d’exemple).

[50] Le protonotaire Aalto a approuvé les descriptions données dans ces tableaux et a conclu que les codes et les descriptions étaient « raisonnables ». Voici ce qu’il écrit à la page 8 de l’annexe de son rapport :

[TRADUCTION] Le codage est un exercice subjectif auquel les avocats publics se sont livrés en se fondant sur leur stratégie et leur approche en ce qui concerne le déroulement de la présente instance. Les avocats publics ont expliqué à la Cour la raison pour laquelle un code déterminé avait été attribué à un document en particulier en précisant que ce code dépendait de la façon dont les avocats estimaient qu’ils utiliseraient le document au cours de l’instance. L’acceptation par la Cour d’un code déterminé n’a aucun effet contraignant sur le juge désigné. Ces codes n’emportent pas non plus de conclusions quant à un préjudice réel ou appréhendé. Il appartiendra au juge désigné de tirer ses propres conclusions [...] Il se peut que le juge désigné exige de prendre connaissance des extraits expurgés pour se prononcer de façon définitive sur la portée et la nature du préjudice.

[51] Le protonotaire écrit également à la page 29 de son rapport que « [p]armi les types de documents qui ont été attribués à M. Mahjoub, mentionnons [...] les produits du travail des avocats; des documents protégés par le secret professionnel de l’avocat; des documents protégés par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès ».

[52] M. Mahjoub allègue que tous ses documents étaient protégés par le secret professionnel de l’avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès. Il affirme qu’environ le tiers des documents des boîtes Mahjoub sont mentionnés dans les tableaux. Il soutient que tous les documents énumérés dans les tableaux lui sont préjudiciables, indépendamment du code qui leur a été attribué. Il énumère plus d’une cinquantaine de renseignements distincts classés sous le code 5, c’est-à-dire la catégorie de documents lui causant le plus grave préjudice.

[53] La Cour a entendu des observations des parties les 23 et 24 avril 2012 au sujet de la nature et de la portée du présumé préjudice et de la réparation qu’il convenait, le cas échéant, d’accorder dans les circonstances.

Preliminary Issue: Admissibility of affidavit of Martha Lori Hendriks

[54] By order dated January 31, 2012, the Court allowed Mr. Mahjoub to file any additional affidavit evidence prior to the hearing of the final submissions on the nature and extent of the alleged prejudice. It also allowed the ministers to file responding affidavits. The ministers filed three affidavits including the affidavit of Martha Lori Hendriks. Mr. Mahjoub objects to the admissibility of paragraph 8 of the Hendriks affidavit on the basis that it does not flow from the opening and review of the boxes. The contested paragraph reads as follows:

In addition, on my instructions, on September 7, 2011, Ms. Marquis sent an email to all ILD [Immigration Law Division] staff (counsel and support staff), inquiring whether anyone had entered office 916 since July 21, 2011, July 21, 2011, is the date on which the documents were transported from the Court and placed in office 916 which was vacant at the time. I have been advised by Ms. Marquis, and verily believe, that there were no additional persons who responded as having entered office 916.

[55] Mr. Mahjoub argues that it is implicit in the Court's January 31, 2012 order that any additional evidence filed by Mr. Mahjoub must relate to the nature and extent of the alleged prejudice, as provided by the October 4, 2011 order. Consequently, Mr. Mahjoub argues that the ministers' corresponding responding affidavits must in turn respond to Mr. Mahjoub's additional affidavits. It is argued that paragraph 8 of the Hendriks' affidavit does not.

[56] Mr. Mahjoub further contends that allowing the affidavit into evidence would allow the ministers to split their case. He submits that it would be the equivalent of allowing the ministers to reopen its case after having pointed out the gaps in their position and would be contrary to section 7 of the Charter pursuant to *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555.

[57] The ministers acknowledge that paragraph 8 of the Hendriks' affidavit goes some way towards

Question préliminaire : Admissibilité de l'affidavit de Martha Lori Hendriks

[54] Par ordonnance datée du 31 janvier 2012, la Cour a permis à M. Mahjoub de déposer des affidavits supplémentaires avant d'entendre les arguments finaux au sujet de la nature et de la portée du présumé préjudice. Elle a également permis aux ministres de déposer des affidavits en réponse. Les ministres ont déposé trois affidavits, y compris celui de Martha Lori Hendriks. Monsieur Mahjoub s'oppose à l'admissibilité du paragraphe 8 de l'affidavit souscrit par M^{me} Hendriks au motif qu'il ne se rapporte pas à l'ouverture et à l'examen des boîtes. Voici le texte du paragraphe contesté :

[TRADUCTION] De plus, suivant mes instructions, le 7 septembre 2011, M^{me} Marquis a envoyé un courriel à tous les membres du personnel de la Section du droit de l'immigration (avocats et personnel de soutien) pour savoir si quelqu'un était entré dans la pièce 916 depuis le 21 juillet 2011, date à laquelle les documents avaient été transférés de la Cour à la pièce 916, qui était alors inoccupée. M^{me} Marquis m'a informée, et j'ai toutes les raisons de croire, que personne d'autre n'est entré dans la pièce 916.

[55] Monsieur Mahjoub fait valoir qu'il découle implicitement de l'ordonnance du 31 janvier 2012 de la Cour que tout élément de preuve complémentaire qu'il déposera doit se rapporter à la nature et à la portée du présumé préjudice, ainsi qu'il est précisé dans l'ordonnance du 4 octobre 2011. En conséquence, M. Mahjoub fait valoir que les affidavits correspondants du ministre doivent eux aussi répondre aux affidavits complémentaires de M. Mahjoub. Or, suivant M. Mahjoub, le paragraphe 8 de l'affidavit de M^{me} Hendriks ne satisfait pas à cette exigence.

[56] Monsieur Mahjoub affirme également que, si l'on admettait en preuve l'affidavit en question, on permettrait ainsi aux ministres de scinder leur cause. Suivant M. Mahjoub, cela reviendrait à permettre aux ministres de rouvrir leur preuve après qu'on leur ait signalé les lacunes de leur thèse, ce qui irait à l'encontre de l'article 7 de la Charte, selon l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555.

[57] Les ministres reconnaissent que le paragraphe 8 de l'affidavit de M^{me} Hendriks contribue jusqu'à un

addressing an evidentiary gap relating to who had access to Mr. Mahjoub's documents at the DOJ in Toronto. The ministers acknowledged the presence of the gap at the October 3, 2011 hearing. However, they argue that that gap was not gleaned from Mr. Mahjoub's argument, but was rather observed and admitted to by the ministers. Consequently, they contend they are not attempting to reopen the litigation as alleged by Mr. Mahjoub. The ministers also acknowledge that the information contained in paragraph 8 of the Hendriks affidavit could have been adduced before the October 3, 2011 hearing. Nevertheless, the ministers argue that the affidavit, including paragraph 8, merely attempts to provide a complete record for the benefit of the Court. They contend that the contested paragraph speaks to the presence and efficacy of their ethical walls, and should be received by the Court.

[58] The October 4, 2011 and January 31, 2011 orders only allowed the filing of additional affidavit evidence in relation to the separation process and the alleged prejudice, if any. The information in paragraph 8 of the Hendriks affidavit does not result from the process of separating the documents. Rather it seeks to address a gap in the ministers' evidence that could and should have been dealt with earlier. In my view, it would be inappropriate to allow paragraph 8 into evidence. In the result, paragraph 8 of the Hendriks affidavit will be disregarded.

ISSUE

[59] Has there been a breach of Mr. Mahjoub's Charter rights that warrants a permanent stay of proceedings?

APPLICABLE LAW

[60] Mr. Mahjoub claims a breach of his section 7 and section 8 rights and seeks a remedy under subsection 24(1) of the Charter. These sections and subsection are reproduced below:

certain point à répondre aux lacunes de la preuve signalées au sujet des personnes qui ont eu accès aux documents de M. Mahjoub au ministère de la Justice à Toronto. Les ministres ont reconnu cette lacune lors de l'audience du 3 octobre 2011. Ils soutiennent toutefois que cette lacune ne leur a pas été signalée par les arguments présentés par M. Mahjoub, mais qu'ils l'ont eux-mêmes observée et admise. En conséquence, ils affirment qu'ils ne cherchent pas à rouvrir le débat contrairement à ce que prétend M. Mahjoub. Les ministres reconnaissent également que les renseignements contenus au paragraphe 8 de l'affidavit de M^{me} Hendriks auraient pu être présentés avant l'audience du 3 octobre 2011. Quoi qu'il en soit, les ministres soutiennent que l'affidavit, y compris son paragraphe 8, tente simplement de dresser un portrait complet pour la Cour. Ils soutiennent que le paragraphe contesté témoigne de l'existence et de l'efficacité des murs éthiques qu'ils ont érigés et ajoutent que la Cour devrait l'admettre en preuve.

[58] Les ordonnances du 4 octobre 2011 et du 31 janvier 2011 permettaient uniquement la présentation d'affidavits complémentaires se rapportant au processus de séparation et au préjudice que M. Mahjoub était susceptible de subir. Les renseignements contenus au paragraphe 8 de l'affidavit souscrit par M^{me} Hendriks ne font pas suite au processus de séparation des documents. Ils portent plutôt sur des lacunes constatées dans la preuve des ministres, lacunes dont on aurait dû s'occuper plus tôt. À mon avis, on aurait tort d'admettre en preuve le paragraphe 8. Par conséquent, le paragraphe 8 de l'affidavit de M^{me} Hendriks ne sera pas considéré.

QUESTION EN LITIGE

[59] Les droits reconnus à M. Mahjoub par la Charte ont-ils fait l'objet d'une violation qui justifie une suspension permanente des procédures?

RÈGLES DE DROIT APPLICABLES

[60] M. Mahjoub affirme que les droits que lui reconnaissent l'article 7 et l'article 8 de la Charte ont été violés et il sollicite une réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Ces dispositions sont ainsi libellées :

Legal Rights

Life, liberty and security of person

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Search or seizure

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

...

Enforcement

Enforcement of guaranteed rights and freedoms

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Section 8

[61] For a search and seizure to fall under the protection of the Charter, there must be a reasonable expectation of privacy in the place searched, the thing seized, or both (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8). If such an expectation exists, the search or seizure will be considered reasonable if it is authorized by law, if the law that authorizes the search or seizure is itself reasonable, and if the manner in which the search or seizure is conducted is reasonable (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265).

Section 7

[62] There is no dispute that Mr. Mahjoub's section 7 rights are engaged. Mr. Mahjoub claims a breach of his section 7 rights under two separate categories: (i) a violation of his solicitor-client privilege and (ii) an abuse of process.

(i) *Violation of solicitor-client privilege*

Garanties juridiques

Vie, liberté et sécurité

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Fouilles, perquisitions ou saisies

[...]

Recours

Recours en cas d'atteinte aux droits et libertés

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

L'article 8

[61] Pour qu'une perquisition et une saisie bénéficient de la protection de la Charte, il doit exister une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne le lieu qui est perquisitionné, la chose qui est saisie ou les deux (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8). Si cette attente existe, la saisie ou la perquisition sera considérée comme raisonnable si elle était autorisée par la loi, si la loi qui autorise la perquisition ou la saisie est elle-même raisonnable et si la manière dont la saisie ou la perquisition ont été effectuées est elle-même raisonnable (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265).

L'article 7

[62] Il est acquis aux débats que les droits que l'article 7 de la Charte confère à M. Mahjoub entrent en jeu en l'espèce. M. Mahjoub affirme que les droits que lui reconnaît l'article 7 ont été violés sous deux aspects : i) il y a eu violation du secret professionnel de l'avocat; ii) un abus de procédure a été commis.

i) *Violation du secret professionnel de l'avocat*

[63] The Supreme Court, in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 837, outlines the required criteria to establish solicitor-client privilege:

... (i) a communication between solicitor and client; (ii) which entails the seeking or giving of legal advice; and (iii) which is intended to be confidential by the parties.

[64] Solicitor-client privilege has attained the status of a general principle of substantive law in Canada (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209 (*Lavallee*), at paragraph 49; see also *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, at paragraph 12):

Solicitor-client privilege is a rule of evidence, an important civil and legal right and a principle of fundamental justice in Canadian law. While the public has an interest in effective criminal investigation, it has no less an interest in maintaining the integrity of the solicitor-client relationship. Confidential communications to a lawyer represent an important exercise of the right to privacy, and they are central to the administration of justice in an adversarial system. Unjustified, or even accidental infringements of the privilege erode the public's confidence in the fairness of the criminal justice system. This is why all efforts must be made to protect such confidences. [My emphasis.]

[65] The Supreme Court has recognized that solicitor-client privilege is “fundamental to the justice system” (*R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paragraph 2), and that the courts are compelled to “adopt stringent norms to ensure its protection” (*Lavallee*, above, at paragraph 36). A violation of the privilege also infringes a named person’s section 7 rights in the context of a security certificate proceeding (*Jaballah (Re)*, 2010 FC 1084, [2012] 2 F.C.R. 179 (*Jaballah*), at paragraph 48).

[66] Solicitor-client privilege should be distinguished from litigation privilege, which serves to ensure that the adversarial process is respected. Litigation privilege attaches to documents created for the dominant purpose

[63] Dans l’arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la page 837, la Cour suprême du Canada énonce le critère permettant d’établir l’existence du privilège du secret professionnel de l’avocat. Il doit s’agir :

[...] (i) d’une communication entre un avocat et son client; (ii) qui comporte une consultation ou un avis juridique; et (iii) que les parties considèrent de nature confidentielle.

[64] Le secret professionnel de l’avocat a maintenant été érigé au rang de principe général de droit substantiel au Canada (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209 (arrêt *Lavallee*), au paragraphe 49; voir également *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193, au paragraphe 12) :

Le secret professionnel de l’avocat constitue une règle de preuve, un droit civil important ainsi qu’un principe de justice fondamentale en droit canadien. Même si le public a intérêt à ce que les enquêtes criminelles soient menées efficacement, il a tout autant intérêt à préserver l’intégrité de la relation avocat-client. Les communications confidentielles avec un avocat constituent un exercice important du droit à la vie privée et elles sont essentielles pour l’administration de la justice dans un système contradictoire. Les atteintes au privilège injustifiées, voire involontaires, minent la confiance qu’a le public dans l’équité du système de justice criminelle. C’est pourquoi il ne faut ménager aucun effort pour protéger la confidentialité de ces communications. [Non souligné dans l’original.]

[65] La Cour suprême a reconnu que le secret professionnel de l’avocat est un privilège qui est « fondamental pour le système de justice canadien » (*R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, au paragraphe 2), et que les tribunaux sont tenus « d’adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection » (arrêt *Lavallee*, précité, au paragraphe 36). La violation de ce privilège porte également atteinte aux droits conférés par l’article 7 à l’intéressé dans le contexte d’une instance portant sur un certificat de sécurité (*Jaballah (Re)*, 2010 CF 1084, [2012] 2 R.C.F. 179 (décision *Jaballah*), au paragraphe 48).

[66] Il convient d’établir une distinction entre le privilège du secret professionnel de l’avocat et le privilège des communications échangées dans le cadre du procès, lequel a pour objet d’assurer le respect du principe du

of litigation (*Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319).

(ii) *Abuse of process*

[67] The abuse of process doctrine has largely been subsumed into section 7 and amounts to “conducting a prosecution in a manner that contravenes the community’s basic sense of decency and fair play and thereby calls into question the integrity of the system [which] is also an affront of constitutional magnitude to the rights of the individual accused” (*R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411 (*O’Connor*), at paragraph 63).

[68] In this instance, the allegation of an abuse of process is separate from the alleged breach of section 7 resulting from the violation of solicitor-client privilege in that it focuses on the right to a fair trial affected by the Crown’s conduct, rather than the allegation that privilege has been violated. The propriety of the conduct and intention “are not necessarily relevant to whether or not the accused’s right to a fair trial is infringed” (*O’Connor*, above, at paragraph 74). There is also a small residual category of conduct within the abuse of process analysis caught by section 7 of the Charter in which the individual’s rights to a fair trial are not implicated. This residual category “addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process” (*O’Connor*, above, at paragraph 73; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297 (*Regan*), at paragraph 55; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391 (*Tobiass*), at paragraph 89).

débat contradictoire. Le privilège des communications échangées dans le cadre du procès s’applique aux documents créés principalement en vue du procès (*Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] R.C.S. 319).

ii) *Abus de procédure*

[67] La doctrine de l’abus de procédure a en grande partie été intégrée dans l’analyse relative à l’article 7. Il y a abus de procédure lorsqu’on mène une poursuite « de manière à contrevenir aux valeurs fondamentales de décence et de franc-jeu de la société et à mettre ainsi en question l’intégrité du système, [ce qui] constitue également une atteinte d’envergure constitutionnelle aux droits d’une personne accusée » (*R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 (arrêt *O’Connor*), au paragraphe 63).

[68] Dans le cas qui nous occupe, l’allégation d’avis de procédure est distincte de la présumée violation de l’article 7 résultant de la violation du secret professionnel de l’avocat en ce sens qu’elle vise le droit à un procès équitable que la conduite de la Couronne aurait compromis plutôt que l’allégation suivant laquelle le privilège a été violé. La conduite et l’intention « ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu’il s’agit de savoir s’il y a eu violation ou non du droit de l’accusé à un procès équitable » (arrêt *O’Connor*, précité, au paragraphe 74). Il existe également une petite catégorie résiduelle de comportements qui font partie de l’analyse de l’abus de procédure visé par l’article 7 de la Charte qui ne se rapporte pas aux droits de l’intéressé à un procès équitable. Cette catégorie résiduelle « envisage [...] l’ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d’une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l’intégrité du processus judiciaire » (arrêt *O’Connor*, précité, au paragraphe 73; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297 (arrêt *Regan*), au paragraphe 55; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391 (arrêt *Tobiass*), au paragraphe 89).

Do the alleged Charter breaches require the existence of privilege?

[69] Aside from the residual category of an abuse of process, Mr. Mahjoub's alleged Charter breaches require that privilege in the documents exists. To establish a reasonable expectation of privacy to show that his section 8 rights have been violated, he must demonstrate that his documents were protected by solicitor-client privilege and/or litigation privilege. Similarly, solicitor-client privilege and/or litigation privilege must also be established in order to maintain a section 7 violation.

[70] Once the existence of privilege is established, there is a legal presumption that the privileged information will be used to the prejudice of the opposing party. I will now turn to the law on this issue.

Rebutting the risk of prejudice

[71] In *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235 (*MacDonald Estate*), Justice Sopinka, writing for the majority of the Supreme Court, established the test to apply to disqualify counsel in cases where counsel allegedly has confidential information belonging to the other party:

- (1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand?
- (2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of the client?

[72] This two-step test was reaffirmed by a unanimous Supreme Court decision in *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189 (*Celanese*). The Court applied the test in the context of an *Anton Piller* order during which the

Est-il nécessaire d'établir l'existence d'un privilège pour démontrer les présumées violations de la Charte?

[69] Si l'on fait abstraction de la catégorie résiduelle de l'abus de procédure, M. Mahjoub doit démontrer l'existence d'un privilège sur les documents pour pouvoir affirmer que ses droits protégés par la Charte ont été violés. Pour établir l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en vue de prouver que ses droits protégés par l'article 8 ont été violés, M. Mahjoub doit démontrer que ses documents étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat et/ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès. Il doit également faire la preuve de l'existence du secret professionnel de l'avocat et/ou du privilège des communications échangées dans le cadre du procès pour établir que ses droits protégés par l'article 8 ont été violés.

[70] Dès lors que l'existence du privilège a été établie, il existe une présomption légale suivant laquelle les renseignements protégés seront utilisés au détriment de la partie adverse. Je vais maintenant passer à l'examen des règles de droit portant sur cette question.

Réfutation du risque de préjudice

[71] Dans l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235 (arrêt *Succession MacDonald*), le juge Sopinka, qui écrivait au nom de la majorité des juges de la Cour suprême, a énoncé le critère à appliquer pour déclarer un avocat inhabile dans les cas où il posséderait des renseignements confidentiels appartenant à la partie adverse :

- 1) L'avocat a-t-il appris, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, des faits confidentiels relatifs à l'objet du litige?
- 2) Y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client?

[72] Ce critère à deux volets a récemment été réaffirmé par une formation collégiale unanime de la Cour suprême dans l'arrêt *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189 (arrêt *Celanese*). La Cour a appliqué le critère dans le

searching party had come into the possession and reviewed privileged emails. Justice Binnie, on behalf of the unanimous Court, held that once possession of privileged information was established, the receiving party bore the onus of showing there is no real risk such confidences will be used to the prejudice of the moving party. The Court also held that for the presumption to apply, the initial onus was on the moving party to establish that the receiving party was in possession of privileged information.

[73] The presumption of prejudice can be rebutted, “on the basis of clear and convincing evidence” by showing that “the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur” to prejudice the moving party (*MacDonald Estate*, above, at pages 1260 and 1262; see also *Celanese*, above, at paragraph 42).

[74] Even though *MacDonald Estate* and *Celanese*, above, specifically address motions to remove solicitors of record, Justice Binnie in *Celanese*, held that (at paragraph 46):

The relevant elements of the *MacDonald Estate* analysis do not depend on a pre-existing solicitor-client relationship. The gravamen of the problem here is the possession by opposing solicitors of relevant and confidential information attributable to a solicitor-client relationship to which they have no claim of right whatsoever.

[75] This Court in *Jaballah*, above, held that the principles in *Celanese* were not restricted to the context of removing counsel for having in their possession privileged information belonging to the opposing party (paragraphs 58–68). Here, both parties accept that the principles in *Celanese* are applicable in the circumstances. Accordingly, if a breach of solicitor-client or litigation privilege is established and the risk of prejudice is not rebutted, it is open for the Court to grant an appropriate remedy, which may include a permanent

contexte d’une ordonnance *Anton Piller* au cours de l’exécution de laquelle la partie qui avait sollicité la perquisition s’était retrouvée en possession de courriels confidentiels, qu’elle avait lus. Le juge Binnie, qui s’exprimait au nom d’une Cour unanime, a indiqué que, dès lors que la possession des renseignements confidentiels a été établie, il incombe à la personne qui les a obtenus de démontrer qu’il n’existe pas de risque réel que ces renseignements confidentiels soient utilisés au détriment de la partie adverse. La Cour a également jugé que, pour que la présomption s’applique, il incombait à la partie requérante de démontrer que la partie adverse avait obtenu des renseignements confidentiels.

[73] La présomption n’est réfutée que s’il existe des « preuves claires et convaincantes » démontrant que « le public, c’est-à-dire une personne raisonnablement informée, [serait convaincu] qu’il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels » au détriment de la partie requérante (arrêt *Succession MacDonald*, précité, aux pages 1260 et 1262; voir également l’arrêt *Celanese*, précité, au paragraphe 42).

[74] Bien que les affaires *Succession MacDonald* et *Celanese*, précitées, portent expressément sur des requêtes visant à faire déclarer un avocat inhabile à occuper, le juge Binnie a déclaré ce qui suit, dans l’arrêt *Celanese* (au paragraphe 46) :

Les éléments pertinents de l’analyse effectuée dans l’arrêt *Succession MacDonald* ne sont pas tributaires de l’existence préalable de rapports d’avocat à client. En l’espèce, le fond du problème est que les avocats de la partie adverse sont en possession de renseignements confidentiels pertinents qui ont été obtenus grâce à des rapports antérieurs d’avocat à client et à l’égard desquels ils ne peuvent invoquer aucun droit.

[75] Dans la décision *Jaballah*, précitée, notre Cour a déclaré que les principes énoncés dans l’arrêt *Celanese* ne s’appliquaient pas uniquement dans le contexte d’une requête visant à faire déclarer un avocat inhabile à occuper au motif qu’il a en sa possession des renseignements confidentiels appartenant à la partie adverse (aux paragraphes 58 à 68). Dans le cas qui nous occupe, les deux parties acceptent que les principes posés dans l’arrêt *Celanese* s’appliquent aux faits de l’espèce. Par conséquent, si une violation du secret professionnel de

stay of proceedings (*R. v. Bruce Power Inc.*, 2009 ONCA 573, 98 O.R. (3d) 272).

Determining the appropriate remedy

[76] A permanent stay of proceedings is a drastic remedy to be awarded only in the “clearest of cases” (*O’Connor*, above, at paragraph 68). As explained by Justice LeBel writing for the majority in *Regan*, above, at paragraphs 54-56, it will only be appropriate when two criteria are met:

(1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and

(2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

[77] Where uncertainty remains about whether the abuse of process is sufficient to warrant a stay of proceedings, a third criterion is considered: the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings are balanced against the interest that society has in having a final decision on the merits (*Tobiass*, above, at paragraph 92; *Regan*, above, at paragraph 225).

[78] The courts have also engaged in the balancing exercise in cases falling within the residual category where the fairness of the trial is not in question, but rather where the act of going forward would put the administration of justice into disrepute. For example, the Ontario Court of Appeal in *R. v. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 O.R. (3d) 721, at paragraphs 58-61, wrote:

Where the residual category is engaged, a court will generally find it necessary to perform the balancing exercise referred to in the third criterion. When a stay is sought for a case on the basis of the residual category, there will not be a concern about continuing prejudice to the applicant by proceeding with the

l’avocat ou du privilège des communications échangées dans le cadre du procès est établie et que le risque de préjudice n’est pas réfuté, il est loisible à la Cour d’accorder la réparation appropriée, et notamment la suspension permanente des procédures (*R. v. Bruce Power Inc.*, 2009 ONCA 573, 98 R.J.O. (3^e) 272).

Recherche de la réparation appropriée

[76] Un arrêt définitif des procédures est une réparation draconienne qui ne doit être accordée « que dans les cas les plus manifestes » (arrêt *O’Connor*, précité, au paragraphe 68). Ainsi que le juge LeBel l’écrivait au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Regan*, précité, aux paragraphes 54 à 56, cette mesure ne conviendra que si les deux critères suivants sont remplis :

1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;

2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

[77] S’il subsiste un degré d’incertitude quant à savoir si l’abus de procédure est suffisamment grave pour justifier la suspension des procédures, on applique un troisième critère : on met en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond (arrêt *Tobiass*, précité, au paragraphe 92; arrêt *Regan*, précité, au paragraphe 225).

[78] Les tribunaux se sont également livrés à cet exercice de pondération dans des cas relevant de la catégorie résiduelle où l’équité du procès n’était pas en cause, mais où la poursuite de l’instance aurait pour effet de ternir l’image de l’administration de la justice. À titre d’exemple, voici ce que la Cour d’appel de l’Ontario écrit dans l’arrêt *R. v. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 R.J.O. (3^e) 721, aux paragraphes 58 à 61 :

[TRADUCTION] Lorsque la catégorie résiduelle s’applique, le tribunal estimera en règle générale qu’il est nécessaire de procéder à l’exercice de pondération mentionné dans le troisième critère. Lorsqu’une suspension est réclamée dans une affaire donnée en fonction de la catégorie résiduelle, on ne se

prosecution. Rather, the concern is for the integrity of the justice system.

When the problem giving rise to the stay application is systemic in nature, the reason a stay is ordered is to address the prejudice to the justice system from allowing the prosecution to proceed at the same time as the systemic problem, to which the accused was subjected, continues. In effect, a stay of the charge against an accused in the residual category of cases is the price the system pays to protect its integrity.

However, the “residual category” is not an opened-ended means for courts to address ongoing systemic problems. In some sense, an accused who is granted a stay under the residual category realizes a windfall. Thus, it is important to consider if the price of the stay of a charge against a particular accused is worth the gain. Does the advantage of staying the charges against this accused outweigh the interest in having the case decided on the merits? In answering that question, a court will almost inevitably have to engage in the type of balancing exercise that is referred to in the third criterion. It seems to us that a court will be required to look at the particulars of the case, the circumstances of the accused, the nature of the charges he or she faces, the interest of the victim and the broader interest of the community in having the particular charges disposed of on the merits.

Thus, in our view, a strong case can be made that courts should engage in the balancing exercise set out in the third criterion in most cases coming within the residual category. [My emphasis.]

[79] Where the abuse of process falls within the residual category, in “exceptional” and “relatively rare cases” a stay of proceeding will be granted where past conduct is so egregious that going forward would be offensive to society’s sense of justice. At paragraph 55 of *Regan*, above, the Supreme Court of Canada wrote:

As discussed above, most cases of abuse of process will cause prejudice by rendering the trial unfair. Under s. 7 of the Charter, however, a small residual category of abusive action exists which does not affect trial fairness, but still undermines the fundamental justice of the system (*O’Connor*, at para. 73). Yet even in these cases, the important prospective nature of the stay as a remedy must still be satisfied: “[t]he mere fact that the state has treated an individual shabbily in the past is not

pose pas la question de savoir si la reprise de l’instance causera un préjudice au demandeur. On cherche plutôt à protéger l’intégrité du système de justice.

Lorsque le problème à l’origine de la demande de suspension est de nature systémique, la suspension est ordonnée pour éviter le préjudice qui serait causé au système de justice si on laissait l’instance se poursuivre sans s’attaquer au problème systémique dont l’accusé est victime. En fait, l’arrêt des accusations portées contre un accusé dans les cas relevant de la catégorie résiduelle est le prix que le système paie pour protéger son intégrité.

La « catégorie résiduelle » n’est cependant pas un mécanisme illimité auquel les tribunaux peuvent recourir pour s’attaquer à des problèmes systémiques. En un certain sens, l’accusé qui se voit accorder une suspension en vertu de la catégorie résiduelle réalise un gain fortuit. Il est donc important de se demander si le prix à payer pour suspendre les accusations portées contre un individu donné en vaut la peine. Les avantages que comporte la suspension des accusations portées contre cet individu l’emportent-ils sur l’intérêt qu’il y a à faire trancher le litige sur le fond? Pour répondre à cette question, le tribunal devra presque inévitablement se livrer au genre d’exercice de pondération dont il est question dans le troisième critère. Il nous semble qu’un tribunal devra se pencher sur les particularités de l’espèce, la situation de l’accusé, la nature des accusations portées contre lui, et tenir compte à la fois de l’intérêt de la victime et de l’intérêt plus large de la société à faire juger sur le fond les accusations portées contre lui.

On peut donc solidement affirmer que les tribunaux devraient se livrer à un exercice de pondération conformément au troisième critère dans la plupart des cas relevant de la catégorie résiduelle [Non souligné dans l’original.]

[79] Dans le cas d’un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle, la suspension des procédures sera accordée dans des cas « exceptionnels » et « relativement rares », lorsque la conduite passée reprochée est si grave que le simple fait de poursuivre le procès choquerait le sens de la justice de la société. Au paragraphe 55 de l’arrêt *Regan*, précité, la Cour suprême du Canada écrit :

Tel que mentionné plus haut, la plupart des cas d’abus de procédure causent un préjudice en rendant le procès inéquitable. En vertu de l’art. 7 de la Charte, il existe toutefois une petite catégorie résiduelle de conduite abusive qui ne touche pas l’équité du procès, mais qui n’en mine pas moins la justice fondamentale du système (*O’Connor*, par. 73). Pourtant, même en pareil cas, l’importance du caractère prospectif de la suspension des procédures comme réparation doit être

enough to warrant a stay of proceedings” (*Tobiass*, at para. 91). When dealing with an abuse which falls into the residual category, generally speaking, a stay of proceedings is only appropriate when the abuse is likely to continue or be carried forward. Only in “exceptional”, “relatively very rare” cases will the past misconduct be “so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive” (*Tobiass*, at para. 91). [My emphasis.]

[80] A permanent stay should be assessed against a complete factual record concerning the prejudice. In *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at paragraph 27, the Supreme Court wrote that:

This is often best assessed in the context of the trial as it unfolds. Accordingly, the trial judge has a discretion as to whether to rule on the application for a stay immediately or after hearing some or all of the evidence. Unless it is clear that no other course of action will cure the prejudice that is occasioned by the conduct giving rise to the abuse, it will usually be preferable to reserve on the application. This will enable the judge to assess the degree of prejudice and as well to determine whether measures to minimize the prejudice have borne fruit.

[81] Where a permanent stay of proceedings is not an appropriate remedy, the Supreme Court in *Celanese*, above, at paragraph 59, suggested the following six non-exhaustive factors to be considered in determining whether solicitors should be removed:

- (1) how the documents came into the possession of the plaintiff or its counsel;
- (2) what the plaintiff and its counsel did upon recognition that the documents were potentially subject to solicitor-client privilege;
- (3) the extent of review made of the privileged material;
- (4) the contents of the solicitor-client communications and the degree to which they are prejudicial;

respectée : « [l]e simple fait que l’État se soit mal conduit à l’égard d’un individu par le passé ne suffit pas à justifier la suspension des procédures » (*Tobiass*, par. 91). Lorsqu’il s’agit d’un abus relevant de la catégorie résiduelle, la suspension des procédures ne constitue généralement une réparation appropriée que lorsque l’abus risque de se poursuivre ou de se produire subséquemment. Ce n’est que dans des cas « exceptionnels », « relativement très rares », que la conduite passée reprochée est « si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant » (*Tobiass*, par. 91). [Non souligné dans l’original.]

[80] L’opportunité d’accorder une suspension permanente devrait être examinée à la lumière d’un dossier factuel complet portant sur le préjudice. Dans l’arrêt *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, au paragraphe 27, la Cour suprême écrit :

Souvent, il est préférable de trancher cette question au fur et à mesure du déroulement du procès. En conséquence, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de statuer sur la demande d’arrêt des procédures soit sur-le-champ, soit après avoir entendu une partie ou la totalité de la preuve. À moins qu’il ne soit évident qu’aucune autre mesure ne pourra réparer le préjudice causé par la conduite donnant lieu à l’abus, il est généralement préférable de surseoir à statuer sur la demande. Ainsi, le juge sera en mesure d’évaluer l’ampleur du préjudice et de déterminer si les mesures prises pour réduire celui-ci au minimum se sont avérées fructueuses.

[81] Lorsque la suspension permanente d’instance ne constitue pas la réparation appropriée, la Cour suprême du Canada a suggéré, au paragraphe 59 de l’arrêt *Celanese*, précité, de tenir compte des six facteurs non exhaustifs suivants pour décider s’il y a lieu de déclarer des avocats inhabiles à occuper :

- 1) la manière dont le demandeur ou ses avocats sont entrés en possession des documents;
- 2) les mesures que le demandeur et ses avocats ont prises lorsqu’ils ont constaté que les documents étaient potentiellement assujettis au privilège avocat-client;
- 3) la mesure dans laquelle les documents privilégiés ont été examinés;
- 4) la teneur des communications avocat-client et la mesure dans laquelle elles sont préjudiciables;

(5) the stage of the litigation;

5) l'étape de l'instance;

(6) the potential effectiveness of a firewall or other precautionary steps to avoid mischief.

6) l'efficacité potentielle d'une mesure de protection ou d'autres précautions destinées à éviter un préjudice.

[82] If the risk of prejudice has not been rebutted and a remedy short of removing the solicitors will address the violation of privilege, it should be considered (*Celanese*, above, at paragraph 56).

[82] Si le risque de préjudice n'a pas été écarté et qu'il est possible de remédier au problème sans avoir à déclarer les avocats inhabiles à occuper, il faut examiner cette possibilité (*Celanese*, précité, au paragraphe 56).

ANALYSIS

ANALYSE

[83] I propose to address the issue raised in this motion by answering the following questions:

[83] Je me propose d'aborder la question litigieuse soulevée dans la présente requête en répondant aux questions suivantes :

(1) Has Mr. Mahjoub established that confidential information attributable to a solicitor-client relationship or to litigation privilege was in the possession of the ministers?

1) Monsieur Mahjoub a-t-il démontré que des renseignements confidentiels qui seraient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès se trouvaient en la possession des ministres?

(2) If so, have the ministers rebutted the presumption that there is a risk that privileged material belonging to Mr. Mahjoub and held by the ministers will be used to the prejudice of Mr. Mahjoub should the proceedings continue?

2) Dans l'affirmative, les ministres ont-ils réfuté la présomption qu'il existe un risque que les documents protégés appartenant à M. Mahjoub qui se trouvaient en la possession des ministres soient utilisés au détriment de M. Mahjoub si l'instance se poursuit?

(3) If the presumption is not rebutted, does the gravity of the breach of Mr. Mahjoub's Charter rights warrant a stay of proceedings or a lesser remedy?

3) Si cette présomption n'a pas été réfutée, la gravité de la violation des droits garantis à M. Mahjoub par la Charte justifie-t-elle la suspension des procédures ou une réparation moindre?

(4) Does the conduct of the ministers connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process? If so, what is the appropriate remedy?

4) La conduite des ministres traduit-elle un comportement inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de porter ainsi atteinte à l'intégrité du processus judiciaire? Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

(1) Has Mr. Mahjoub established that confidential information attributable to a solicitor-client relationship or to litigation privilege is in the possession of the ministers?

1) Monsieur Mahjoub a-t-il démontré que des renseignements confidentiels qui seraient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès se trouvaient en la possession des ministres?

[84] In *Celanese*, above, the Supreme Court adopted its prior jurisprudence in *MacDonald Estate*, where it held that in circumstances where the opposing firm of solicitors is shown to have received (at paragraph 42):

...“confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand” (p. 1260), the court will infer “that lawyers who work together share confidences” (p. 1262) and that this will result in a *risk* that such confidences will be used to the prejudice of the client, unless the receiving solicitors can show “that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur” (p. 1260).

[85] The affidavit evidence filed on behalf of Mr. Mahjoub attests that the materials at issue consist of the following:

- Pleadings/procedures annotated by public counsel and by Mr. Mahjoub;
- Handwritten and/or computerized notes on legal strategy and other privileged information by public counsel and by Mr. Mahjoub;
- Public counsel’s preparation of cross-examinations of past and future witnesses;
- All exhibits with handwritten annotations, underlining and marginal notes.

[86] The affidavits filed in support of Mr. Mahjoub’s motion also attest more specifically that:

• “one folder had [the handwriting of an assistant working for Mr. Mahjoub’s counsel] on it” and another document “contained Me Hameed’s [counsel for Mr. Mahjoub] initials and a piece of paper stuck to the document with Hameed’s handwritten notes/comments containing visible confidential information”.

• “Many of public counsel’s documents in the break-out room contained, on their cover page, post-it notes

[84] Dans l’arrêt *Celanese*, précité, la Cour suprême a repris à son compte ce qu’elle avait déjà affirmé dans l’arrêt *Succession MacDonald*, dans lequel elle avait statué que, dès qu’il est démontré que le cabinet d’avocats agissant pour la partie adverse a pris connaissance (au paragraphe 42) :

[...] « des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d’avocat à client, qui concernent l’objet du litige » (p. 1260), le tribunal présumera « que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels » (p. 1262) et qu’il y a alors un *risque* que ces renseignements soient utilisés au préjudice du client, à moins que les avocats qui les ont obtenus ne puissent démontrer que « le public, c’est-à-dire une personne raisonnablement informée, [serait convaincu] qu’il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels » (p. 1260).

[85] L’affidavit déposé pour le compte de M. Mahjoub confirme que les documents en cause consistent en ce qui suit :

- actes de procédure annotés par les avocats publics et par M. Mahjoub;
- notes manuscrites et/ou informatisées sur la stratégie juridique et autres renseignements confidentiels des avocats publics et de M. Mahjoub;
- préparation, par les avocats publics, des contre-interrogatoires des témoins déjà entendus ou à entendre;
- toutes les pièces portant des annotations manuscrites, des soulèvements et des notes marginales.

[86] Les affidavits déposés à l’appui de la requête de M. Mahjoub attestent plus précisément ce qui suit :

[TRADUCTION]• « Une chemise [sur laquelle se trouvait l’écriture de l’assistante qui travaillait pour l’avocat de M. Mahjoub] » et un autre document [TRADUCTION] « qui contenait les initiales de M. Hameed [l’avocat de M. Mahjoub] ainsi qu’un bout de papier collé sur le document et portant des notes ou des observations manuscrites de M. Hameed renfermant des renseignements confidentiels visibles ».

• « Bon nombre des documents des avocats publics se trouvant dans la salle de travail contenaient, sur leur

written by [counsel for Mr. Mahjoub] and by Mr. Mahjoub that could easily be read by any person who looks at the document.”

- Documents in public counsel’s breakout room “contained strategic information sensitive to the preparation of Mr. Mahjoub’s case”.

- “[M]ost of the documents on the table on their face belonged to public counsel including, among others: public counsel’s notes, public counsel’s marginal notes, underlining, annotations and other information added to most if not all exhibits, transcripts and other materials belonging to public counsel, Mr. Mahjoub’s notes on exhibits, public counsel’s cross-examination preparation documents, etc.”

[87] Mr. Mahjoub contends that the above evidence establishes that some of the material in the possession of the ministers is privileged.

[88] The ministers “do not dispute that some of the documents in [their] possession may contain privileged information” but contend that Mr. Mahjoub’s evidence “lacks the sufficient detail or the identification of specific documents as required at law to discharge their evidentiary burden.” The ministers argue that affidavits supporting the existence of privilege must establish a sufficient factual basis and be construed strictly. They also submitted at the October 3, 2011 hearing that it may be appropriate for the Court to review the materials to determine whether privilege attaches to any of the documents. Finally, the ministers contend that it is necessary for Mr. Mahjoub to establish privilege over every document.

page couverture, des papillons adhésifs contenant des notes écrites par [les avocats de M. Mahjoub] et par M. Mahjoub qui pouvaient être facilement lues par toute personne qui examinerait le document. «

- Des documents se trouvant dans la salle de travail des avocats publics [TRADUCTION] « contenaient des renseignements stratégiques sensibles concernant la préparation de la cause de M. Mahjoub ».

- « La plupart des documents se trouvant sur la table appartenait à première vue aux avocats publics. On y trouvait notamment les documents suivants : des notes prises par les avocats publics, des notes marginales des avocats publics, des passages soulignés, des annotations et d’autres renseignements ajoutés à la plupart sinon à la totalité des pièces, des transcriptions et des autres documents appartenant aux avocats publics, des notes inscrites par M. Mahjoub sur les pièces, les documents de préparation des contre-interrogatoires rédigés par les avocats publics, etc. »

[87] M. Mahjoub affirme que les éléments de preuve susmentionnés démontrent que certains des documents qui se trouvent en la possession des ministres sont confidentiels.

[88] Les ministres [TRADUCTION] « ne contestent pas que certains des documents se trouvant en leur possession peuvent contenir des renseignements confidentiels », mais ils ajoutent que la preuve présentée par M. Mahjoub [TRADUCTION] « n’est pas suffisamment détaillée et n’identifie pas de document précis, contrairement à ce qu’exige la loi pour être en mesure de s’acquitter de leur fardeau de la preuve ». Les ministres soutiennent que les affidavits qui confirment l’existence du privilège doivent démontrer l’existence d’un fondement factuel suffisant et être interprétés de façon stricte. Ils ont également fait valoir, lors de l’audience du 3 octobre 2011, qu’il convenait probablement que la Cour examine les documents en question pour déterminer s’ils étaient effectivement protégés par un privilège. Enfin, les ministres affirment qu’il est nécessaire que M. Mahjoub démontre l’existence du privilège relativement à chacun des documents.

[89] The jurisprudence teaches that there is (*Celanese*, above, at paragraphe 42):

... no onus on the moving party to adduce any further evidence as to the nature of the confidential information beyond that which was needed to establish that the receiving lawyer had obtained confidential information attributable to a solicitor and client relationship which was relevant to the matter at hand.

[90] There is no dispute that the ministers took documents from Mr. Mahjoub's breakout room, situated in immediate proximity to the courtroom, after an adjournment late in the proceedings. The ministers acknowledge that some of the materials at issue "may" be privileged.

[91] There is also no dispute that the materials at issue belonged to Mr. Mahjoub, were stored in a breakout room assigned to Mr. Mahjoub's litigation team and were documents used by Mr. Mahjoub in the conduct of the litigation. Mr. Hameed's affidavit confirms that some of the documents contained handwritten and/or computerized notes on legal strategy and other privileged information written by public counsel and by Mr. Mahjoub.

[92] I accept Mr. Mahjoub's submission made at the October 3, 2011 hearing that it would have been difficult to adduce more information on the nature or content of his documents since the documents were not in his possession at the time he filed his record.

[93] Further, the Report subsequently filed by Prothonotary Aalto following the separation process mandated by the Court's October 4, 2011 order, confirms that materials seized included "solicitor work product, solicitor-client privileged material, and litigation privileged material" belonging to Mr. Mahjoub (Aalto Report, at page 29).

[94] The Prothonotary is well suited to make such determinations. As a motions Judge, he is routinely tasked

[89] La jurisprudence nous enseigne (arrêt *Celanese*, précité, au paragraphe 42) :

[...] [qu'il n'est pas] imposé à la partie requérante l'obligation de produire d'autres éléments de preuve concernant la nature des renseignements confidentiels en plus de ce qui est nécessaire pour établir que, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, l'avocat en cause a appris des faits confidentiels qui concernaient l'objet du litige.

[90] Il est acquis aux débats que les ministres ont pris des documents se trouvant dans la salle de travail de M. Mahjoub située juste à côté de la salle d'audience après que l'audience eut été ajournée à un stade avancé de l'instance. Les ministres reconnaissent que certains des documents en cause « peuvent » être confidentiels.

[91] Il est également acquis aux débats que les documents en cause appartenaient à M. Mahjoub, qu'ils ont été entreposés dans la salle de travail assignée à l'équipe du contentieux de M. Mahjoub et qu'il s'agissait de documents que M. Mahjoub entendait utiliser au cours de l'instance. L'affidavit de M. Hameed confirme que certains des documents comportaient des notes manuscrites et/ou informatisées portant sur la stratégie juridique ainsi que d'autres renseignements confidentiels rédigés par les avocats publics et par M. Mahjoub.

[92] J'accepte l'argument que M. Mahjoub a formulé lors de l'audience du 3 octobre 2011 suivant lequel il aurait été difficile de présenter une plus grande quantité de renseignements au sujet de la nature et du contenu de ces documents, étant donné que ces documents ne se trouvaient pas en sa possession au moment où il a déposé son dossier.

[93] De plus, le rapport que le protonotaire Aalto a déposé à la suite du processus de séparation ordonné par la Cour aux termes de son ordonnance du 4 octobre 2011 confirme qu'on trouvait, au nombre des documents saisis « le produit du travail des avocats; des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat; des documents protégés par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès » (rapport du protonotaire Aalto, à la page 29).

[94] Le protonotaire est bien placé pour parvenir à de telles conclusions. En tant que juge des requêtes, il lui

with determining whether solicitor-client privilege attaches to contested documents during the disclosure stage of a proceeding. Such decisions determine the content of the record that is before the hearing judge.

[95] I am therefore satisfied that Mr. Mahjoub has met his onus and has established that the ministers' counsel had possession of confidential information attributable to a solicitor-client relationship which was relevant to the matter at hand. It follows from the above-cited jurisprudence that the ministers now bear the onus of rebutting the legal presumption that there is a risk that such confidences will be used to the prejudice of Mr. Mahjoub.

(2) Have the ministers rebutted the presumption that there is a risk that privileged material belonging to Mr. Mahjoub and held by the ministers will be used to the prejudice of Mr. Mahjoub should the proceedings continue?

[96] The ministers have the onus of demonstrating on a balance of probabilities (*F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41), with "clear and convincing evidence" (*McDonald Estate*, above, at page 1262; *Celanese*, above, at paragraph 42) "that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur" (*McDonald Estate*, above, at page 1260).

[97] Mr. Mahjoub argues that the seizure of the materials at issue by the ministers was egregious and negligent. He maintains that no explanation is offered as to why certain members of the ministers' litigation team did not file affidavit evidence. Mr. Mahjoub further points to the fact that the ministers admit that at least one counsel for the ministers viewed contents of several boxes. As a result, he argues the ministers are aware of the substance of some of his privileged information. Mr. Mahjoub argues that the ministers' evidence

revient normalement de décider si les documents contestés sont protégés ou non par le secret professionnel de l'avocat. Ces décisions, qu'il fait à l'étape de la divulgation de l'instance, ont pour effet de circonscrire le contenu du dossier qui sera soumis au juge qui présidera l'audience.

[95] Je suis par conséquent convaincu que M. Mahjoub s'est acquitté du fardeau qui lui incombait et qu'il a démontré que les avocats du ministre avaient en leur possession des renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat et que ces renseignements étaient pertinents en l'espèce. Il découle de la jurisprudence précitée qu'il incombe maintenant aux ministres de réfuter la présomption légale suivant laquelle il existe un risque que les renseignements confidentiels qu'ils ont obtenus soient utilisés au détriment de M. Mahjoub.

(2) Les ministres ont-ils réfuté la présomption qu'il existe un risque que les documents protégés appartenant à M. Mahjoub qui se trouvaient en la possession des ministres soient utilisés au détriment de M. Mahjoub si l'instance se poursuit?

[96] Il incombe aux ministres de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41) au moyen de « preuves claires et convaincantes » (arrêt *Succession McDonald*, précité, à la page 1262; arrêt *Celanese*, précité, au paragraphe 42) « [que] le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, [serait convaincu] qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels » (arrêt *Succession McDonald*, précité, à la page 1260).

[97] Monsieur Mahjoub soutient que la saisie des documents en cause par les ministres était abusive et entachée de négligence. Il fait valoir qu'aucune explication n'a été donnée pour expliquer pourquoi certains membres de l'équipe du contentieux des ministres n'ont pas souscrit d'affidavits. Monsieur Mahjoub souligne par ailleurs que les ministres ont admis qu'au moins un de leurs avocats a pris connaissance du contenu de plusieurs boîtes. Il affirme par conséquent que les ministres étaient au courant de l'essentiel de

fails to provide sufficient basis to rebut the legal presumption of risk of prejudice. He also contends the seizure is but one of several violations of solicitor-client privilege since 1996 and that the Court should consider these past violations as context when considering the alleged violation at issue.

[98] Regarding the latter argument advanced by Mr. Mahjoub, the Court is well aware of the record in the underlying proceedings relating to the alleged violations of Mr. Mahjoub's solicitor-client privilege. However, those allegations are disputed and have yet to be decided. Both parties agree that those issues are not to be decided on this motion. Consequently, such disputed allegations cannot be relied upon to decide the within motion.

[99] The ministers contend that they have rebutted the presumption of risk of prejudice "because the documents in question were either not reviewed or reviewed only in a cursory fashion before the access to the documents was completely sealed".

[100] The taking and co-mingling of Mr. Mahjoub's documents with the ministers' documents were the direct result of a serious lack of diligence by members of the ministers' team in the conduct of the litigation. In particular, senior members of the team failed to give proper and clear direction to junior members and legal assistants. The seriousness of the possible consequences that flow from such negligent conduct on behalf of the ministers cannot be overstated. At a minimum, the negligent actions of the ministers' litigation team resulted in a further significant delay in proceedings already plagued by numerous procedural delays. The ministers alone bear responsibility for this delay. However, notwithstanding the seriousness of the failures of the ministers' litigation team, I am satisfied that the mistakes made were not intentional or pre-mediated. On the evidence, I find no *mala fides* on the part of the ministers or their litigation team.

certain des renseignements confidentiels en question. Monsieur Mahjoub ajoute que la preuve présentée par les ministres ne fournit pas de fondement suffisant pour réfuter la présomption légale quant à l'existence d'un risque de préjudice. Il affirme également que la saisie n'est qu'une violation du secret professionnel de l'avocat parmi plusieurs autres qui ont été commises depuis 1996, et que la Cour devrait tenir compte de ces violations pour se prononcer sur la présumée violation en cause.

[98] En ce qui concerne le dernier argument formulé par M. Mahjoub, la Cour est bien au courant du contenu du dossier de l'instance sous-jacente se rapportant aux présumées violations du secret professionnel de l'avocat de M. Mahjoub. Toutefois, ces allégations sont contestées et il n'y a pas encore eu de décision à cet égard. Les deux parties conviennent qu'il n'y a pas lieu de trancher ces questions dans le cadre de la présente requête. Par conséquent, on ne peut tenir compte de ces allégations contestées pour trancher la présente requête.

[99] Les ministres affirment qu'ils ont réfuté la présomption du risque de préjudice [TRADUCTION] « parce que soit les documents en question n'ont pas été examinés soit ils ne l'ont été que de façon superficielle avant que l'accès à ces documents soit totalement bloqué ».

[100] La prise de possession des documents de M. Mahjoub et leur amalgame avec ceux des ministres découlent directement d'un grave manque de diligence de la part des membres de l'équipe des ministres lors du déroulement de l'instance. En particulier, les membres principaux de l'équipe n'ont pas donné de directives appropriées et claires à leurs adjoints ou aux assistants juridiques. On ne saurait trop insister sur la gravité des conséquences possibles de cette négligence de la part des ministres. À tout le moins, la négligence dont les membres de l'équipe du contentieux du ministre ont fait preuve a causé d'autres retards importants dans le déroulement d'une instance qui s'embourbait déjà en raison de nombreux délais procéduraux. Les ministres sont les seules personnes à blâmer pour ce retard. Toutefois, malgré la gravité des manquements commis par les membres de l'équipe du contentieux des ministres, je suis convaincu que ces erreurs n'étaient pas volontaires

[101] The ministers first recognized that they were in possession of materials that belonged to Mr. Mahjoub when Ms. Stewart Guthrie attended office 916 on August 22, 2011, in response to the email sent on the same day by Ms. Schneider to review the contents of the miscellaneous boxes. Upon seeing a single handwritten page in one of the boxes, she saw the name “Tyndale” written on the left of the page in handwriting she did not recognize. It is at this point that Ms. Stewart Guthrie believed that some of the notes may not belong to the ministers. She closed the box and spoke with Ms. Schneider, a paralegal, and Ms. Kaneira, DOJ counsel, both on the Mahjoub team, telling them she believed they had brought back materials from the Court that were not theirs.

[102] Mr. Tyndale, Senior Counsel on the Mahjoub team, upon being informed of the situation by Ms. Stewart Guthrie, instructed her to label the boxes containing Mr. Mahjoub’s materials “To be reviewed by Public counsel” and to draft an email to public counsel advising them of the situation and proposing that the parties review the materials to separate them. This was done on the same day.

[103] While I accept that the eight miscellaneous boxes containing “correspondence, handwritten notes and case law” were set aside for review by public counsel and so labeled, Ms. Schneider continued to work in the office for the remainder of the week sorting documents in other boxes. No action was taken to seal and control access to the room until public counsel visited the office on September 1, 2011. Given that certain materials found in the eight miscellaneous boxes may have contained privileged information, the ministers should have moved to seal the eight boxes at that time.

ou préméditées. Vu l’ensemble de la preuve, j’estime que les ministres et leur équipe du contentieux ne peuvent être accusés de mauvaise foi.

[101] Les ministres ont d’abord reconnu qu’ils avaient en leur possession des documents qui appartenaient à M. Mahjoub, lorsque M^{me} Stewart Guthrie s’est présentée à la pièce 916 le 22 août 2011 en réponse au courriel envoyé le même jour par M^{me} Schneider pour inviter les ministres à examiner le contenu de diverses boîtes. En apercevant une page manuscrite dans l’une des boîtes, M^{me} Schneider a vu le nom « Tyndale » écrit à la gauche à la main sur la page. Elle n’a pas reconnu l’écriture. C’est à ce moment-là que M^{me} Stewart Guthrie a pensé que certaines des notes n’appartenaient peut-être pas aux ministres. Elle a refermé la boîte et a parlé à M^{me} Schneider, technicienne juridique, et à M^{me} Kaneira, avocate du ministère de la Justice, qui faisaient toutes les deux partie de l’équipe Mahjoub, pour leur dire qu’elle croyait qu’on avait ramené de la Cour des documents qui n’appartenaient pas aux ministres.

[102] Après avoir été mis au courant de la situation par M^{me} Stewart Guthrie, M. Tyndale, avocat principal faisant partie de l’équipe Mahjoub, a donné pour instructions à M^{me} Guthrie d’étiqueter les boîtes dans lesquelles se trouvaient les documents de M. Mahjoub en y apposant la mention [TRADUCTION] « À examiner par les avocats publics » et d’envoyer aux avocats publics un courriel les informant de la situation et leur proposant que les parties examinent les documents en vue de les séparer, ce qui a été fait le jour même.

[103] Bien que j’accepte que huit boîtes contenant des documents divers (correspondance, notes manuscrites, jurisprudence, etc.) avaient été mises de côté en vue d’être examinées par les avocats publics et qu’elles ont été étiquetées en conséquence, M^{me} Schneider a continué à travailler au bureau le reste de la semaine où elle triait des documents dans d’autres boîtes. Aucune mesure n’a été prise pour sceller la pièce et pour en contrôler l’accès jusqu’à ce que les avocats publics s’y rendent le 1^{er} septembre 2011. Compte tenu du fait que certains documents retrouvés dans les huit boîtes diverses contenaient peut-être des renseignements confidentiels, les ministres auraient dû prendre des mesures pour sceller les huit boîtes à ce moment-là.

[104] I also note that no actions were taken by anyone on the Mahjoub team on July 15, 2011, when Ms. Dean, upon her return from Court, had sent an email to the team advising its members that she and Ms. Krakowska, a legal assistant on the Mahjoub team, had “emptied courtroom 6D and prep room 6013 [ministers’ breakout room] and had moved all of the materials into prep room 6011 [Mr. Mahjoub’s breakout room]”. At this juncture, before any materials were moved to the DOJ, the ministers’ team should have known that there was a problem with members of the team accessing both breakout rooms and moving “all” of the materials in Mr. Mahjoub’s breakout room. Immediate action at that time may have served to mitigate potential harm that, arguably, would flow from the taking and co-mingling of documents.

[105] Following public counsel’s visit to office 916 on September 1, 2011, where the extent of the problem involving the co-mingling of the documents was made clear, the office was locked and a yellow caution tape was affixed to the entrance to the office. Keys of the office were secured at that point and the office has remained sealed until the materials were ordered back to the courthouse pursuant to the order of Prothonotary Aalto.

[106] All members of the ministers’ litigation team, including the paralegal with the most exposure to the documents, who had entered office 916 prior to it being sealed, have been temporarily removed from the team pending final determination of the motion.

[107] Further, certain ethical walls were set up to ensure that the removed members of the team would not discuss what they saw, if anything, of the documents in office 916 nor have access to the files relating to the case. The evidence of the Regional Director with the DOJ in Toronto, Martha Hendriks, indicates that the ethical walls put in place were rigidly applied and have been respected since their implementation.

[104] Je constate également qu’aucune mesure n’a été prise par les membres de l’équipe Mahjoub le 15 juillet 2011, date à laquelle M^{me} Dean a, à son retour de la Cour, envoyé un courriel aux membres de l’équipe pour les informer que M^{me} Krakowska, assistante juridique dans l’équipe Mahjoub, et elle avaient [TRADUCTION] « vidé la salle d’audience 6D et la pièce 6013 [la salle de réunion des ministres] et tout transféré à la pièce 6011 [la salle de réunion de M. Mahjoub] ». À ce moment-là, avant que des documents ne soient transférés aux bureaux du ministère de la Justice, l’équipe des ministres aurait dû savoir qu’il y avait un problème en ce qui concerne le fait que les membres de l’équipe avaient eu accès aux deux salles de travail et en avaient transféré « tous » les documents dans la salle de travail de M. Mahjoub. Si l’on avait pris immédiatement des mesures, on aurait pu atténuer l’éventuel préjudice qui pouvait découler de la prise de possession et de l’amalgame des documents.

[105] À la suite de la visite des avocats publics le 1^{er} septembre 2011 à la pièce 916, au cours de laquelle ceux-ci ont pu constater l’ampleur du problème causé par l’amalgame des documents, le bureau a été verrouillé et sécurisé au moyen d’un ruban jaune installé dans l’entrée du bureau. On a alors confisqué les clés du bureau, qui est demeuré scellé jusqu’à ce que le protonotaire Aalto ordonne que les documents soient retournés au palais de justice.

[106] Tous les membres de l’équipe du contentieux des ministres, y compris les techniciens juridiques qui avaient été le plus en contact avec les documents et qui avaient eu accès à la pièce 916 avant qu’elle ne soit scellée, ont dû se retirer temporairement de l’équipe en attendant qu’une décision définitive soit rendue au sujet de la requête.

[107] De plus, certains murs éthiques ont été érigés pour faire en sorte que les membres de l’équipe qui avaient dû se retirer ne discutent pas de ce qu’ils avaient vu, le cas échéant, au sujet des documents se trouvant dans la pièce 916 et pour s’assurer qu’ils n’aient pas accès aux dossiers relatifs à l’affaire. La directrice régionale du ministère de la Justice à Toronto, M^{me} Martha Hendriks, a expliqué que les murs éthiques qui avaient été érigés

[108] I find that the measures put in place by the ministers after September 1, 2011, to secure office 916 and the materials were appropriate and effective in the circumstances.

[109] To rebut the legal presumption that there is a real risk that Mr. Mahjoub's privileged materials will be used to the prejudice of Mr. Mahjoub, the ministers filed a number of affidavits in evidence. The Deputy Regional Director and Senior Counsel in the Immigration Law Division of the Ontario Regional Office of the DOJ, Ms. Rhonda Marquis, attests that she communicated with every member of the Mahjoub team, including the two legal assistants who had originally boxed the materials for their return to office 916, Ms. Dean and Ms. Krakowska, and the paralegal who had the most access to those materials, Ms. Schneider, and confirmed that the members of the Mahjoub team with whom she communicated had advised her that they did not review opposing counsel's materials. There is no evidence that Ms. Marquis entered office 916 or otherwise had access to the Mr. Mahjoub's documents. Ms. Marquis further attests that CSIS [Canadian Security Intelligence Service] counsel advised her that they had not entered office 916 at any time since July 15, 2011. She was also advised that no CBSA [Canada Border Services Agency] personnel assigned to the Mahjoub matter have entered office 916 at any time since July 15, 2011.

[110] In addition to the affidavit of Ms. Marquis, the ministers filed the affidavits of Kamal Dean, Jillian Schneider, Daniel Engel, Sharon Stewart Guthrie, Jocelyn Espejo-Clarke, Nimanthika Kaneira, Maria Teresa Martins and Martha Lori Hendriks. For the reasons set earlier at paragraph 57 of these reasons for order, paragraph 8 of the affidavit of Martha Lori Hendriks has been disregarded and is not part of the record.

avaient été scrupuleusement respectés depuis leur mise en œuvre.

[108] J'estime que les mesures prises par les ministres après le 1^{er} septembre 2011 pour sécuriser la pièce 916 et protéger les documents s'y trouvant étaient appropriées et efficaces dans les circonstances.

[109] Les ministres ont déposé plusieurs affidavits en preuve pour réfuter la présomption légale suivant laquelle il existait un risque véritable que les documents confidentiels de M. Mahjoub soient utilisés à son détriment. La directrice régionale adjointe et avocate principale de la Section du droit de l'immigration du bureau régional de l'Ontario du ministère de la Justice, M^{me} Rhonda Marquis, a affirmé qu'elle avait communiqué avec chacun des membres de l'équipe Mahjoub, y compris les deux assistantes juridiques qui avaient à l'origine placé les documents dans des boîtes en vue de les retourner à la pièce 916, M^{mes} Dean et Krakowska, ainsi qu'avec la technicienne juridique qui avait été en contact plus étroit avec ces documents, M^{me} Schneider. Elle a confirmé que les membres de l'équipe Mahjoub avec lesquels elle avait communiqué l'avaient assurée qu'ils n'avaient pas examiné les documents des avocats de la partie adverse. Rien ne permet de penser que M^{me} Marquis est entrée dans la pièce 916 ou qu'elle a eu par ailleurs accès aux documents de M. Mahjoub. M^{me} Marquis a également affirmé que les avocats du SCRS [Service canadien du renseignement de sécurité] l'avaient informée qu'ils n'étaient pas entrés dans la pièce 916 depuis le 15 juillet 2011. On l'a également informée qu'aucun des membres du personnel de l'ASFC [l'Agence des services frontaliers du Canada] assignés au dossier Mahjoub n'était entré dans la pièce 916 depuis le 15 juillet 2011.

[110] En plus de l'affidavit souscrit par M^{me} Marquis, le ministre a déposé des affidavits souscrits par Kamal Dean, Jillian Schneider, Daniel Engel, Sharon Stewart Guthrie, Jocelyn Espejo-Clarke, Nimanthika Kaneira, Maria Teresa Martins et Martha Lori Hendriks. Pour les motifs que j'ai déjà exposés au paragraphe 57 des présents motifs, le paragraphe 8 de l'affidavit de Martha Lori Hendriks a été écarté et il ne fait donc pas partie du dossier.

[111] With the exception of Ms. Marquis and Ms. Hendriks, all of the other affiants who filed affidavits on behalf of the ministers on this motion had access to Mr. Mahjoub's documents. They either accessed the breakout rooms and/or office 916 at the DOJ. I will now review the evidence of each of these affiants.

[112] Ms. Kamal Dean, a legal assistant with the Mahjoub team, was asked by another legal assistant, Ms. Irena Krakowska, on July 15, 2011, to accompany her to the Court to retrieve the ministers' materials. Ms. Dean attests that she "did not read any of the documents that were in the courtroom or in the breakout rooms and was unaware that any of the documents belonged to counsel representing Mr. Mahjoub". Ms. Dean also attests that she had been advised by Ms. Krakowska and verily believes that "Irena did not read any of the documents in the courtroom or in the breakout rooms and that she was unaware that any of the documents belonged to counsel representing Mr. Mahjoub". Ms. Dean further attests that Ms. Krakowska advised her "she did not know that one of the breakout rooms was being used by counsel for Mr. Mahjoub". Ms. Dean helped Ms. Schneider organize the documents in office 916 on the mornings of July 25–27, 2011. Ms. Dean attests that she only looked at the title page and the back page of documents and did not notice any handwritten annotations.

[113] Ms. Jillian Schneider, a paralegal on the Mahjoub team, attests that she was asked to organize the materials once they arrived in office 916. She proceeded to do so on July 25–27, 2011. She attests that on August 8, 2011, she sought the assistance of Mr. Engel to determine which documents needed to go back to Court for the resumption of the hearing. On the same day, in office 916, they "opened two or three boxes of the documents and flipped through the material". She states that it became clear that the contents of the boxes needed to be organized into categories before it could be decided what needed to be returned to Court. She states that she then proceeded on her own to organize the

[111] À l'exception de M^{mes} Marquis et Hendriks, toutes les autres personnes qui ont souscrit des affidavits pour le compte des ministres au soutien de la présente requête ont eu accès aux documents de M. Mahjoub. Elles ont pu entrer dans les salles de travail et/ou la pièce 916 du ministère de la Justice. Je vais maintenant examiner le témoignage de chacun des auteurs de ces affidavits.

[112] Madame Kamal Dean, assistante juridique faisant partie de l'équipe Mahjoub, a été invitée par une autre assistante juridique, M^{me} Irena Krakowska, le 15 juillet 2011, à l'accompagner à la Cour pour récupérer les documents des ministres. Madame Dean affirme qu'elle n'a [TRADUCTION] « lu aucun des documents qui se trouvaient dans la salle d'audience ou dans les salles de travail et [qu'elle ignorait] que les documents appartenaient aux avocats représentant M. Mahjoub ». Madame Dean affirme également qu'elle a été informée par M^{me} Krakowska et qu'elle a toutes les raisons de croire que [TRADUCTION] « Irena n'a lu aucun des documents dans la salle d'audience ou dans les salles de travail et qu'elle ignorait que les documents appartenaient aux avocats représentant M. Mahjoub ». Madame Dean affirme également que M^{me} Krakowska l'a informée qu'elle ignorait [TRADUCTION] « qu'une des salles de travail était utilisée par les avocats de M. Mahjoub ». Madame Dean a aidé M^{me} Schneider à classer les documents dans la pièce 916 les 25, 26 et 27 juillet au matin. Madame Dean affirme qu'elle a seulement vu la page titre et la dernière page des documents et qu'elle n'a remarqué aucune annotation manuscrite.

[113] Madame Jillian Schneider, technicienne juridique faisant partie de l'équipe Mahjoub, affirme qu'on lui a demandé de classer les documents après leur arrivée dans la pièce 916. C'est ce qu'elle a fait les 25, 26 et 27 juillet 2011. Elle affirme que le 8 août 2011, elle a demandé à M. Engel de l'aider à décider quels documents devaient être ramenés à la Cour avant la reprise de l'audience. Le même jour, dans la pièce 916, ils ont tous les deux [TRADUCTION] « ouvert deux ou trois boîtes et feuilleté les documents ». Elle déclare que l'examen leur a permis de constater immédiatement qu'il était nécessaire de classer le contenu des boîtes en catégories avant de pouvoir décider ce qui devait être retourné à la

materials in categories of documents. When organizing the documents, she looked at the title of the document and occasionally at the back page. She attests that she “did not read or look at the content of the documents” and did not recall “having seen any handwritten notations on any of the documents”. It is also noted that Ms. Schneider attests that in continuing to organize the documents in office 916, she never looked into the eight boxes after Ms. Stewart Guthrie labeled them for public counsel’s review.

[114] Mr. Daniel Engel, counsel on the ministers’ litigation team, attests that he attended office 916 at the DOJ on August 8, 2011, to review the contents of the boxes of documents to determine what material needed to return to Court upon resumption of the hearing. He states that with Ms. Schneider, he opened two or three boxes and “flipped” through the material. He attests that he was in the office for approximately 10 minutes and has not returned to the office since. He attests that “[he] do[es] not recall having seen any of Public Counsel’s materials while [he] flipped through the contents of the 2-3 boxes on August 8, 2011”.

[115] Ms. Sharon Stewart Guthrie, DOJ counsel on the Mahjoub team, attended office 916 on August 22, 2011, in order to assist Ms. Schneider in identifying certain documents. Her affidavit evidence relating to her contact with the materials in office 916 can be summarized as follows:

1. She reviewed the labels on boxes that were put aside to go back to Court. She did not open these boxes.
2. She reviewed the labels on two or three boxes of exhibits in file folders. She opened the boxes and “quickly flipped through the file folders”. She then closed the boxes and left them on the desk.

Cour. Elle affirme qu’elle a ensuite classé les documents elle-même par catégories et que, pour ce faire, elle regardait le titre du document et, à l’occasion, la dernière page. Elle déclare qu’elle [TRADUCTION] « n’a pas lu les documents ni regardé leur contenu » et ne se rappelle pas [TRADUCTION] « avoir vu des annotations manuscrites sur les documents ». Il y a également lieu de signaler que M^{me} Schneider affirme qu’alors qu’elle continuait à classer les documents dans la pièce 916, elle n’a jamais examiné le contenu des huit boîtes après que M^{me} Stewart Guthrie les eut étiquetées en vue de leur examen par les avocats publics.

[114] Monsieur Daniel Engel, avocat de l’équipe du contentieux des ministres, a affirmé qu’il s’était présenté dans la pièce 916 du ministère de la Justice le 8 août 2011 pour examiner le contenu des boîtes de documents et déterminer quels documents devaient être retournés à la Cour pour la reprise de l’audience. Il déclare qu’avec M^{me} Schneider, il a ouvert deux ou trois boîtes et a « feuilleté » les documents. Il affirme qu’il n’a passé qu’une dizaine de minutes au bureau et qu’il n’y est pas revenu depuis. Il ajoute qu’il [TRADUCTION] « ne se souvien[t] pas avoir vu les documents des avocats publics pendant qu’il passait rapidement en revue le contenu des documents se trouvant dans les deux ou trois boîtes le 8 août 2011 ».

[115] Madame Sharon Stewart Guthrie, avocate du ministère de la Justice qui faisait partie de l’équipe Mahjoub, s’est présentée à la pièce 916 le 22 août 2011 pour aider Madame Schneider à identifier certains documents. On peut résumer comme suit ce qu’elle affirme dans son affidavit au sujet des mesures qu’elle a prises relativement aux documents se trouvant dans la pièce 916 :

1. Elle a examiné les étiquettes apposées sur les boîtes qui avaient été mises de côté en vue d’être retournées à la Cour. Elle n’a pas ouvert ces boîtes.
2. Elle a examiné les étiquettes apposées sur deux ou trois boîtes de pièces placées dans des chemises. Elle a ouvert les boîtes et a [TRADUCTION] « feuilleté rapidement les chemises ». Elle a ensuite refermé les boîtes et les a laissées sur le bureau.

3. She opened three of the eight boxes containing miscellaneous documents that were stacked against the window. Inside the first, she noticed a file folder with French handwritten labels. She did not open the folder and closed the box and set it aside.

4. Upon opening the second box by the window, she noticed the first pages of publicly available reports, which she did not flip through. She closed the box and put it aside.

5. Upon opening the third box, she saw printed copies of jurisprudence that had been referred to in the proceeding by both parties. She did not flip through these. Deeper in this box she saw a copy of an email between two of the ministers' litigation team members. She then saw a single page of handwriting she did not recognize with the name "Tyndale" written on the left of the page. She attests that "she did not read anything else on the page other than the name 'Tyndale'". She states that it is at this point she believed that the notes did not belong to her team. She closed the box and put it aside.

6. She was in office 916 for approximately 10 to 15 minutes.

[116] Ms. Nimanthika Kaneira, DOJ counsel on the Mahjoub team, attests that she was called to office 916 on September 1, 2011, by Ms. Espejo-Clarke who was in the office with Ms. Doyon and an assistant on public counsel's litigation team. She was asked if she knew how documents on the desk in office 916 appearing to belong to public counsel may have ended up there. Ms. Kaneira speculated that this could be a repeat of what had occurred earlier in February when certain boxes belonging to the ministers were moved to Mr. Mahjoub's breakout room. Ms. Kaneira saw stacks of documents on the desk most of which were blue covered and bound, such as motion records. She attests that she "did not review any of the documents and apart from remembering blue covers on some of the documents; [she] did not know anything about them".

3. Elle a ouvert trois des huit boîtes contenant divers documents qui étaient empilées contre la fenêtre. À l'intérieur de la première, elle a remarqué une chemise sur laquelle des étiquettes contenant des inscriptions manuscrites en français avaient été apposées. Elle n'a pas ouvert la chemise et elle a refermé la boîte et l'a mise de côté.

4. Après avoir ouvert la deuxième boîte qui se trouvait près de la fenêtre, elle a remarqué que les premières pages concernaient des rapports publics qu'elle n'a pas feuilletés. Elle a refermé la boîte et l'a mise de côté.

5. Après avoir ouvert la troisième boîte, elle a vu des extraits de jurisprudence cités par les deux parties au cours de l'instance. Elle ne les a pas feuilletés. Au fond de la boîte, elle a vu une copie d'un courriel échangé entre deux membres de l'équipe du contentieux des ministres. Elle a ensuite vu une feuille manuscrite sur laquelle était inscrit à la main le nom « Tyndale » sur le côté gauche de la page. Elle affirme qu'« elle n'a rien vu d'autre sur cette page à part le nom "Tyndale" ». Elle explique que c'est à ce moment-là qu'elle a pensé que les notes n'appartenaient pas à son équipe. Elle a refermé la boîte et l'a mise de côté.

6. Elle a passé de 10 à 15 minutes dans la pièce 916.

[116] Madame Nimanthika Kaneira, avocate du ministère de la Justice et membre de l'équipe Mahjoub, affirme qu'elle a été convoquée au bureau 916 le 1^{er} septembre 2011 par M^{me} Espejo-Clarke, qui se trouvait dans ce bureau avec M^{me} Doyon et un adjoint de l'équipe du contentieux des avocats publics. On lui a demandé si elle savait comment les documents se trouvant sur le bureau et qui semblaient appartenir aux avocats publics avaient pu se retrouver dans la pièce 916. Madame Kaneira a spéculé qu'il pouvait s'agir d'une répétition de ce qui s'était produit plus tôt en février, alors que certaines boîtes appartenant aux ministres avaient été transportées dans la salle de travail de M. Mahjoub. Madame Kaneira a vu les piles de documents sur le bureau dont la plupart avaient une couverture en bleu et étaient reliés, et notamment des dossiers de requête. Elle affirme qu'elle n'a

[117] On August 30, 2011, Ms. Maria Teresa Martins, an administrative officer with the DOJ in Toronto, accompanied two movers to office 916 with boxes belonging to Ms. Amy Lambiris who was on maternity leave. She attests that the movers entered office 916 with Ms. Lambiris' boxes while she supervised from the doorway. They were in the office for a matter of minutes, just enough time to move the boxes into the office. She further attests that she "did not read any of the documents that were in office 916". She also attests that "she did not see the movers read any of the documents that were in office 916".

[118] Ms. Espejo-Clarke, DOJ counsel on the Mahjoub team, attests that she, along with Ms. Doyon, "briefly reviewed some of [the] materials and [she] noticed that there were also documents appearing to belong to the ministers. After a brief review of some of the documents, [in the presence of Ms. Doyon, she] realized that [they] could not sort them and should not look at any other documents".

[119] Mr. Mahjoub argues that the ministers have not rebutted the presumption that there is a real risk that his privileged materials in the possession of the ministers will be used to his prejudice should the proceeding continue.

[120] Mr. Mahjoub points to certain gaps in the evidence adduced by the ministers. He argues that no evidence was led to establish that the door to office 916 was locked from July 20 to September 1, 2011. Consequently, it is not known who would have had access to the materials stored in the office during this period of time. It is submitted this is further complicated by the fact the evidence fails to identify all of the members of the ministers' litigation team.

[TRANSCRIPTION] « examiné aucun des documents et que, hormis le fait [qu'elle se souvenait] avoir vu les couvertures bleues de certains de ces documents, [elle] en ignorait le contenu ».

[117] Le 30 août 2011, M^{me} Maria Teresa Martins, agente d'administration du ministère de la Justice à Toronto, accompagnée de deux déménageurs, s'est rendue à la pièce 916 avec des boîtes appartenant à M^{me} Amy Lambiris, une employée du ministère de la Justice qui était en congé de maternité. Elle atteste que les déménageurs ont déposé dans la pièce 916 des boîtes appartenant à M^{me} Lambiris, et qu'elle surveillait l'opération dans l'embrasure de la porte. Ils n'ont passé que quelques minutes dans la pièce, juste le temps d'y déposer les boîtes. Elle affirme qu'elle n'a [TRANSCRIPTION] « lu aucun des documents se trouvant dans la pièce 916 » et qu'elle n'a « pas vu les déménageurs les lire ».

[118] Madame Espejo-Clarke, avocate et membre de l'équipe Mahjoub, affirme qu'avec M^{me} Doyon, elle a [TRANSCRIPTION] « examiné brièvement certains des documents et [qu'elle a] remarqué qu'il semblait qu'il y avait aussi les documents qui appartenaient aux ministres. Après un bref examen de certains des documents [en présence de M^{me} Doyon, elle] a réalisé [qu'elles] ne pouvaient les trier et [qu'elles] ne devaient pas chercher d'autres documents ».

[119] Monsieur Mahjoub soutient que les ministres n'ont pas réfuté la présomption qu'il existe un risque véritable que ses documents confidentiels se trouvant en la possession des ministres soient utilisés à son détriment si l'instance se poursuit.

[120] Monsieur Mahjoub signale certaines des lacunes que comporterait la preuve présentée par les ministres. Il soutient qu'aucun élément de preuve n'a été présenté pour démontrer que la porte de la pièce 916 était verrouillée entre le 20 juillet et le 1^{er} septembre 2011. Par conséquent, on ignore qui pouvait consulter les documents entreposés dans le bureau pendant cette période. Il ajoute que la situation se complique du fait que la preuve n'identifie pas tous les membres qui faisaient partie de l'équipe du contentieux des ministres.

[121] Mr. Mahjoub further argues that certain persons who were obviously members of the ministers' litigation team did not provide affidavit evidence, namely Ms. Krakowska, Mr. Larouche and Mr. Tyndale. No explanation is offered as to why the evidence of these members of the Mahjoub team was not adduced. It is submitted that while the affidavits filed describe only a "cursory review" of some of the privileged documents, this is insufficient to rebut the legal presumption. Further, Mr. Mahjoub maintains that the assertions by Ms. Marquis that no member of the Mahjoub team reviewed opposing counsel's materials and that CSIS and CBSA did not have access to office 916 are hearsay, and consequently, an adverse inference should be drawn. Mr. Mahjoub maintains that if no adverse inference is drawn, the evidence should not be considered or be given little weight.

[122] In sum, Mr. Mahjoub argues that we do not know if some of the documents at issue were taken out of office 916; we do not know who had access to the office, including CSIS or CBSA; we do not know who the other members of the ministers' litigation team are and what they saw in relation to the documents. Mr. Mahjoub contends that these questions remain unanswered on the record. In the result, it is submitted that there is a real risk his privileged materials in the possession of the ministers will be used to his prejudice should the proceeding continue.

[123] For the reasons that follow, I am satisfied that the evidence adduced by the ministers establishes that the members of the Mahjoub team who accessed Mr. Mahjoub's documents performed only a cursory and superficial review of the said documents. I find that no member of the Mahjoub team reviewed the documents belonging to Mr. Mahjoub. I also find that the gaps in the ministers' evidence raised by Mr. Mahjoub are insufficient to warrant an adverse finding.

[121] Monsieur Mahjoub soutient également que certaines personnes, qui étaient de toute évidence des membres de l'équipe du contentieux des ministres, n'ont pas souscrit d'affidavits, à savoir M^{me} Krakowska, M. Larouche et M. Tyndale. Aucune explication n'a été donnée pour expliquer pourquoi le témoignage de ces membres de l'équipe Mahjoub n'avait pas été présenté. Monsieur Mahjoub affirme que, bien que les affidavits déposés ne parlent que d'un [TRADUCTION] « examen superficiel » de certains des documents confidentiels, cela ne suffit pas pour réfuter la présomption légale. M. Mahjoub soutient par ailleurs que les affirmations de M^{me} Marquis suivant lesquelles aucun des membres de l'équipe Mahjoub n'avait examiné les documents des avocats de la partie adverse et que le SCRS et l'ASFC n'avaient pas eu accès à la pièce 916 constituent du oui-dire et qu'en conséquence, il y a lieu de tirer une inférence défavorable. Monsieur Mahjoub ajoute que si elle ne tire pas d'inférence défavorable, la Cour ne devrait pas tenir compte de ces éléments de preuve ou ne devrait leur accorder que peu de valeur.

[122] En somme, M. Mahjoub soutient qu'on ignore si certains des documents en cause ont été retirés de la pièce 916, qu'on ignore qui avait accès au bureau, y compris les membres du SCRS et de l'ASFC, et qu'on ignore qui sont les autres membres de l'équipe du contentieux des ministres et ce qu'ils ont vu des documents en question. Monsieur Mahjoub affirme que ces questions se posent toujours dans l'état actuel du dossier. Il soutient par conséquent qu'il existe un risque véritable que ses documents confidentiels se trouvant en la possession des ministres soient utilisés à son détriment si l'instance se poursuit.

[123] Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que les éléments de preuve présentés par les ministres démontrent que les membres de l'équipe Mahjoub qui ont eu accès aux documents de M. Mahjoub ont procédé seulement à un examen sommaire et superficiel des documents en question. Je conclus qu'aucun des membres de l'équipe Mahjoub n'a examiné les documents appartenant à M. Mahjoub. Je conclus également que les lacunes relevées par M. Mahjoub dans la preuve des ministres ne sont pas suffisantes pour justifier une conclusion défavorable.

[124] In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, 1999 CanLII 9120, 179 F.T.R. 25 the Federal Court [then the Federal Court Trial Division] dealt with the issue of adverse inferences in similar circumstances at paragraph 47 of its reasons:

I am not prepared to draw such an inference in these circumstances. Rule 81(1) of the *Federal Court Rules, 1998* expressly permits statements of information and belief as evidence on motion. Although Ms. MacCormick did not prepare the documents in questions, as a senior official of the Privy Council Office, she is well placed to give evidence that the Privy Council Office never intended to disclose the Schedule. Moreover, there is additional evidence which strengthens the respondent's contention that the Schedule was inadvertently produced. [My emphasis.]

[125] The Federal Court of Appeal in reversing in part the trial Court's decision did not disturb its above-noted finding (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Environment)*, 2000 CanLII 15247, 187 D.L.R. (4th) 127 (F.C.A.)).

[126] In the instant case, Ms. Marquis, as Deputy Regional Director and Senior Counsel in the Toronto office of the DOJ and former counsel on the ministers' litigation team in these proceedings, is well placed to give evidence on matters relating to the within proceedings. Given her position in the Department of Justice, she is well aware of the make up of the ministers' litigation team in the underlying proceedings and familiar with counsel and personnel representing the client departments, CSIS and CBSA.

[127] Moreover, there is direct evidence from other members of the Mahjoub team corroborating Ms. Marquis' evidence. All of the members of the ministers' litigation team who did provide affidavit evidence had access to Mr. Mahjoub's documents either in the breakout rooms or in office 916 at the DOJ. Each of these affiants confirms that they did not review Mr. Mahjoub's documents. In the circumstances, I draw no adverse inference in respect to Ms. Marquis' evidence. I find her evidence persuasive and give it significant weight.

[124] Dans la décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 1999 CanLII 9120, la Cour fédérale [auparavant la Section de première instance de la Cour fédérale] s'est penchée sur la question des inférences défavorables dans des circonstances analogues. Voici ce qu'elle déclare au paragraphe 47 de ses motifs :

Je ne suis pas disposé à tirer pareille conclusion dans ce contexte. La règle 81(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* autorise expressément, dans le cadre des requêtes, l'admission en preuve des éléments d'information et des expressions de croyance personnelle. Bien que M^{me} MacCormick n'ait pas compilé elle-même les documents en question, elle est une fonctionnaire de haut rang du Bureau du Conseil privé et, à ce titre, est bien placée pour témoigner que celui-ci n'avait jamais l'intention de divulguer la Liste. Qui plus est, il y a d'autres témoignages qui viennent renforcer la prétention du défendeur qu'il a produit la Liste par inadvertance. [Non souligné dans l'original.]

[125] La Cour d'appel fédérale a infirmé en partie la décision de la Cour de première instance sans toutefois modifier sa conclusion que nous venons de citer (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2000 CanLII 15247 (C.A.F.)).

[126] En l'espèce, M^{me} Marquis, en tant que directrice régionale adjointe et avocate principale au bureau de Toronto du ministère de la Justice et ancienne avocate de l'équipe du contentieux des ministres dans la présente instance, est bien placée pour témoigner sur les faits de la présente instance. Compte tenu du poste qu'elle occupe au sein du ministère de la Justice, elle est bien au courant de la composition de l'équipe du contentieux des ministres dans la présente affaire et elle connaît bien les avocats et le personnel qui représentent les ministères clients, le SCRS et l'ASFC.

[127] Qui plus est, nous disposons de témoignages directs d'autres membres de l'équipe Mahjoub qui corroborent le témoignage de M^{me} Marquis. Tous les membres de l'équipe du contentieux des ministres qui ont souscrit des affidavits ont eu accès aux documents de M. Mahjoub soit dans les salles de travail, soit dans la pièce 916 du ministère de la Justice. Chacun confirme ne pas avoir pris connaissance des documents de M. Mahjoub. Dans ces conditions, je ne tire aucune inférence défavorable à l'égard du témoignage de M^{me} Marquis. J'estime que

[128] Four members of the team who also had access to the documents did not provide affidavits, namely, Ms. Krakowska, Ms. Lewicki, Ms. Rondeau and Ms. Goodyear. It would have been preferable had affidavits been adduced for each of these individuals. However, I find their failure to do so is not fatal in the circumstances. Ms. Lewicki, Ms. Rondeau and Ms. Goodyear, legal assistants, were involved in transporting the boxes from Mr. Mahjoub's breakout room on July 20 and 21, 2011, to office 916. Two other legal assistants, Ms. Dean and Ms. Krakowska, boxed the materials. The evidence shows that the boxes remained closed during transportation. Consequently, I am satisfied that these three legal assistants did not review the materials and that no prejudice to Mr. Mahjoub would result from their involvement.

[129] Ms. Krakowska attended the courtroom and breakout rooms with Ms. Dean on July 15, 2011, for the purpose of packing and retrieving the boxes from the courthouse. Ms. Dean's evidence is that Ms. Krakowska informed her she did not read any of the materials in the courtroom or the breakout rooms. Further, Ms. Marquis' evidence states that Ms. Krakowska, as one of the legal assistants who originally boxed the materials, did not review any of Mr. Mahjoub's documents.

[130] While it would have been preferable for Mr. Tyndale, Mr. Larouche and Ms. Krakowska to file affidavit evidence on this motion, I find that their failure to do so is not fatal to the ministers on this motion since I accept the evidence of Ms. Marquis that no member of the "Mahjoub team" reviewed opposing counsel's materials. In my view, since no member of the team reviewed Mr. Mahjoub's documents, it matters not that the identity of each member of the ministers' litigation team is not revealed on the record.

son témoignage est convaincant et je lui accorde une grande valeur.

[128] Parmi les membres de l'équipe qui ont également eu accès aux documents, quatre n'ont pas souscrit d'affidavits, à savoir, M^{mes} Krakowska, Lewicki, Rondeau et Goodyear. Il aurait été préférable que chacune d'entre elles souscrive un affidavit. J'estime toutefois que leur omission de le faire n'est pas fatale dans les circonstances. Mesdames Lewicki, Rondeau et Goodyear, qui étaient des assistantes juridiques, ont participé les 20 et 21 juillet 2011 au transfert des boîtes de la salle de travail de M. Mahjoub à la pièce 916. Deux autres assistantes juridiques, M^{mes} Dean et Krakowska, ont placé les documents dans des boîtes. Il ressort de la preuve que les boîtes sont demeurées fermées au cours du transport. Par conséquent, je suis convaincu que les trois assistantes juridiques en question n'ont pas pris connaissance du contenu des documents et que leur participation n'a causé aucun préjudice à M. Mahjoub.

[129] Madame Krakowska s'est présentée à la salle d'audience et aux salles de travail en compagnie de M^{me} Dean le 15 juillet 2011 en vue d'emballer et de récupérer les boîtes qui se trouvaient alors dans la salle d'audience. Madame Dean a expliqué que M^{me} Krakowska lui avait dit qu'elle n'avait pas pris connaissance du contenu des documents dans la salle d'audience ou les salles de travail. De plus, M^{me} Marquis a déclaré que M^{me} Krakowska, qui était l'une des assistantes juridiques ayant placé les documents dans des boîtes, n'avait examiné aucun des documents de M. Mahjoub.

[130] Bien qu'il eût été préférable que M. Tyndale, M. Larouche et M^{me} Krakowska souscrivent chacun un affidavit à l'appui de la présente requête, j'estime que leur défaut de le faire ne porte pas un coup fatal à la thèse des ministres dans le cadre de la présente requête, étant donné que j'accepte le témoignage de M^{me} Marquis suivant lequel aucun des membres de « l'équipe Mahjoub » n'a examiné les documents des avocats de la partie adverse. À mon avis, étant donné qu'aucun des membres de l'équipe n'a examiné les documents de M. Mahjoub, il importe peu que le dossier ne permette pas d'établir l'identité de chacun des membres de l'équipe du contentieux des ministres.

[131] Mr. Mahjoub argues that since the ministers did not establish who had access to his documents, they have failed to rebut the presumption. He maintains that evidence should have been led by all persons “with an interest in the proceeding” who had access to the unlocked office. Counsel for Mr. Mahjoub acknowledged that this would not mean that every DOJ lawyer in Canada would have to file evidence.

[132] I essentially agree with public counsel’s suggestion of the proposed pool of interested individuals. In the circumstances, I find that the relevant pool of “persons with an interest in the proceeding” who would have had access to the unlocked office 916 prior to it being sealed on September 1, 2011, consists of those individuals who were members of the Mahjoub team and representatives of the departmental clients, namely counsel for CSIS and CBSA personnel. It is my view that the ministers adduced the required evidence from those individuals.

[133] The ministers’ evidence concerning access to Mr. Mahjoub’s materials by members of the Mahjoub team has been reviewed above. On the basis of that evidence, I have determined that no member of the Mahjoub team reviewed Mr. Mahjoub’s materials. I also find, on the evidence, that counsel for CSIS and CBSA personnel did not enter office 916 at the DOJ in Toronto. It follows that they did not have access to Mr. Mahjoub’s privileged materials. In the result, I find that no prejudice to Mr. Mahjoub’s fair trial rights results from office 916 remaining unlocked prior to September 1, 2011.

[134] Mr. Mahjoub raises concerns relating to the photocopying of certain documents both within and outside the DOJ, as well as concerns relating to the separation process. These concerns relate to the risk of tampering with the documents and having more people accessing Mr. Mahjoub’s privileged documents. Although it would have been preferable had no internal

[131] Monsieur Mahjoub affirme que, comme les ministres n’ont pas démontré qui avait eu accès à ses documents, les ministres n’ont pas réfuté la présomption. Monsieur Mahjoub soutient que toutes les personnes [TRADUCTION] « ayant un intérêt dans l’instance » et qui ont eu accès au bureau avant qu’il ne soit verrouillé auraient dû présenter une preuve. Les avocats de M. Mahjoub ont admis que cela ne voulait pas dire que chacun des avocats du ministère de la Justice au Canada aurait dû présenter une preuve.

[132] Je retiens pour l’essentiel l’idée avancée par les avocats publics au sujet du bassin de personnes intéressées qu’ils proposent. Dans ces conditions, j’estime que le bassin pertinent de [TRADUCTION] « personnes ayant un intérêt dans l’instance » qui auraient eu accès à la pièce 916 non verrouillée avant qu’elle ne soit scellée le 1^{er} septembre 2011 est composé des personnes qui faisaient partie de l’équipe Mahjoub ainsi que des représentants des ministères clients, à savoir les avocats du SCRS et le personnel de l’ASFC. J’estime que les ministres ont soumis la preuve nécessaire de la part de ces personnes.

[133] Les éléments de preuve présentés par les ministres au sujet de l’accès, par les membres de l’équipe Mahjoub, aux documents des ministres ont déjà été examinés. Sur le fondement de ces éléments de preuve, je suis arrivé à la conclusion qu’aucun des membres de l’équipe Mahjoub n’a examiné les documents de M. Mahjoub. Je conclus également, au vu de la preuve, que les avocats du SRCR et le personnel de l’ASFC ne sont pas entrés à l’intérieur de la pièce 916 du ministère de la Justice à Toronto. Il s’ensuit qu’ils n’ont pas eu accès aux documents confidentiels de M. Mahjoub. Je conclus donc qu’aucune atteinte n’a été portée au droit de M. Mahjoub à un procès équitable du fait que la pièce 916 n’était pas verrouillée avant le 1^{er} septembre 2011.

[134] Monsieur Mahjoub exprime des réserves au sujet de la photocopie de certains documents tant dans les bureaux du ministère de la Justice qu’à l’extérieur et il exprime aussi des réserves au sujet du processus de séparation. Il s’inquiète du risque de manipulation des documents et du fait que d’autres personnes auraient pu avoir accès à ses documents confidentiels. Bien qu’il eût

or outside copying of documents occurred, the evidence shows that the outside service used to copy a limited number of the larger documents was a bonded service that had been used by the DOJ on prior occasions. The evidence also establishes that the legal assistant responsible for internal copying of documents, Ms. Schneider, was tasked to ensure that sufficient copies of certain exhibits were made for the court proceeding as directed by counsel. Ms. Schneider is identified as a member of the ministers' litigation team and her evidence is that she did not conduct a review of the documents. In the circumstances, I find that no prejudice to Mr. Mahjoub flows from the copying of his documents.

[135] Further, I find that the proceeding mandated by the October 4, 2011 Court order, led by Prothonotary Aalto, was meticulously carried out and did not, in any way, further contribute to any prejudice the taking of the documents may have caused. To be clear, on the evidence, I find that no prejudice to Mr. Mahjoub results from the separation process conducted by Prothonotary Aalto pursuant to the October 4, 2011 Court order.

[136] On the basis of the evidence adduced, I find that the ministers have rebutted the presumption of prejudice. A reasonably informed person would be satisfied, in the circumstances, that there is no real risk that Mr. Mahjoub's privileged materials which were in the possession of the ministers will be used to his prejudice should the proceeding continue. The fairness of the trial is not in question.

(4) Does the conduct of the ministers connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process? If so, what is the appropriate remedy?

été préférable qu'aucune photocopie interne ou externe des documents ne soit effectuée, la preuve démontre que l'entreprise extérieure à laquelle on a recouru pour faire photocopier un nombre limité de documents plus volumineux était une entreprise cautionnée dont le ministère de la Justice avait déjà utilisé les services. La preuve établit également que l'assistante juridique qui s'est occupée de photocopier les documents à l'interne, M^{me} Schneider, avait reçu comme directives de s'assurer qu'un nombre suffisant de copies de certaines pièces soit fait pour le procès, conformément aux directives des avocats. Madame Schneider fait partie de l'équipe du contentieux des ministres et elle a expliqué dans son témoignage qu'elle n'avait pas examiné les documents. Dans ces conditions, j'estime qu'aucun préjudice n'a été causé à M. Mahjoub en raison de la photocopie de ses documents.

[135] J'estime en outre que la procédure prescrite aux termes de l'ordonnance de la Cour du 4 octobre 2011 a été méticuleusement suivie par le protonotaire Aalto et que cette procédure n'a aucunement contribué à aggraver le préjudice que la prise de possession des documents aurait pu causer. Pour être clair, j'estime, vu l'ensemble de la preuve, qu'aucun préjudice n'a été causé à M. Mahjoub en raison du processus de séparation suivi par le protonotaire Aalto conformément à l'ordonnance judiciaire du 4 octobre 2011.

[136] Je conclus, sur le fondement de l'ensemble de la preuve produite, que les ministres ont réfuté la présomption de préjudice. Une personne raisonnablement informée serait convaincue, dans les circonstances, qu'il n'y a aucun risque véritable que les documents confidentiels de M. Mahjoub qui se sont retrouvés en la possession des ministres soient utilisés à son détriment si l'instance devait se poursuivre. L'équité du procès n'est pas en cause.

(4) La conduite des ministres traduit-elle un comportement inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de porter ainsi atteinte à l'intégrité du processus judiciaire? Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

[137] Having determined that the ministers have rebutted the presumption of risk to Mr. Mahjoub's fair trial rights if the proceedings continue, I now turn to Mr. Mahjoub's abuse of process argument. He argues that since solicitor-client privilege is central to the administration of justice, and that the ministers had possession of his privileged information, continuing the proceeding would bring the administration of justice into disrepute. Consequently, Mr. Mahjoub contends that the Court should grant a permanent stay of proceedings on the basis of an abuse of process that falls within the residual category.

[138] Mr. Mahjoub argues that since the underlying purpose for the residual category of abuse of process, the long term, forward-looking societal interest in maintaining confidence in the justice system, is the same as that addressed by subsection 24(2) of the Charter, the Court should adopt the test used in subsection 24(2) cases. In *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, the Supreme Court set out the applicable test in such cases at paragraph 71 of its decision:

A review of the authorities suggests that whether the admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute engages three avenues of inquiry, each rooted in the public interests engaged by s. 24(2), viewed in a long-term, forward-looking and societal perspective. When faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on society's confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct (admission may send the message the justice system condones serious state misconduct), (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused (admission may send the message that individual rights count for little), and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. The court's role on a s. 24(2) application is to balance the assessments under each of these lines of inquiry to determine whether, considering all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. These concerns, while not precisely tracking the categories of considerations set out in *Collins*, capture the factors relevant to the s. 24(2) determination as enunciated in *Collins* and subsequent jurisprudence.

[137] Après avoir conclu que les ministres ont réfuté la présomption que le droit de M. Mahjoub à un procès équitable serait compromis si l'instance devait se poursuivre, je passe maintenant à l'argument formulé par M. Mahjoub au sujet de l'abus de procédure. Monsieur Mahjoub soutient que, comme le secret professionnel de l'avocat constitue un élément clé de l'administration de la justice et que les ministres avaient en leur possession des renseignements confidentiels le concernant, la poursuite de l'instance aurait pour effet de ternir l'image de l'administration de la justice. En conséquence, M. Mahjoub affirme que la Cour devrait suspendre définitivement les procédures pour cause d'abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle.

[138] Monsieur Mahjoub affirme que, comme l'objectif sous-jacent de la catégorie résiduelle de l'abus de procédure, c'est-à-dire l'intérêt public à long terme considéré dans une perspective sociétale prospective consistant à assurer la confiance de la société envers le système de justice, est le même que celui que vise le paragraphe 24(2) de la Charte, la Cour devrait adopter le critère utilisé dans les affaires relatives au paragraphe 24(2) de la Charte. Dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la Cour suprême a énoncé le critère applicable en pareil cas au paragraphe 71 de sa décision :

Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine qu'il faut, pour déterminer si l'utilisation d'un élément de preuve obtenue en violation de la *Charte* déconsidérerait l'administration de la justice, examiner trois questions tirant chacune leur origine des intérêts publics sous-jacents au par. 24(2), considérés à long terme dans une perspective sociétale prospective. Ainsi, le tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État), (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids) et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Le rôle du tribunal appelé à trancher une demande fondée sur le par. 24(2) consiste à procéder à une mise en balance de chacune de ces questions pour déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien qu'elles ne recourent pas exactement les

[139] In my view, adopting the test as laid out in *Grant*, above, is unnecessary in this instance. In *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, the Supreme Court has recently provided guidance on how the courts are to deal with cases that fall within the residual category of an abuse of process. At paragraphs 41–42 of its decision the Court wrote:

Under the residual category of cases, prejudice to the accused's interests, although relevant, is not determinative. Of course, in most cases, the accused will need to demonstrate that he or she was prejudiced by the prosecutorial conduct in some significant way to successfully make out an abuse of process claim. But prejudice under the residual category of cases is better conceptualized as an act tending to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice. This essential balancing character of abuse of process under the residual category of cases was well captured by the words of L'Heureux-Dubé J. in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. She stated the following:

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt*, *supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure “that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society” (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.). It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfill its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis in original [added by Charron J.]; p. 1667.]

The test for granting a stay of proceedings for abuse of process, regardless of whether the abuse causes prejudice to the accused's fair trial interests or to the integrity of the justice system, is that set out in *Canada (Minister of Citizenship &*

catégories élaborées dans *Collins*, ces questions visent les facteurs pertinents pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2), tels qu'ils ont été formulés dans *Collins* et dans la jurisprudence subséquente.

[139] À mon avis, il n'est pas nécessaire d'adopter en l'espèce le critère posé dans l'arrêt *Grant*, précité. Dans l'arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, la Cour suprême a récemment donné quelques indications au sujet de la façon dont les tribunaux devaient traiter des cas relevant de la catégorie résiduelle de l'abus de procédure. Aux paragraphes 41 et 42 de sa décision, la Cour a écrit :

Dans la catégorie résiduelle de cas, l'atteinte aux droits de l'accusé est pertinente, mais non déterminante. Bien entendu, dans la plupart des cas, l'accusé n'établira le bien-fondé de son allégation d'abus de procédure que s'il parvient à démontrer que la conduite du poursuivant lui a causé un certain préjudice. Cependant, en ce qui concerne cette catégorie de cas, il est préférable de concevoir le préjudice subi comme un acte tendant à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice. Les propos suivants de la juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, expriment bien le caractère essentiel de l'équilibre à atteindre en matière d'abus de procédure en ce qui concerne la catégorie résiduelle de cas :

Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer « que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société » (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société [de veiller à ce] que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Je souligne [souligné par le juge Charron]; p. 1667.]

Le critère à appliquer pour décider s'il y a lieu d'accorder une suspension de l'instance pour abus de procédure, peu importe qu'il y ait eu ou non atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à l'intégrité du système de justice, est celui

Immigration) v. *Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297. A stay of proceedings will only be appropriate when: “(1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice” (*Regan*, at para. 54, citing *O’Connor*, at para. 75).

[141] At issue is whether the circumstances of the taking and co-mingling of the documents has undermined society’s expectations of fairness in the administration of justice to the point that “the carrying forward of the prosecution will offend society’s sense of justice” (*Tobiass*, above, at paragraph 91).

[142] Mr. Mahjoub essentially argues that the ministers’ conduct in this instance is unfair and affects the integrity of the administration of justice so as to undermine the integrity of the judicial process. He points to the following events in support of his argument:

- a. the ministers seized his privileged materials;
- b. the ministers co-mingled his documents with theirs;
- c. the ministers failed to act on the July 15, 2011 email sent to their team indicating that all documents were in a single breakout room;
- d. the ministers did not seal the eight boxes of miscellaneous documents once it was believed that some of the documents may belong to him;
- e. the ministers did not initially inform him about the photocopying of some of his documents;
- f. the ministers did not initially inform him about movers entering office 916 with boxes belonging to Amy Lambiris.

[143] The circumstances that led to the taking and co-mingling of Mr. Mahjoub’s documents have been

qui a été exposé dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, et *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297. Il ne conviendra d’ordonner la suspension de l’instance que lorsque les deux critères suivants seront remplis : « (1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice » (*Regan*, par. 54, citant *O’Connor*, par. 75).

[141] La question qui se pose en l’espèce est celle de savoir si les circonstances dans lesquelles les documents ont été saisis et amalgamés ont eu pour effet de miner les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice au point où « la poursuite des procédures choquera le sens de la justice de la société » (*Tobiass*, précité, au paragraphe 91).

[142] Monsieur Mahjoub soutient essentiellement que la conduite des ministres en l’espèce est injuste et qu’elle porte atteinte à l’intégrité de l’administration de la justice au point de miner l’intégrité du processus judiciaire. Il cite les faits suivants à l’appui de son argument :

- a. les ministres ont saisi ses documents confidentiels;
- b. les ministres ont amalgamé ses documents avec les leurs;
- c. les ministres n’ont pas donné suite au courriel du 15 juillet 2011 qui avait été adressé à leur équipe pour les informer que tous les documents se trouvaient dans une seule salle de travail;
- d. les ministres n’ont pas scellé les huit boîtes de documents divers après avoir appris que certains de ces documents pouvaient appartenir à M. Mahjoub;
- e. les ministres ne l’ont pas informé dès le départ du fait que certains de ses documents avaient été photocopiés;
- f. les ministres ne l’ont pas informé dès le départ du fait que des déménageurs étaient entrés dans la pièce 916 avec des boîtes appartenant à Amy Lambiris.

[143] Les circonstances qui ont conduit à la saisie et à l’amalgame des documents de M. Mahjoub ont déjà

canvassed earlier in these reasons. Based on the evidentiary record, I have found that the conduct of the ministers, although negligent, was unintentional and does not affect the fairness of the underlying proceeding.

[144] As the Supreme Court stated in *Nixon*, above, prejudice as it is understood under the residual category of cases concerns conduct that undermines society's expectations of fairness in the administration of justice. The privileges in play on this motion, in particular, confidences shared between solicitor and client, are central to the administration of justice in an adversarial system. The public has an interest in maintaining the integrity of the solicitor-client relationship. The physical possession of privileged documents by the opposing party is a serious matter that in some circumstances could have a devastating long-term impact on societal confidence in the administration of justice. Notwithstanding my determination that the ministers' conduct did not impact on the fairness of the proceeding or prejudice Mr. Mahjoub, the appearance of fairness in the judicial process is of utmost importance. In my view, the circumstances here lead me to conclude the appearance of fairness has been compromised. Consequently, I find there to be an abuse of process in the residual category.

[145] I am of the view that a remedy is warranted to ensure that the ministers' conduct does not undermine society's expectation in the administration of justice. In the circumstances, this is not the clearest of cases that would warrant a permanent stay of proceedings. Rather, a lesser remedy, to be discussed below, is available to ensure that any affront to the appearance of fairness will not be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the proceedings or by their outcome.

[146] As found by the Supreme Court in *Nixon*, above, an essential balancing exercise is required where an abuse of process is found in the residual category of cases. This balancing exercise involves weighing the

été analysées dans les présents motifs. Compte tenu du dossier de la preuve, je suis parvenu à la conclusion que, bien que négligente, la conduite des ministres n'était pas intentionnelle et qu'elle n'a pas entaché l'équité de la procédure sous-jacente.

[144] Ainsi que la Cour suprême l'a déclaré dans l'arrêt *Nixon*, précité, le préjudice tel qu'on le conçoit dans la catégorie résiduelle de cas s'entend d'actes qui minent les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice. Les privilèges en jeu dans la présente requête, en particulier les communications confidentielles échangées entre les avocats et le client, constituent un aspect central de l'administration de la justice dans un système fondé sur le principe du débat contradictoire. Le public a un intérêt à ce que l'intégrité des relations avocat-client soit maintenue. La possession physique de documents confidentiels par la partie adverse est une question grave, qui, dans certaines circonstances, pourrait avoir des effets dévastateurs à long terme sur la confiance de la société envers l'administration de la justice. Malgré ma conclusion que la conduite des ministres n'a pas eu d'incidence sur l'équité de la procédure et qu'elle n'a pas causé de préjudice à M. Mahjoub, l'apparence d'équité du processus judiciaire revêt une importance capitale. À mon avis, les circonstances de l'espèce m'amènent à conclure que l'apparence d'équité a été compromise. En conséquence, j'estime qu'un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été commis en l'espèce.

[145] À mon avis, il convient d'accorder une réparation pour faire en sorte que la conduite des ministres ne mine pas les attentes de la société envers l'administration de la justice. Nous n'avons pas affaire à une situation claire qui justifierait une suspension permanente des procédures. Une réparation moindre, sur laquelle nous reviendrons plus loin, peut être accordée en l'espèce pour faire en sorte que toute atteinte à l'apparence d'équité ne sera pas manifestée, perpétuée ou aggravée lors du déroulement de l'instance ou en raison de l'issue de la demande.

[146] Ainsi que la Cour suprême du Canada l'a jugé dans l'arrêt *Nixon*, précité, il est essentiel de chercher à atteindre un équilibre lorsqu'un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle de cas est commis.

interests that would be served in granting a stay of proceedings against society's interest in having a final decision on the merits. In balancing these interests, I have considered the following factors, namely: the particulars of the case and the nature of the proceedings, Mr. Mahjoub's circumstances, the seriousness of the ministers' conduct and its impact on the integrity of the administration of justice, and society's interest in the adjudication of the case on its merits. For the most part, these factors have been canvassed earlier in these reasons. There is an important societal interest in having such cases decided on the merits, both for the named individual who seeks to have his or her name cleared and for the ministers who are obligated to protect Canada's national security (*O'Connor*, above, at paragraph 81; *Al Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 482; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1243, 224 C.R.R. (2d) 167, revd on other grounds 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635).

[147] Upon considering the record in this instance, I find that the affront to fair play and decency caused by the ministers' taking and co-mingling of Mr. Mahjoub's privileged documents is not disproportionate to the societal interest of having the underlying proceeding continue and be ultimately decided on the merits.

[148] In the circumstances, in order to dispel any lingering perception that counsel for the ministers may have reviewed privileged materials belonging to Mr. Mahjoub and ensure that public confidence in the system of justice is maintained, I will consider permanently removing from the file certain members of the Mahjoub team. In doing so, I am guided by the six non-exhaustive factors to be considered in determining whether solicitors should be removed suggested by the Supreme Court in *Celanese*, above, and set out at paragraph 81 above. I will briefly review each of these factors.

[149] As to the first factor, I have reviewed in significant detail the ministers' taking and co-mingling of Mr. Mahjoub's documents earlier in these reasons.

Pour ce faire, il faut sopeser les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond. Pour sopeser ces intérêts, j'ai tenu compte des facteurs suivants, en l'occurrence, les faits de l'espèce et la nature de l'instance, la situation de M. Mahjoub, la gravité de la conduite du ministre et ses incidences sur l'intégrité de l'administration de la justice, ainsi que l'intérêt que représente pour la société le prononcé d'un jugement définitif sur le fond. Pour l'essentiel, ces facteurs ont déjà été analysés dans les présents motifs. Il est d'un intérêt primordial pour la société que ces affaires soient tranchées sur le fond, tant pour la personne qui cherche à défendre sa réputation que pour les ministres, qui ont l'obligation de protéger la sécurité nationale du Canada (arrêt *O'Connor*, au paragraphe 81; *Al Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 482; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1243, décision infirmée pour d'autres motifs à 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635).

[147] Après avoir examiné le dossier en l'espèce, je conclus que l'atteinte au franc jeu et à la décence causée par la saisie et par l'amalgame, par les ministres, des documents confidentiels de M. Mahjoub, n'est pas disproportionnée par rapport à l'intérêt de la société de faire en sorte que l'instance sous-jacente se poursuive et qu'une décision définitive soit rendue sur le fond.

[148] Dans ces conditions, pour écarter toute perception qui pourrait subsister et qui donnerait à penser que les avocats des ministres ont pris connaissance des documents confidentiels appartenant à M. Mahjoub et pour s'assurer de préserver la confiance du public dans le système de justice, je vais examiner la possibilité de retirer de façon permanente du dossier certains des membres de l'équipe Mahjoub. Pour ce faire, je m'inspire des six facteurs non exhaustifs dont il faut tenir compte pour déterminer dans quel cas il convient d'ordonner à des avocats de cesser d'occuper. Ces facteurs ont été proposés par la Cour suprême dans l'arrêt *Celanese*, et ont déjà été énoncés au paragraphe 81 des présents motifs. Je vais les examiner brièvement à tour de rôle.

[149] En ce qui concerne le premier facteur, j'ai déjà examiné dans les présents motifs en détail la manière dont les ministres s'étaient emparés des documents de

Suffice it to say that the documents came into the ministers' possession as a result of an unintentional and negligent mistake by members of the Mahjoub team.

[150] As to the second factor, upon recognizing that they were in possession of some of Mr. Mahjoub's documents, the ministers set aside eight boxes of miscellaneous documents believed to contain some of Mr. Mahjoub's materials. The ministers labeled these boxes "To be reviewed by Public counsel". However, office 916 was not sealed at this point. As the ministers subsequently discovered on September 1, 2011, documents belonging to Mr. Mahjoub, other than those in the eight boxes, were also found in office 916.

[151] As to the third factor, my findings on the extent of the review of the privileged material are canvassed earlier in these reasons. While I have determined that the members of the Mahjoub team did not conduct a review of the materials, certain members of the team nevertheless had access to and handled the materials. Ms. Schneider, tasked with organizing the materials, spent over a week sorting documents. Other members of the Mahjoub team, including Ms. Stewart Guthrie, Mr. Engel, Ms. Dean and Ms. Espejo-Clarke, also handled, looked at and/or flipped through materials that belonged to Mr. Mahjoub, which likely included privileged documents.

[152] With respect to the fourth factor, I am satisfied, based on the Report of Prothonotary Aalto, that prejudicial privileged materials belonging to Mr. Mahjoub were in the possession of the ministers.

[153] As to the fifth factor, there remained only four witnesses to be called by Mr. Mahjoub when the taking of the documents occurred. Since lead counsel would remain on the file, there is less concern should certain counsel on the Mahjoub team be removed permanently at this late stage of the proceedings.

M. Mahjoub et les avaient amalgamés. Qu'il suffise de dire que les ministres sont entrés en possession des documents par suite d'une erreur involontaire commise par négligence par des membres de l'équipe Mahjoub.

[150] En ce qui concerne le second facteur, après avoir reconnu qu'ils avaient en leur possession certains des documents de M. Mahjoub, les ministres ont mis à part huit boîtes contenant des documents divers dont on croyait que certaines contenaient des documents appartenant à M. Mahjoub. Les ministres ont apposé l'étiquette suivante sur ces boîtes [TRADUCTION] « À examiner par les avocats publics ». Toutefois, la pièce 916 n'a pas été scellée tout de suite. Comme les ministres l'ont par la suite découvert le 1^{er} septembre 2011, des documents appartenant à M. Mahjoub en plus de ceux se trouvant dans les huit boîtes en question ont également été trouvés dans la pièce 916.

[151] En ce qui concerne le troisième facteur, j'ai déjà tiré dans les présents motifs des conclusions au sujet de la mesure dans laquelle les documents privilégiés avaient été examinés. Bien que j'aie conclu que les membres de l'équipe Mahjoub n'ont pas pris connaissance des documents, certains membres de cette équipe avaient néanmoins accès à ces documents et les ont manipulés. Madame Schneider, qui était chargée de classer les documents, a passé plus d'une semaine à les trier. D'autres membres de l'équipe Mahjoub, y compris M^{me} Stewart Guthrie, M. Engel, M^{me} Dean et M^{me} Espejo-Clarke, ont également manipulé, examiné et/ou feuilleté des documents qui appartenaient à M. Mahjoub et au nombre desquels se trouvaient probablement des documents confidentiels.

[152] En ce qui concerne le quatrième facteur, je suis convaincu, sur la foi du rapport du protonotaire Aalto, que les ministres avaient en leur possession des documents confidentiels appartenant à M. Mahjoub préjudiciables à ce dernier.

[153] En ce qui concerne le cinquième facteur, il ne restait que quatre témoins devant être appelés à comparaître pour le compte de M. Mahjoub lorsque les documents ont été pris. Comme l'avocat principal continuerait à être inscrit au dossier, il y a peu de raisons de craindre que certains des avocats de l'équipe Mahjoub

[154] As to the sixth factor, I have already determined that the ethical walls put in place and precautionary measures taken by the ministers were appropriate and effective from the time they were implemented. No such measures were in place from July 20, 2011, until September 1, 2011.

[155] Upon considering the above factors, in the interest of ensuring public confidence in the administration of justice, I will order that the following members of the Mahjoub team who accessed Mr. Mahjoub's documents be removed permanently from the file and be barred from having access to any of the materials or information relating to the file. Further, they will be ordered not to discuss any information relating to the file with anyone or communicate such information to anyone:

1. Ms. Stewart Guthrie;
2. Ms. Krakowska;
3. Ms. Rondeau;
4. Ms. Goodyear;
5. Ms. Lewicki;
6. Ms. Schneider;
7. Ms. Kaneira;
8. Ms. Martins;
9. Mr. Engel;
10. Ms. Dean; and
11. Ms. Espejo-Clarke.

[156] In my view, permanently removing these members of the Mahjoub team constitutes a lesser remedy that is reasonably capable of removing the prejudice found to arise by reason of the abuse of process in the

soient forcés de se retirer de façon permanente à cette étape tardive de l'instance.

[154] Quant au sixième facteur, j'ai déjà conclu que les murs éthiques qui ont été érigés ainsi que les mesures de précaution prises par les ministres étaient appropriés et efficaces dès qu'ils ont été mis en place. Aucune mesure de ce genre n'existait entre le 20 juillet 2011 et le 1^{er} septembre 2011.

[155] Après examen des facteurs susmentionnés, je vais ordonner, pour assurer la confiance du public dans l'administration de la justice, que les membres suivants de l'équipe Mahjoub qui ont eu accès aux documents de M. Mahjoub se retirent de façon permanente du dossier et qu'il leur soit interdit d'avoir accès aux documents ou renseignements se rapportant au dossier. Il leur sera par ailleurs interdit de discuter de tout renseignement concernant le dossier avec qui que ce soit ou de communiquer de tels renseignements à qui que ce soit :

1. M^{me} Stewart Guthrie;
2. M^{me} Krakowska;
3. M^{me} Rondeau;
4. M^{me} Goodyear;
5. M^{me} Lewicki;
6. M^{me} Schneider;
7. M^{me} Kaneira;
8. M^{me} Martins;
9. M. Engel;
10. M^{me} Dean;
11. M^{me} Espejo-Clarke.

[156] À mon avis, ordonner à ces personnes de l'équipe Mahjoub de se retirer du dossier constitue une réparation moindre qui est raisonnablement susceptible d'éviter le préjudice dont l'existence a été constatée en

residual category. A person reasonably informed of the totality of the circumstances would be satisfied that the proceedings could continue without a loss of confidence in the integrity of the administration of justice.

SECTION 8 CHARTER VIOLATION

[157] In the circumstances, I am satisfied that the taking by the ministers of Mr. Mahjoub's documents constitutes a "seizure" under section 8 of the Charter.

[158] The impact of the seizure of Mr. Mahjoub's documents by the ministers has been canvassed in the above reasons. In the result, I have determined that the permanent stay of proceedings sought by Mr. Mahjoub is not appropriate in the circumstances. As discussed above a lesser remedy was available and will be provided. Nonetheless, I am of the view that it will be appropriate for the Court to consider the violation of Mr. Mahjoub's section 8 Charter rights and the significant delay caused thereby as factors in Mr. Mahjoub's underlying motion for abuse of process.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. Mr. Mahjoub's motion is granted in part.
2. The following members of the ministers' litigation team are permanently removed from the file, barred from working on the proceedings or having access to any of the materials or information relating to the file, and ordered not to discuss any information relating to the file with anyone or communicate such information to anyone:

1. Ms. Stewart Guthrie;
2. Ms. Krakowska;

raison de l'abus de procédure commis en l'espèce et qui relève de la catégorie résiduelle. Une personne raisonnable informée de l'ensemble des circonstances serait convaincue que l'instance peut se poursuivre sans perte de confiance à l'égard de l'intégrité de l'administration de la justice.

VIOLATION DE L'ARTICLE 8 DE LA CHARTE

[157] Dans ces conditions, je suis convaincu qu'en s'emparant des documents de M. Mahjoub, les ministres ont procédé à une « saisie » au sens de l'article 8 de la Charte.

[158] J'ai déjà examiné dans les présents motifs les répercussions de la saisie des documents de M. Mahjoub par les ministres. Ainsi, je suis arrivé à la conclusion que la suspension permanente des procédures réclamée par M. Mahjoub n'est pas appropriée dans les circonstances. Comme je l'ai déjà expliqué, il est possible en l'espèce d'accorder une réparation moindre et c'est ce qui sera fait. Je suis néanmoins d'avis qu'il conviendrait que la Cour se penche sur la question de la violation des droits garantis à M. Mahjoub par l'article 8 de la Charte et sur les retards importants occasionnés par cette violation comme facteurs invoqués au soutien de la requête en abus de procédure de M. Mahjoub.

ORDONNANCE

LA COUR :

1. ACCUEILLE en partie la requête de M. Mahjoub;
2. ORDONNE aux membres suivants de l'équipe du contentieux des ministres de se retirer de façon permanente du dossier, leur INTERDIT de consulter quelque document ou renseignement que ce soit se rapportant au dossier ou de discuter de tout renseignement concernant le dossier avec qui que ce soit ou de communiquer de tels renseignements à qui que ce soit :

1. M^{me} Stewart Guthrie;
2. M^{me} Krakowska;

3. Ms. Rondeau;

4. Ms. Goodyear;

5. Ms. Lewicki;

6. Ms. Schneider;

7. Ms. Kaneira;

8. Ms. Martins;

9. Mr. Engel;

10. Ms. Dean; and

11. Ms. Espejo-Clarke.

3. All other relief sought on the motion is denied.

3. M^{me} Rondeau;

4. M^{me} Goodyear;

5. M^{me} Lewicki;

6. M^{me} Schneider;

7. M^{me} Kaneira;

8. M^{me} Martins;

9. M. Engel;

10. M^{me} Dean;

11. M^{me} Espejo-Clarke.

3. REFUSE d'accorder les autres réparations sollicitées dans la requête.

2012 FCA 183
A-470-11

2012 CAF 183
A-470-11

Attorney General of Canada, The Minister of Agriculture and Agri-Food in his Capacity as Minister Responsible for the Canadian Wheat Board (*Appellants*)

Procureur général du Canada, le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire en sa qualité de ministre responsable de la Commission canadienne du blé (*appelants*)

v.

c.

Friends of the Canadian Wheat Board, Harold Bell, Daniel Gauthier, Ken Eshpeter, Terry Boehm, Lyle Simonson, Lynn Jacobson, Robert Horne, Wilf Harder, Laurence Nicholson, Larry Bohdanovich, Keith Ryan, Andy Baker, Norbert Van Deynze, William Acheson, Luc Labossiere, William Nicholson, Rene Saquet, and The Canadian Wheat Board (*Respondents*)

Friends of the Canadian Wheat Board, Harold Bell, Daniel Gauthier, Ken Eshpeter, Terry Boehm, Lyle Simonson, Lynn Jacobson, Robert Horne, Wilf Harder, Laurence Nicholson, Larry Bohdanovich, Keith Ryan, Andy Baker, Norbert Van Deynze, William Acheson, Luc Labossiere, William Nicholson, Rene Saquet et la Commission canadienne du blé (*intimés*)

and

et

Council of Canadians, ETC Group (Action Group on Erosion, Technology and Concentration), Public Service Alliance of Canada and Food Secure Canada (*Intervenors*)

Le Conseil des Canadiens, ETC Group (Action Group on Erosion, Technology and Concentration), l'Alliance de la Fonction publique du Canada et Sécurité alimentaire Canada (*intervenants*)

A-471-11

A-471-11

Minister of Agriculture and Agri-Food in his Capacity as Minister Responsible for the Canadian Wheat Board (*Appellant*)

Le Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire en sa qualité de ministre responsable de la Commission canadienne du blé (*appelant*)

v.

c.

The Canadian Wheat Board, Allen Oberg, Rod Flaman, Cam Goff, Kyle Korneychuk, John Sandborn, Bill Toews, Stewart Wells and Bill Woods (*Respondents*)

La Commission canadienne du blé, Allen Oberg, Rod Flaman, Cam Goff, Kyle Korneychuk, John Sandborn, Bill Toews, Stewart Wells et Bill Woods (*intimés*)

and

et

Council of Canadians, ETC Group (Action Group on Erosion, Technology and Concentration), Public Service Alliance of Canada and Food Secure Canada (*Intervenors*)

Le Conseil des Canadiens, ETC Group (groupe d'action et de recherche sur l'érosion, la technologie et la concentration), l'Alliance de la Fonction publique du Canada et Sécurité alimentaire Canada (*intervenants*)

**INDEXED AS: FRIENDS OF THE CANADIAN WHEAT BOARD
v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

Federal Court of Appeal, Sharlow, Trudel and Mainville
J.J.A.—Ottawa, May 23 and June 18, 2012.

Agriculture — Consolidated appeals from Federal Court orders declaring that Minister of Agriculture and Agri-Food failing to comply with statutory duty pursuant to Canadian Wheat Board Act (CWB Act), s. 47.1 to consult with Canadian Wheat Board (CWB), to obtain consent of wheat, barley producers prior to introducing Bill C-18 in Parliament (An Act to reorganize the Canadian Wheat Board and to make consequential and related amendments to certain Acts), which resulted in adoption of Marketing Freedom for Grain Farmers Act — S. 47.1 requiring consultations with CWB, favourable vote by producers before bill proposing exclusion of certain kinds or grades of wheat, barley from grain marketing monopoly can be introduced in Parliament — Federal Court finding that CWB Act intended to require Minister to consult, gain consent where addition or subtraction of particular grains or types of grain from marketing regime contemplated, where change to CWB's democratic structure involved — Thus, Federal Court finding that expansive meaning should be given to CWB Act, s. 47.1 so as to ensure to wheat, barley producers control over all fundamental legislative changes thereto — Whether Minister legally bound by CWB Act, s. 47.1 to consult with CWB, to obtain favourable consent of wheat, barley grain producers through vote prior to introducing Bill C-18 — Factors considered herein to ascertain scope of CWB Act, s. 47.1 including statutory interpretation; legislative history, context in which s. 47.1 adopted; determination of legislative intent; parliamentary debates; democratic values; Canada's international trade obligations under NAFTA (North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America) — Given legislative history, context in which s. 47.1 adopted, interpretation precluding Minister from introducing in Parliament legislation which would fundamentally modify CWB's mandate or lead to repeal of CWB Act could not be sustained — In conclusion, based on considerations examined, scope of CWB Act, 47.1 not extending to Marketing Freedom for Grain Farmers Act — Appeals allowed.

**RÉPERTORIÉ : FRIENDS OF THE CANADIAN WHEAT BOARD
c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Trudel et
Mainville, J.C.A.—Ottawa, 23 mai et 18 juin 2012.

Agriculture — Appels regroupés interjetés à l'encontre d'ordonnances de la Cour fédérale déclarant que le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire a fait défaut de se conformer à l'obligation que lui imposait l'art. 47.1 de la Loi sur la Commission canadienne du blé (Loi sur la CCB) de consulter la Commission canadienne du blé (CCB) et d'obtenir le consentement des producteurs de blé et d'orge avant de présenter au Parlement le projet de loi C-18 (Loi réorganisant la Commission canadienne du blé et apportant des modifications corrélatives et connexes à certaines lois), qui s'était soldé par l'adoption de la Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation — L'art. 47.1 crée une obligation de consulter la CCB et d'obtenir le vote favorable des producteurs avant qu'un projet de loi proposant l'exclusion de certains types et grades de blé et d'orge du monopole de commercialisation des grains puisse être déposé au Parlement — La Cour fédérale a conclu que la Loi sur la CCB visait à exiger du ministre qu'il procède à une consultation et qu'il obtienne le consentement des producteurs dans les cas où il envisage l'inclusion ou l'exclusion de grains ou de types de grain au régime de commercialisation, ainsi que la modification à la structure démocratique de la CCB — Par conséquent, la Cour fédérale était d'avis qu'il convenait de donner un sens élargi à l'art. 47.1, de façon à garantir que les producteurs de blé et d'orge exercent un contrôle sur tous les changements législatifs fondamentaux que l'on apporte à la Loi sur la CCB — Il s'agissait de savoir si le ministre était légalement tenu par l'art. 47.1 de la Loi sur la CCB de consulter la CCB et d'obtenir par voie de scrutin le consentement des producteurs de grains de blé et d'orge avant de déposer au Parlement le projet de loi C-18 — Les facteurs examinés aux présentes en vue de déterminer la portée de l'art. 47.1 de la Loi sur la CCB comprenaient l'interprétation législative, l'historique législatif, le contexte dans lequel l'art. 47.1 a été adopté, la détermination de l'intention du législateur, les débats parlementaires, les valeurs démocratiques et les obligations que l'ALÉNA (Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique) impose au Canada en matière de commerce international — Compte tenu de l'historique législatif et du contexte dans lequel l'art. 47.1 a été adopté, aucun argument ne pouvait soutenir l'interprétation qui aurait empêché le ministre de présenter au Parlement un projet de loi qui aurait modifié fondamentalement le mandat de la CCB ou qui mènerait à l'abrogation de la Loi sur la CCB — En conclusion, selon les facteurs examinés, la portée de l'art. 47.1 de la Loi sur la CCB

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Minister of Agriculture and Agri-Food introducing in Parliament Bill C-18 (amending Canadian Wheat Board Act) to allow western farmers freedom to sell wheat, barley on open market — Bill C-18 resulting in adoption of Marketing Freedom for Grain Farmers Act — Charter, s. 2(d) not extending any constitutional protection to marketing monopoly or to compulsory price pooling system as contemplated by Canadian Wheat Board Act — Marketing Freedom for Grain Farmers Act not restricting grain producers' ability to associate for purposes of marketing or pooling their products.

These were consolidated appeals from orders of the Federal Court declaring that the Minister of Agriculture and Agri-Food failed to comply with his statutory duty pursuant to section 47.1 of the *Canadian Wheat Board Act* (CWB Act) to consult with the Canadian Wheat Board (CWB) and to obtain the consent of wheat and barley producers by means of a vote prior to introducing Bill C-18 in Parliament (*An Act to reorganize the Canadian Wheat Board and to make consequential and related amendments to certain Acts*), which resulted in the adoption of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*.

These appeals formed part of a series of legal proceedings challenging the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*. The object of these appeals were the Federal Court orders issued as a result of the judicial review applications. Following the Federal Court's declarations, other proceedings were instituted involving the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act* whereby various declarations were sought.

The CWB's operations today concern principally wheat and barley produced in a "designated area" as defined under subsection 2(1) of the CWB Act. The CWB's operations have been governed by four fundamental principles: grain marketing monopoly; compulsory price pooling; federal government financial guarantees; and federal government control. The combined effect of the CWB's grain marketing monopoly and of the compulsory price pooling system is referred to as the "single desk". Legislative amendments were made in 1998 devolving partial control of the CWB to grain producers.

ne s'étend pas à la Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation — Appels accueillis.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire a présenté au Parlement le projet de loi C-18 (Loi réorganisant la Commission canadienne du blé et apportant des modifications corrélatives et connexes à certaines lois) pour donner aux producteurs de l'Ouest canadien la liberté de vendre leurs récoltes de blé et d'orge sur le marché libre — Le projet de loi C-18 a mené à l'adoption de la Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation — L'art. 2d) de la Charte ne confère aucune protection constitutionnelle au monopole exercé sur le plan de la commercialisation ou au système de mise en commun obligatoire des prix prévus par la Loi sur la CCB — La Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation ne limite pas non plus la capacité qu'ont les producteurs de grains de s'associer en vue de commercialiser ou de mettre en commun leurs produits.

Il s'agissait d'appels regroupés interjetés à l'encontre d'ordonnances de la Cour fédérale déclarant que le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire a fait défaut de se conformer à l'obligation que lui imposait l'art. 47.1 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* (Loi sur la CCB) de consulter la Commission canadienne du blé (CCB) et d'obtenir le consentement des producteurs de blé et d'orge avant de présenter au Parlement le projet de loi C-18 (*Loi réorganisant la Commission canadienne du blé et apportant des modifications corrélatives et connexes à certaines lois*), qui s'était soldé par l'adoption de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*.

Les présents appels s'inscrivaient dans le cadre d'une série d'instances contestant la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*. Ce sont les ordonnances rendues par la Cour fédérale par suite des demandes de contrôle judiciaire qui ont fait l'objet des présents appels. Suivant les déclarations de la Cour fédérale, d'autres instances ont été instituées en ce qui a trait à la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*, en vertu de laquelle différents jugements déclaratoires étaient sollicités.

De nos jours, les activités de la CCB concernent principalement le blé et l'orge produits dans une « région désignée », selon la définition qui en est donnée au paragraphe 2(1) de la Loi sur la CCB. Les activités de la CCB ont été régies, pendant la majeure partie de son histoire, par quatre principes fondamentaux : le monopole de la commercialisation des grains, la mise en commun obligatoire des prix, les garanties financières du gouvernement fédéral et le contrôle exercé par le gouvernement fédéral. L'effet combiné du monopole de commercialisation des grains de la CCB et du système

The 1998 amendments also replaced the prior provisions of the CWB Act concerning the exclusion of certain kinds or grades of wheat and barley from the grain marketing monopoly and were replaced by a new provision, section 47.1 of the CWB Act, requiring consultations with the CWB and a favourable vote by producers before any bill proposing such an exclusion can be introduced in Parliament. That provision was at the heart of this appeal.

The current federal government, also favouring an open market for grains, introduced legislation allowing western farmers the freedom to sell wheat and barley on the open market. Many grain producers opposed the planned legislation. Nonetheless, Bill C-18 was introduced into Parliament and resulted in the eventual adoption of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*, modifying substantially the legislative environment for the marketing of western wheat and barley in three distinct phases.

The appellants submitted that section 47.1 applies only to situations where specified grains are to be included or excluded from Part III or IV of the CWB Act but does not apply to legislative initiatives repealing the single desk or the CWB Act in its entirety. The respondents submitted that section 47.1 applied to all legislation, that would result directly or indirectly in the exclusion of wheat or barley from the single desk, including legislative initiatives such as the *Marketing Freedom for Grains Farmers Act*, which end the single desk or repeal the CWB Act in its entirety.

The Federal Court found that the CWB Act was intended to require the Minister to consult and gain consent where an addition or subtraction of particular grains or types of grain from the marketing regime is contemplated and also in respect of a change to the CWB's democratic structure.

The main issue was whether the Minister was legally bound by section 47.1 of the CWB Act to consult with the CWB and to obtain the favourable consent of wheat and barley grain producers through a vote prior to introducing in Parliament Bill C-18, the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*.

Held, the appeals should be allowed.

de mise en commun obligatoire des prix est appelé le « guichet unique ». En 1998, le Parlement a délégué une partie du contrôle de la CCB aux producteurs de grains. Les modifications de 1998 ont également remplacé les dispositions antérieures de la Loi sur la CCB concernant l'exclusion de certains types et grades de blé et d'orge du monopole de commercialisation des grains. Elles ont été remplacées par une nouvelle disposition, l'article 47.1 de la Loi sur la CCB, qui crée une obligation de consulter la CCB et d'obtenir le vote favorable des producteurs avant qu'un projet de loi proposant une telle exclusion puisse être déposé au Parlement. Cette disposition était au cœur du présent appel.

L'actuel gouvernement fédéral favorisant lui aussi un marché libre pour la commercialisation des grains, a présenté un projet de loi qui donnerait aux producteurs de l'Ouest canadien la liberté de vendre leurs récoltes de blé et d'orge sur le marché libre. De nombreux producteurs de grains se sont opposés au projet de loi. Néanmoins, le projet de loi C-18 a été présenté au Parlement, ce qui a mené à l'adoption de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*, modifiant dans une large mesure le contexte législatif de la commercialisation du blé et de l'orge de l'Ouest en trois phases distinctes.

Les appelants ont soutenu que l'article 47.1 ne s'applique qu'aux cas où il est question d'étendre l'application des parties III ou IV de la Loi sur la CCB à des grains en particulier ou de soustraire certains grains à l'application de ces parties, et non aux initiatives législatives abrogeant le guichet unique ou la Loi sur la CCB dans son intégralité. Les intimés ont fait valoir que l'article 47.1 s'appliquait à toutes les lois susceptibles de mener, directement ou indirectement, à l'exclusion du blé ou de l'orge du guichet unique, ce qui inclut les initiatives législatives telles que la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*, qui mettent fin au guichet unique ou abrogent dans son intégralité la Loi sur la CCB.

La Cour fédérale a conclu que la Loi sur la CCB visait à exiger du ministre qu'il procède à une consultation et qu'il obtienne le consentement des producteurs dans les cas où il envisage l'inclusion de grains ou de types de grain au régime de commercialisation, ou leur exclusion, ainsi que la modification de la structure démocratique de la CCB.

La principale question était de savoir si le ministre était légalement tenu par l'article 47.1 de la Loi sur la CCB de consulter la CCB et d'obtenir par voie de scrutin le consentement des producteurs de grains de blé et d'orge avant de déposer au Parlement le projet de loi C-18, intitulé *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*.

Arrêt : les appels doivent être accueillis.

The Federal Court was of the opinion, based on a number of considerations, that an expansive meaning should be given to section 47.1 of the CWB Act so as to ensure to wheat and barley producers control over all fundamental legislative changes thereto. Given the legislative history and the context in which section 47.1 was adopted, none of the arguments advanced by the respondents or the interveners could sustain an interpretation that would preclude the Minister from introducing in Parliament legislation which would fundamentally modify the CWB's mandate or which would lead to the repeal of the CWB Act. Therefore, arguments favouring an expansive interpretation of section 47.1 were discarded.

Under the modern contextual approach to statutory interpretation, the most significant element is the determination of legislative intent. In ascertaining legislative intent, the total context of the provision must be considered no matter how plain the provision may seem when it is initially read in isolation.

Since its inception, the CFB's marketing monopoly has been subject to regulatory exclusions of designated kinds and grade of wheat or of wheat produced in certain parts of Canada. Thus, specific kinds or grades of wheat or wheat produced in a particular area of Canada could be excluded from the CWB's marketing monopoly for specific periods or generally. Legislative amendments made in 1998 to the CWB Act provided, in particular, for the repeal of the regulatory authority to exclude a kind or grade of wheat from the CWB marketing monopoly and the introduction of section 47.1 into the CWB Act. The purpose and scope of section 47.1 become apparent when considering it in the context of the provisions it replaces or modifies. Thus, section 47.1 largely reverts back to Parliament the prior limited regulatory authority of the Governor in Council concerning exclusions or inclusions of certain kinds or grades of grains from Part III or IV of the CWB Act. There is however nothing in section 47.1 or in the legislative history which suggests that Parliament has fettered the Minister's authority to introduce and recommend to Parliament legislation to repeal the substantive provisions of the CWB Act or the act itself.

Parliamentary debates and similar material were considered in interpreting the CWB Act. Based on statements of the previous Minister in Parliament with respect to proposed amendments removing and simplifying the process of inclusions and exclusions of crops, the explanation thereof was entirely consistent with the conclusion that section 47.1 of the CWB Act only concerns the exclusion of certain kinds or grades of wheat or barley from the CWB's compulsory price pooling system or marketing monopoly or the inclusion of

La Cour fédérale a exprimé l'avis, d'après un certain nombre de facteurs, qu'il convenait de donner un sens élargi à l'article 47.1, de façon à garantir que les producteurs de blé et d'orge exercent un contrôle sur tous les changements législatifs fondamentaux que l'on apporte à la Loi sur la CCB. Compte tenu de l'historique législatif de l'article 47.1 et du contexte dans lequel il a été adopté, aucun des arguments des intimés ou des intervenants ne pouvait soutenir une interprétation qui aurait empêché le ministre de présenter au Parlement un projet de loi qui modifierait fondamentalement le mandat de la CCB ou qui mènerait à l'abrogation de la Loi sur la CCB. Par conséquent, la Cour a rejeté les arguments invoqués en faveur d'une interprétation large de l'article 47.1.

Selon la méthode contextuelle moderne d'interprétation législative, l'élément le plus important est la détermination de l'intention du législateur. Pour déterminer l'intention du législateur, il faut prendre en considération le contexte entier de la disposition à interpréter, même si, après une première lecture faite isolément, le sens de son libellé peut sembler évident.

Depuis sa création, le monopole de commercialisation de la CCB a été l'objet d'exclusions réglementaires visant certains types et grades désignés de blé, ou le blé produit dans certaines régions du Canada. C'est donc dire que des types ou grades particuliers de blé, ou le blé produit dans une région donnée du Canada, pouvaient être exclus du monopole de la CCB en matière de commercialisation pour des périodes déterminées ou de façon générale. Les modifications législatives de 1998 prévoyaient notamment l'abrogation du pouvoir réglementaire d'exclure un type ou un grade de blé du monopole de commercialisation de la CCB et l'introduction de l'article 47.1 dans la Loi sur la CCB. L'objet et la portée de l'article 47.1 deviennent évidents lorsqu'on examine celui-ci dans le contexte des dispositions qu'il remplace ou modifie. Ainsi, l'article 47.1 rétrocède en grande partie au Parlement le pouvoir réglementaire restreint dont disposait auparavant le gouverneur en conseil quant à l'inclusion au régime, ou à son exclusion, de la partie III ou de la partie IV de la Loi sur la CCB de certains types ou grades de grains. Rien dans l'article 47.1 ou dans l'historique législatif ne donne toutefois à penser que le Parlement a limité le pouvoir du ministre de déposer et de recommander au Parlement une loi visant à abroger les dispositions de fond de la Loi sur la CCB ou la loi elle-même.

Les comptes rendus des débats parlementaires et les documents semblables peuvent être pris en considération pour interpréter la Loi sur la CCB. Selon les déclarations de l'ancien ministre devant le Parlement quant aux modifications proposées en vue d'éliminer et de simplifier la procédure d'inclusion et d'exclusion de grains, cette explication concordait tout à fait avec la conclusion selon laquelle l'article 47.1 de la Loi sur la CCB n'a trait qu'à l'exclusion ou à l'inclusion de certains types ou grades de blé ou d'orge par rapport au

certain grains into that monopoly or into the compulsory price pooling system. The limited scope of section 47.1 was further evidenced by the fact that the proposed legislative amendments concerning section 47 were never proclaimed into force, a further indication that the government of the day did not intend to provide producers with an extensive veto power over all aspects of the CWB Act. Based on the material on record, there was nothing which led to the conclusion that the repeal of the single desk as a whole or of the CWB Act in its entirety were somehow made conditional to obtaining the prior consent of the CWB or of grain producers.

While democratic values within Canadian institutions deserve respect and protection, they do not trump the will of a democratically elected Parliament. The democratic principle favours an interpretation of section 47.1 of the CWB Act that preserves to the greatest extent possible the ability of the elected members of the House of Commons, including the Minister, to change that legislation as best they see fit.

The interpretation of section 47.1 of the CWB Act, as advanced by the respondents and interveners, that this section applies to changing the structure of the CWB because the democratic structure is important to Canada's international trade obligations under NAFTA was rejected. If changes to the CWB Act's marketing monopoly were required in the future to implement an international trade agreement, the Canadian government would be precluded from proposing these to Parliament without the consent of the grain producers should the respondents' interpretation of section 47.1 be accepted. Therefore, a restrictive interpretation of section 47.1 was favoured.

The fundamental freedom of association guaranteed by paragraph 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* did not need to be considered as an interpretative tool for the purposes of ascertaining the scope of section 47.1 of the CWB Act. Paragraph 2(d) of the Charter does not extend any constitutional protection to a marketing monopoly or to a compulsory price pooling system as contemplated by the CWB Act. Nor does the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act* restrict the ability of grain producers to associate for the purposes of marketing or pooling their products.

In conclusion, the scope of section 47.1 of the CWB Act does not extend to the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*.

système de mise en commun obligatoire des prix ou au monopole de commercialisation de la CCB. La portée restreinte de l'article 47.1 a été de plus confirmée par le fait que les modifications proposées en rapport avec l'article 47 ne sont jamais entrées en vigueur. C'est là un signe de plus que le gouvernement de l'époque n'avait pas l'intention de donner aux producteurs un vaste droit de veto sur tous les aspects de la Loi sur la CCB. Selon les documents au dossier, rien ne permettait de conclure que l'abrogation du guichet unique dans son ensemble ou de la Loi sur la CCB dans son intégralité était d'une certaine manière rendue subordonnée à l'obtention du consentement préalable de la CCB ou des producteurs de grains.

Bien que les valeurs démocratiques des institutions canadiennes méritent à la fois qu'on les respecte et qu'on les protège, ces valeurs n'ont pas préséance sur la volonté d'un parlement démocratiquement élu. Le principe démocratique favorise une interprétation de l'article 47.1 de la Loi sur la CCB qui préserve dans la plus grande mesure possible la capacité des membres élus de la Chambre des communes, dont le ministre, de changer cette loi comme bon leur semble.

L'interprétation de l'article 47.1 de la Loi sur la CCB, qu'avançaient les intimés et les intervenants, selon laquelle cet article s'applique au changement de la structure de la CCB, parce que l'aspect démocratique de cette structure revêt une importance dans le contexte des obligations en matière de commerce international du Canada au titre de l'ALÉNA, a été rejetée. S'il était nécessaire dans l'avenir d'apporter des modifications au monopole qu'exerce la CCB sur le plan de la commercialisation en vue de mettre en œuvre un accord de commerce international, le gouvernement canadien ne pourrait les proposer au Parlement sans le consentement des producteurs de grains, si l'interprétation que donnent les intimés de l'article 47.1 devait être acceptée. Cela a donc favorisé une interprétation restrictive de l'article 47.1.

Il n'a pas été nécessaire de considérer la liberté fondamentale d'association que garantit l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* comme un instrument d'interprétation en vue de déterminer la portée de l'article 47.1 de la Loi sur la CCB. L'alinéa 2d) de la Charte ne confère aucune protection constitutionnelle au monopole exercé sur le plan de la commercialisation ou au système de mise en commun obligatoire des prix prévus par la Loi sur la CCB. La *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation* ne limite pas non plus la capacité qu'ont les producteurs de grains de s'associer en vue de commercialiser ou de mettre en commun leurs produits.

En conclusion, la portée de l'article 47.1 de la Loi sur la CCB ne s'étend pas à la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Act to amend the Canadian Wheat Board Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 17, ss. 3, 4, 10, 24(1), 25.
- An Act to amend The Canadian Wheat Board Act, 1935*, S.C. 1947, c. 15, ss. 5, 28(b) (as am. by S.C. 1950, c. 31, s. 6).
- An Act to amend The Canadian Wheat Board Act, 1935*, S.C. 1948, c. 4, s. 5.
- Bill C-18, *An Act to reorganize the Canadian Wheat Board and to make consequential and related amendments to certain Acts*, 1st Sess., 41st Parl., 2011.
- Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44.
- Canada Cooperatives Act*, S.C. 1998, c. 1.
- Canada Not-for-profit Corporations Act*, S.C. 2009, c. 23.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b),(d).
- Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24, ss. 2(1) “designated area” (as am. by S.C. 1998, c. 17, s. 1), 3.01 (as enacted *idem*, s. 3), 3.02 (as enacted *idem*), 3.06 (as enacted *idem*), 3.07 (as enacted *idem*), 4(2) (as am. *idem*, s. 4), 7(3) (as am. *idem*, ss. 7, 28(E)), 18 (as am. *idem*, ss. 10, 28(E)), 19(5) (as am. *idem*, s. 11), 28(b) (as am. *idem*, ss. 28(E), 29(F)), 46(b) (repealed, *idem*, s. 24), 47 (as am. *idem*, s. 25), 47.1 (as enacted *idem*).
- Canadian Wheat Board Act, 1935 (The)*, S.C. 1935, c. 53.
- Canadian Wheat Board Direction Order*, SOR/2006-247.
- Canadian Wheat Board (Interim Operations) Act*, S.C. 2011, c. 25, s. 14, ss. 8, 9, 13, 19(3), 25, 26(5),(6), 28, 29, 33.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2(2) (as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 38).
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 42(1).
- Marketing Freedom for Grain Farmers Act*, S.C. 2011, c. 25, ss. 14, 39, 40, 42, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 64.
- World Trade Organization Agreement Implementation Act*, S.C. 1994, c. 47, s. 48.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2(b),d).
- Décret d'instructions à la Commission canadienne du blé*, DORS/2006-247.
- Loi canadienne sur les coopératives*, L.C. 1998, ch. 1.
- Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif*, L.C. 2009, ch. 23.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47, art. 48.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 42(1).
- Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935*, S.C. 1947, ch. 15, art. 5, 28b) (mod. par S.C. 1950, ch. 31, art. 6).
- Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935*, S.C. 1948, ch. 4, art. 5.
- Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 17, art. 3, 4, 10, 24(1), 25.
- Loi sur la commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 2(1) « région désignée » (mod. par L.C. 1998, ch. 17, art. 1), 3.01 (édicte, *idem*, art. 3), 3.02 (édicte, *idem*), 3.06 (édicte, *idem*), 3.07 (édicte, *idem*), 4(2) (mod., *idem*, art. 4), 7(3) (mod., *idem*, art. 7, 28(A)), 18 (mod. *idem*, art. 10, 28(A)), 19(5) (mod., *idem*, art. 11), 28b) (mod., *idem*, art. 28(A), 29(F)), 46b) (abrogé, *idem*, art. 24), 47 (mod., *idem*, art. 25), 47.1 (édicte, *idem*).
- Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935*, S.C. 1935, ch. 53.
- Loi sur la Commission canadienne du blé (activités en période intérimaire)*, L.C. 2011, ch. 25, art. 14, 39, 40, 42, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 64.
- Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*, L.C. 2011, ch. 25, art. 14, 39, 40, 42, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 64.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(2) (mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 38).
- Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44
- Projet de loi C-18, *Loi réorganisant la Commission canadienne du blé et apportant des modifications corrélatives et connexes à certaines lois*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2011.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiation, being part of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3.
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

CASES CITED

APPLIED:

Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General), 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470, 196 D.L.R. (4th) 577, 267 N.R. 10; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, 412 A.R. 300, 283 D.L.R. (4th) 1; *Haig v. Canada*; *Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995, (1993), 105 D.L.R. (4th) 577, 16 C.R.R. (2d) 193.

CONSIDERED:

Oberg et al. v. Canada (Attorney General), 2012 MBQB 64 (CanLII), [2012] 8 W.W.R. 513, 276 Man. R. (2d) 189; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215; *Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 272, [2012] 1 F.C.R. 3, 340 D.L.R. (4th) 227, 32 Admin. L.R. (5th) 1; *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349 (H.L.); *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. Canada (Revenue Agency)*, 2007 SCC 42, [2007] 3 S.C.R. 217, 287 D.L.R. (4th) 4, [2008] 1 C.T.C. 32; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, 207 D.L.R. (4th) 193, 13 C.C.E.L. (3d) 1; *Archibald v. Canada*, [2000] 4 F.C. 479, (2000), 188 D.L.R. (4th) 538, 76 C.R.R. (2d) 215 (C.A.); *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, (1997), 223 A.R. 201, 166 D.L.R. (4th) 1; *Reference re Public Sector Employee Relations Act (Alta)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 78 A.R. 1, 28 D.L.R. (4th) 161.

REFERRED TO:

Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General), 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374, 392 N.R. 149; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297, [1991] 6 W.W.R. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.
Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, faisant partie de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 R.T.N.U. 3.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général), 2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *Haig c. Canada*; *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Oberg et al. v. Canada (Attorney General), 2012 MBQB 64 (CanLII), [2012] 8 W.W.R. 513, 276 Man. R. (2d) 189; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 272, [2012] 1 R.C.F. 3; *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349 (H.L.); *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, 2007 CSC 42, [2007] 3 R.C.S. 217; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Archibald c. Canada*, [2000] 4 C.F. 479 (C.A.); *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Renvoi relatif à la Public Sector Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général), 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; R.

42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5 W.W.R. 1; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, (1999), 171 D.L.R. (4th) 1, 133 C.C.C. (3d) 129; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, 380 A.R. 1, 263 D.L.R. (4th) 193; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190, 17 Admin. L.R. (2d) 243, 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 807, [2008] 2 F.C.R. 87, 68 Admin. L.R. (4th) 33, 315 F.T.R. 243, affd 2008 FCA 76, 80 Admin. L.R. (4th) 144, 373 N.R. 385; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, (1993), 125 N.S.R. (2d) 81, 107 D.L.R. (4th) 537; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, 261 A.R. 201, 185 D.L.R. (4th) 577; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, 266 D.L.R. (4th) 513, 2006 D.T.C. 6532; *Conacher v. Canada (Prime Minister)*, 2010 FCA 131, [2011] 4 F.C.R. 22, 320 D.L.R. (4th) 531, 212 C.R.R. (2d) 114; *Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 399, [2002] 3 F.C. 3, 88 Imm. L.R. (3d) 288, 281 N.R. 201; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, (1987), 38 D.L.R. (4th) 249, 32 C.R.R. 114; *West Lakes Limited v. The State of South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389; *Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian Wheat Board)*, 2008 FCA 76, 80 Admin. L.R. (4th) 144, 373 N.R. 385.

AUTHORS CITED

Canada. Standing Senate Committee on Agriculture and Forestry. *Evidence*, Issue No. 14 (May, 5, 1998).

Fowke, Vernon C. *Canadian Agricultural Policy: The Historical Pattern*. Toronto: University of Toronto Press, 1978.

Fowke, Vernon C. *The National Policy and the Wheat Economy*. Toronto: University of Toronto Press, 1957.

Goldsworthy, Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented, Vol. 1, loose leaf. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.

Wilson, Charles F. *A Century of Canadian Grain: Government Policy to 1951*. Saskatoon: Western Producer Prairie Books, 1978.

World Trade Organization. *Canada—Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grains*, Panel Report, WT/DS276/R (6 April 2004).

World Trade Organization. *Canada—Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grains*, WT/DS276/AB/R (30 August 2004).

c. Monney, [1999] 1 R.C.S. 652; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190, 17 Admin. L.R. (2d) 243, 67 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 807, [2008] 2 R.C.F. 87, conf. par 2008 CAF 76; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Conacher c. Canada (Premier ministre)*, 2010 CAF 131, [2011] 4 R.C.F. 22; *Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 399, [2002] 3 C.F. 3; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *West Lakes Limited v. The State of South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission canadienne du Blé)*, 2008 CAF 76.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Comité sénatorial permanent de l'agriculture et des forêts. *Témoignages*, fascicule n° 14 (5 mai 1998).

Fowke, Vernon C. *Canadian Agricultural Policy: The Historical Pattern*. Toronto : University of Toronto Press, 1978.

Fowke, Vernon C. *The National Policy and the Wheat Economy*. Toronto : University of Toronto Press, 1957.

Goldsworthy, Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*. Cambridge : Cambridge University Press, 2010.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. supplémenté, vol. 1, feuilles mobiles, Toronto : Thomson/Carswell, 2007.

Organisation mondiale du commerce. *Canada — Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/AB/R (30 août 2004).

Organisation mondiale du commerce. *Canada — Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS276/R (6 avril 2004).

Wilson, Charles F. *A Century of Canadian Grain: Government Policy to 1951*. Saskatoon : Western Producer Prairie Books, 1978.

APPEALS from orders of the Federal Court (2011 FC 1432, [2013] 3 F.C.R. 440, 345 D.L.R. (4th) 335, 396 F.T.R. 308) declaring that the Minister of Agriculture and Agri-Food failed to comply with his statutory duty pursuant to section 47.1 of the *Canadian Wheat Board Act* to consult with the Canadian Wheat Board and to obtain the consent of wheat and barley producers prior to introducing Bill C-18 in Parliament (*An Act to reorganize the Canadian Wheat Board and to make consequential and related amendments to certain Acts*), which resulted in the adoption of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*. Appeals allowed.

APPEARANCES

Robert MacKinnon and *Zoe Oxaal* for appellants in A-470-11 and A-471-11.

Anders Bruun for respondents in A-470-11.

John Lorn McDougall, Q.C. and *Brian Leonard* for respondents in A-471-11.

Steven Shrybman for interveners in A-470-11 and A-471-11.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellants in A-470-11 and A-471-11.

Anders Bruun, Winnipeg, for respondents in A-470-11.

Fraser Milner Casgrain LLP, Toronto, for respondents in A-471-11.

Sack Goldblatt Mitchell LLP, Ottawa, for interveners in A-470-11 and A-471-11.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] MAINVILLE J.A.: These appeals concern the orders of Campbell J. of the Federal Court (Federal Court Judge) dated December 7, 2011 declaring, for the reasons cited as 2011 FC 1432, [2013] 3 F.C.R. 440 (reasons), that the Minister of Agriculture and Agri-Food (Minister) failed to comply with his statutory duty pursuant to section 47.1 [as enacted by S.C. 1998, c. 17, s. 25] of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c.

APPELS interjetés à l'encontre d'ordonnances de la Cour fédérale (2011 CF 1432, [2013] 3 R.C.F. 440) déclarant que le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire a fait défaut de se conformer à l'obligation que lui imposait l'article 47.1 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* de consulter la Commission canadienne du blé (CCB) et d'obtenir le consentement des producteurs de blé et d'orge avant de présenter au Parlement le projet de loi C-18 [*Loi réorganisant la Commission canadienne du blé et apportant des modifications corrélatives et connexes à certaines lois*], qui s'était soldé par l'adoption de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*. Appels accueillis.

ONT COMPARU

Robert MacKinnon et *Zoe Oxaal* pour les appelants dans les dossiers A-470-11 et A-471-11.

Anders Bruun pour les intimés dans le dossier A-470-11.

John Lorn McDougall, c.r. et *Brian Leonard* pour les intimés dans le dossier A-471-11.

Steven Shrybman pour les intervenants dans les dossiers A-470-11 et A-471-11.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Sous-procureur général du Canada pour les appelants dans les dossiers A-470-11 et A-471-11.

Anders Bruun, Winnipeg, pour les intimés dans le dossier A-470-11.

Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L., Toronto, pour les intimés dans le dossier A-471-11.

Sack Goldblatt Mitchell LLP, Ottawa, pour les intervenants dans les dossiers A-470-11 et A-471-11.

Voici la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : Les présents appels ont trait aux ordonnances datées du 7 décembre 2011 par lesquelles le juge Campbell de la Cour fédérale (le juge de la Cour fédérale) a déclaré, pour les motifs publiés sous la référence 2011 CF 1432, [2013] 3 R.C.F. 440 (les motifs), que le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire (le ministre) avait violé l'obligation que lui imposait l'article 47.1 [édicte par L.C. 1998, ch. 17, art.

C-24 (CWB Act), to consult with the Canadian Wheat Board (CWB) and to obtain the consent of wheat and barley producers by means of a vote prior to introducing Bill C-18 [*An Act to reorganize the Canadian Wheat Board and to make consequential and related amendments to certain Acts*] in Parliament, which resulted in the adoption of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*, S.C. 2011, c. 25.

[2] These appeals were consolidated and expedited by orders of the Chief Justice dated respectively February 14 and 17, 2012. The CWB did not participate in these appeals. The interveners were granted leave to intervene on two issues by order of this Court dated April 16, 2012. Motions to quash or, alternatively, to stay these appeals were dismissed from the bench prior to the hearing of the appeals on May 23, 2012. These reasons for judgment concern both appeals, and a copy thereof shall be placed in each Court file as reasons therein.

[3] These appeals form part of a series of legal proceedings challenging the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*.

[4] The first proceedings were initiated by the Friends of the Canadian Wheat Board and a number of individual wheat and barley producers who made an application for judicial review in the Federal Court in June 2011 under Federal Court file T-1057-11. The CWB and some of its directors also made a separate application for judicial review in October 2011 under Federal Court file T-1735-11. Although the drafting was slightly different in each application, the judicial declarations sought by all applicants were essentially the same:

a. a declaration that the Minister failed to comply with his statutory duty pursuant to section 47.1 of the *CWB Act* to consult with the CWB and to obtain the consent of wheat and

25] de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24 (la Loi sur la CCB), soit de consulter la Commission canadienne du blé (la CCB) et d'obtenir le consentement des producteurs de blé et d'orge au moyen d'un scrutin avant de présenter au Parlement le projet de loi C-18 [*Loi réorganisant la Commission canadienne du blé et apportant des modifications corrélatives et connexes à certaines lois*], qui s'était soldé par l'adoption de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*, L.C. 2011, ch. 25.

[2] Les présents appels ont été regroupés et ont fait l'objet d'une audition accélérée à la suite d'ordonnances du juge en chef datées respectivement du 14 et du 17 février 2012. La CCB n'a pas pris part aux appels. Les intervenants ont obtenu l'autorisation d'intervenir dans le cadre de deux questions par ordonnance de notre Cour datée du 16 avril 2012. Des requêtes en annulation ou, subsidiairement, en suspension, ont été rejetées à l'audience avant l'audition des appels, le 23 mai 2012. Les présents motifs du jugement de la Cour portent sur les deux appels, et une copie sera versée dans chacun des dossiers de la Cour et y tiendra lieu de motifs.

[3] Les présents appels s'inscrivent dans le cadre d'une série d'instances contestant la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*.

[4] La première instance a été engagée par les Amis de la Commission canadienne du blé [Friends of the Canadian Wheat Board] et un certain nombre d'individus producteurs de blé et d'orge qui ont présenté une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale en juin 2011, sous le numéro de dossier T-1057-11. La CCB et certains de ses administrateurs ont présenté eux aussi une demande de contrôle judiciaire distincte en octobre 2011, sous le numéro de dossier T-1735-11. Même si la formulation était légèrement différente dans chaque demande, les jugements déclaratoires que sollicitaient tous les demandeurs étaient essentiellement les mêmes :

a. un jugement déclarant que le ministre a violé l'obligation, imposée par l'article 47.1 de la Loi sur la CCB, de consulter la CCB et d'obtenir le consentement des producteurs de blé et

barley producers by means of a vote held prior to causing to be introduced into Parliament Bill C-18; and

b. a declaration that the Minister acted in breach of the legitimate expectations of the CWB and of wheat and barley producers, and contrary to the duty of procedural fairness, in causing to be introduced into Parliament this Bill without first consulting with the CWB and holding a vote among wheat and barley producers.

These judicial review applications were heard and decided together by the Federal Court Judge, and the orders issued as a result are now the object of this appeal.

[5] Relying on the declarations of the Federal Court Judge issued following these two judicial review applications, some former directors of the CWB filed a statement of claim in the Court of Queen's Bench of Manitoba seeking declarations that the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act* is invalid and infringes the rule of law, the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], and the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] on the ground that this new legislation results from illegal actions of the Minister.

[6] An interlocutory order was also sought within the framework of the Manitoba proceedings for the purpose of staying or suspending *nunc pro tunc* the operation and implementation of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act* as at the date and time of royal assent, pending a decision as to the validity of that legislation. Perlmutter J. refused to grant such an order for reasons dated February 24, 2012 and cited as *Oberg et al. v. Canada (Attorney General)*, 2012 MBQB 64 (CanLII), [2012] 8 W.W.R. 513. An appeal from that judgment to the Court of Appeal of Manitoba is pending.

d'orge par la voie d'un scrutin tenu avant de déposer au Parlement le projet de loi C-18;

b. un jugement déclarant que le ministre a agi contrairement aux attentes légitimes de la CCB et des producteurs de blé et d'orge, ainsi qu'au devoir d'équité procédurale, en déposant ce projet de loi au Parlement sans avoir préalablement consulté la CCB et tenu un scrutin parmi les producteurs de blé et d'orge.

Ces demandes de contrôle judiciaire ont été entendues et tranchées ensemble par le juge de la Cour fédérale, et ce sont les ordonnances rendues par la suite qui font maintenant l'objet du présent appel.

[5] Se fondant sur les jugements que le juge de la Cour fédérale a rendus à la suite de ces deux demandes de contrôle judiciaire, un certain nombre d'anciens administrateurs de la CCB ont déposé une déclaration à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en vue d'obtenir des jugements déclaratoires portant que la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation* était invalide et portait atteinte au principe de la primauté du droit, à la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] ainsi qu'à la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], au motif que cette nouvelle loi découlait d'actes illégaux de la part du ministre.

[6] Dans le cadre de l'instance engagée au Manitoba, une ordonnance interlocutoire a également été demandée en vue de faire suspendre rétroactivement l'application et la mise en œuvre de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation* à compter de la date de la sanction royale, en attendant qu'une décision soit rendue sur la validité de cette loi. Le juge Perlmutter a refusé d'accorder une telle ordonnance et les motifs de cette décision, datée du 24 février 2012, sont publiés sous la référence *Oberg et al. v. Canada (Attorney General)*, 2012 MBQB 64 (CanLII), [2012] 8 W.W.R. 513. Ce jugement est actuellement en appel devant la Cour d'appel du Manitoba.

[7] Also relying on the declarations of the Federal Court Judge, in February 2012 a proposed class proceeding on behalf of grain producers who sold grain through the CWB was filed with the Federal Court [*Edward Andrew Dennis et al. v. HMQ et al.*] (T-356-12) seeking (a) an order staying or suspending *nunc pro tunc* the operation and implementation of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act* as of the date and time of Royal Assent; (b) a declaration that the Minister's actions in failing to consult and hold a vote of grain producers prior to introducing that legislation in Parliament infringed paragraphs 2(b) (freedom of thought, belief, opinion and expression) and 2(d) (freedom of association) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (Charter); and (c) substantial damages against the federal Crown. These proceedings are also pending.

[8] It is thus in these highly litigious circumstances that this appeal must be decided.

The context of these proceedings

[9] The marketing of western Canadian wheat grain has had a long and tumultuous history characterized by deep tensions between proponents of open markets, of voluntary collective marketing pools, and of the CWB acting as compulsory marketing agency. For a detailed account of that history, reference may be made to Charles F. Wilson, *A Century of Canadian Grain: Government Policy to 1951* (Saskatoon: Western Producer Prairie Books, 1978); Vernon C. Fowke, *The National Policy and the Wheat Economy* (Toronto: University of Toronto Press, 1957); Vernon C. Fowke, *Canadian Agricultural Policy: The Historical Pattern* (Toronto: University of Toronto Press, 1946, reprinted 1978).

[10] The CWB was established by Parliament in 1935 by the *Act to provide for the Constitution and Powers of*

[7] Également dans la foulée des jugements déclaratoires du juge de la Cour fédérale, un recours collectif envisagé a été déposé en février 2012 auprès de la Cour fédérale [*Edward Andrew Dennis et al. v. HMQ et al.*] (T-356-12) pour le compte de producteurs de grains qui vendaient leurs produits par l'entremise de la CCB en vue d'obtenir : a) une ordonnance suspendant rétroactivement l'application et la mise en œuvre de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation* à compter de la date de la sanction royale; b) un jugement déclarant que le fait que le ministre a omis de consulter les producteurs de grains et de tenir parmi eux un scrutin avant de déposer le projet de loi au Parlement violait l'alinéa 2b) (liberté de penser, de croyance, d'opinion et d'expression) et l'alinéa 2d) (liberté d'association) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte); et c) des dommages-intérêts substantiels de la Couronne fédérale. Cette action est en instance elle aussi.

[8] C'est donc dans cette conjoncture hautement litigieuse qu'il faut trancher le présent appel.

Le contexte de la présente instance

[9] La commercialisation du grain de blé de l'Ouest canadien a un historique long et tumultueux, caractérisé par de vives tensions entre les tenants des libres marchés, des syndicats de mise en marché collective volontaire et du rôle que joue la CCB en tant qu'office de commercialisation obligatoire. Pour un compte rendu détaillé de cet historique, on peut consulter les ouvrages suivants : Charles F. Wilson, *A Century of Canadian Grain : Government Policy to 1951* (Saskatoon : Western Producer Prairie Books, 1978); Vernon C. Fowke, *The National Policy and the Wheat Economy* (Toronto : University of Toronto Press, 1957); et Vernon C. Fowke, *Canadian Agricultural Policy: The Historical Pattern* (Toronto : University of Toronto Press, 1946, ouvrage réédité en 1978).

[10] La CCB a été créée en 1935 par une loi du Parlement, la *Loi pourvoyant à la constitution et aux*

the Canadian Wheat Board [The Canadian Wheat Board, 1935], S.C. 1935, c. 53. The powers and mandate of the CWB have considerably evolved since that time through numerous legislative amendments, regulations and orders in council.

[11] The CWB’s operations today concern principally wheat and barley produced in a “designated area” defined under subsection 2(1) [as am. by S.C. 1998, c. 17, s. 1] of the CWB Act as comprising Manitoba, Saskatchewan and Alberta and that part of the Province of British Columbia known as the Peace River District.

[12] For most of its history, the operations of the CWB have been governed by four fundamental principles:

a. grain marketing monopoly: subject to certain regulatory exceptions, such as animal feed grain, Part IV [sections 45 and 46] of the CWB Act prohibits all persons other than the CWB from engaging in the sale of wheat and other designated grains that are destined for export from Canada or for consumption in Canada;

b. compulsory price pooling: grain farmers deliver their grain crop to the Board through “pools” contemplated by Part III [sections 31 to 44] of the CWB Act; under the pooling system, each producer receives an interim payment (based on estimated market returns) for the same grain delivered regardless of the time of delivery, and is entitled to receive a final payment for this grain based on the actual prices obtained throughout the pooling year by the CWB, net of deductions for related expenses;

c. federal government financial guarantees: including (i) guarantees against CWB losses from operations under Part III of the CWB Act in relation to any pool period, and from other operations during a crop year (subsection 7(3) [as am. *idem*, ss. 7, 28(E)] of the CWB Act); and (ii)

attributions de la Commission canadienne du blé [Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935], S.C. 1935, ch. 53. Les pouvoirs et le mandat de la CCB ont nettement évolué depuis cette époque grâce à de nombreuses modifications législatives ainsi qu’à maints règlements et décrets.

[11] De nos jours, les activités de la CCB concernent principalement le blé et l’orge produits dans une « région désignée » qui, d’après la définition qui en est donnée au paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1998, ch. 17, art. 1] de la Loi sur la CCB, englobe le Manitoba, la Saskatchewan et l’Alberta ainsi que la partie de la province de la Colombie-Britannique connue sous le nom de district de Peace River.

[12] Les activités de la CCB ont été régies, pendant la majeure partie de son histoire, par quatre principes fondamentaux :

a. le monopole de la commercialisation des grains : sous réserve de certaines exceptions réglementaires, comme les grains entrant dans la fabrication d’aliments pour animaux, la partie IV [articles 45 et 46] de la Loi sur la CCB interdit à quiconque, autre que la CCB, de se livrer à la vente du blé et d’autres grains désignés qui sont destinés à être exportés à l’étranger ou consommés au Canada;

b. la mise en commun obligatoire des prix : les producteurs de grains livrent leurs récoltes à la Commission par l’entremise de « points de mise en commun », conformément à la partie III [articles 31 à 44] de la Loi sur la CCB; dans le cadre du système de mise en commun, chaque producteur reçoit un versement intérimaire (fondé sur les rendements estimatifs du marché) pour les mêmes grains livrés, quel que soit le moment de la livraison, et il a droit, pour ces grains, à un versement final fondé sur les prix réels que la CCB a obtenus pendant toute l’année de mise en commun, déduction faite des dépenses connexes;

c. les garanties financières du gouvernement fédéral : y compris : i) les garanties contre les pertes subies par la CCB dans le cas des opérations visées à la partie III de la Loi sur la CCB, relativement à toute période de mise en commun, ainsi que d’autres opérations au cours de

loan guarantees (subsection 19(5) [as am. *idem*, s. 11] of the CWB Act); and

d. federal government control: since it was first established, and until 1998, the CWB was under the control of commissioners appointed by the Governor in Council; it acted as an agency of the Crown and was bound by the directions given to it by the federal cabinet.

[13] The combined effect of the CWB's grain marketing monopoly and of the compulsory price pooling system is referred to, colloquially and in these reasons, as the "single desk".

[14] In 1998, Parliament devolved partial control of the CWB to grain producers pursuant to the *Act to amend the Canadian Wheat Board Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 17 (1998 amendments). The board of directors of the CWB was then expanded to include four directors and a president appointed by the Governor in Council, and ten other directors elected by producers on the basis of geographical representation: sections 3.01, 3.02, 3.06 and 3.07 of the CWB Act as incorporated into that act by section 3 of the 1998 amendments. The CWB then ceased to be an agent of the Crown and was declared not to be a Crown corporation: subsection 4(2) of the CWB Act as replaced by section 4 of the 1998 amendments. The CWB remained subject to the directions given to it by the federal cabinet, but the directors were not accountable for any consequences arising from the implementation of such directions: section 18 of the CWB Act as amended by section 10 [and section 28(E)] of the 1998 amendments.

[15] Subsection 24(1) and section 25 of the 1998 amendments also replaced the prior provisions of the CWB Act concerning the exclusion of certain kinds or grades of wheat and barley from the grain marketing monopoly. They were replaced by a new provision, section 47.1 of the CWB Act, requiring consultations with the CWB and a favourable vote by producers before

n'importe quelle campagne agricole (paragraphe 7(3) [mod., *idem*, art. 7, 28(A)] de la Loi sur la CCB), et ii) des garanties d'emprunt (paragraphe 19(5) [mod., *idem*, art. 11] de la Loi sur la CCB);

d. le contrôle exercé par le gouvernement fédéral : depuis sa création, et jusqu'en 1998, la CCB a été soumise au contrôle de commissaires nommés par le gouverneur en conseil; elle agissait comme mandataire de la Couronne et était liée par les instructions que lui donnait le cabinet fédéral.

[13] L'effet combiné du monopole de commercialisation des grains de la CCB et du système de mise en commun obligatoire des prix est appelé dans le langage courant, ainsi que dans les présents motifs, le « guichet unique ».

[14] En 1998, le Parlement a délégué une partie du contrôle de la CCB aux producteurs de grains conformément à la *Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 17 (les modifications de 1998). Dans la même foulée, le conseil d'administration de la CCB a été élargi en vue d'inclure quatre administrateurs et un président nommés par le gouverneur en conseil, de même que dix autres administrateurs élus par les producteurs en fonction de la représentation géographique : les articles 3.01, 3.02, 3.06 et 3.07 de la Loi sur la CCB, intégrés dans cette loi par l'article 3 des modifications de 1998. La CCB a ensuite cessé d'être un mandataire de la Couronne et il a été déclaré qu'elle n'était pas une société d'État : le paragraphe 4(2) de la Loi sur la CCB, remplacé par l'article 4 des modifications de 1998. Elle a continué d'être soumise aux instructions du cabinet fédéral, mais les administrateurs n'étaient pas responsables des conséquences de leur mise en œuvre : l'article 18 de la Loi sur la CCB, modifié par l'article 10 [et l'article 28(A)] des modifications de 1998.

[15] Le paragraphe 24(1) et l'article 25 des modifications de 1998 ont également remplacé les dispositions antérieures de la Loi sur la CCB concernant l'exclusion de certains types et grades de blé et d'orge du monopole de commercialisation des grains. Ils ont été remplacés par une nouvelle disposition, l'article 47.1 de la Loi sur la CCB, qui crée une obligation de consulter la CCB

any bill proposing such an exclusion can be introduced in Parliament. That provision is at the heart of the present appeal, and is fully reviewed below.

[16] The controversy among western Canadian grain producers over the mandate and powers of the CWB has intensified in the past few years. Many producers have been seeking an option to sell their wheat and barley grains on the open market. This change has been strongly opposed by the proponents of the single desk, including many of the directors of the CWB and several grain producers. The situation was such that in 2006 the Governor in Council directed the CWB not to expend funds on advocating the retention of its monopoly powers: SOR/2006-247 [*Canadian Wheat Board Direction Order*] (considered by this Court in *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374).

[17] The current federal government also favours an open market for grains. Shortly after the last general elections for Parliament held on May 2, 2011, the Minister publicly announced that the re-elected government would move ahead swiftly to allow western grain producers to market their grain freely. In the Speech from the Throne to Parliament on June 3, 2011, the government formally announced that legislation would be introduced during the Parliamentary session in order “to ensure that western farmers have the freedom to sell wheat and barley on the open market” (appeal book, at page 516).

[18] Many grain producers, including some directors of the CWB, opposed the planned legislation and publicly made known their disagreement. Although financial and economic considerations are at the heart of this disagreement, the proponents of the single desk quickly focussed on the issue of consultation and consent. On the basis of their reading of section 47.1 of the CWB Act, they held that the Minister could not submit the proposed legislation to Parliament without the prior

et d’obtenir le vote favorable des producteurs avant qu’un projet de loi proposant une telle exclusion puisse être déposé au Parlement. Cette disposition est au cœur du présent appel et fait ci-après l’objet d’une analyse détaillée.

[16] Ces dernières années, la controverse régnant chez les producteurs de grains de l’Ouest canadien à propos du mandat et des pouvoirs de la CCB s’est intensifiée. De nombreux producteurs sont à la recherche d’une solution qui leur permettrait de vendre leurs grains de blé et d’orge sur le marché libre. S’opposent vivement à ce changement les tenants du guichet unique, dont font partie de nombreux administrateurs de la CCB et plusieurs producteurs de grains. En 2006, la situation était telle que le gouverneur en conseil a donné instruction à la CCB de ne pas engager de fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques : DORS/2006-247 [*Décret d’instructions à la Commission canadienne du blé*] (examiné par notre Cour dans l’arrêt *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374).

[17] L’actuel gouvernement fédéral favorise lui aussi un marché libre pour la commercialisation des grains. Peu après la dernière élection générale fédérale, tenue le 2 mai 2011, le ministre a publiquement annoncé que le gouvernement réélu irait rapidement de l’avant pour permettre aux producteurs de grains de l’Ouest de commercialiser librement leurs grains. Dans le discours du Trône prononcé devant le Parlement le 3 juin 2011, le gouvernement a officiellement annoncé que l’on présenterait au cours de la session parlementaire un projet de loi qui « donnera aux producteurs de l’Ouest canadien la liberté de vendre leurs récoltes de blé et d’orge sur le marché libre » (dossier d’appel, à la page 516).

[18] De nombreux producteurs de grains, et un certain nombre d’administrateurs de la CCB, se sont opposés au projet de loi et ont fait publiquement part de leur désaccord. Même si ce sont des aspects d’ordre financier et économique qui se situent au cœur du présent litige, les tenants du guichet unique ont rapidement mis l’accent sur la question de la consultation et du consentement. S’appuyant sur leur interprétation de l’article 47.1 de la Loi sur la CCB, ils ont soutenu que le ministre ne

consent of grain producers obtained through a vote. The Minister held that he was not legally bound to hold such a vote and that he would not subject the contemplated legislation to such a plebiscite.

[19] A producer vote was nevertheless organized during the summer of 2011 under the auspices of the CWB, which seems to have then been under the control of directors opposed to the new legislation. The methods used for the organization of the plebiscite were criticized, and the legitimacy and fairness of the vote were questioned by those supporting the government initiative. The results of the vote were announced on September 12, 2011. Participation in the vote was 56 percent, and, of those who voted, 62 percent of wheat producers and 51 percent of barley producers opted to maintain the single desk, while 38 percent of wheat producers and 49 percent of barley producers opted for an open market system. The Minister declined to recognize the plebiscite as binding.

[20] On October 18, 2011, the Minister introduced into Parliament Bill C-18, which resulted in the eventual adoption of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*. The Bill was debated in the House of Commons and in the Senate, and was eventually adopted by both chambers. It received royal assent on December 15, 2011.

The Marketing Freedom for Grain Farmers Act

[21] The *Marketing Freedom for Grain Farmers Act* substantially modifies the legislative environment for the marketing of western wheat and barley, but it does so in three distinct phases.

[22] During the first phase, which runs from the date of royal assent (October 18, 2011) to August 1, 2012, the single desk and most of the provisions of the CWB Act are maintained, subject to the following changes:

pouvait pas présenter le projet de loi au Parlement sans obtenir au préalable, par voie de scrutin, le consentement des producteurs de grains. Le ministre a exprimé l'avis qu'il n'était pas légalement obligé de tenir un tel scrutin et qu'il ne soumettrait pas la loi envisagée à un tel plébiscite.

[19] Un scrutin des producteurs a néanmoins été organisé au cours de l'été de 2011 sous les auspices de la CCB qui, semble-t-il, était alors soumise au contrôle des administrateurs opposés à la nouvelle loi. Les moyens utilisés pour organiser le plébiscite ont été critiqués, et la légitimité et l'équité du scrutin ont été mises en doute par ceux appuyant l'initiative gouvernementale. Les résultats du scrutin ont été annoncés le 12 septembre 2011. La participation avait été de 56 p. 100 et, parmi ceux qui avaient voté, 62 p. 100 des producteurs de blé et 51 p. 100 des producteurs d'orge avaient opté pour le maintien du guichet unique, tandis que 38 p. 100 des producteurs de blé et 49 p. 100 des producteurs d'orge avaient opté pour un système de libre marché. Le ministre a refusé de reconnaître que les résultats du plébiscite étaient contraignants.

[20] Le 18 octobre 2011, le ministre a présenté au Parlement le projet de loi C-18, qui a mené à l'adoption éventuelle de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*. Le projet de loi a été débattu à la Chambre des communes et au Sénat, et il a finalement été adopté par les deux chambres. Il a obtenu la sanction royale le 15 décembre 2011.

La Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation

[21] La *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation* modifie dans une large mesure le contexte législatif de la commercialisation du blé et de l'orge de l'Ouest, mais il le fait en trois phases distinctes.

[22] Au cours de la première phase, qui s'étend depuis la date de la sanction royale (le 18 octobre 2011) jusqu'au 1^{er} août 2012, le guichet unique et la plupart des dispositions de la Loi sur la CCB sont maintenus, sous réserve des changements suivants :

a. producers are able to forward contract wheat and barley sales for delivery after August 1, 2012: section 11 of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act* adding subsection 42(2) to the *CWB Act*; and

b. the control of the CWB is vested in a new board consisting of five directors appointed by the Governor in Council: sections 2 to 6, 10 and 12 of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*.

[23] The second phase will comprise the five-year period from August 1, 2012 to August 1, 2017. On August 1, 2012, the CWB Act will be repealed: sections 39 and 40 of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*. In its stead, the *Canadian Wheat Board (Interim Operations) Act* [S.C. 2011, c. 25, s. 14] will come into force: sections 14 and 40 of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act* and SI/2011-120. The *Canadian Wheat Board (Interim Operations) Act* is temporary legislation which will be in full force and effect for a period of at most five years: sections 42, 45, 46, 55, 56 and 64 of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*.

[24] During the five years of the second phase, the CWB will be continued under the governance of five directors appointed by the Governor in Council, thus returning the CWB to full government control: sections 8, 9, 13 and 25 of the *Canadian Wheat Board (Interim Operations) Act*. The CWB's operations will also be substantially modified. It will continue to benefit from government guarantees during the interim period: subsections 19(3), 26(5) and 26(6) of the *Canadian Wheat Board (Interim Operations) Act*; and it will still use price pooling, although these pools will no longer be compulsory for producers: sections 28, 29 and 33 of the *Canadian Wheat Board (Interim Operations) Act*. Moreover, the CWB's export and interprovincial trade monopoly will no longer exist. Consequently, wheat and barley producers will be able to sell and deliver their grains to any domestic or export buyer under a free-market principle. As a result, although the CWB will continue, it will be operating in a market environment and as a voluntary pooling marketing agency for

a. les producteurs sont en mesure de conclure des contrats de vente de blé et d'orge à terme pour livraison après le 1^{er} août 2012 : article 11 de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation* ajoutant le paragraphe 42(2) à la *Loi sur la CCB*;

b. le contrôle de la CCB est confié à un nouveau conseil formé de cinq administrateurs nommés par le gouverneur en conseil : articles 2 à 6, 10 et 12 de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*.

[23] La deuxième phase comprendra la période de cinq ans s'étendant du 1^{er} août 2012 au 1^{er} août 2017. Le 1^{er} août 2012, la *Loi sur la CCB* sera abrogée : articles 39 et 40 de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*. Dans sa foulée, entrera en vigueur la *Loi sur la Commission canadienne du blé (activités en période intérimaire)* [L.C. 2011, ch. 25, art. 14] : articles 14 et 40 de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*, et TR/2011-120. La *Loi sur la Commission canadienne du blé (activités en période intérimaire)* est une loi temporaire qui sera pleinement en vigueur pendant une période maximale de cinq ans : articles 42, 45, 46, 55, 56 et 64 de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*.

[24] Durant les cinq années que durera la deuxième phase, la CCB continuera d'être soumise à la gouvernance de cinq administrateurs nommés par le gouverneur en conseil, ce qui ramène donc la CCB à un contrôle gouvernemental complet : articles 8, 9, 13 et 25 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé (activités en période intérimaire)*. Les activités de la CCB seront également substantiellement modifiées. Elle continuera de bénéficier des garanties gouvernementales durant la période intérimaire : paragraphes 19(3), 26(5) et 26(6) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé (activités en période intérimaire)*, et elle recourra encore au système de mise en commun des prix, même si ces mises en commun ne seront plus obligatoires pour les producteurs : articles 28, 29 et 33 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé (activités en période intérimaire)*. Par ailleurs, le monopole du commerce interprovincial et d'exportation qu'exerçait la CCB cessera d'exister. De ce fait, les producteurs de blé et d'orge pourront vendre et livrer leurs grains à n'importe quel acheteur intérieur

producers who wish to continue marketing their products through it.

[25] The third phase is the period after August 1, 2017. By that date, the CWB will either be continued as a privatized corporation or dissolved. The CWB will have to submit to the Minister before August 1, 2016 an application for continuance under either of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, the *Canada Cooperatives Act*, S.C. 1998, c. 1, or the *Canada Not-for-profit Corporations Act*, S.C. 2009, c. 23. This application will presumably be accompanied by a new commercialization and marketing plan for its future operations. If the application is approved by the Minister, the CWB may be continued under one of these acts as a privatized entity. Failing such approval and continuation, the CWB shall be wound-up and dissolved: sections 42 and 45 to 55 of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*.

The fundamental issue

[26] The fundamental issue raised by these proceedings is whether the Minister was legally bound by section 47.1 of the CWB Act to consult with the CWB and to obtain the favourable consent of wheat and barley grain producers through a vote prior to introducing in Parliament Bill C-18, the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*. There is no dispute that correctness is the standard of review upon which this issue must be decided.

[27] Section 47.1 of the CWB Act reads as follows:

ou exportateur selon le principe du libre marché. En conséquence, même si la CCB continuera d'exister, elle exercera ses activités dans un contexte de marché et agira à titre d'organisme de commercialisation et de mise en marché volontaire pour les producteurs qui souhaiteront continuer de commercialiser leurs produits par son intermédiaire.

[25] La troisième phase est la période qui suit le 1^{er} août 2017. À cette date, la CCB sera soit maintenue sous la forme d'une société privatisée, soit liquidée. Il lui faudra présenter au ministre avant le 1^{er} août 2016 une demande de prorogation en vertu de l'une des trois lois suivantes : la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, la *Loi canadienne sur les coopératives*, L.C. 1998, ch. 1, ou la *Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif*, L.C. 2009, ch. 23. Cette demande sera vraisemblablement assortie d'un nouveau plan de mise en marché et de commercialisation pour ses activités à venir. Si cette demande est approuvée par le ministre, la CCB pourra continuer d'exister sous le régime de l'une de ces trois lois à titre d'entité privatisée. À défaut de cette approbation et de cette prorogation, la CCB sera liquidée : articles 42 et 45 à 55 de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*.

La question de fond

[26] La question de fond que soulève le présent appel consiste à savoir si le ministre était légalement tenu par l'article 47.1 de la Loi sur la CCB de consulter la CCB et d'obtenir par voie de scrutin le consentement des producteurs de grains de blé et d'orge avant de déposer au Parlement le projet de loi C-18, intitulé *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*. Nul ne conteste que la norme de contrôle en fonction de laquelle cette question doit être tranchée est celle de la décision correcte.

[27] Le texte de l'article 47.1 de la Loi sur la CCB est le suivant :

Minister's
obligation

47.1 The Minister shall not cause to be introduced in Parliament a bill that would exclude any kind, type, class or grade of wheat or barley, or wheat or barley produced in any area in Canada, from the provisions of Part IV, either in whole or in part, or generally, or for any period, or that would extend the application of Part III or Part IV or both Parts III and IV to any other grain, unless

(a) the Minister has consulted with the board about the exclusion or extension; and

(b) the producers of the grain have voted in favour of the exclusion or extension, the voting process having been determined by the Minister.

[28] The appellants submit that section 47.1 applies only to situations where specified grains are to be included or excluded from Part III or IV, but does not apply to legislative initiatives repealing the single desk or the CWB Act in its entirety, as effectuated through the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*. The appellants add that, in any event, section 47.1 is not a proper “manner and form” provision which imposes procedural requirements on Parliament’s ability to adopt legislation, and it is thus unenforceable through the courts because of the doctrine of parliamentary sovereignty as reflected in subsection 2(2) [as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 38] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)].

[29] On the other hand, the respondents, supported by the interveners, submit that this provision—introduced into the CWB Act pursuant to the 1998 legislative reforms—applies to all legislation which would result directly or indirectly in the exclusion of wheat or barley from the single desk, including legislative initiatives, such as the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*, which end the single desk or which repeal in its entirety the CWB Act.

[30] I note that, as an alternative argument, the respondents also submitted before the Federal Court that the

Obligation
du ministre

47.1 Il ne peut être déposé au Parlement, à l’initiative du ministre, aucun projet de loi ayant pour effet, soit de soustraire quelque type, catégorie ou grade de blé ou d’orge, ou le blé ou l’orge produit dans telle région du Canada, à l’application de la partie IV, que ce soit totalement ou partiellement, de façon générale ou pour une période déterminée, soit d’étendre l’application des parties III et IV, ou de l’une d’elles, à un autre grain, à moins que les conditions suivantes soient réunies :

a) il a consulté le conseil au sujet de la mesure;

b) les producteurs de ce grain ont voté — suivant les modalités fixées par le ministre — en faveur de la mesure.

[28] Les appelants soutiennent que l’article 47.1 ne s’applique qu’aux cas où il est question d’étendre l’application des parties III ou IV à des grains en particulier ou de soustraire certains grains à l’application de ces parties, et non aux initiatives législatives abrogeant le guichet unique ou la Loi sur la CCB dans son intégralité, comme le fait la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*. Ils ajoutent que, en tout état de cause, l’article 47.1 n’est pas comme tel une disposition « de forme » qui assortit d’exigences procédurales la capacité du Parlement d’adopter une loi, et qu’il ne peut donc pas être appliqué par les tribunaux en raison du principe de la souveraineté du Parlement qui est reflété au paragraphe 2(2) [mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 38] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)].

[29] En revanche, les intimés, avec le soutien des intervenants, font valoir que cette disposition — introduite dans la Loi sur la CCB dans le cadre des réformes législatives de 1998 — s’applique à toutes les lois susceptibles de mener, directement ou indirectement, à l’exclusion du blé ou de l’orge du guichet unique, ce qui inclut les initiatives législatives telles que la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*, qui mettent fin au guichet unique ou abrogent dans son intégralité la Loi sur la CCB.

[30] Je signale que, à titre d’argument subsidiaire, les intimés ont également fait valoir devant la Cour fédérale

Minister was bound by the doctrine of legitimate expectations to consult with the CWB and grain producers prior to introducing the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*. The Federal Court Judge did not grant any relief on this basis, and the respondents have not argued this point in this appeal. Although the appellants have asked this Court to address the issue of legitimate expectations, the respondents advised us through their counsel during the oral hearing of this appeal that they no longer advance any arguments based on legitimate expectations. I have serious reservations concerning the applicability of the doctrine of legitimate expectations to Parliamentary processes in view of the comments of Sopinka J. speaking for the Supreme Court of Canada in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pages 558–560. However, since this issue is not being pursued by the respondents, it need not be considered.

The reasons of the Federal Court Judge

[31] The Federal Court Judge declined to consider the Minister’s argument that section 47.1 of the CWB Act did not meet the requirements of a “manner and form” provision. He was of the view that he could not decide that issue in the absence of a notice of a constitutional question challenging the constitutional validity, applicability or operability of section 47.1. Hence, he decided the judicial review applications before him on the assumption that section 47.1 was a valid “manner and form” provision: reasons, at paragraphs 9 and 10.

[32] The Federal Court Judge seems to have implicitly recognized that, read literally, the language of section 47.1 simply contemplates situations involving the addition or subtraction of certain kinds or grades of grains from certain aspects of the CWB marketing regime. However, relying “upon a contextual historical approach with respect to the unique democratic nature of the CWB, and its importance” (reasons, at paragraph 27), and by “giv[ing] weight to the Council’s argument that s. 47.1 applies to changing the structure of the CWB

que le ministre était tenu, en vertu du principe des attentes légitimes, de consulter la CCB et les producteurs de grains avant de déposer la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*. Le juge de la Cour fédérale n’a accordé aucun redressement à cet égard et les intimés n’ont pas soulevé ce point dans le présent appel. Les appelants ont demandé à la Cour de trancher la question des attentes légitimes, mais les intimés nous ont avisés par l’entremise de leur avocat, lors de l’audition du présent appel, qu’ils n’avaient plus aucun argument à présenter à ce sujet. J’ai de sérieuses réserves quant à l’applicabilité du principe des attentes légitimes aux processus parlementaires, compte tenu des observations du juge Sopinka, s’exprimant au nom de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, aux pages 558 à 560. Cependant, comme les intimés ont laissé tomber la question, il n’est pas nécessaire pour la Cour de l’examiner.

Les motifs du juge de la Cour fédérale

[31] Le juge de la Cour fédérale a refusé de prendre en considération l’argument du ministre selon lequel l’article 47.1 de la Loi sur la CCB ne répondait pas aux critères d’une disposition « de forme ». Selon lui, la question ne pouvait être tranchée en l’absence d’un avis de question constitutionnelle contestant la validité constitutionnelle, l’applicabilité ou l’effet de cet article. De ce fait, il a tranché les demandes de contrôle judiciaire dont il était saisi en tenant pour acquis que l’article 47.1 était une disposition « de forme » valide : aux paragraphes 9 et 10 des motifs.

[32] Le juge de la Cour fédérale semble avoir implicitement reconnu que le texte de l’article 47.1, interprété de façon littérale, n’envisage que les cas où il est question d’étendre l’application de certains aspects du régime de commercialisation de la CCB à un type ou grade de grain particulier ou bien de soustraire un type ou grade de grain particulier à ce régime. Cependant, s’appuyant sur « une approche historique et contextuelle de la nature démocratique unique de la CCB et de l’importance de cet organisme » (au paragraphe 27 des motifs) et

because the democratic structure is important to Canada's international trade obligations under NAFTA" (reasons, at paragraph 28), the Federal Court Judge concluded as follows (at paragraphs 30 and 31):

By construing the liberal interpretation of the [*Canadian Wheat Board*] Act which best ensures the attainment of its objects, I find that the Act was intended to require the Minister to consult and gain consent where an addition or subtraction of particular grains or types of grain from the marketing regime is contemplated, and also in respect of a change to the democratic structure of the CWB. As the applicants argue, it is unreasonable to interpret the Act to conclude that while the Minister must consult and gain consent when extracting or extending a grain, she or he is not required to consult or gain consent when dismantling the CWB; the point is made as follows (applicants' memorandum of fact and law in T-1735-11, paragraph 52) [emphasis added]:

Under the Minister's interpretation of section 47.1, farmers would be denied a vote "when it is most needed", namely, in circumstances where the CWB's exclusive marketing mandate is to be eliminated. That interpretation is not only inconsistent with the principle that the words of a statute must be placed in context, but is contrary to common sense.

Clause 39 of Bill C-18 proposes to replace the whole marketing scheme of wheat in Canada by repealing the Act after a transition period. I find that it was Parliament's intention in introducing s. 47.1 to stop this event from occurring without the required consultation and consent. [Emphasis in original.]

Analysis

[33] On the basis of a plain reading of the CWB Act, Perlmutter J. of the Court of Queen's Bench of Manitoba held that section 47.1 only refers to the addition or subtraction of particular grains from Part III or IV of that

« accord[ant] du poids à l'argument du Conseil voulant que l'article 47.1 s'applique au changement de la structure de la CCB, parce que l'aspect démocratique de cette structure revêt une importance dans le contexte des obligations en matière de commerce international du Canada au titre de l'ALÉNA » (au paragraphe 28 des motifs), le juge de la Cour fédérale a tiré la conclusion suivante (aux paragraphes 30 et 31):

En retenant une interprétation libérale de la Loi qui est compatible avec la réalisation de son objet, je conclus que la Loi visait à exiger du ministre qu'il procède à une consultation et qu'il obtienne le consentement des producteurs dans les cas où il envisage l'inclusion ou l'exclusion de grains ou de types de grain au régime de commercialisation, ainsi que la modification à la structure démocratique de la CCB. Conformément à ce que prétendent les demandeurs, il est déraisonnable d'interpréter la Loi de manière à conclure que, bien que le ministre doive consulter et obtenir le consentement des producteurs lorsqu'il exclut ou inclut un grain, ce dernier n'a pas une telle obligation à l'égard du démantèlement de la CCB. Voici l'argument en ce sens (mémoire des faits et du droit des demandeurs au dossier T-1735-11, paragraphe 52) [non souligné dans l'original] :

[TRADUCTION] Selon l'interprétation que le ministre donne à l'article 47.1, les agriculteurs n'auraient pas le droit de vote « dans le cas où ce vote est le plus nécessaire », soit dans des circonstances où le pouvoir exclusif de la CCB en matière de commercialisation serait aboli. Non seulement cette interprétation est incompatible avec le principe que les mots d'une disposition doivent être remis dans leur contexte, mais elle va à l'encontre du bon sens.

L'article 39 du projet de loi C-18 propose de remplacer l'ensemble du régime de commercialisation du blé au Canada par l'abrogation de la Loi, après une période de transition. À mon avis, le législateur ovulait [*sic*], en présentant l'article 47.1, empêcher qu'une telle situation se produise si l'on n'avait pas au préalable tenu une consultation et obtenu le consentement des producteurs. [Souligné dans l'original.]

Analyse

[33] Se fondant sur le sens ordinaire de la Loi sur la CCB, le juge Perlmutter de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a conclu que l'article 47.1 ne portait que sur la question d'étendre l'application des parties III ou

Act, and thus does not require the Minister to consult with the CWB or to hold a vote among grain producers prior to introducing in Parliament legislation which fundamentally changes the governance structure or mandate of the CWB, or which repeals the CWB Act as a whole: *Oberg et al. v. Canada (Attorney General)*, above, at paragraph 15. The issue before this Court is whether we should go beyond this plain reading of the provision and accept the expanded meaning given to it by the Federal Court Judge so as to ensure that wheat and barley producers control over all fundamental legislative changes to the CWB Act.

[34] The Federal Court Judge, adopting for this purpose the arguments of the respondents, was of the opinion that such an expansive meaning should be given to section 47.1 in view of: (a) its legislative history; (b) the comments of the previous Minister in Parliament when the 1998 amendments were being considered; (c) the need to promote the democratic control of grain producers over the CWB; and (d) the importance of the CWB's democratic structure to Canada's international trade obligations under NAFTA [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2]. The interveners add in this appeal a fifth consideration, namely (e) the promotion of the ability of grain producers to act collectively in the marketing of grain taking into account their freedom of association guaranteed by paragraph 2(d) of the Charter.

[35] After carefully considering the legislative history and the context in which section 47.1 was adopted, I am of the view that none of the arguments advanced by the respondents or the interveners can sustain an interpretation that would preclude the Minister from introducing in Parliament legislation which would fundamentally modify the CWB's mandate or which would lead to the repeal of the CWB Act. I reach this conclusion by applying the modern approach to statutory interpretation, and after considering and discarding

IV de cette loi à certains grains, ou de soustraire certains grains à l'application de ces parties, et qu'il n'obligeait donc pas le ministre à consulter la CCB ou à tenir un scrutin parmi les producteurs de grains avant de déposer au Parlement un projet de loi qui change fondamentalement la structure de gouvernance ou le mandat de la CCB, ou qui abroge la Loi sur la CCB dans son ensemble : *Oberg et al. v. Canada (Attorney General)*, précité, au paragraphe 15. La question dont la Cour est saisie consiste à savoir s'il convient d'aller au-delà de cette simple lecture de la disposition et de souscrire au sens élargi que lui a donné le juge de la Cour fédérale, de façon à garantir que les producteurs de blé et d'orge exercent un contrôle sur tous les changements législatifs fondamentaux que l'on apporte à la Loi sur la CCB.

[34] Adoptant à cette fin les arguments des intimés, le juge de la Cour fédérale a exprimé l'avis qu'il convenait d'interpréter de manière aussi large l'article 47.1 en raison : a) de son historique législatif; b) des commentaires faits par le ministre fédéral précédent à l'époque où les modifications de 1998 étaient envisagées; c) de la nécessité de promouvoir le contrôle démocratique des producteurs de grains sur la CCB; et d) de l'importance de la structure démocratique de la CCB pour les obligations en matière de commerce international du Canada sous le régime de l'ALÉNA [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2]. Les intervenants ajoutent dans le présent appel un cinquième aspect, soit : e) la promotion de la capacité des producteurs de grains d'agir collectivement sur le plan de la commercialisation des grains, compte tenu de la liberté d'association que leur garantit l'alinéa 2d) de la Charte.

[35] Après avoir examiné avec soin l'historique législatif de l'article 47.1 et le contexte dans lequel il a été adopté, je suis d'avis qu'aucun des arguments des intimés ou des intervenants ne peut soutenir une interprétation qui empêcherait le ministre de présenter au Parlement un projet de loi qui modifierait fondamentalement le mandat de la CCB ou qui mènerait à l'abrogation de la Loi sur la CCB. J'arrive à cette conclusion en appliquant la méthode moderne d'interprétation législative, et après avoir examiné et rejeté

the arguments advanced in favour of an expansive interpretation of section 47.1.

The modern approach to statutory interpretation

[36] The modern approach to statutory interpretation has been expressed as follows by Iacobucci J. in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21:

Although much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) (hereinafter “*Construction of Statutes*”); Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)), 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.

Recent cases which have cited the above passage with approval include: *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 1 S.C.R. 213; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103.

[37] McLachlin C.J. and Major J. reiterated this approach in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words plays a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one

les arguments invoqués en faveur d’une interprétation large de l’article 47.1.

La méthode moderne d’interprétation législative

[36] La méthode moderne d’interprétation législative a été exprimée en ces termes par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21 :

Bien que l’interprétation législative ait fait couler beaucoup d’encre (voir par ex. Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994) (ci-après « *Construction of Statutes* »); Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990)), 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.

Parmi les arrêts récents qui ont cité le passage ci-dessus en l’approuvant, mentionnons : *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 1 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103.

[37] Le juge en chef McLachlin et le juge Major ont repris cette méthode dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10 :

Il est depuis longtemps établi en matière d’interprétation des lois qu’« 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 » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent

reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[38] Thus, under the modern contextual approach to statutory interpretation, the grammatical and ordinary sense of a provision is not necessarily determinative of its meaning. Regard must be had not only to the ordinary and natural meaning of the words, but also to the context in which they are used and the purpose of the provision considered as a whole within the legislative scheme in which it is found: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 27. The most significant element of this analysis is the determination of legislative intent: *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at paragraph 26.

[39] The concept of legislative intent was explained as follows by this Court in *Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 272, [2012] 1 F.C.R. 3, at paragraph 31, citing approvingly for this purpose Lord Nicholls in *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349 (H.L.), at pages 396 and 397:

Statutory interpretation is an exercise which requires the court to identify the meaning borne by the words in question in the particular context. The task of the court is often said to be to ascertain the intention of Parliament expressed in the language under consideration. This is correct and may be helpful, so long as it is remembered that the “intention of Parliament” is an objective concept, not subjective. The phrase is a shorthand reference to the intention which the court reasonably imputes to Parliament in respect of the language used. It is not the subjective intention of the minister or other persons who promoted the legislation. Nor is it the subjective intention of the draftsman, or of individual members or even of a majority of individual members of either House. These individuals will often have widely varying intentions. Their understanding of the legislation and the words used may be impressively complete or woefully inadequate. Thus, when courts say that such-and-such a meaning “cannot be what Parliament intended”, they are saying only that the words under consideration cannot reasonably be taken as used by Parliament with that meaning. As Lord Reid said in *Black-Clawson International Ltd v Papierwerke*

avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux.

[38] C’est donc dire que, selon la méthode contextuelle moderne d’interprétation législative, le sens grammatical et ordinaire d’une disposition n’en détermine pas forcément le sens. Il faut tenir compte non seulement du sens ordinaire et naturel des mots, mais aussi du contexte dans lequel ceux-ci sont employés et de l’objet de la disposition considérée comme un tout dans le régime législatif dont elle fait partie : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 27. L’élément le plus important de cette analyse est la détermination de l’intention du législateur : *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, au paragraphe 26.

[39] Notre Cour a expliqué comme suit le concept de l’intention du législateur dans l’arrêt *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 272, [2012] 1 R.C.F 3, au paragraphe 31, citant en y souscrivant, à cette fin, lord Nicholls dans l’arrêt *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349 (H.L.), aux pages 396 et 397 :

[TRADUCTION] Les tribunaux, lorsqu’ils interprètent les lois, doivent cerner le sens des mots en cause en tenant compte du contexte. Il a souvent été répété qu’il incombe alors aux tribunaux d’établir l’intention du législateur exprimée dans le libellé en cause. C’est juste et cela peut se révéler utile tant et aussi longtemps que l’on garde à l’esprit que « l’intention du législateur » est une notion objective et non subjective. Cette expression renvoie en peu de mots à l’intention que les tribunaux peuvent raisonnablement imputer au législateur compte tenu du libellé employé. Il ne s’agit pas de l’intention subjective du ministre ou des autres personnes qui ont milité en faveur de la loi. Il ne s’agit pas non plus de l’intention subjective du rédacteur ni de celle d’un membre ou d’une majorité de membres de l’une ou l’autre des chambres. Ces personnes ont bien souvent des intentions très différentes. Leur compréhension de la loi et des mots employés peut être excellente ou terriblement déficiente. Par conséquent, lorsque les tribunaux affirment que tel sens « ne peut pas représenter l’intention du législateur », tout ce qu’ils veulent dire c’est que le législateur ne peut pas raisonnablement avoir utilisé les mots en cause dans ce sens. Comme lord Reid l’a affirmé dans l’arrêt

Waldhof-Aschaffenburg A G [1975] AC 591, 613: “We often say that we are looking for the intention of Parliament, but that is not quite accurate. We are seeking the meaning of the words which Parliament used.” [Emphasis added.]

[40] In ascertaining legislative intent, a court must consider the total context of the provision to be interpreted, no matter how plain the provision may seem when it is initially read in isolation. However, it must be kept in mind that a line exists between judicial interpretation and legislative drafting, and that this line is not to be crossed: *Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, above, at paragraph 32, referring to *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 51.

Legislative history

[41] The respondents propose an analysis of the legislative history of section 47.1 of the CWB Act which starts and ends with the legislative reform of 1998. However, a review of the provisions which section 47.1 replaced sheds considerable light on the scope of this section.

[42] *An Act to amend The Canadian Wheat Board Act, 1935*, S.C. 1947, c. 15, section 5, assented to on May 14, 1947 (the 1947 Act), incorporated Part IV into the CWB Act concerning the “Regulation of Interprovincial and Export Trade in Wheat”. Under this Part IV, Parliament entrusted the CWB with an exclusive marketing monopoly over international and interprovincial trade in wheat. In 1994, the CWB monopoly over international trade in wheat was reduced to a monopoly over wheat exports from Canada in order to comply with and implement the Uruguay Round of Multinational Trade Negotiations [*Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiation*, being part of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, Marrakesh, 1867 U.N.T.S. 3] concluded under the auspices of the World Trade Organization: *World Trade Organization Agreement Implementation Act*, S.C. 1994, c. 47, section 48.

Black-Clawson International Ltd c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A G [1975] A.C. 591, 613 : « Nous affirmons souvent que nous tentons d’établir l’intention du législateur, mais ce n’est pas tout à fait exact. Nous tentons plutôt d’établir le sens des mots employés par le législateur. » [Non souligné dans l’original.]

[40] Pour déterminer l’intention du législateur, le tribunal doit prendre en considération le contexte tout entier de la disposition à interpréter, même si, après une première lecture faite isolément, le sens de son libellé peut sembler évident. Il importe toutefois de garder à l’esprit qu’il existe une ligne entre l’interprétation judiciaire et la rédaction législative et que cette ligne ne doit pas être franchie : *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, précité, au paragraphe 32, faisant référence à l’arrêt *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 51.

L’historique législatif

[41] Les intimés proposent une analyse de l’historique législatif de l’article 47.1 de la Loi sur la CCB qui débute et prend fin avec la réforme législative de 1998. Cependant, un examen des dispositions que cet article a remplacées jette un éclairage important sur la portée de ce dernier.

[42] *La Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935*, S.C. 1947, ch. 15, article 5, sanctionnée le 14 mai 1947 (la Loi de 1947), a intégré à la Loi sur la CCB la partie IV concernant la « réglementation du commerce interprovincial ou de l’exportation du blé ». En vertu de cette partie IV, le législateur a confié à la CCB un monopole de commercialisation sur le commerce international et interprovincial du blé. En 1994, le monopole que la CCB exerçait sur le commerce international du blé a été réduit à un monopole sur les exportations de blé du Canada de façon à respecter et à mettre en œuvre l’accord conclu au terme des négociations commerciales multilatérales du Cycle d’Uruguay [*Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d’Uruguay*, faisant partie de l’*Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 R.T.N.U. 3] menées sous

[43] Since its inception, this marketing monopoly has, however, been subject to regulatory exclusions of designated kinds or grades of wheat, or of wheat produced in certain parts of Canada. Such regulatory exclusions were first set out in paragraph 28(b) [as am. by S.C. 1998, c. 17, ss. 28(E), 29(F)] of CWB Act introduced into the act by the 1947 Act (and slightly amended in 1950 by S.C. 1950, c. 31, section 6). This regulatory authority to exclude designated kinds or grades of wheat was reiterated in every version of the CWB Act until the 1998 amendments. The last reiteration of the regulatory authority was set out in paragraph 46(b) of the CWB Act as it read just prior to the 1998 amendments:

Regulations **46.** The Governor in Council may make regulations

...

(b) to exclude any kind of wheat, or any grade thereof, or wheat produced in any area in Canada, from the provisions of this Part either in whole or in part, or generally, or for any period;

Thus, specific kinds or grades of wheat, or wheat produced in a particular area of Canada, could be excluded from the CWB's marketing monopoly for specific periods or generally.

[44] Likewise, in 1948, amendments to the CWB Act came into force for the purpose of adding a new part (now Part V [section 47]) empowering the Governor in Council to extend the application of Part III (concerning the compulsory price pooling system) or of Part IV (concerning the CWB marketing monopoly over international and interprovincial trade) to oats and barley: *An Act to amend The Canadian Wheat Board Act, 1935*, S.C. 1948, c. 4, section 5, assented to on March 24, 1948. These provisions have remained essentially the same throughout the years, and their most recent reiteration is

les auspices de l'Organisation mondiale du commerce : *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47, article 48.

[43] Depuis sa création, ce monopole de commercialisation a toutefois été l'objet d'exclusions réglementaires visant certains types et grades désignés de blé, ou le blé produit dans certaines régions du Canada. Ces exclusions ont d'abord été énoncées à l'alinéa 28b) [mod. par L.C. 1998, ch. 17, art. 28(A), 29(F)] de la Loi sur la CCB, introduit dans cette dernière par la Loi de 1947 (et légèrement modifié en 1950 par S.C. 1950, ch. 31, article 6). Ce pouvoir réglementaire d'exclure des types ou des grades désignés de blé a été repris dans chacune des versions de la Loi sur la CCB, jusqu'aux modifications de 1998. La dernière version du pouvoir réglementaire figurait à l'alinéa 46b) de la Loi sur la CCB qui s'appliquait juste avant les modifications de 1998 :

46. Le gouverneur en conseil peut, par Règlements règlement :

[...]

b) soustraire tout type ou grade de blé, ou le blé produit dans une région donnée du Canada, à l'application de la présente partie, totalement ou partiellement, de façon générale, ou pour une période déterminée;

C'est donc dire que des types ou grades particuliers de blé, ou le blé produit dans une région donnée du Canada, pouvaient être exclus du monopole de la CCB en matière de commercialisation pour des périodes déterminées ou de façon générale.

[44] Dans le même ordre d'idées, en 1948, Loi sur la CCB a été modifiée par l'ajout d'une nouvelle partie (aujourd'hui la partie V [article 47]) habilitant le gouverneur en conseil à étendre l'application de la partie III (concernant le système de mise en commun obligatoire des prix) ou de la partie IV (concernant le monopole de commercialisation de la CCB sur le commerce international et interprovincial) à l'avoine et à l'orge : *Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935*, S.C. 1948, ch. 4, article 5, sanctionnée le 24 mars 1948. Ces dispositions sont demeurées essentiellement

currently set out in section 47 [as am. *idem*, s. 25] of the CWB Act, which reads as follows:

Extension of Parts III and IV to oats and barley

47. (1) The Governor in Council may, by regulation, extend the application of Part III or of Part IV or of both Parts III and IV to oats or to barley or to both oats and barley.

Modifications

(2) Where the Governor in Council has extended the application of any Part under subsection (1), the provisions of that Part shall be deemed to be re-enacted in this Part, subject to the following:

(a) the word “oats” or “barley”, as the case may be, shall be substituted for the word “wheat”;

(b) the expression “oat products” or “barley products”, as the case may be, shall be substituted for the expression “wheat products”; and

(c) [Repealed, 1995, c. 31, s. 4]

(d) subsection 40(2) is not applicable.

When extension to come into force

(3) An extension of the application of Part III shall come into force only at the beginning of a crop year.

Definitions

(4) For the purposes of this section, “product”, in relation to any grain referred to in subsection (1), means any substance produced by processing or manufacturing that grain, alone or together with any other material or substance, designated by the Governor in Council by regulation as a product of that grain for the purposes of this Part.

les mêmes au fil des ans, et leur version la plus récente figure maintenant à l’article 47 [mod., *idem*, art. 25] de la Loi sur la CCB, dont le texte est le suivant :

47. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, étendre l’application de la partie III ou de la partie IV, ou des deux, à l’avoine et à l’orge, ou à l’un des deux.

Application à l’avoine et à l’orge

(2) En cas d’application du paragraphe (1), les dispositions de la partie en cause sont réputées édictées de nouveau dans la présente partie, sous réserve de ce qui suit :

Réserves

a) le terme « avoine » ou « orge », selon le cas, est substitué au terme « blé »;

b) le terme « produits de l’avoine » ou « produits de l’orge », selon le cas, est substitué au terme « produits du blé »;

c) [Abrogé, 1995, ch. 31, art. 4]

d) le paragraphe 40(2) ne s’applique pas.

(3) L’extension du champ d’application de la partie III ne peut entrer en vigueur qu’au début d’une campagne agricole.

Entrée en vigueur

(4) Pour l’application du présent article, « produit de l’avoine » ou « produit de l’orge », selon le cas, s’entend de la substance obtenue par la transformation ou la préparation industrielle du grain en cause, seul ou mélangé à d’autres substances et que le gouverneur en conseil désigne, par règlement, comme produit de ce grain pour l’application de la présente partie.

Définitions

[45] The powers of the Governor in Council under this section were found by our Court to include the authority to exclude by regulation the application of Part III or IV of the CWB Act to oats and barley: *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.), at paragraphs 35 and 36.

[45] Notre Cour a conclu que parmi les pouvoirs que lui confère cet article, le gouverneur en conseil possède celui de soustraire, par règlement, l’avoine et l’orge à l’application des parties III ou IV de la Loi sur la CCB : *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 35 et 36.

[46] The 1998 amendments provided for a change to subsection 47(1) by restricting its application to barley, and by adding a new subsection 47(5) making the adoption of the regulation contemplated by subsection 47(1)

[46] Les modifications de 1998 touchaient au paragraphe 47(1) en restreignant son application à l’orge et en ajoutant un nouveau paragraphe 47(5), faisant en sorte que l’adoption du règlement envisagé par le

subject to prior consultation with the CWB and the favourable vote of barley producers: section 25 of the 1998 amendments. However, these modifications were never proclaimed into force.

[47] The 1998 amendments also provided for other changes which were eventually proclaimed in force, notably: (a) the repeal of the regulatory authority under paragraph 46(b) [repealed by S.C. 1998, c. 17, s. 24] of the CWB Act (reproduced above) to exclude a kind or grade of wheat from the CWB marketing monopoly, and (b) the introduction of section 47.1 into the CWB Act: subsection 24(1) and section 25 of the 1998 amendments. It is useful to reproduce once again section 47.1:

Minister's
obligation

47.1 The Minister shall not cause to be introduced in Parliament a bill that would exclude any kind, type, class or grade of wheat or barley, or wheat or barley produced in any area in Canada, from the provisions of Part IV, either in whole or in part, or generally, or for any period, or that would extend the application of Part III or Part IV or both Part III and IV to any other grain, unless

(a) the Minister has consulted with the board about the exclusion or extension; and

(b) the producers of the grain have voted in favour of the exclusion or extension, the voting process having been determined by the Minister.

[48] The combined effects of sections 47 and 47.1 of the CWB Act are thus the following:

(a) the Governor in Council retains unfettered regulatory discretion to extend to oats and barley the compulsory price pooling system (Part III) or the CWB marketing monopoly over interprovincial and export trade (Part IV): *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 807, [2008] 2 F.C.R. 87, at paragraphs 45 and 50 (affd 2008 FCA 76, 80 Admin. L.R. (4th) 144);

paragraphe 47(1) soit soumise à une consultation préalable de la CCB et à un vote favorable des producteurs d'orge : article 25 des modifications de 1998. Cependant, ces modifications ne sont jamais entrées en vigueur.

[47] Les modifications de 1998 prévoyaient également d'autres mesures qui sont finalement entrées en vigueur, notamment : a) l'abrogation du pouvoir réglementaire, prévu à l'alinéa 46b) [abrogé par L.C. 1998, ch. 17, art. 24] de la Loi sur la CCB (reproduit ci-dessus), d'exclure un type ou un grade de blé du monopole de commercialisation de la CCB, et b) l'introduction de l'article 47.1 à la Loi sur la CCB : paragraphe 24(1) et article 25 des modifications de 1998. Il est ici utile de reproduire une fois de plus le texte de l'article 47.1 :

47.1 Il ne peut être déposé au Parlement, à l'initiative du ministre, aucun projet de loi ayant pour effet, soit de soustraire quelque type, catégorie ou grade de blé ou d'orge, ou le blé ou l'orge produit dans telle région du Canada, à l'application de la partie IV, que ce soit totalement ou partiellement, de façon générale ou pour une période déterminée, soit d'étendre l'application des parties III et IV, ou de l'une d'elles, à un autre grain, à moins que les conditions suivantes soient réunies :

Obligation
du ministre

a) il a consulté le conseil au sujet de la mesure;

b) les producteurs de ce grain ont voté — suivant les modalités fixées par le ministre — en faveur de la mesure.

[48] Les effets combinés des articles 47 et 47.1 de la Loi sur la CCB sont donc les suivants :

a) le gouverneur en conseil conserve le pouvoir discrétionnaire absolu, conféré par règlement, d'étendre à l'avoine et à l'orge le système de mise en commun obligatoire des prix (partie III) ou le monopole de commercialisation qu'exerce la CCB sur le commerce interprovincial et l'exportation (partie IV) : *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2007 FC 807, [2008] 2 R.C.F. 87, aux paragraphes 45 et 50 (conf. par 2008 CAF 76);

(b) the prior authority of the Governor in Council under paragraph 46(b) to exclude any kind or grade of wheat or wheat produced in any area of Canada from the CWB marketing monopoly over interprovincial and export trade under Part IV has been replaced by a requirement to proceed by legislation; in addition, the Minister may not cause any such legislation to be introduced unless he has consulted with the CWB and obtained a favourable vote from the producers;

(c) the prior authority of the Governor in Council to exclude oats and barley from Parts III or IV recognized in *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)*, above, has been replaced by a requirement to proceed by legislation, and the Minister may not cause any such legislation to be introduced unless he has consulted the CWB and obtained a favourable vote from oats or barley producers: *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, above, at paragraphs 47, 51 and 52;

(d) the extension of Part III or Part IV to other grains requires legislation, and the Minister may not cause any such legislation to be introduced unless he has consulted with the CWB and obtained a favourable vote from the producers.

[49] The purpose and scope of section 47.1 become apparent when considering it in the context of the provisions it replaces or modifies. Thus, section 47.1 largely reverts back to Parliament the prior limited regulatory authority of the Governor in Council concerning exclusions or inclusions of certain kinds or grades of grains from Part III or Part IV of the CWB Act. There is however nothing in section 47.1 or in the legislative history which suggests that Parliament has fettered the Minister's authority to introduce and recommend to Parliament legislation to repeal the substantive provisions of the CWB Act or the act itself.

[50] I am, moreover, comforted in this view by subsection 42(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which reads as follows:

b) le pouvoir qu'avait antérieurement le gouverneur en conseil aux termes de l'alinéa 46b) d'exclure n'importe quel type ou grade de blé ou le blé produit dans une région donnée du Canada du monopole de commercialisation qu'exerçait la CCB sur le commerce interprovincial et d'exportation en vertu de la partie IV a été remplacé par l'obligation de procéder par l'adoption d'une loi; de plus, le ministre ne peut faire adopter une telle loi sans avoir consulté la CCB et obtenu un vote favorable des producteurs;

c) le pouvoir qu'avait antérieurement le gouverneur en conseil de soustraire l'avoine et l'orge de l'application des parties III ou IV, et qui a été reconnu dans l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)*, précité, a été remplacé par l'obligation de procéder par l'adoption d'une loi, et le ministre ne peut faire adopter une telle loi sans avoir consulté la CCB et obtenu un vote favorable des producteurs d'avoine ou d'orge : *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, précité, aux paragraphes 47, 51 et 52;

d) l'extension de la partie III ou de la partie IV à d'autres grains doit passer par l'adoption d'une loi, et le ministre ne peut faire adopter une telle loi sans avoir consulté la CCB et obtenu un vote favorable des producteurs.

[49] L'objet et la portée de l'article 47.1 deviennent évidents lorsqu'on examine celui-ci dans le contexte des dispositions qu'il remplace ou modifie. Ainsi, l'article 47.1 rétrocède en grande partie au Parlement le pouvoir réglementaire restreint dont disposait auparavant le gouverneur en conseil au sujet de l'exclusion ou de l'inclusion au régime de la partie III ou de la partie IV de la Loi sur la CCB de certains types ou grades de grains. Toutefois, rien dans l'article 47.1 ou dans l'historique législatif ne donne à penser que le Parlement a limité le pouvoir du ministre de déposer et de recommander au Parlement une loi visant à abroger les dispositions de fond de la Loi sur la CCB ou la loi elle-même.

[50] De plus, le paragraphe 42(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, dont le texte est le suivant, me conforte dans cette opinion :

Power of
repeal or
amendment
reserved

42. (1) Every Act shall be so construed as to reserve to Parliament the power of repealing or amending it, and of revoking, restricting or modifying any power, privilege or advantage thereby vested in or granted to any person.

Statements of the previous minister in Parliament

[51] It is now well settled that Parliamentary debates and similar material may be considered in interpreting legislation as long as these are relevant and reliable and are not assigned undue weight: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at page 484; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, above, at paragraph 35; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at paragraph 17. Where this material is itself ambiguous, it should however be disregarded: *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at paragraph 39; *Conacher v. Canada (Prime Minister)*, 2010 FCA 131, [2011] 4 F.C.R. 22, at paragraph 8. In any event, such material must be reviewed cautiously since “[w]hile *Hansard* may offer relevant evidence in some cases, comments of MPs or even Ministers may or may not reflect the parliamentary intention to be deduced from the words used in the legislation”: *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. Canada (Revenue Agency)*, 2007 SCC 42, [2007] 3 S.C.R. 217, at paragraph 12.

[52] At paragraphs 21 and 22 of his reasons, the Federal Court Judge used the extrinsic evidence submitted by the respondents as an aid in interpreting as he did section 47.1 of the CWB Act. The Federal Court Judge notably used general statements made by the former minister to the House of Commons during the debates surrounding the adoption of the 1998 amendments and concerning the “fundamental principle of democratic producer control” [emphasis in original], and the “authority [of farmers] to shape their marketing agency as they see fit” [emphasis in original]: reasons, at paragraph 21. He also used a 1996 policy statement setting out the following (reasons, at paragraph 22):

42. (1) Il est entendu que le Parlement peut toujours abroger ou modifier toute loi et annuler ou modifier tous pouvoirs, droits ou avantages attribués par cette loi.

Pouvoir
d'abrogation
ou de
modification

Les déclarations de l'ancien ministre au Parlement

[51] Il est maintenant bien établi que les comptes rendus des débats parlementaires et les documents semblables peuvent être pris en considération pour interpréter une loi, dans la mesure où ils sont pertinents et fiables et où on ne leur attribue pas une importance excessive : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, à la page 484; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, précité, au paragraphe 35; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, au paragraphe 17. Si ces documents sont eux-mêmes ambigus, il convient toutefois de ne pas en tenir compte : *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, au paragraphe 39; *Conacher c. Canada (Premier ministre)*, 2010 CAF 131, [2011] 4 R.C.F. 22, au paragraphe 8. Quoi qu'il en soit, il y a lieu d'examiner ces documents avec prudence car « [l]e *Hansard* peut parfois offrir des éléments de preuve pertinents, mais les opinions des députés, ou même des ministres, ne rendent pas toujours compte de l'intention du législateur telle qu'elle doit être dégagée du texte de la loi » : *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, 2007 CSC 42, [2007] 3 R.C.S. 217, au paragraphe 12.

[52] Aux paragraphes 21 et 22 de ses motifs, le juge de la Cour fédérale a recouru à des éléments de preuve extrinsèques fournis par les intimés pour aider à interpréter comme il l'a fait l'article 47.1 de la Loi sur la CCB. Le juge de la Cour fédérale s'est notamment appuyé sur des déclarations générales de l'ancien ministre à la Chambre des communes, lors des débats entourant l'adoption des modifications de 1998, au sujet du « principe fondamental du contrôle démocratique par les producteurs » [souligné dans l'original], ainsi que du « pouvoir [des agriculteurs] de modifier leur organisme de commercialisation comme ils le jugeront bon » [souligné dans l'original] : au paragraphe 21 des motifs. Il a également eu recours à un énoncé de politique de 1996,

In future the Wheat Board's mandate may be adjusted, conditional upon three things: first of all, a clear recommendation to that effect by the directors of the Canadian Wheat Board; secondly, if a quality control issue is involved, the unequivocal concurrence of the Canadian Grain Commission that a change can be made safely without damaging Canada's reputation for quality and consistency; and third, if the proposed change is significant or fundamental, then an affirmative vote among farmers would need to be a prerequisite. [Emphasis added by the Federal Court Judge.]

[53] Since the fundamental purpose of the 1998 amendments was to devolve to grain producers a limited measure of control over the board of directors of the CWB, it is not surprising that the former minister would be promoting these amendments as favouring democratic producer control. However, this does not necessarily mean that the producers would be entitled to a veto power over all future legislative changes to the CWB Act.

[54] Indeed, the above-quoted policy statement referring to a vote by producer when effecting a significant or fundamental change must be understood in the full context of the proposed legislation. Thus, in a government press release dated September 25, 1997 announcing the proposed changes, the following explanation is provided (appeal book, at page 349):

The new law will put farmers in the driver's seat when it comes to any future changes in what the CWB can market.

If farmers want to remove some type of grain from the CWB's current single-desk system, that can be done – subject to three conditions:

- (1) The directors must recommend it;
- (2) The Canadian Grain Commission must approve an “identity preservation” system to protect quality standards; and
- (3) If the proposed “exclusion” is significant, there must be a vote among farmers to approve it. [Emphasis added.]

dans lequel figure le passage suivant (au paragraphe 22 des motifs) :

À l'avenir, le mandat de la Commission du blé pourra être ajusté, sous trois conditions : premièrement, une recommandation claire à cet effet du conseil d'administration de la Commission canadienne du blé; deuxièmement, lorsque le contrôle de la qualité est mis en jeu, un avis favorable de la Commission canadienne des grains, attestant que le changement ne nuira pas à la réputation de qualité et de régularité du Canada; troisièmement, si le changement proposé est important, un vote favorable des agriculteurs. [Souligné par le juge de la Cour fédérale.]

[53] Étant donné que l'objet fondamental des modifications de 1998 était de confier aux producteurs de grains une certaine forme de contrôle sur le conseil d'administration de la CCB, il n'est pas surprenant que l'ancien ministre ait fait valoir que ces modifications favorisaient le contrôle démocratique par les producteurs. Cependant, cela ne veut pas nécessairement dire que les producteurs auraient un droit de veto sur tous les changements législatifs apportés ultérieurement à la Loi sur la CCB.

[54] En fait, l'énoncé de politique cité plus tôt, qui fait référence à un vote des producteurs au moment d'apporter un changement important ou fondamental, doit être interprété dans le contexte global du projet de loi. C'est ainsi que, dans un communiqué de presse du gouvernement, daté du 25 septembre 1997 et annonçant les changements proposés, on trouve l'explication suivante (dossier d'appel, à la page 349) :

[TRADUCTION] La nouvelle loi rendra les agriculteurs maîtres de leur destinée quant à tout changement futur concernant ce que la CCB pourra commercialiser.

Si les agriculteurs veulent soustraire un type particulier de grains de l'actuel système de guichet unique de la CCB, ils peuvent le faire – à trois conditions :

- 1) les administrateurs doivent le recommander;
- 2) la Commission canadienne des grains doit approuver un système de « préservation de l'identité » afin d'assurer le respect des normes de qualité;
- 3) si la « mesure d'exclusion » proposée est importante, elle doit être soumise au vote des agriculteurs. [Non souligné dans l'original.]

[55] Moreover, when seeking third reading passage of the Bill leading to the 1998 amendments in the House of Commons on February 17, 1998, the former minister explained that the changes which would be subject to a vote of producers only concerned exclusions or inclusions of certain kinds or grades of grain from the CWB's marketing mandate (appeal book, at page 394):

Question nine is about exclusions. Can farmers get a crop removed from the CWB's jurisdiction? The answer under Bill C-4 is yes.

The new law will contain an exclusion clause to allow any kind, type, class or grade of wheat or barley to be removed in whole or in part from the CWB'S jurisdiction. To trigger it, the directors would first have to vote in favour of the idea. Second, for quality control reasons, a system would need to be in place to prevent the mixing of the excluded grain with CWB grain. Third, if the directors considered any proposed exclusion to be significant, a democratic producer vote would be needed to approve it.

Question ten is about inclusions. Can farmers get a crop added to the CWB's jurisdiction if that is their will? The answer again under Bill C-4 is yes.

As a matter of fairness and balance, just as there is an exclusion clause, there will also be an inclusion clause in the new law. The deciding factor in relation to both clauses will be the majority preference of the actual producers of the grain in question as expressed through a democratic vote of those producers. They will be in control.

The existence of an inclusion clause does not in itself change the CWB's mandate. It merely sets out a clear procedure for doing so if and only if producers themselves, not politicians or lobbyists, believe such a change is in their best interests. The inclusion clause would be available only for crops that currently come within the definition of grain in the existing CWB act. [Emphasis added.]

[56] In explaining on May 5, 1998 to the Senate Standing Committee on Agriculture and Forestry [*Evidence*, Issue No. 14] why he was proposing amendments to the draft legislation in order to remove and simplify most of

[55] Par ailleurs, le 17 février 1998, en cherchant à faire adopter à la Chambre des communes, en troisième lecture, le projet de loi menant aux modifications de 1998, l'ancien ministre a expliqué que les changements qui seraient soumis au vote des producteurs ne concernaient que les exclusions ou les inclusions de certains types ou grades de grains par rapport au mandat de commercialisation de la CCB (dossier d'appel, à la page 394) :

La neuvième question a trait aux exclusions. Les agriculteurs peuvent-ils faire exclure un produit agricole du champ de compétence de la CCB? La réponse prévue au projet de loi C-4 est oui.

La nouvelle loi comportera une clause d'exclusion permettant de soustraire, totalement ou partiellement, tout type, toute catégorie ou tout grade de blé ou d'orge de l'application de la compétence de la CCB. Pour déclencher le processus d'exclusion, il faudra d'abord que les administrateurs se prononcent en faveur du projet. Deuxièmement, pour des raisons de contrôle de la qualité, il faudra mettre un système en place afin de prévenir toute confusion du grain exclu avec le grain commercialisé par la CCB. Troisièmement, si les administrateurs considèrent le projet d'exclusion important, il faudra tenir un vote démocratique auprès des producteurs pour l'approuver.

La dixième question a trait à l'inclusion. Les agriculteurs peuvent-ils faire inclure un produit agricole dans le champ de compétence de la CCB? Là encore, la réponse prévue au projet de loi C-4 est oui.

Pour des raisons d'équité et d'équilibre, puisqu'elle comporte une clause d'exclusion, la nouvelle loi doit comporter également une clause d'inclusion. Le facteur décisif pour l'application des deux clauses sera lié à la décision majoritaire des véritables producteurs des grains en cause, exprimée par un vote démocratique pris auprès des producteurs. Ce sont eux qui auront le dernier mot.

L'existence d'une clause d'inclusion ne modifie pas, en soi, le mandat de la CCB. Elle institue simplement une procédure bien claire pour le modifier si, et uniquement si les producteurs eux-mêmes, non les politiciens ni les lobbyistes, estiment qu'une telle modification sert leurs intérêts supérieurs. On ne pourra se prévaloir de la clause d'inclusion que pour les grains qui correspondent actuellement à la définition de grain dans la loi actuelle sur la CCB. [Non souligné dans l'original.]

[56] En expliquant au Comité sénatorial permanent de l'agriculture et des forêts [*Témoignages*, Fascicule n° 14], le 5 mai 1998, pourquoi il proposait d'apporter des modifications au projet de loi en vue d'éliminer et

its provisions relating to inclusions and exclusions, the former Minister provided the historical and contextual background to the suggested changes. Given the pertinence of this explanation for the purposes of this appeal, it is useful to quote large extracts of the former Minister's statement (appeal book, at pages 405–407):

Mr. Goodale: Senator, the clauses that relate to inclusion and exclusion could most certainly be removed. That was the essence of the proposal that I made at the end of the House of Commons debate.

I will back up for a moment to explain why, as a policy matter, a procedure for inclusion or exclusion was included in the bill in the first place.

Representations were made before the House of Commons Standing Committee on Agriculture and Agri-Food when it was considering the predecessor piece of legislation, Bill C-72, in the last Parliament. A number of witnesses across Western Canada argued before that committee that if there was to be a procedure in the law for an exclusion process, then there should also be, as a matter of fairness and balance, a procedure in the law for an inclusion process. One of the rationales was simply to maintain that balance.

The other rationale was to fill an absolute void in the Canadian Wheat Board legislation as it stands at the present time. It is unclear in the present law how one goes about amending the jurisdiction of the Canadian Wheat Board.

If honourable senators think back to fairly recent experience, Mr. Mayer, when he was Minister of Agriculture, amended the jurisdiction of the Canadian Wheat Board to remove oats, and did so successfully by means of an Order in Council.

On another occasion, he attempted to adjust the mandate of the Canadian Wheat Board, in part in relation to barley, using essentially the same technique, an Order in Council. That was unsuccessful. It was challenged in the courts and struck down.

An Order in Council approach worked on one occasion but not on another. The courts drew some fine distinctions about what was and was not appropriate.

Earlier in history, there was a discussion at one time 20 years ago about whether or not rapeseed, as it was then called, should be brought under the jurisdiction of the Canadian Wheat Board. The minister of the day did not feel comfortable in dealing with that issue until the producers voted on the subject. Nothing in the law required that. However, he took the view that first and foremost, farmers needed to express

de simplifier la plupart de ses dispositions concernant les inclusions et les exclusions, l'ancien ministre a fait état du contexte et de l'historique des changements proposés. Vu la pertinence de cette explication pour les besoins du présent appel, il est utile de citer un long extrait de la déclaration de l'ancien ministre (dossier d'appel, aux pages 405 à 407) :

M. Goodale : Sénateur, les dispositions d'inclusion et d'exclusion pourraient assurément être supprimées. Telle est l'essence même de la proposition que j'ai faite à la fin du débat à la Chambre des communes.

Je vais en profiter pour expliquer pourquoi, en tant que question de principe, une procédure d'inclusion et d'exclusion a été prévue dans le projet de loi.

Des instances ont été présentées au comité permanent de l'agriculture et de l'agroalimentaire de la Chambre des communes lors de l'étude du projet de loi précédent, le projet de loi C-72, à la dernière législature. Un certain nombre de témoins de l'Ouest ont fait valoir devant ce comité que, si la loi devait comporter un mécanisme d'exclusion, elle devrait également comporter, pour des raisons d'équité et d'équité, un mécanisme d'inclusion. Il s'agissait tout d'abord d'assurer un certain équilibre.

L'autre motif invoqué était qu'il fallait combler un vide manifeste dans la loi actuelle sur la Commission canadienne du blé. Les règles à suivre pour modifier le mandat de la Commission canadienne du blé ne sont pas claires dans la loi actuelle.

Si les honorables sénateurs veulent bien se référer à un cas récent, M. Mayer, quand il était ministre de l'Agriculture, a modifié le mandat de la Commission canadienne du blé de façon à inclure l'avoine, et il y est parvenu (*sic*) en recourant à un décret.

Dans un autre cas, il a tenté de modifier le mandat de la Commission canadienne du blé en ce qui concerne l'orge, en employant la même technique, un décret. L'initiative a échoué. Elle a été contestée dans les tribunaux et elle a été invalidée.

Un décret a fait l'affaire dans un cas et pas dans un autre. Les tribunaux ont établi une nette distinction entre ce qui convient et ce qui ne convient pas.

Il y a 20 ans environ, il y a eu une discussion pour savoir si la navette, comme on disait à l'époque, devrait relever de la Commission canadienne du blé. Le ministre de l'époque ne voulait pas trancher la question tant que les producteurs ne s'étaient pas prononcés. La loi ne l'exigeait pas. Mais il estimait que les agriculteurs devaient tout d'abord exprimer (*sic*) leur avis à ce sujet. Et vous vous en rappellerez, les

themselves one way or another. As you recall, farmers voted down the idea of bringing rapeseed under the jurisdiction of the Canadian Wheat Board.

Back in the 1970s, there was a very intense discussion about domestic feed grain policy. The mandate of the Canadian Wheat Board at that time was adjusted, if memory serves me correctly, partly by legislation and partly by Order in Council to accomplish an objective. Mr. Whelan may have a more accurate recollection of the exact procedure.

I cite those four examples: the rapeseed vote; the argument about domestic feed grain; the case of oats; and the case of barley; to demonstrate that there is a bit of a dog's breakfast out there in terms of how you go about adjusting the jurisdiction of the Canadian Wheat Board. Part of the thinking behind the inclusion and exclusion clauses was to clarify the situation, not to say that it should happen this or that way, but to say that, if this is what farmers wish to happen, these are the steps to achieving the ultimate objective.

Those provisions in the proposed legislation have caused concern. Some groups and organizations think that they are preordaining a certain consequence, that to have the provisions in the law, even though they are entirely permissive and not mandatory, they are options for farmers to pursue if so desired. No one is changing the mandate of the Canadian Wheat Board. They are spelling out the process by which that might be accomplished if that is what farmers want.

Despite all those words of comfort, there are still groups and organizations that are apprehensive. My proposed amendment at the end of the debate in the house would be to remove from the bill the detail about inclusion and exclusion. Therefore, the way one goes about changing the mandate of the Canadian Wheat Board remains unchanged.

The bottom line on inclusion is that the only certain way to accomplish that would be by parliamentary legislation. In order words, if someone were to have the bright idea that something should be added to the jurisdiction of the Canadian Wheat Board, it would take an act of Parliament to accomplish that.

The amendment that I proposed said that, in addition to removing the detail about inclusion and exclusion, there would be one more condition attached if this idea came up, and that is farmers must be consulted in the first place by means of a vote.

[57] This explanation is entirely consistent with the conclusion that section 47.1 of the CWB Act only

agriculteurs ont rejeté l'idée que la navette relève de la Commission canadienne du blé.

Dans les années 1970, une vive discussion a eu lieu au sujet de la politique sur les céréales fourragères. Le mandat de la Commission canadienne du blé a alors été modifié, si ma mémoire est bonne, en partie au moyen d'une loi et en partie au moyen d'un décret. M. Whelan se rappelle peut-être mieux que moi la procédure exacte.

Je cite ces quatre exemples – le vote sur la navette; la discussion sur les céréales fourragères; le cas de l'avoine; et celui de l'orge – pour montrer dans quel fouillis on se retrouve quand il s'agit de modifier le mandat de la Commission canadienne du blé. L'idée d'inscrire des dispositions d'inclusion et d'exclusion dans la loi visait essentiellement à clarifier la situation, non pas à dire ce qu'il fallait faire, mais plutôt à dire que, si c'était ce que les agriculteurs voulaient, telles étaient les étapes à suivre pour atteindre l'objectif ultime.

Ces dispositions que l'on trouve dans la loi proposée ont soulevé des motifs d'inquiétude. Certains groupes estiment qu'elles ordonnent d'avance une conséquence certaine, que du simple fait de les inscrire, même si elles sont de nature facultative et non pas obligatoire, on se trouve à en faire des options que les agriculteurs peuvent adopter si bon leur semble. Or, elles ne modifient en aucune façon le mandat de la Commission canadienne du blé. Elles ne font que préciser le processus à suivre dans le cas où c'est précisément ce que souhaitent les agriculteurs.

Malgré ces assurances, il y a encore des groupes et des organismes qui sont inquiets. La proposition de modification que j'ai présentée à la fin du débat sur la question à la Chambre des communes vise à supprimer dans le projet de loi les points de détail sur l'inclusion et l'exclusion. Ainsi donc, la procédure à suivre pour modifier le mandat de la Commission canadienne du blé reste inchangée.

Ce qu'il faut retenir de l'inclusion, c'est que la seule façon de modifier quoi ce soit est de passer par la voie législative. En d'autres mots, si quelqu'un avait la brillante idée d'ajouter quelque chose au mandat de la Commission canadienne du blé, il faudrait une loi du Parlement pour ce faire.

L'amendement que j'ai proposé supprime les points de détail de l'inclusion et de l'exclusion et ajoute une autre exigence, que les agriculteurs soient consultés au moyen d'un vote.

[57] Cette explication concorde tout à fait avec la conclusion selon laquelle l'article 47.1 de la Loi sur la

concerns the exclusion of certain kinds or grades of wheat or barley from the CWB's compulsory price pooling system or marketing monopoly, or the inclusion of certain grains into that monopoly or into the compulsory price pooling system.

[58] The limited scope of section 47.1 is further evidenced by the fact that the changes under the 1998 amendments referred to above concerning section 47, including the addition of a subsection 47(5) which called for barley producer votes, were never proclaimed into force. That is a further indication that the government of the day did not intend to provide producers with an extensive veto power over all aspects of the CWB Act.

[59] After carefully reviewing the extrinsic material submitted by the respondents and used by the Federal Court Judge, I have found nothing in the record which leads to the conclusion that the repeal of the single desk as a whole or of the CWB Act in its entirety were somehow made conditional to obtaining the prior consent of the CWB or of grain producers. I have found no statement confirming or implying that the intention behind the 1998 amendments was to restrain the Minister from proposing to Parliament legislation fundamentally modifying or repealing the CWB Act.

Promoting the democratic control of grain producers over the CWB

[60] The Federal Court Judge also expressed approval of the idea that statutory interpretation must have regard to democratic values: reasons, at paragraphs 23 and 24. He accepted the respondents' argument "that the CWB's democratic marketing practices are 'significant or fundamental' because they are long standing, and strongly supported by a large number of some 17 000 grain producers in Western Canada" and that "[t]his support is worthy of respect": reasons, at paragraph 27.

[61] I do not doubt that there are numerous democratic institutions in Canada, and that the democratic nature of

CCB n'a trait qu'à l'exclusion ou à l'inclusion de certains types ou grades de blé ou d'orge par rapport au système de mise en commun obligatoire des prix ou du monopole de commercialisation de la CCB.

[58] La portée restreinte de l'article 47.1 est de plus confirmée par le fait que les changements susmentionnés aux modifications de 1998 en rapport avec l'article 47, y compris l'ajout d'un paragraphe 47(5) qui prévoyait la tenue d'un scrutin parmi les producteurs d'orge, ne sont jamais entrés en vigueur. C'est là un signe de plus que le gouvernement de l'époque n'avait pas l'intention de donner aux producteurs un vaste droit de veto sur tous les aspects de la Loi sur la CCB.

[59] Après avoir examiné avec soin les éléments extrinsèques que les intimés ont présentés et que le juge de la Cour fédérale a utilisés, je ne relève rien dans le dossier qui amène à conclure que l'abrogation du guichet unique dans son ensemble ou de la Loi sur la CCB dans son intégralité était d'une certaine manière rendue subordonnée à l'obtention du consentement préalable de la CCB ou des producteurs de grains. Je n'ai trouvé aucune déclaration qui confirme ou laisse entendre que l'objet des modifications de 1998 était d'empêcher le ministre de proposer au Parlement un projet de loi qui modifierait fondamentalement ou abrogeait la Loi sur la CCB.

La promotion du contrôle démocratique des producteurs de grains sur la CCB

[60] Le juge de la Cour fédérale a également admis l'idée que l'interprétation des lois doit tenir compte des valeurs démocratiques : aux paragraphes 23 et 24 des motifs. Il a souscrit à l'argument des intimés selon lequel « les pratiques démocratiques de la CCB sont "importantes", car elles sont établies depuis longtemps et qu'elles jouissent d'un important appui auprès des quelque 17 000 producteurs de grain de l'Ouest canadien » et que « [c]et appui mérite le respect » : au paragraphe 27 des motifs.

[61] Je ne doute pas qu'il existe au Canada de nombreuses institutions démocratiques et que leur nature

such institutions deserves both respect and protection: *Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 399, [2002] 3 F.C. 3, at paragraphs 42–48. The issue in this case, however, is whether this value trumps the will of a democratically elected Parliament. It does not.

[62] In our system of representative democracy, which is similar in principle to that of the United Kingdom, the ultimate expression of democracy is effected through the elected members of the House of Commons and of the various provincial legislatures acting within their respective spheres of jurisdictions. Democracy in Canada rests ultimately on the participation of citizens in elections to the public institutions created under the Constitution.

[63] Of course, many Canadians have an interest in preserving the democratic character of other institutions, such as municipalities and school boards. That being said, the legislated mandates and privileges of these institutions remain subject to the ultimate control of Parliament or of the legislatures. Thus, municipalities may be reorganized, school boards abolished, Crown corporations redefined, and their privileges and authorities may wax and wane over time in accordance with the will of Parliament and of the legislatures to which they owe their existence. Save in circumstances where a constitutional constraint can be established, such legislative changes do not require the consent of the institutions affected or of their electors.

[64] The Supreme Court of Canada has held time and again that changes to the governing structures, mandates and powers of municipalities, school boards and other institutions created by legislation may be adopted without the consent of these bodies or of their electors: Thus, in *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470, at paragraphs 57 and 58, Iacobucci J., writing for a unanimous Supreme Court of Canada, held as follows:

démocratique mérite à la fois qu'on les respecte et qu'on les protège : *Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 399, [2002] 3 C.F. 3, aux paragraphes 42 à 48. En l'espèce cependant, la question est de savoir si cette valeur a préséance sur la volonté d'un parlement démocratiquement élu. Ce n'est pas le cas.

[62] Dans notre système de démocratie représentative, lequel est semblable en principe à celui du Royaume-Uni, l'expression ultime de la démocratie se manifeste par l'intermédiaire des membres élus de la Chambre des communes et des diverses assemblées législatives provinciales agissant dans leurs sphères de compétence respectives. Au Canada, la démocratie repose en fin de compte sur la participation des citoyens aux élections concernant les institutions publiques créées en vertu de la Constitution.

[63] Bien sûr, nombreux sont les Canadiens qui ont intérêt à ce que l'on préserve le caractère démocratique d'autres institutions, telles que les municipalités et les conseils ou les commissions scolaires. Cela dit, les mandats et les privilèges que la loi confère à ces institutions demeurent soumis au contrôle ultime du Parlement ou des assemblées législatives. C'est ainsi que les municipalités peuvent être restructurées, les conseils ou les commissions scolaires abolis et les sociétés d'État redéfinies, et que leurs privilèges et leurs pouvoirs peuvent croître et décroître au fil du temps selon la volonté du Parlement et des assemblées législatives auxquels ils doivent leur existence. Hormis les situations dans lesquelles il est possible d'établir l'existence d'une contrainte de nature constitutionnelle, de tels changements législatifs ne requièrent pas le consentement des institutions touchées ou de leurs électeurs.

[64] La Cour suprême du Canada a statué à maintes reprises qu'il est possible d'adopter des changements aux structures, aux mandats et aux pouvoirs directeurs des municipalités, des conseils ou des commissions scolaires et d'autres institutions créées par voie législative sans le consentement de ces organismes ou de leurs électeurs : ainsi, dans l'arrêt *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470, aux paragraphes 57 et 58,

Having found that separate school boards in Ontario have neither a right to independent taxation nor an absolute right to independent management and control, one can conclude that public school boards in the province also do not have such rights. Subject to s. 93 [of the *Constitution Act, 1867*], public school boards as an institution have no constitutional status.

Campbell J. correctly stated the law in this regard in *Ontario Public School Boards' Assn.* [v. *Ontario (Attorney General)*] (1997), 151 D.L.R. (4th) 346], at p. 361:

Municipal governments and special purpose municipal institutions such as school boards are creatures of the provincial government. Subject to the constitutional limits in s. 93 of the *Constitution Act, 1867* these institutions have no constitutional status or independent autonomy and the province has absolute and unfettered legal power to do with them as it wills.

See also *Alberta Public Schools [Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)]*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45], at paras. 33 and 34. [Emphasis added.]

[65] Likewise, in *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, at paragraph 39, Rothstein J. made the following comments:

Voting and candidacy rights are explicitly protected in s. 3 of the *Charter* but only in relation to the House of Commons and provincial legislatures. The intervener Public School Boards' Association of Alberta submits that school boards as institutions of local government have constitutional status in the "conventional or quasi-constitutional sense". However, it is not for this Court to create constitutional rights in respect of a third order of government where the words of the Constitution read in context do not do so.

[66] In *Haig v. Canada; Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995, the majority of the Supreme Court of Canada held, at page 1041 that "[a] government is under no constitutional obligation to extend [a referendum] to anyone", and that "[a] referendum as a platform of expression is, in my view, a matter

le juge Iacobucci, auteur des motifs unanimes de la Cour suprême du Canada, a conclu ceci :

Comme les conseils des écoles séparées en Ontario n'ont ni un droit à une taxation indépendante, ni un droit absolu à la gestion et au contrôle indépendants, il est loisible de conclure que les conseils des écoles publiques de la province ne disposent pas non plus de tels droits. Sous réserve de l'art. 93 [de la Loi constitutionnelle de 1867], les conseils des écoles publiques n'ont, à titre d'institutions, aucun statut constitutionnel.

Le juge Campbell a bien énoncé le droit à cet égard dans *Ontario Public School Boards' Assn.* [c. *Ontario (Attorney General)*] (1997), 151 D.L.R. (4th) 346], p. 361 :

[TRADUCTION] Les administrations municipales et les institutions municipales à vocation particulière comme les conseils scolaires sont des créatures du gouvernement provincial. Sous réserve des limites constitutionnelles de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ces institutions n'ont aucun statut constitutionnel ni aucune autonomie indépendante, tandis que la province a le pouvoir juridique absolu et sans réserve de les traiter comme elle l'entend.

Voir aussi *Alberta Public Schools [Public School Boards Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)]*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45], par. 33–34. [Non souligné dans l'original.]

[65] Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, au paragraphe 39, le juge Rothstein a fait les observations suivantes :

Le droit de voter et celui de se porter candidat sont expressément protégés à l'art. 3 de la *Charte*, mais seulement pour les élections législatives fédérales ou provinciales. L'intervenante Public School Boards' Association of Alberta soutient que les conseils scolaires ont, en tant qu'institutions publiques locales, un statut constitutionnel au [TRADUCTION] « sens conventionnel ou quasi constitutionnel ». Il n'appartient cependant pas à notre Cour de créer des droits constitutionnels à l'égard d'un troisième ordre de gouvernement lorsque, interprété contextuellement, le texte de la Constitution ne le fait pas.

[66] Dans l'arrêt *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont déclaré, à la page 1041 du recueil que « [l]e gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir [un référendum] à qui que ce soit » et que « [l]e référendum

of legislative policy and not of constitutional law” (emphasis in original).

[67] Although these cases concerned alleged constitutional privileges, the principles they expound apply as well, if not more forcefully, to alleged legislated privileges.

[68] In my view, the democratic principle favours an interpretation of section 47.1 of the CWB Act that preserves to the greatest extent possible the ability of the elected members of the House of Commons, including the Minister, to change that legislation as best they see fit. This is, moreover, what subsection 42(1) of the *Interpretation Act*, reproduced above, specifically requires.

Canada's international trade obligations under NAFTA

[69] The Federal Court Judge also gave weight to the argument of the interveners “that s. 47.1 applies to changing the structure of the CWB because the democratic structure is important to Canada’s international trade obligations under NAFTA”, and he further concluded that this was “an important consideration which supports the argument that Parliament’s intention in section 47.1 is not to alter this structure without consultation and consent”: reasons, at paragraph 28.

[70] The interveners submit that the control of the CWB by grain producers has shielded Canada from anti-competitive trading complaints. They refer to a report dated April 6, 2004 of a World Trade Organization (WTO) Panel rejecting a trade complaint against *Canada—Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grains* (WTO Doc. WT/DS276/R), and to a report dated August 30, 2004 from the WTO Appellate Body upholding that decision (WTO Doc. WT/DS276/AB/R). They rely in particular on the following extract of the Panel’s report [at page 162]:

en tant que tribune pour favoriser l’expression relève, selon moi, de la politique législative et non du droit constitutionnel » (souligné dans l’original).

[67] Même s’il est question dans ces arrêts de présumés privilèges constitutionnels, les principes qu’ils énoncent s’appliquent tout autant, sinon avec plus de force, aux présumés privilèges établis par voie législative.

[68] Selon moi, le principe démocratique favorise une interprétation de l’article 47.1 de la Loi sur la CCB qui préserve dans la plus grande mesure possible la capacité des membres élus de la Chambre des communes, dont le ministre, de changer cette loi comme bon leur semble. Par ailleurs, c’est ce qu’exige expressément le paragraphe 42(1) de la *Loi d’interprétation*, cité plus tôt.

Les obligations que l’ALÉNA impose au Canada en matière de commerce international

[69] Le juge de la Cour fédérale a également accordé un certain poids à l’argument des intervenants selon lequel « l’article 47.1 s’applique au changement de la structure de la CCB, parce que l’aspect démocratique de cette structure revêt une importance dans le contexte des obligations en matière de commerce international du Canada au titre de l’ALÉNA », et il a par ailleurs conclu qu’il s’agissait là « d’une considération importante qui étaye l’argument que l’intention du législateur, lorsqu’il a adopté l’article 47.1, était que cette structure ne puisse être modifiée, sans la consultation et le consentement des producteurs » : au paragraphe 28 des motifs.

[70] Aux dires des intervenants, le contrôle qu’exercent les producteurs de grains sur la CCB a mis le Canada à l’abri des plaintes relatives à des pratiques commerciales anticoncurrentielles. Ils font référence à un rapport daté du 6 avril 2004 d’un groupe spécial de l’Organisation mondiale du commerce (l’OMC) qui a rejeté une plainte commerciale déposée contre les mesures prises par le Canada en rapport avec les exportations de blé et le traitement des grains importés [*Canada—Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*] (Doc. OMC WT/

6.124 As we see it, the non-interference by the Government of Canada in the CWB's sales operations reinforces rather than weakens this conclusion. In view of the CWB's current governance structure, which gives Western Canadian producers control over the CWB, the fact that the Government of Canada does not supervise the CWB's sales operations makes it more rather than less likely that the CWB markets wheat solely in accordance with the commercial interests of the producers whose marketing agent it is.

[71] The reference to the CWB's "governance structure" pertains to the composition of the board of directors, and not to any potential producer vote under section 47.1 of the CWB Act. As noted by the Panel in paragraph 6.123 of its report "[a]s we have noted, the majority of the directors who serve on the CWB's Board are elected by Western Canadian wheat and barley producers and must be re-elected by those producers if they wish to serve for more than one term of office." Moreover, the Report of the WTO Appellate Body confirms (at paragraph 183) that the "Panel based its first finding on the fact that the majority of the CWB's Board of Directors are elected by wheat farmers and the fact that the government of Canada 'does not control, or interfere in, the day-to-day operations of the CWB'". Consequently, these reports do not deal with producer votes under section 47.1 of the CWB Act and are not pertinent to the interpretation of that provision.

[72] Moreover, the principal purpose of the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act* is to allow an open and free market for grain producers by putting an end to the CWB marketing monopoly. It is hard to understand how this purpose would run afoul of NAFTA or of any other of Canada's international trade agreements.

DS276/R), de même qu'à un rapport daté du 30 août 2004 par lequel l'Organe d'appel de l'OMC a confirmé cette décision (Doc. OMC WT/DS276/AB/R). Ils s'appuient en particulier sur le texte suivant, extrait du rapport du Groupe spécial [à la page 187] :

6.124 À notre sens, le fait que le gouvernement canadien n'intervient pas dans les opérations de vente de la CCB confirme cette conclusion plutôt qu'elle ne l'infirme. Étant donné la structure de direction actuelle de la CCB, qui donne aux producteurs de l'Ouest canadien le contrôle de la CCB, le fait que le gouvernement canadien ne surveille pas les opérations de vente de la CCB accroît, plutôt qu'il ne diminue, la probabilité que la CCB commercialise le blé en tenant compte uniquement des intérêts commerciaux des producteurs dont elle est l'agent de commercialisation.

[71] La référence qui est faite à la « structure de direction » de la CCB a trait à la composition du conseil d'administration, et non à un scrutin éventuel des producteurs au sens de l'article 47.1 de la Loi sur la CCB. Ainsi que l'a signalé le Groupe spécial au paragraphe 6.123 de son rapport : « Comme nous l'avons noté, la majorité des administrateurs siégeant au Conseil de la CCB sont élus par les producteurs de blé et d'orge de l'Ouest canadien et doivent être réélus par ces producteurs s'ils veulent exercer plusieurs mandats ». Par ailleurs, dans son propre rapport, l'Organe d'appel de l'OMC confirme (au paragraphe 183) que « [l]e Groupe spécial a fondé sa première constatation sur le fait que la majorité des administrateurs de la CCB sont élus par les producteurs de blé et sur le fait que le gouvernement canadien "ne contrôle pas les opérations courantes de la CCB, ou n'intervient pas dans ces opérations" ». C'est donc dire que ces deux rapports n'abordent pas la question du vote des producteurs prévu à l'article 47.1 de la Loi sur la CCB et ne sont pas pertinents pour l'interprétation de cette disposition.

[72] De plus, l'objet principal de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation* est d'offrir aux producteurs de grains un marché libre et ouvert en mettant fin au monopole qu'exerce la CCB sur le plan de la commercialisation. Il est difficile de comprendre de quelle façon cet objet irait à l'encontre de l'ALÉNA ou de tout autre accord du Canada en matière de commerce international.

[73] It is the interpretation of section 47.1 advanced by the respondents and the interveners which could place at risk Canada's international trade obligations. Future trade agreements, including future WTO multi-lateral trade agreements, may eventually entail amendments to the CWB Act in order to restrict or modify the CWB marketing monopoly. As noted above, this was in fact required in 1994: *World Trade Organization Agreement Implementation Act*, section 48. If other similar changes were required in the future in order to implement an international trade agreement, the Canadian government would be precluded from proposing these to Parliament without the consent of the grain producers should the respondents' interpretation of section 47.1 be accepted. This, I submit, favours a restrictive interpretation of section 47.1 of the CWB Act.

Freedom of association

[74] Although the Federal Court Judge did not directly address this issue, the interveners also invoke the fundamental freedom of association guaranteed by paragraph 2(d) of the Charter as an interpretative tool. They submit that section 47.1 of the CWB Act should be interpreted in a manner that promotes the ability of western Canadian grain producers to act collectively in the marketing of grain and to enable the expression of a majority view on matters of fundamental concern to their livelihood. That submission is principally based on *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016 (*Dunmore*).

[75] I first note in regard to this submission that a "Charter values" interpretative principle is of limited application: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, above, at paragraphs 62–66.

[76] Moreover, the principal difficulty with the respondents' submission is that it was rejected by this Court in *Archibald v. Canada*, [2000] 4 F.C. 479 (C.A.). In that case, certain western grain producers challenged

[73] C'est l'interprétation de l'article 47.1 qu'avancent les intimés et les intervenants qui mettrait en péril les obligations du Canada en matière de commerce international. Les accords commerciaux à venir, y compris les futurs accords commerciaux multilatéraux de l'OMC, peuvent, à terme, obliger à modifier la Loi sur la CCB en vue de restreindre ou de modifier le monopole qu'exerce la CCB sur le plan de la commercialisation. Comme il a été mentionné plus tôt, c'est en fait ce qui a été exigé en 1994 : *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, article 48. S'il était nécessaire dans l'avenir d'apporter d'autres modifications semblables en vue de mettre en œuvre un accord de commerce international, le gouvernement canadien ne pourrait les proposer au Parlement sans le consentement des producteurs de grains, selon l'interprétation que donnent les intimés de l'article 47.1. Cela, à mon sens, favorise une interprétation restrictive de l'article 47.1 de la Loi sur la CCB.

La liberté d'association

[74] Le juge de la Cour fédérale n'a pas traité directement de cette question, mais les intervenants invoquent aussi la liberté fondamentale d'association que garantit l'alinéa 2d) de la Charte en tant qu'instrument d'interprétation. L'article 47.1 de la Loi sur la CCB, font-ils valoir, doit être interprété d'une manière qui incite les producteurs de grains de l'Ouest canadien à agir collectivement sur le plan de la commercialisation et qui permette à la majorité d'entre eux de s'exprimer sur les questions qui présentent un intérêt fondamental pour leur subsistance. Cet argument repose principalement sur l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016 (*Dunmore*).

[75] Je signale tout d'abord au sujet de cet argument que le principe d'interprétation fondé sur les « valeurs consacrées par la Charte » est d'une application restreinte : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, précité, aux paragraphes 62 à 66.

[76] De plus, la principale difficulté que présente l'argument des intimés est qu'il a déjà été rejeté par la Cour dans l'arrêt *Archibald c. Canada*, [2000] 4 C.F. 479 (C.A.). Dans cette affaire, certains producteurs de grains

the provisions of the CWB Act requiring them to pool and market their grain through the CWB on the basis, *inter alia*, that this infringed their freedom of association under paragraph 2(d) of the Charter. Relying on *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, Rothstein J. A. (as he then was) found that the activity of marketing wheat and barley interprovincially and in export trade was not protected by paragraph 2(d) of the Charter: *Archibald v. Canada*, above, at paragraphs 40–54.

[77] The respondents submit that *Dunmore* has somehow changed the approach set out in *Archibald v. Canada* [above] as to how paragraph 2(d) of the Charter is to be used and understood. I disagree.

[78] In *Dunmore*, considering the profound connection between legislated labour relations schemes and the freedom of workers to organize for the purpose of making majority representations to their employers, the majority of the Supreme Court of Canada held that the statutory exclusion of agricultural workers from Ontario's legislated labour relations scheme violated paragraph 2(d) of the Charter. There is, however, no analogy to be drawn between the issues discussed in *Dunmore* and the issues at stake in this appeal revolving around the dismantlement of the CWB's marketing monopoly under the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*.

[79] As noted by Bastarache J. at paragraph 17 of *Dunmore*, not all activities are protected by paragraph 2(d) of the Charter. Thus, in the field of labour relations, the Supreme Court of Canada has excluded the right to strike from the scope of this paragraph: *Reference re Public Sector Employee Relations Act (Alta)*, [1987] 1 S.C.R. 313; and *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424. In the context of agricultural marketing, the Supreme Court of Canada has also held that paragraph 2(d) does not entail an unrestricted right to interprovincial or export trade: *Canadian Egg*

de l'Ouest contestaient les dispositions de la Loi sur la CCB qui les obligeaient à mettre en commun et à commercialiser leurs grains par l'entremise de la CCB parce que, entre autres, cette mesure portait atteinte à la liberté d'association que leur garantissait l'alinéa 2d) de la Charte. Se fondant sur l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour suprême du Canada) a conclu que la commercialisation du blé et de l'orge à l'échelle interprovinciale et sur le marché des exportations n'était pas protégée par l'alinéa 2d) de la Charte : *Archibald c. Canada*, précité, aux paragraphes 40 à 54.

[77] Les intimés soutiennent que l'arrêt *Dunmore* a changé d'une certaine façon l'approche exposée dans l'arrêt *Archibald c. Canada* [précité] quant à la manière dont il convient d'utiliser et de comprendre l'alinéa 2d) de la Charte. Je ne suis pas d'accord.

[78] Dans l'arrêt *Dunmore*, après avoir examiné le lien profond qui existe entre les régimes légaux de relations de travail et la liberté des travailleurs de s'organiser en vue de la défense des intérêts de la majorité auprès de leurs employeurs, la majorité de la Cour suprême du Canada a statué que l'exclusion des travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario prévu par la loi violait l'alinéa 2d) de la Charte. Il n'y a cependant pas d'analogie à établir entre les questions analysées dans l'arrêt *Dunmore* et les questions qui sont en jeu en l'espèce, lesquelles s'articulent autour du démantèlement du monopole qu'exerce la CCB sur le plan de la commercialisation sous le régime de la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*.

[79] Comme l'a signalé le juge Bastarache au paragraphe 17 de l'arrêt *Dunmore*, ce ne sont pas toutes les activités que l'alinéa 2d) de la Charte protège. Ainsi, dans le domaine des relations de travail, la Cour suprême du Canada a exclu le droit de grève de la portée de cet alinéa : *Renvoi relatif à la Public Sector Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, ainsi que l'arrêt *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424. Dans le contexte de la commercialisation des produits agricoles, la Cour suprême du Canada a également conclu que l'alinéa 2d) ne confère pas un droit illimité au

Marketing Agency v. Richardson, above. As noted by McIntyre J. in *Reference re Public Sector Employee Relations Act (Alta)*, above, at page 405:

For obvious reasons, the *Charter* does not give constitutional protection to all activities performed by individuals. There is, for instance, no *Charter* protection for the ownership of property, for general commercial activity, or for a host of other lawful activities.... There is simply no justification for accord- ing *Charter* protection to an activity merely because it is performed by more than one person.

[80] Simply put, paragraph 2(d) of the Charter does not extend any constitutional protection to a marketing monopoly or to a compulsory price pooling system as contemplated by the CWB Act. Nor does the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act* restrict the ability of grain producers to associate for the purposes of market- ing or pooling their products.

[81] Consequently, paragraph 2(d) of the Charter need not be considered as an interpretative tool for the pur- poses of ascertaining the scope of section 47.1 of the CWB Act.

The “manner and form” argument

[82] It is undisputed that one Parliament cannot bind another Parliament not to do something in the future. As noted in Hogg P. W., *Constitutional Law of Canada* (5th ed. supplemented, Vol. 1, loose-leaf [Toronto: Thomson/ Carswell, 2007]), at section 12.3(a):

If a legislative body could bind itself not to do something in the future, then a government could use its parliamentary ma- jority to protect its policies from alteration or repeal. This would lay a dead hand on a government subsequently elected to power in a new election with new issues. In other words, a government while in office could frustrate in advance the poli- cies urged by the opposition.

commerce interprovincial ou à l’exportation : *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, précité. Comme l’a signalé le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Sector Employee Relations Act (Alb.)*, précité, à la page 405 :

Pour des raisons évidentes, la *Charte* ne confère pas de protec- tion constitutionnelle à toutes les activités exercées par des individus. Par exemple, aucune protection n’est conférée par la *Charte* au droit de propriété, aux activités commerciales en général ni à une foule d’autres activités licites [...] Il n’y a tout simplement rien qui justifie d’accorder la protection de la *Charte* à une activité simplement parce qu’elle est exercée par plus d’une personne.

[80] Pour dire les choses simplement, l’alinéa 2d) de la Charte ne confère aucune protection constitutionnelle au monopole exercé sur le plan de la commercialisation ou au système de mise en commun obligatoire des prix prévus par la Loi sur la CCB. La *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisa- tion* ne limite pas non plus la capacité qu’ont les producteurs de grains de s’associer en vue de commer- cialiser ou de mettre en commun leurs produits.

[81] De ce fait, il n’est pas nécessaire de considérer l’alinéa 2d) de la Charte comme un instrument d’inter- prétation en vue de déterminer la portée de l’article 47.1 de la Loi sur la CCB.

L’argument relatif à la « forme »

[82] Il n’est pas contesté qu’un parlement ne peut obliger un autre à ne pas faire une certaine chose dans l’avenir. Comme il est indiqué dans Hogg P. W., *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. supplé- mentée, vol. 1, feuilles mobiles [Toronto : Thomson/Carswell, 2007]), à la section 12.3(a) :

[TRADUCTION] Si un organe législatif pouvait s’engager à ne pas faire une certaine chose dans l’avenir, un gouvernement pourrait dans ce cas recourir à sa majorité parlementaire pour protéger ses politiques contre une modification ou une abroga- tion quelconque. Cette mesure lierait les mains d’un gouvernement qui serait par la suite porté au pouvoir dans le cadre d’une nouvelle élection comportant de nouveaux enjeux. Autrement dit, un gouvernement en place pourrait faire échec à l’avance aux politiques que prône l’opposition.

[83] There is also little doubt that “[t]he formulation and introduction of a bill are part of the legislative process with which the courts will not meddle”: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, above, at page 559, and that “[a] restraint on the executive in the introduction of legislation is a fetter on the sovereignty of Parliament itself”: above., at page 560.

[84] The respondents, however, submit that section 47.1 of the CWB Act creates obligations on the Minister acting in his executive capacity rather than in his parliamentary capacity. Consequently, they assert that the Minister’s obligation set out in section 47.1 requiring him to consult with the CWB and to obtain an affirmative vote of grain producers prior to introducing legislation is nevertheless enforceable and binding notwithstanding these important constitutional principles.

[85] The appellants answer that only “manner and form” provisions of a constitutional nature may restrict the method by which legislation may be introduced into, and adopted by, Parliament. The appellants further argue that section 47.1 of the CWB Act is not such a constitutional “manner and form” provision which can impose procedural requirements on Parliament’s ability to adopt legislation, and that section 47.1 is consequently unenforceable under the doctrine of parliamentary sovereignty.

[86] I have serious reservations concerning the enforceability of section 47.1 of the CWB Act considering the doctrine of parliamentary sovereignty, the Supreme Court of Canada’s decision in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, above, and the provisions of subsection 2(2) of the *Federal Courts Act*. A provision requiring that legislation be introduced into Parliament only insofar as an outside corporation or small outside group agrees does not appear to me to be merely a procedural requirement. The effect of such a provision is to relinquish Parliament’s powers in the hands of a small group not forming part of Parliament. I seriously doubt such a provision could be used to impede the introduction of legislation in Parliament or could result in the invalidation of any subsequent legislation adopted by Parliament: *Reference re Canada Assistance Plan*

[83] Il ne fait pas de doute non plus que « [l]a rédaction et le dépôt d’un projet de loi font partie du processus législatif dans lequel les tribunaux ne s’immiscent pas » : *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, à la page 559, et que « [t]oute restriction imposée au pouvoir de l’exécutif de déposer des projets de loi constitue une limitation de la souveraineté du Parlement lui-même » : précité, à la page 560.

[84] Les intimés soutiennent cependant que l’article 47.1 de la Loi sur la CCB impose des obligations au ministre en sa qualité de membre de l’exécutif plutôt qu’en sa qualité de membre du Parlement. Ils estiment donc que l’obligation qu’impose l’article 47.1 au ministre de consulter la CCB et d’obtenir un vote favorable des producteurs de grains avant de présenter un projet de loi est néanmoins exécutoire et impérative, malgré ces principes constitutionnels importants.

[85] Les appelants rétorquent que seules les dispositions « de forme » de nature constitutionnelle peuvent restreindre la manière dont le Parlement peut présenter et adopter une loi. De plus, soutiennent-ils, l’article 47.1 de la Loi sur la CCB n’est pas une disposition de forme de nature constitutionnelle qui assortit d’exigences procédurales la capacité qu’a le Parlement d’adopter des lois, et que cet article est donc inapplicable selon le principe de la souveraineté parlementaire.

[86] J’ai de sérieuses réserves au sujet de l’applicabilité de l’article 47.1 de la Loi sur la CCB, eu égard au principe de la souveraineté parlementaire, à la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, et aux dispositions du paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Il ne me semble pas qu’une disposition prescrivant qu’un projet de loi ne peut être déposé au Parlement que si une société extérieure ou un petit groupe externe y consent constitue simplement une exigence procédurale. L’effet d’une telle disposition est de céder les pouvoirs du Parlement aux mains d’un petit groupe qui n’en fait pas partie. Je doute sérieusement qu’une telle disposition puisse faire obstacle à la présentation d’un projet de loi au Parlement ou mener à l’invalidation d’une loi quelconque que le

(*B.C.*), above, at pages 563 and 564, quoting approvingly in this regard King C.J. in *West Lakes Limited v. The State of South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389, at pages 397 and 398; see also *Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian Wheat Board)*, 2008 FCA 76, 80 Admin. L.R. (4th) 144, at paragraph 4.

[87] I need not however finally decide this question given the conclusion reached above concerning the limited scope of section 47.1 of the CWB Act. As noted by J. Goldsworthy, in *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), at page 174, “One of the most important questions not settled by the doctrine of parliamentary sovereignty is whether, and how, Parliament can make the legal validity of future legislation depend on compliance with statutory requirements as to procedure or form.” It would be inappropriate for this Court to decide such an important and far reaching constitutional question when it is not strictly necessary to do so in order to determine the outcome of this appeal.

Conclusions

[88] For the reasons set out above, I conclude that the scope of section 47.1 of the CWB Act does not extend to the *Marketing Freedom for Grain Farmers Act*. I would consequently allow both appeals and set aside the orders of Campbell J. of the Federal Court. I would also order costs in favour of the appellants both in this Court and in the Federal Court.

SHARLOW J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

Parlement adopterait par la suite : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, aux pages 563 et 564, citant en y souscrivant à cet égard le juge en chef King dans l'arrêt *West Lakes Limited v. The State of South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389, aux pages 397 et 398; voir aussi l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission canadienne du blé)*, 2008 CAF 76, au paragraphe 4.

[87] Il n'est toutefois pas nécessaire que je tranche de façon définitive cette question, vu la conclusion tirée plus tôt à propos de la portée restreinte de l'article 47.1 de la Loi sur la CCB. Comme l'a signalé J. Goldsworthy dans son ouvrage *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates* (Cambridge : Cambridge University Press, 2010), à la page 174 : [TRADUCTION] « L'une des questions les plus importantes que le principe de la souveraineté parlementaire ne règle pas est celle de savoir si — et comment — le Parlement peut faire en sorte que la validité juridique d'une loi à venir dépende du respect des exigences prescrites en matière de procédure ou de forme ». Il ne conviendrait pas que la Cour tranche une question constitutionnelle aussi importante et d'une portée aussi considérable s'il n'est pas strictement nécessaire de le faire pour déterminer l'issue du présent appel.

Conclusions

[88] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que la portée de l'article 47.1 de la Loi sur la CCB ne s'étend pas à la *Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation*. Je ferais donc droit aux deux appels et j'infirmes les ordonnances du juge Campbell de la Cour fédérale. J'adjugerais également les dépens aux appelants, tant devant notre Cour que devant la Cour fédérale.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

ABORIGINAL PEOPLES

ELECTIONS

Appeal from Federal Court decision (2012 FC 1036) dismissing appellant's judicial review application seeking, *inter alia*, to invalidate certain provisions of *Kahkewistahaw Election Act* requiring that candidate in election having attained minimum education level—Appellant, 74, member of Kahkewistahaw First Nation (First Nation) entire life—Elected Chief of First Nation for 27 years—In last election for chief held according to *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, appellant losing marginally to nephew—First Nation eventually selecting membership pursuant to own community election code—New community election code setting minimum education requirement as eligibility for public office—Appellant not meeting minimum educational requirements—Federal Court finding *Kahkewistahaw Election Act* validly adopted even though absolute majority of eligible electors of First Nation not participating in ratification vote, not ratifying vote—Principal issue whether impugned provisions of *Kahkewistahaw Election Act* violating principle of equality set under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15(1)—Federal Court having view that since impugned provisions of *Kahkewistahaw Election Act* distinguished on basis of education, no discrimination existing under Charter, s. 15(1) since distinction made “on basis of merit, capacities”—However, Federal Court's analysis incomplete—Educational requirement may in certain circumstances be disguised way of discriminating on basis of enumerated ground (i.e. age, Aboriginality-residence)—Where educational requirement having effect of excluding persons on basis of age or Aboriginality-residence, where no appropriate justification for such requirement, court may conclude that requirement discriminatory—In present case, impugned provisions of *Kahkewistahaw Election Act* creating distinction that discriminates on basis of both age, Aboriginality-residence—Education gap within on-reserve Canadian Aboriginal population well documented, specifically referred to by appellant in material submitted for application—Moreover, education gap between older, younger Canadians also well-known—Impugned provisions of *Kahkewistahaw Election Act* requiring Grade 12 education consequently disenfranchising very large segment of electors of Kahkewistahaw First Nation from elected public office within First Nation—Moreover, disproportionate number of elders, on-reserve residents affected by disenfranchisement—Therefore, impugned provisions of *Kahkewistahaw Election Act* imposing minimum education requirement to run for public office violating Charter, equality provisions of s. 15(1), principle of equality in *Kahkewistahaw Election Act* itself—Appeal allowed.

TAYPOTAT V. KAHKEWISTAHAW FIRST NATION (A-427-12, 2013 FCA 192, Mainville J.A., judgment dated August 13, 2013, 27 pp.)

ACCESS TO INFORMATION

Judicial review brought pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 44(1) seeking review of Transport Canada (TC) decision to disclose information requested under Act relating to applicant, applicant's operations—Applicant, air transport business, providing airline services—TC conducting assessment of applicant's safety management system as required; generating assessment report of findings made—TC informing applicant of reception of information request pursuant to Act concerning assessment report issued; applicant submitting representations as to why assessment report wholly exempt from disclosure under Act, s. 20—TC making first decision, advising applicant that assessment report partially exempt pursuant to Act,

ACCESS TO INFORMATION—Concluded

ss. 20(1)(b),(c); that report would be partially released to requestor—Applicant filing application for judicial review of TC’s first decision—Subsequently, TC re-examining requested information, concluding that further disclosure required—Applicant challenging TC’s second decision, arguing that federal department could not sit in appeal of own decision, could not, on own initiative, reverse itself, start disclosure process over—TC then withdrawing second decision, applicant discontinuing first judicial review application—However, TC later issuing third disclosure decision—Disputed information herein consisting of information severed from first decision but not severed from third decision—Applicant seeking judicial review of third decision—In meantime, requestor filing complaint to Information Commissioner of Canada (ICC) concerning delay in obtaining requested information; ICC finding complaint well founded—Whether Federal Court having jurisdiction under Act, s. 44 to determine whether decision of head of government institution made pursuant to Act, s. 28(1) void, of no effect ; whether TC’s third decision void, of no effect—Applicant submitting that third decision void, of no effect since Act not permitting TC to make multiple access decisions regarding single request for information ; respondent claiming TC entitled to change position—Federal Court having jurisdiction to assess whether decision made by head of government institution to disclose information pursuant to Act, s. 28(1) (b) void, of no effect—Act, s. 44 not limiting review by Federal Court to only determinations of whether s. 20 exemptions correctly applied; rather s. 44 permitting broader court review process—Any aspect of decision by head of government institution to disclose third party information under Act, including validity of decision itself, constituting “matter” that may be reviewed by Federal Court as part of s. 44 review—*AstraZeneca Canada Inc. v. Health Canada*, 2005 FC 1451 identifying two triggering events provided for in Act where Minister may change original decision or take position inconsistent with original decision—TC misinterpreting *AstraZeneca*; doing what case stating cannot be done by starting disclosure process anew on own initiative even though first decision already made—Third decision not resulting from either of two triggering events noted in *AstraZeneca*, i.e. Information Commissioner’s recommendation or s. 44 review—When third decision rendered, no s. 44 review process in place—Thus, third decision made without authority under Act, void of no effect; therefore, no decision for Federal Court to review—Consequently, TC not now afforded opportunity to change position within context of s. 44 hearing *de novo*—Third decision quashed; application allowed.

PORTER AIRLINES INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1768-11, 2013 FC 780, Strickland J., judgment dated July 1, 2013, 24 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Permanent Residents

Judicial review of visa officer’s decision determining that applicant not meeting requirements for permanent resident status in Canada as federal skilled worker pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 87.3(2),(3)—Applicant applying overseas in category of General Practitioners and Family Physicians (NOC 3112) but qualifications, experience in Ayurvedic medicine—Although applicant exceeding minimum point threshold in application, officer applying *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 76(3) to conduct substituted evaluation of likelihood of applicant’s ability to become economically established in Canada—Officer concluding not satisfied that applicant having ability to do so since applicant practicing Ayurvedic medicine, Ayurvedic doctors not licensed to practice in Canada—Officer also noting that letters regarding job offers for applicant, applicant’s spouse, not supported by arranged employment offers (AEO); that settlement funds would be insufficient to support applicant, family over long term—Two procedural fairness letters sent out to applicant seeking clarification, noting officer’s concerns—Applicant responding to letters, providing information—Whether officer breaching procedural fairness by not raising concerns that letters of employment not supported by AEO, by not providing applicant opportunity to respond; whether reasonable for officer to conduct substituted evaluation; whether substituted evaluation reasonable—Officer not satisfied job letters establishing applicant’s ability to become economically established—Even though officer referring to absence of AEO, job offer letters not provided with initial application for purpose of points assessment but rather in response to procedural fairness letter after application assessed—Onus on applicant to provide sufficient supporting documentation to address officer’s concerns but letters, information applicant sending insufficient to satisfy officer—Therefore, procedural fairness not breached herein—As for substituted evaluation, officer’s authority pursuant to *Regulations*, s. 76(3) constituting exceptional discretion—Provision clearly showing that officer may substitute assessment of points for other criteria where points insufficient to determine whether applicant can integrate economically in Canada—Case law supporting clear

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

wording of subsection, highlighting that officer's decision to undertake substituted evaluation entitled to deference—In present case, officer referring to applicant's ability to practice as physician in Canada but assessment of economic establishment broader—While applicant not required to work in NOC field for which may be eligible to come to Canada, applicant would likely rely on skills at issue to make living—Officer, therefore, justified in belief that because applicant would not be able to practice in Canada, points not adequately reflecting applicant's ability to become economically established—Officer having valid reason to turn to substituted evaluation; reasonably exercising discretion to do so—Officer's consideration of fact Ayurvedic medicine not regulated in Canada relevant to applicant's ability to use skills, experience as physician to make living—In present case, substituted evaluation of applicant's ability to become economically established linked to criteria in Regulations, s. 76(1) as required, broader than criteria set out therein—Based on substituted evaluation herein, officer reasonably concluding that applicant would not be economically established in Canada—Therefore, officer's decision reasonable—Application dismissed.

GHARIALIA V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-8341-12, 2013 FC 745, Kane J., judgment dated July 3, 2013, 17 pp.)

PAROLE

Appeal from Prothonotary's order (2013 FC 288) made following trial of simplified action—Action determining that plaintiff entitled to recover from defendant \$20,000 in general damages, costs—Plaintiff out on day parole after imprisonment, securing job, working—Plaintiff's parole revoked after alleged involvement in drug smuggling incident—Plaintiff returned to prison, losing job—However, parole restored given absence of reliable information regarding allegations—Prothonotary finding plaintiff entitled to damages for false imprisonment, for negligence of investigation by Correctional Service Canada officers—Finding that officers overzealous but not recklessly indifferent or wilfully blind—Whether Prothonotary erring in finding that imprisonment not justified; that Canada owing duty of care to plaintiff; in identifying, applying standard of care—Defendant arguing that essential determination to be made whether investigations conducted by parole officers before revoking plaintiff's day parole falling short of standard required in circumstances therein—Prothonotary making thorough review of number of authorities dealing with existence of duty of care between peace officers, person under investigation—Prothonotary correctly finding that duty of care existing as between parole officers, parolee, defendant in present case—Whether parole officers overzealous in revoking plaintiff's day parole on conflicting evidence herein—*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 examined—Based on Act, ss. 3, 4, tension existing between duty to public, duty to offender but Act clearly stating that duty to public paramount—Act, s. 135 setting process by which supervision of parole, review of suspension conducted—Act, s. 137(1) giving officer discretion in revoking parole; officer, Parole Board required to review case—All reviews stated therein conducted in present case—Act, Commissioner's Directive in place at time incident occurring, providing for procedures to be followed in revoking parole—All stated procedures followed here—Plaintiff required to establish that parole officer's actions falling below expected level of care—In present case, parole officers following required procedure; Review Board reviewing parole officers' decision—While Review Board reversing decision, not stating that officers involved failing in exercising proper level of care—Plaintiff not establishing that parole officers' actions falling below expected standard of care—Therefore, both unlawful imprisonment, negligence actions failing—Appeal allowed, action dismissed.

HERMIZ V. CANADA (T-828-09, 2013 FC 764, Hughes J., judgment dated July 9, 2013, 25 pp.)

PRACTICE

JUDGMENTS AND ORDERS

Summary Judgment

Appeal from Federal Court decision (2011 FC 1054) granting respondent's motion for summary dismissal in action for damages relating to request for proposals for contract with respondent for engineering, technical support services—Appellant claiming Federal Court misapplying test for summary judgment—Summary judgment governed by *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 213-215—Constituting tool for balancing two competing considerations in management of court resources in resolving civil disputes (3)—Burden on plaintiff responding to motion for summary dismissal of claim constituting evidentiary burden only—Proposed contract herein intended to replace existing contract, held by appellant, after expiry thereof but appellant's competitor awarded contract—Appellant commencing action mainly for damages for breach of contract wherein complaining bids not fairly evaluated—Federal Court misapplying summary judgment rule—Although respondent adducing considerable

PRACTICE—Concluded

evidence to establish integrity of evaluation process, evidence not squarely answering all questions about fairness of bid evaluations—Applying correct legal test for summary judgment, only reasonable conclusion being that sufficient evidence existing to establish genuine issue for trial on allegation of unfair bid evaluation—Federal Court concluding that appellant's claim for breach of contract barred to extent breach of contract based on events occurring during transition from appellant to appellant's competitor—That conclusion based on misapprehension of appellant's claim—Contractual documents pertaining to request for proposals in which bidder's obligation defined ambiguous; therefore, merits of appellant's proposed interpretation of relevant provisions in request for proposals could not be determined in absence of full evidentiary record—Thus, sufficient to establish existence of trial issue on fundamental aspect of appellant's claim—Fact some evidence upon which appellant relying to prove breach of contract relating to event that occurred during transition phase not making any difference herein—Appellant relying on competitor's post-award recruitment of incumbent resources to establish that competitor's bid not compliant when submitted—Leading case not necessarily barring claim for breach of completed contract merely because breach proved in part by evidence of events occurring after contract awarded—Therefore, respondent's summary judgment motion should have been dismissed in relation to appellant's claim for breach of completed contract—As for appellant's claims in tort, while substantially weaker, based on same factual allegations, inextricably linked to claims in contract—Appeal allowed.

TPG TECHNOLOGY CONSULTING LTD. v. CANADA (A-373-11, 2013 FCA 183, Sharlow J.A., judgment dated July 15, 2013, 11 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

ACCÈS À L'INFORMATION

Contrôle judiciaire introduit en vertu de l'art. 44(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 visant à réviser la décision de Transports Canada (TC) de communiquer les renseignements réclamés en vertu de la Loi qui se rapportent à la demanderesse et à ses activités—La demanderesse est une entreprise de transport aérien qui offre des services aériens—TC a procédé à une évaluation du système de gestion de la sécurité de la demanderesse, puis a rédigé un rapport d'évaluation dans lequel il a fait état de ses conclusions—TC a informé la demanderesse qu'il avait reçu, conformément à la Loi, une demande de communication de renseignements concernant le rapport d'évaluation produit; la demanderesse a présenté ses observations à savoir pourquoi le rapport d'évaluation était entièrement soustrait à la divulgation en vertu de l'art. 20 de la Loi—TC a rendu une première décision dans laquelle il a informé la demanderesse que le rapport d'évaluation était soustrait en partie à la divulgation en vertu des art. 20(1)b) et 20(1)c) de la Loi et qu'il serait par conséquent communiqué en partie à l'auteur de la demande de renseignements—La demanderesse a déposé une demande visant à obtenir le contrôle judiciaire de la première décision de TC—Par la suite, TC a réexaminé les renseignements demandés et a conclu qu'il fallait en communiquer d'autres—La demanderesse a contesté la deuxième décision de TC, faisant valoir qu'un ministère fédéral ne pouvait siéger en appel d'une de ses propres décisions et ne pouvait, de sa propre initiative, annuler sa décision et reprendre le processus de divulgation depuis le début—TC a alors retiré la deuxième décision et la demanderesse s'est désistée de sa première demande de contrôle judiciaire—Cependant, TC a émis une troisième décision concernant la divulgation—Les renseignements contestés en l'espèce correspondent à ceux qui avaient été retranchés de la première décision, mais qui ne l'avaient pas été de la troisième décision—La demanderesse a demandé le contrôle judiciaire de la troisième décision—Entre-temps, le commissaire à l'information du Canada (le commissaire) a été saisi d'une plainte déposée par l'auteur de la demande de renseignements dans laquelle il se plaignait des retards qu'accusait la réponse à sa demande de renseignements; le commissaire a estimé que la plainte était bien fondée—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a compétence en vertu de l'art. 44 pour décider si la décision prise par le responsable d'une institution fédérale en vertu de l'art. 28(1) de la Loi était nulle et sans effet et de savoir si la troisième décision de TC est nulle et sans effet—La demanderesse a affirmé que la troisième décision était nulle et sans effet parce que la Loi ne permet pas à TC de prendre plusieurs décisions en réponse à une seule demande de renseignements; le défendeur a fait valoir que TC avait le droit de changer d'avis—La Cour fédérale a compétence pour déterminer si la décision d'un responsable d'une institution fédérale de divulguer des renseignements en vertu de l'art. 28(1)b) de la Loi est nulle et sans effet—Le libellé de l'art. 44 de la Loi ne limite pas la portée du droit de révision de la Cour fédérale de décider uniquement si les exceptions prévues à l'art. 20 ont été correctement appliquées; l'art. 44 permet de donner une plus large portée à la révision—Tout aspect de la décision du responsable d'une institution fédérale de divulguer des renseignements relatifs à un tiers en conformité avec la Loi, y compris la validité de la décision elle-même, est un « objet » (« *matter* » dans la version anglaise) qui peut faire l'objet d'un contrôle de la part de la Cour fédérale dans le cadre d'une demande présentée en vertu de l'art. 44—La décision *AstraZeneca Canada Inc c. Santé Canada*, 2005 CF 1451, a précisé les deux cas prévus par la Loi dans lesquels le ministre peut modifier sa décision initiale ou à tout le moins adopter un point de vue incompatible avec sa décision initiale—TC a mal interprété l'arrêt *AstraZeneca*, en faisant ce que, suivant la jurisprudence, il ne pouvait pas faire, c'est-à-dire reprendre de sa propre initiative le processus de divulgation depuis le début alors qu'il avait déjà pris sa première décision—Par conséquent, la troisième décision ne faisait pas suite à l'un ou l'autre des événements déclencheurs signalés dans l'arrêt *AstraZeneca*, c'est-à-dire une recommandation du commissaire à l'information ou un recours en révision exercé en vertu de l'art. 44—Au moment de la troisième décision, il n'y avait aucun recours en révision prévu à l'art. 44 en cours—Par conséquent, la troisième décision n'a pas été prise en vertu d'un pouvoir conféré par la Loi et elle est nulle

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

et sans effet, et la Cour fédérale n'a donc aucune décision à examiner—TC n'a donc plus la possibilité de changer d'avis dans le cadre d'une audience *de novo* en vertu de l'art. 44—La troisième décision a été annulée—Demande accueillie.

PORTER AIRLINES INC. C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (T-1768-11, 2013 CF 780, juge Strickland, jugement en date du 1^{er} juillet 2013, 24 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des visas a déterminé que la demanderesse ne satisfaisait pas aux exigences d'admissibilité au statut de résidente permanente dans la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral), en vertu des art. 87.3(2) et (3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27— La demanderesse a fait une demande à l'étranger dans la profession des omnipraticiens/omnipraticiennes et médecins en médecine familiale (CNP 3112), mais elle a des compétences et une expérience en médecine ayurvédique—Bien que la demanderesse ait obtenu dans sa demande un score supérieur au score minimum, l'agent a appliqué l'art. 76(3) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, pour substituer aux critères son appréciation de l'aptitude de la demanderesse à réussir son établissement économique au Canada—L'agent a conclu qu'il n'était pas convaincu que la demanderesse avait cette aptitude étant donné qu'elle pratiquait la médecine ayurvédique et que les docteurs en médecine ayurvédique ne se voient pas décerner un permis de pratique au Canada—L'agent a également noté que les lettres d'offre d'emploi de la demanderesse et de son mari n'étaient étayées d'aucun avis d'emploi réservé et que les fonds d'établissement ne seraient pas suffisants pour soutenir la demanderesse et sa famille à long terme—Deux lettres d'équité procédurale ont été transmises à la demanderesse demandant des clarifications et faisant état des préoccupations de l'agent—La demanderesse a répondu aux lettres, fournissant les renseignements demandés—Il s'agissait de savoir si l'agent avait manqué à son devoir d'équité procédurale en ne mentionnant pas qu'il était préoccupé par le fait que les lettres d'emploi n'étaient pas étayées d'un avis d'emploi réservé et en ne donnant pas à la demanderesse l'occasion de fournir une réponse; s'il était raisonnable de la part de l'agent de procéder à une appréciation de substitution, et si cette appréciation était raisonnable—L'agent n'était pas convaincu que les lettres d'offre d'emploi établissaient l'aptitude de la demanderesse à réussir son établissement économique—Bien que l'agent ait mentionné l'absence d'un avis d'emploi réservé, les lettres d'offre d'emploi n'avaient pas été jointes à la demande initiale en vue de l'attribution des points, mais fournies plutôt en réponse à une lettre d'équité procédurale envoyée après que l'agent a évalué la demande—Il incombait à la demanderesse de fournir les documents qui suffiraient à dissiper les doutes de l'agent, mais les lettres et les autres renseignements fournis par la demanderesse n'ont pas suffi à convaincre l'agent—Par conséquent, il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale en l'espèce—En ce qui a trait à l'appréciation de substitution, le droit conféré à l'agent à l'art. 76(3) du *Règlement* est un pouvoir discrétionnaire exceptionnel—Le libellé de la disposition établit clairement que l'agent peut substituer d'autres critères au nombre de points lorsque ce dernier ne permet pas de trancher la question de savoir si le demandeur peut s'intégrer économiquement au Canada—La jurisprudence appuie le libellé clair de l'article et fait ressortir que la décision de l'agent de substituer son appréciation commande la retenue—Dans la présente cause, l'agent a mentionné la capacité de la demanderesse de pratiquer la médecine au Canada, mais son analyse de l'établissement économique était plus large—Bien que la demanderesse ne doive pas nécessairement travailler dans la profession de la CNP pour laquelle elle pourrait être admise au Canada, on peut penser qu'elle miserait sur les compétences en litige pour gagner sa vie—Par conséquent, l'agent était justifié de croire que, puisque la demanderesse ne pourrait exercer sa profession au Canada, le total des points ne reflétait pas adéquatement l'aptitude de la demanderesse à s'établir économiquement—L'agent avait une raison valable de recourir à une appréciation de substitution et il a raisonnablement exercé son pouvoir discrétionnaire à cet égard—L'agent a tenu compte du fait que la médecine ayurvédique n'est pas une profession réglementée au Canada, ce qui est pertinent pour évaluer la capacité de la demanderesse à mettre à profit ses compétences et son expérience en tant que médecin pour gagner sa vie—En l'espèce, l'appréciation de substitution qu'a faite l'agent au sujet de l'aptitude de la demanderesse à s'établir économiquement reposait à la fois sur les critères énoncés à l'art. 76(1) et sur d'autres critères—À la lumière de l'appréciation de substitution, l'agent a raisonnablement conclu que la demanderesse ne réussirait pas son établissement économique au Canada—Par conséquent, la décision de l'agent était raisonnable—Demande rejetée.

GHARIALIA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-8341-12, 2013 CF 745, juge Kane, jugement en date du 3 juillet 2013, 17 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Appel interjeté à l'encontre de l'ordonnance d'un protonotaire (2013 FC 288) après instruction d'une action simplifiée—L'action a déterminé que le demandeur avait le droit de recouvrer de la défenderesse des dommages-intérêts généraux de 20 000 \$ et les dépens—Le demandeur a été mis en liberté conditionnelle de jour et s'est trouvé un emploi—La libération conditionnelle du demandeur a été révoquée après qu'il eut été allégué qu'il avait été impliqué dans un incident de contrebande de drogues—Le demandeur est retourné en prison et a perdu son emploi—Cependant, la libération conditionnelle de jour a été rétablie en l'absence de renseignements dignes de foi touchant les allégations—Le protonotaire a conclu que le demandeur avait droit à des dommages-intérêts pour détention arbitraire et pour négligence dans l'enquête par les agents du Service correctionnel du Canada—Le protonotaire a aussi conclu que les agents avaient fait preuve d'excès de zèle, mais non pas d'indifférence irresponsable ou d'aveuglement volontaire—Il s'agissait de savoir si le protonotaire a commis une erreur en concluant que l'emprisonnement n'était pas justifié, que le Canada avait une obligation de diligence envers le demandeur, et dans son choix et son application de la norme de diligence—La défenderesse a soutenu que la question essentielle à trancher était de savoir si les enquêtes menées par les agents de libération conditionnelle avant de révoquer la libération conditionnelle de jour du demandeur satisfaisaient ou non à la norme pertinente dans les circonstances—Le protonotaire a procédé à l'examen approfondi d'un certain nombre de décisions faisant état de l'existence d'une obligation de diligence des agents de la force publique envers les personnes qui font l'objet d'une enquête—Le protonotaire a, à bon droit, conclu que les agents de libération conditionnelle avaient une obligation de diligence envers le libéré conditionnel, le défendeur dans la présente affaire—Il s'agissait de savoir si les agents de libération conditionnelle ont fait preuve d'« excès de zèle » en révoquant la libération conditionnelle de jour du demandeur sur la foi d'éléments de preuve contradictoires—La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 a été examinée—D'après les art. 3 et 4 de la Loi, une opposition existe entre une obligation envers la société et une obligation envers le délinquant, mais la Loi établit clairement que l'obligation envers la société est prépondérante—L'art. 135 de la Loi renferme des dispositions sur le mode de supervision de la libération conditionnelle et sur l'examen d'une suspension—L'art. 137(1) de la Loi accorde à l'agent de libération conditionnelle un pouvoir discrétionnaire en matière de révocation d'une libération conditionnelle; la Commission doit également examiner le cas—On a procédé à tous ces examens en l'espèce—La Loi et la Directive du commissaire en vigueur au moment où l'incident s'est produit prévoyaient la procédure à suivre pour révoquer une libération conditionnelle—Toutes les procédures déclarées ont été respectées en l'espèce—Le demandeur était tenu d'établir que les actes de l'agent se situaient en deçà de la norme de diligence requise—En l'espèce, les agents de libération conditionnelle ont suivi la procédure prescrite; la Commission a procédé à l'examen de la décision des agents de libération conditionnelle—Bien que la Commission ait infirmé la décision des agents, elle n'a pas dit que le degré de diligence dont avaient fait preuve les officiers visés était inapproprié—Le demandeur n'a pas démontré que les actes de l'agent de libération conditionnelle ne respectaient pas la norme de diligence requise—Les actions fondées tant sur la détention arbitraire que sur la négligence devaient par conséquent être rejetées—Appel accueilli et action rejetée.

HERMIZ C. CANADA (T-828-09, 2013 CF 764, juge Hughes, jugement en date du 9 juillet 2013, 25 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

ÉLECTIONS

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2012 CF 1036) rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelant cherchant, entre autres, à invalider certaines dispositions de la *Kahkewistahaw Election Act* qui exigent qu'un candidat en élection ait atteint un niveau de scolarité minimum—L'appelant, âgé de 74 ans, a été un membre de la Première Nation Kahkewistahaw toute sa vie—Il a été chef de la Première Nation élu pendant 27 ans—Au cours du dernier scrutin visant à élire un chef organisé en vertu des règles électorales de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, l'appelant a perdu par quelques votes au profit de son neveu—La Première Nation a finalement décidé de choisir ses membres conformément à son propre code électoral communautaire—Le nouveau code électoral communautaire établit une exigence minimale relative au niveau de scolarité pour être admissible à une charge publique—L'appelant ne répondait pas aux exigences de scolarité minimale—La Cour fédérale a conclu que la *Kahkewistahaw Election Act* a été valablement adoptée même si la majorité absolue des électeurs admissibles de la Première Nation n'a pas participé au vote de ratification—La question principale était de savoir si les dispositions contestées de la *Kahkewistahaw Election Act* violent le principe d'égalité établi en vertu de l'art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]—La Cour fédérale était d'avis que, puisque les dispositions contestées de la *Kahkewistahaw Election Act* établissent une distinction sur le fondement de la scolarité, aucune discrimination n'existe en vertu de l'art. 15(1) de la Charte, car il s'agit d'une distinction « fondée sur les mérites et les capacités »—L'analyse de la Cour fédérale était cependant

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

incomplète—L'exigence relative à la scolarité peut dans certaines circonstances être une façon déguisée d'établir une discrimination sur la base d'un motif énuméré (c.-à-d., l'âge, l'autochtonité-lieu de résidence)—Lorsque l'exigence relative à la scolarité a pour effet d'exclure des personnes pour un motif fondé sur l'âge ou l'autochtonité-lieu de résidence et lorsqu'il n'y a aucune justification appropriée pour cette exigence, la Cour peut conclure que l'exigence est discriminatoire—En l'espèce, les dispositions contestées de la *Kahkewistahaw Election Act* établissent une distinction qui constitue une discrimination fondée à la fois sur l'âge et sur autochtonité-lieu de résidence—L'écart de scolarisation parmi la population autochtone canadienne vivant dans les réserves est bien documenté et cet écart a été expressément évoqué par l'appelant dans les documents qu'il a présentés dans le cadre de sa demande—De plus, l'écart de scolarisation entre les Canadiens plus âgés et les Canadiens plus jeunes est également bien connu—Les dispositions contestées de la *Kahkewistahaw Election Act* qui exigent un niveau de scolarité de 12^e année privent un très large segment des électeurs de la Première Nation de Kahkewistahaw de pouvoir occuper une charge publique au sein de la Première Nation—De plus, un nombre disproportionné d'aînés et de résidents des réserves sont visés par la privation du droit de vote—Par conséquent, les dispositions contestées de la *Kahkewistahaw Election Act* qui imposent une exigence minimale relative au niveau de scolarité afin de se porter candidat à une charge publique violent le principe d'égalité garanti par l'art. 15(1) de la Charte et le principe d'égalité prévu dans la *Kahkewistahaw Election Act* elle-même—Appel accueilli.

TAYPOTAT C. PREMIÈRE NATION DE KAHKEWISTAHAW (A-427-12, 2013 CAF 192, juge Mainville, jugement en date du 13 août 2013, 27 p.)

PRATIQUE

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Jugement sommaire

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1054) d'accueillir la requête en jugement sommaire de l'intimée à l'égard d'une action en dommages-intérêts concernant une demande de propositions en vue d'un marché de services d'ingénierie et de soutien technique avec l'intimée—L'appelante a fait valoir que la Cour fédérale a mal appliqué le critère en matière de jugements sommaires—Le jugement sommaire est régi par les règles 213 à 215 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106—Le jugement sommaire est un outil employé pour pondérer deux considérations concurrentes dans la gestion des ressources judiciaires pour la résolution de contentieux civils—Le fardeau qui incombe au demandeur qui répond à la requête en jugement sommaire en vue de faire rejeter une déclaration est simplement une charge de présentation—En l'espèce, le contrat visé par la demande de propositions était destiné à remplacer un contrat existant dont l'appelante était titulaire jusqu'à son expiration, mais le contrat a été adjugé à un concurrent de l'appelante—L'appelante a introduit une action dont la demande principale était des dommages-intérêts pour rupture de contrat et dans laquelle elle a fait grief de l'évaluation non équitable des soumissions—La Cour fédérale a mal appliqué la règle relative aux jugements sommaires—Bien que l'intimée ait présenté une quantité considérable d'éléments de preuve pour tenter d'établir l'intégrité du processus d'évaluation, ces éléments de preuve n'ont pas directement répondu à toutes les questions concernant l'équité de l'évaluation des soumissions—Une fois que le bon critère juridique en matière de jugements sommaires est appliqué, la seule conclusion raisonnable était qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour établir l'existence d'une véritable question litigieuse fondée sur l'allégation d'une évaluation inéquitable des soumissions—La Cour fédérale a conclu que la demande de dommages-intérêts de l'appelante pour rupture de contrat était irrecevable dans la mesure où elle était fondée sur des événements qui ont eu lieu pendant la transition de l'appelante au concurrent de celle-ci—Cette conclusion était fondée sur une mauvaise compréhension de la demande de l'appelante—Les documents contractuels relatifs à la demande de propositions qui permettaient de cerner l'obligation du soumissionnaire étaient ambigus sur ce point; par conséquent, le bien-fondé de l'interprétation proposée par l'appelante des dispositions pertinentes de la demande de propositions ne pouvait être établi en l'absence d'un dossier de preuve complet—Cela était suffisant pour établir l'existence d'une véritable question litigieuse concernant un aspect fondamental de la demande de l'appelante—Il importait peu que certains éléments de preuve sur lesquels s'appuyait l'appelante pour prouver la rupture du contrat se rapportaient à des événements qui se sont produits durant la phase de transition—L'appelante s'est appuyée sur le fait que le concurrent avait recruté des ressources employées après l'adjudication du contrat pour établir que la soumission du concurrent n'était pas conforme au moment de sa présentation—La décision de principe ne rend pas nécessairement irrecevable une demande pour la rupture du contrat formé simplement parce que la rupture est prouvée en partie par des éléments de preuve visant des événements qui ont eu lieu après l'adjudication du contrat—Par conséquent, la requête en jugement sommaire présentée par l'intimée aurait dû être rejetée relativement à la demande de l'appelante pour la rupture du contrat formé—Pour ce qui est des demandes fondées sur la

PRATIQUES—Fin

responsabilité délictuelle présentées par l'appelante, bien qu'elles semblaient beaucoup plus faibles, étant fondées sur les mêmes allégations de fait, elles étaient inextricablement liées aux demandes fondées sur la responsabilité contractuelle—Appel accueilli.

TPG TECHNOLOGY CONSULTING LTD. C. CANADA (A-373-11, 2013 CAF 183, juge Sharlow, jugement en date du 15 juillet 2013, 11 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3